

Note sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato

Notes on disciplinary dismissal in privatized public sector employment

Alessandro Boscati

Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano

ABSTRACT

Il saggio si pone l'obiettivo di analizzare il licenziamento disciplinare nel settore pubblico, ricostruendo la disciplina di riferimento, evidenziando i profili di criticità e suggerendo possibili soluzioni interpretative. L'enunciato obiettivo involge la preliminare ricostruzione dei profili di specialità del potere disciplinare nel settore pubblico, con particolare riferimento alla sua doverosità di esercizio, e poi si sviluppa approfondendo in via specifica le questioni concernenti il licenziamento, con particolare attenzione alle ipotesi tipizzate dal legislatore e alla loro interpretazione alla luce del principio di proporzionalità, per poi passare ad analizzare il rapporto tra procedimento disciplinare e penale, per concludere con l'approfondimento delle tutele riconosciute al dipendente illegittimamente licenziato, anche in un parallelo con il settore privato.

The essay aims to analyze disciplinary dismissal in the public sector, reconstructing the reference discipline, highlighting the critical profiles and suggesting possible interpretative solutions. The objective statement involves the preliminary reconstruction of the specialty profiles of disciplinary power in the public sector, with particular reference to its duty to exercise, and then develops by specifically examining the issues concerning dismissal, with particular attention to the hypotheses typified by the legislator and their interpretation in light of the principle of proportionality, to then move on to analyze the relationship between disciplinary and criminal proceedings, to conclude with the in-depth analysis of the protections recognized to the illegitimately dismissed employee, also in a parallel with the private sector.

SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. La specialità della disciplina del potere disciplinare nel settore pubblico. – 2.1. Ambito soggettivo di applicazione: personale del comparto e categoria dirigenziale. – 2.2. Finalità dell'esercizio del potere disciplinare e doverosità d'esercizio. – 2.3. Natura privatistica

del potere disciplinare e peculiare assetto dei poteri datoriali nel lavoro pubblico contrattualizzato. – 3. Ipotesi legali di licenziamento: generalità. – 3.1. Tipizzazioni legislative e principio di proporzionalità. – 3.2. Le singole ipotesi tipizzate dal legislatore. – 4. Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale. – 5. La tutela nel caso di licenziamento disciplinare illegittimo. – 5.1. La reintegrazione generalizzata costituisce una soluzione costituzionalmente necessitata? – 5.2. Il limite massimo delle ventiquattro mensilità alla quantificazione del risarcimento del danno. – 5.3. Revoca del licenziamento ed opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. – 5.4. Rideterminazione da parte del giudice della sanzione disciplinare annullata per difetto di proporzionalità. – 5.5. Decorrenza della prescrizione dei diritti di credito del lavoratore: la discutibile differenza tra settore pubblico e privato. – 5.6. Tutela reintegratoria per il *whistleblower* licenziato in ragione dell'intervenuta segnalazione. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Nel lavoro pubblico contrattualizzato il tema del licenziamento, sia per motivi oggettivi, sia per motivi soggettivi presenta delle indiscusse peculiarità¹. Il primo, fatte salve alcune limitate ipotesi, quali quelle di sopravvenuta inidoneità alle mansioni o del c.d. *factum principis*², è ricondotto nell'alveo della più ampia disciplina della mobilità collettiva; il secondo è connotato da una normativa speciale, sì da rappresentare sul piano scientifico uno dei temi più dibattuti, rinfocolato da un costante dialogo tra dottrina e giurisprudenza³. In-

¹ In generale per una ricostruzione delle ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato v. R. PETTINELLI, *Le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2021, 791 ss.

² Nel settore pubblico la carcerazione preventiva, a differenza del privato, non conduce al licenziamento per motivi oggettivi, ferma ovviamente la possibilità del licenziamento disciplinare nel caso in cui la condotta che fonda il provvedimento cautelare integri nel contempo anche gli estremi di un comportamento illecito sul piano disciplinare; sulle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel settore pubblico contrattualizzato v., per tutti, B. DE MOZZI, *Il licenziamento per motivi oggettivi legati alla persona del lavoratore*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, cit., 847 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici; analogamente le disposizioni in materia di mobilità obbligatoria e di collocamento in disponibilità «assorbono» la disciplina dei licenziamenti collettivi, in merito v. E. PASQUALETTO, *La mobilità collettiva e le eccedenze di personale nelle amministrazioni pubbliche*, ivi, 877 ss.

³ In generale sul tema del licenziamento disciplinare, senza pretesa di esaustività, in relazione ai contributi più recenti, A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, Giappichelli, Torino, 2021 V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*,

dubbiamente, gran parte della nebulosità che ancora oggi avvolge la materia del licenziamento risiede nella sua costante esposizione a discorsi *de iure condito* e *de iure condendo* che sovente finiscono con il sovrapporsi senza condurre a un appodo definitivo. Per queste ragioni, con questo contributo si intende offrire al dibattito alcuni spunti di riflessione in tema di licenziamento disciplinare ponendosi sul crinale tra ordinamento positivo e diritto vivente, anche in una prospettiva *de jure condendo*. Il filo rosso dell'indagine è dato dall'esame della disciplina legislativa e contrattuale che verrà svolto alla luce dell'interpretazione offertane in dottrina e in giurisprudenza, con una attenzione specifica ad alcuni nodi applicativi ancora aperti e meritevoli di una considerazione critica. In particolare sono quattro i temi che verranno approfonditi. Il primo attiene all'ambito di applicazione della normativa in materia disciplinare, alla sostanziale doverosità di esercizio del potere disciplinare ed alla sua natura giuridica, profili intrinsecamente connessi e che si condizionano a vicenda; il secondo concerne l'applicazione del principio di proporzionalità che verrà trattato con specifico riguardo alle tipizzazioni legali delle ipotesi di licenziamento disciplinare, a loro volta oggetto di autonoma analisi; il terzo riguarda il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale; il quarto, e ultimo, tratta delle tutele riconosciute dall'ordinamento al dipendente pubblico illegittimamente licenziato.

2. *La specialità della disciplina del potere disciplinare nel settore pubblico*

Al fine di meglio circoscrivere le problematiche concernenti il licenziamento disciplinare occorre preliminarmente affrontare tre questioni: la precisazione dell'ambito di applicazione soggettivo della normativa in materia disciplinare, comprendente anche i dirigenti, la qualificazione dell'esercizio del potere disciplinare in termini di sostanziale doverosità ed, infine, la natura comunque privatistica da riconoscere al potere disciplinare nell'ambito di un peculiare assetto dei poteri datoriali.

Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021; A. ZILLI, G. PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, cit., 821 ss.; M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, in questa *Rivista*, 2020, 145 ss.; 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*, Giappichelli, Torino, 2018, 249 ss.; C. DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011.

2.1. *Ambito soggettivo di applicazione: personale del comparto e categoria dirigenziale*

La prima importante precisazione concerne l'ambito di applicazione soggettivo della disciplina normativa: ai sensi del combinato disposto degli artt. 2, comma 2, 55 e 63, del d.lgs. n. 165/2001 esso ricomprende unitamente al personale del comparto anche la categoria dirigenziale, pur con alcune specificità derivanti dall'essere il dirigente nel contempo dipendente e datore di lavoro. A differenza del settore privato, ove solo per i dirigenti vige un regime legale di libera recedibilità e con il riconoscimento dell'applicazione delle sole garanzie procedurali dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori⁴, ferma, ai sensi dell'art. 18 dello Statuto, la tutela reintegratoria piena nel caso di licenziamento nullo o inefficace perché intimato in forma orale, nel settore pubblico anche per la dirigenza, quale compiuto recepimento formale del principio affermato dalla Corte costituzionale all'indomani della privatizzazione nell'importante sentenza n. 313/1996⁵, il recesso deve essere causale, ovvero assistito da una giusta causa o da un giustificato motivo ed in caso di licenziamento illegittimo è prevista l'applicazione della tutela reintegratoria. Nondimeno i dirigenti pubblici sono assoggettati, al pari del personale del comparto e diversamente dalla dirigenza privata, a sanzioni disciplinari conservative, definite sia dal legislatore sia dai contratti d'area dirigenziale. Vi sono, tuttavia, due specificità «di sistema» rispetto al personale del comparto. La prima riguarda l'affiancamento alla responsabilità disciplinare di una responsabilità dirigenziale che può condurre anch'essa, nei casi di maggiore gravità, al recesso dell'amministrazione, ma che si basa su diversi presupposti sostanziali e su di una diversa procedura di accertamento. La seconda è connessa alla già richiamata doverosità di esercizio del potere disciplinare che incide sull'assetto dei poteri riconosciuti al dirigente pubblico quale privato datore di lavoro con una compressione del pieno esercizio delle sue prerogative manageriali.

⁴In dottrina con riguardo al licenziamento disciplinare dei dirigenti, v., per tutti, E. GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet Giuridica, Torino, 2012, 384 ss.

⁵Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 36, con nota di E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto* ove si afferma che «l'applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell'idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo – assistite da un'ampia pubblicità e dalla garanzia del contraddittorio –, a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso».

2.2. Finalità dell'esercizio del potere disciplinare e doverosità d'esercizio

L'analisi deve proseguire richiamando le finalità dell'esercizio del potere disciplinare, così come definite dal legislatore, e che rappresentano il fondamento della specialità della disciplina.

La norma da cui occorre partire è l'art. 67 del d.lgs. n. 150/2009, attuativo di un espresso principio di delega dettato dall'art. 7 della legge n. 15/2009, ove il legislatore, con formula inequivoca, ha dichiarato che le modifiche apportate in materia di sanzioni disciplinari e di responsabilità dei pubblici dipendenti sono state introdotte «al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo»⁶; lo stesso articolo si è, poi, premurato di ribadire la permanente devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari.

Una previsione che non è stata messa in discussione dagli interventi normativi successivi e che deve essere innanzitutto letta alla luce di altre due disposizioni normative.

La prima è l'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001 ove al primo comma si afferma che «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» e al secondo comma se ne rafforza la precettività statuendosi che «La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione». Un sistema speciale, ma non del tutto autosufficiente poiché il comma 3 dello stesso art. 55 opera un espresso richiamo all'applicabilità dell'art. 2106 del codice civile e, dunque, al principio privatistico di proporzionalità, di rilievo centrale in termini assoluti, ma con specifico riguardo al licenziamento disciplinare, in particolare con riferimento alle fattispecie legali definite dall'art. 55-*quater*.

La seconda è costituita dall'art. 55-*sexies*, sempre del d.lgs. n. 165/2001, ove al comma 3, si asserisce che 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 all'Ufficio

⁶In merito v. S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsoa, Milano, 2011, 465 ove si evidenzia come nessuno abbia mai dubitato dell'idoneità del potere disciplinare a fungere da strumento per perseguire simili scopi, cogliendo tuttavia la difficoltà a ravvisare una diretta consequenzialità, in quanto una maggiore efficienza del lavoro pubblico dipende anche da altri strumenti.

per i procedimenti disciplinari, 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 qualora la condotta sia dolosa o gravemente colposa e qualora nell'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, vi sia stata l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare.

Dalla lettura delle disposizioni di cui sopra emerge in maniera difficilmente controvertibile la sostanziale obbligatorietà di attivazione del procedimento disciplinare. Ne sono chiara conferma l'imperatività delle disposizioni, la strumentalità dell'esercizio del potere disciplinare all'accrescimento dell'efficienza dell'azione della pubblica amministrazione, nonché la responsabilità di chi non abbia agito o non lo abbia fatto tempestivamente per contestare la condotta di rilievo disciplinare⁷. Ad una diversa conclusione non paiono poter condurre né la previsione secondo cui non vi è responsabilità in presenza di un giustificato motivo idoneo a non attivare il procedimento, né quella che, in una prospettiva apparentemente opposta, ravvisa la responsabilità in presenza di valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare. Le due previsioni sono, infatti, nella sostanza convergenti nel consentire il mancato esercizio dell'azione disciplinare solo in presenza di una condotta fattuale che non costituisca palesemente illecito disciplinare, risultando di fatto annullato lo *spatium deliberandi* del soggetto che si trova nella astratta condizione di valutare la rilevanza disciplinare di un certo comportamento; soggetto che nei fatti non si assumerà il rischio di una valutazione di irrilevanza disciplinare basata sulla propria percezione soggettiva in ragione dell'incognita di poter essere a

⁷ Cfr. C. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 700 secondo cui la disciplina normativa «ha reso ormai pacificamente obbligatoria l'azione disciplinare risolvendo i dubbi manifestati in precedenza»; nel senso dell'obbligatorietà anche R. SANLORENZO, *Il potere disciplinare*, in AA.VV. *Lavoro pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, 291; L. ZAPPALÀ, *La regolazione asintona del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, in *WP. C.S.D.L.E. – Collective Volumes*, 8/2019, 299 parla di «torsione funzionale della norma lavoristica»; in giurisprudenza nel senso dell'avvio obbligatorio del procedimento disciplinare da parte dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari v. Cass. 2 marzo 2017, n. 5317.

propria volta responsabile per un'errata comprensione⁸. L'assenza di ogni possibile tolleranza di fronte ad illeciti disciplinari e, dunque, la sostanziale obbligatorietà dell'azione disciplinare ha trovato conferma nel principio affermato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'inerzia del datore di lavoro nell'attivazione del procedimento disciplinare non può far sorgere in capo al dipendente il legittimo affidamento sulla liceità della condotta⁹.

Nella direzione della sostanziale obbligatorietà conducono anche le previsioni di carattere più prettamente procedimentale, di cui si ribadisce la non derogabilità da parte di disposizioni regolamentari, di clausole contrattuali o di disposizioni interne «comunque qualificate» che non possono prevedere per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati dal d.lgs. n. 165/2001 o che comunque aggravino il procedimento disciplinare (art. 55-*bis*, comma 9-*bis*, d.lgs. n. 165/2001). Un rilievo particolare assumono le norme che determinano, con termini perentori ed ordinatori, le fasi di svolgimento del procedimento disciplinare (contestazione, audizione a difesa, irrogazione della sanzione o archiviazione del procedimento), nonché quella che definisce il *dies a quo* per l'attivazione del procedimento disciplinare. Quanto alle prime, la puntuale cadenza ivi dettata, con la perentorietà dei termini limitata a quello per la contestazione (pari a trenta giorni dalla conoscenza dei fatti da parte dell'Ufficio per i procedimenti disci-

⁸ In termini diversi, ancorché con riferimento alla precedente formulazione della norma, di contenuto sostanzialmente analogo a quella vigente in un sistema in cui però il potere disciplinare era articolato tra Ufficio per i procedimenti disciplinari e dirigenti, v. M.T. CARINCI, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in U. CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, 91 secondo cui la formulazione della norma non comporterebbe alcuna restrizione della discrezionalità del dirigente a segnalare l'illecito limitandosi a ribadire che in ottemperanza ai propri obblighi contrattuali vi è l'obbligo del dirigente ad attivarsi tutte le volte che ciò sia conforme all'interesse dell'amministrazione.

⁹ Cfr. Cass. 4 aprile 2017, n. 8722; Cass. 9 maggio 2018, n. 11160; Cass. 29 ottobre 2018, n. 27387; Cass. 24 maggio 2019, n. 14245. Diversamente nel settore privato la giurisprudenza ha affermato che in caso di licenziamento disciplinare l'immediatezza della contestazione è elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro, in quanto la non immediatezza della contestazione (da intendersi comunque in senso relativo essendo compatibile con un intervallo di tempo più o meno lungo, necessario per l'accertamento e la valutazione dei fatti, specie quando il comportamento del lavoratore consista in una serie di atti convergenti in un'unica condotta, ed implichi pertanto una valutazione globale ed unitaria) o del provvedimento espulsivo induce ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro abbia soprasseduto al licenziamento ritenendo l'addebito non grave o comunque non meritevole della massima sanzione; in questo senso, cfr. tra le altre Cass. 10 dicembre 2021, n. 39397.

plinare) ed a quello per la conclusione del procedimento (pari a centoventi giorni dalla contestazione), definisce dei binari rigidi al fine di «accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare» [cfr. art. 17, comma 1, lett. s), legge 7 agosto 2015, n. 124], sempre nella prospettiva dell'obbligatorietà dell'azione. Quanto alla seconda assume rilievo la circostanza che il già menzionato termine di trenta giorni per la contestazione scritta dell'addebito decorre, alternativamente, dalla segnalazione del responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente¹⁰ o, dal momento in cui l'Ufficio per i procedimenti disciplinari, competente per tutti i procedimenti disciplinari volti all'applicazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale, abbia altrimenti avuto «piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare». La formulazione vigente, introdotta dalla novella del 2017, è significativamente diversa dalla precedente che fissava la decorrenza «dalla data di ricezione degli atti» trasmessi dal responsabile della struttura, ovvero «dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione»¹¹ ed è frutto delle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza. Nella vigenza della precedente disposizione la Corte di Cassazione aveva, infatti, affermato che ai fini della decorrenza del termine perentorio per la conclusione del procedimento disciplinare previsto dall'acquisizione della notizia dell'infrazione «assume rilievo esclusivamente il momento in cui tale acquisizione, da parte dell'ufficio competente regolarmente investito del procedimento, riguardi una 'notizia di infrazione' di contenuto tale da consentire allo stesso di dare, in modo corretto, l'avvio al procedimento disciplinare, nelle sue tre fasi fondamentali della contestazione dell'addebito, dell'istruttoria e dell'adozione della sanzione»¹². La novella del 2017 ha espressamente recepito questo orientamento e nell'affermare la necessità della piena conoscenza dei fatti ha richiesto che ai fini dell'individuazione del

¹⁰ Il termine di dieci giorni per la segnalazione all'Ufficio per i procedimenti disciplinari è un termine ordinatorio, ragion per cui la sua violazione può rilevare solo qualora il dipendente denunci, con concreto fondamento, l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà della sua difesa indotta dal mancato rispetto di quel termine; cfr., da ultimo, Cass. 20 aprile 2023, n. 10623: v. anche Cass. 9 marzo 2022, n. 7642; Cass. 14 dicembre 2018, n. 32491.

¹¹ Peraltro in base alla disciplina previgente la competenza era dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari solo per le sanzioni di maggiore gravità (dalla sospensione da undici giorni a sei mesi fino al licenziamento), mentre per quelle inferiori spettava al dirigente responsabile dell'Ufficio cui apparteneva il lavoratore; diversi erano anche i termini per la contestazione, quaranta giorni per l'Ufficio per i procedimenti disciplinari, la metà, venti, per il dirigente.

¹² Cass. 20 marzo 2017, n. 7134 che richiama il principio del giusto procedimento enunciato dalla sentenza della Corte cost. 5 novembre 2010, n. 310.

dies a quo, non sia sufficiente una notizia generica o informale, richiedendosi, per esigenze di certezza, una segnalazione concreta, affidabile e, come tale, attendibile all'Ufficio per i procedimenti disciplinari o, comunque, l'acquisizione da parte dell'Ufficio medesimo di una notizia che abbia tali connotazioni¹³, sì da escludere espressamente la rilevanza della mera conoscibilità della condotta¹⁴. In merito la più recente giurisprudenza ha avuto modo di affermare che ai fini della decorrenza dei termini perentori per l'avvio e per la conclusione del procedimento disciplinare assume rilievo essenzialmente il momento in cui l'acquisizione, da parte dell'ufficio competente regolarmente investito del procedimento, riguardi una «notizia di infrazione» di contenuto tale da permettere allo stesso di dare, in modo corretto, l'avvio al procedimento disciplinare, nelle sue tre fasi fondamentali della contestazione dell'addebito, dell'istruttoria e dell'adozione della sanzione¹⁵.

La ragione della modifica introdotta nel 2017 si inserisce nel solco di quanto fin qui tracciato di dare effettività al procedimento disciplinare ed ha lo scopo di giustificare anche istruttorie interne degli enti, talvolta di non breve durata soprattutto nei casi in cui la condotta inadempiente può condurre all'irrogazione del licenziamento, volte a circoscrivere nella maniera più dettagliata possibile l'addebito da contestare, facendo decorrere dal momento della consegna della relazione interna all'Ufficio per i procedimenti disciplinari il termine di trenta giorni per la contestazione. Diversamente la decorrenza del termine da qualunque notizia da cui poter in qualche misura desumere l'illiceità di una condotta, da accertare poi nei suoi elementi qualificanti nel corso del procedimento disciplinare, amplierebbe il rischio di un contenzioso giudiziale per violazione del termine perentorio per la contestazione con un'incertezza che si porrebbe in contrasto anche con il principio costituzionale di buon andamento¹⁶. La giuri-

¹³ Cfr. Cass. 7 aprile 2021, n. 9313; con riguardo alla formulazione previgente, tra le molte, v. Cass. 11 settembre 2018, n. 22075; Cass. 25 giugno 2018, n. 16706.

¹⁴ Così Cass. 23 dicembre 2021, n. 41374.

¹⁵ Cass. 27 aprile 2023, n. 11039; Cass. 10 luglio 2020, n. 14810; Cass. 15 maggio 2019, n. 13026; Cass. 6 marzo 2019, n. 6552; Cass. 11 settembre 2018, n. 22075; Cass. 27 agosto 2018, n. 21193; Cass. 21 marzo 2018, n. 6989; Cass. 20 marzo 2017, n. 7134; tuttavia in caso di rilievo penale dei fatti addebitati, qualora sia intervenuta la sospensione cautelare del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare, ai fini della sussistenza del predetto requisito della tempestività, la definitiva contestazione può essere differita all'esito dello stesso procedimento penale, così Cass. 24 maggio 2019, n. 14245, nonché Cass. 10 giugno 2016, n. 11985; Cass. 20 giugno 2014, n. 14103 e, a conferma della portata consolidata del principio, Cass. 28 settembre 2006, n. 21032.

¹⁶ In merito alla connessione tra il principio di tempestività e la tutela del diritto di difesa v. Cass. 6 ottobre 2022, n. 29142.

sprudenza ha, infatti, ritenuto che il «valore costituzionale di regole che assicurino il buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) risulterebbe vulnerato da un'interpretazione che lasciasse nel vago il *dies a quo* del procedimento, rimettendolo – in ipotesi – anche a notizie informali o comunque pervenute ad uffici periferici di amministrazioni di grandi dimensioni»¹⁷.

Infine nella direzione della sostanziale obbligatorietà dell'azione disciplinare si pongono sia la previsione che dispone in caso di trasferimento del dipendente l'avvio o la conclusione del procedimento presso l'amministrazione di destinazione (art. 55-*bis*, comma 8, d.lgs. n. 165/2001), sia soprattutto quella, di maggior rilievo ai fini del presente scritto, secondo cui la cessazione del rapporto di lavoro non estingue il procedimento disciplinare qualora per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o sia stata comunque disposta la sospensione cautelare dal servizio, prevedendosi che in tal caso le determinazioni conclusive siano assunte ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro (art. 55-*bis*, comma 9, d.lgs. n. 165/2001). In merito a quest'ultima disposizione, nel primo caso il legislatore si pone nella prospettiva della salvaguardia di interessi collettivi di rilevanza costituzionale e, segnatamente, dell'eventuale preclusione alla possibile partecipazione a successive procedure concorsuali da parte di coloro che sono stati licenziati per motivi disciplinari (cfr. 2, comma 7, d.P.R. n. 487/1994)¹⁸; nel secondo si intende tutelare l'amministrazione sul piano economico e di immagine dalla possibile azione del dipendente già sospeso che a fronte della mancata riattivazione del procedimento disciplinare potrebbe avanzare la legittima richiesta di vedersi corrisposte le differenze economiche tra quanto già percepito durante il periodo di sospensione con l'assegno alimentare e quanto avrebbe percepito se il rapporto non fosse stato sospeso¹⁹.

¹⁷ V. Cass. 15 maggio 2019, n. 13026; v. anche Cass. 14 ottobre 2015, n. 20733; e Cass. 10 agosto 2016, n. 16900.

¹⁸ V. Cass. 9 marzo 2021, n. 6500 secondo cui in tema di pubblico impiego contrattualizzato, nel ricorrere dei presupposti del licenziamento disciplinare, è possibile per la P.A. irrogare la sanzione anche se il rapporto di lavoro sia precedentemente cessato per altre cause, non applicandosi – in ragione dell'interesse pubblico a definire il procedimento disciplinare a tutela dell'immagine dell'amministrazione e per gli ulteriori effetti, anche economici, riconducibili alla condotta imputabile al dipendente – il principio elaborato in riferimento al rapporto di lavoro privato, secondo cui il secondo licenziamento è produttivo di effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente recesso (ovvero altra causa di cessazione del rapporto).

¹⁹ Cass. 5 agosto 2019, n. 20914.

2.3. *Natura privatistica del potere disciplinare e peculiare assetto dei poteri datoriali nel lavoro pubblico contrattualizzato*

I descritti profili di specialità inerenti all'esercizio del potere disciplinare non ne inficiano, tuttavia, la natura privatistica quale esercizio di un potere datoriale volto a sanzionare un comportamento inadempiente del dipendente; la medesima natura privatistica deve essere riconosciuta al procedimento che si svolge davanti all'Ufficio per i procedimenti disciplinari²⁰. Non pare condivisibile la diversa ricostruzione che ne ravvisa una connotazione pubblicistico-organizzativa sul presupposto della funzionalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare al perseguimento di interessi esterni al contratto di lavoro²¹. Il

²⁰ Sulla natura privatistica del potere disciplinare, v. in dottrina, M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 149 s.; A. DIPAOANTONIO, *Il procedimento disciplinare*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, 843; V. BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, I, 507; M. QUARANTA, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 243; M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, 160; in giurisprudenza Cass. 2 marzo 2017, n. 5313 afferma che l'obbligo di motivazione non è quello dei provvedimenti amministrativi ed è assolto dall'amministrazione con l'indicazione del fatto, già oggetto di contestazione che, a giudizio del datore di lavoro, giustifica il recesso; Cass. 18 ottobre 2016, n. 21032 esplicita che il procedimento disciplinare non costituisce un procedimento amministrativo.

²¹ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 34 ss.; sulla rispondenza del potere disciplinare nelle pubbliche amministrazioni alle finalità costituzionali del buon andamento (art. 97 Cost.) e della legalità dell'azione pubblica v. V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017, 62; nel senso di configurare il potere disciplinare come strumento di effettività dei principi costituzionali v. anche R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI, R. DEL PUNTA, M.P. MONACO, *La riforma del lavoro pubblico. Riflessioni a due anni dalla legge Madia*, Franco Angeli, Milano, 2018, 143 ss., sp. 144; v. anche S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 627, il quale rileva che «un'opzione interpretativa nel senso dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare mossa dal dirigente-datore di lavoro determina una diversa proiezione del potere verso interessi diversi e ulteriori rispetto a quelli che si esprimono sul piano dello scambio contrattuale, scandendo una profonda divaricazione rispetto alla giustificazione del potere nel rapporto di lavoro privato»; secondo E. ALES, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 126 le attività disciplinari e quelle di controllo non sarebbero qualificabili in termini di poteri, da esercitarsi all'occorrenza «quanto piuttosto alla stregua di veri e propri obblighi che incombono sui dirigenti in una gestione delle risorse umane interamente funzionalizzata alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto

potere disciplinare, pur nella specialità di disciplina, permane il potere di sanzionare chi non abbia osservato gli obblighi contrattualmente assunti, dettati dalla legge o dal codice di comportamento, fissati nella contrattazione collettiva e recepiti nel contratto individuale. Né in senso contrario può condurre la doverosità d'esercizio poiché l'ordinamento ha previsto anche nel settore privato l'esercizio doveroso del potere disciplinare in una prospettiva di indiretta tutela di interessi collettivi, si pensi, primo fra tutti, a quanto stabilito dalla legge n. 146/1990 in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali.

Nondimeno è indubbio che l'assetto dei poteri datoriali assuma nel settore pubblico una connotazione diversa rispetto al privato. Infatti l'attribuzione al potere disciplinare, al pari di quello di controllo, di uno specifico rilievo finalistico tale da configurarne un sostanziale obbligo di esercizio²², impedisce di poterlo considerare meramente strumentale rispetto a quello direttivo, com'è, invece, nel settore privato. In particolare mentre nel privato in presenza di condotte inadempienti il datore di lavoro possiede anche la «leva» organizzativa qualora sia ritenuta più idonea per la correzione comportamentale, nel settore pubblico la via obbligata è quella dell'esercizio del potere disciplinare. Ciò, in connessione con l'indicazione legislativa di una serie di necessari comportamenti puntuali cui sono tenuti i pubblici dipendenti, dirigenti *in primis*, e con il principio di parità di trattamento (da non confondere con il divieto di non discriminazione) garantito ai pubblici dipendenti²³, e, dunque, nel

così come individuato dagli organi di governo e di vertice»; infine B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della «Riforma Brunetta» (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2010, 257, secondo cui il potere disciplinare si mantiene nell'alveo dei poteri di gestione privatistica del datore di lavoro pubblico pur subendo «una forte tensione nel senso di una sua connotazione pubblicistica e a-contrattuale che arriva sino a determinare l'obbligatorietà per legge del suo esercizio da parte del titolare».

²² Nel settore privato, con riguardo all'esercizio del potere di controllo, la giurisprudenza di legittimità (Cass. 15 marzo 2023, n. 7467) in un contenzioso riferito all'asserita tardività dell'attivazione del procedimento disciplinare ha affermato che il datore di lavoro ha il potere, ma non l'obbligo, di controllare in modo continuo i propri dipendenti, contestando loro immediatamente qualsiasi infrazione al fine di evitarne un possibile aggravamento, atteso che un simile obbligo, non previsto dalla legge né desumibile dai principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., negherebbe in radice il carattere fiduciario del lavoro subordinato, sicché la tempestività della contestazione disciplinare va valutata non in relazione al momento in cui il datore avrebbe potuto accorgersi dell'infrazione ove avesse controllato assiduamente l'operato del dipendente, ma con riguardo all'epoca in cui ne abbia acquisito piena conoscenza.

²³ Secondo la giurisprudenza di legittimità il principio di parità di trattamento contrattuale gravante sul datore di lavoro pubblico, espresso dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva, vietando trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli ivi previsti, ma non costituisce

contempo vincolo gestionale, comporta, come già evidenziato, una compressione degli ambiti di autonomia della dirigenza in palese antitesi con quello che avrebbe dovuto essere uno degli assi portanti della c.d. privatizzazione.

3. *Ipotesi legali di licenziamento: generalità*

Si può ora focalizzare l'attenzione al licenziamento disciplinare, con particolare riguardo alle condotte tipizzate dall'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001. Tale articolo prevede che, ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve le ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, «si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi», ovvero in una serie di condotte specificate nella stessa norma²⁴. Se per le nozioni legali di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo, nonché per il richiamo alle previsioni contenute nei codici disciplinari non si può che rimandare alla consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, una più accurata attenzione meritano sia l'analisi delle ipotesi legali di licenziamento, da svolgere in dialogo costante con la giurisprudenza, sia, ancor prima, l'interpretazione della formula «si applica comunque la sanzione del licenziamento», da cui si intende partire.

3.1. *Tipizzazioni legislative e principio di proporzionalità*

La questione che si è posta fin da subito agli operatori del diritto ha riguardato l'interpretazione della formulazione «si applica comunque». Se l'indiscussa intenzione del legislatore era quella di rendere effettivo l'esercizio del potere disciplinare in presenza di un grave inadempimento del dipendente, era dibattuto se l'ente in presenza delle condotte tipizzate, fermo l'obbligo di attivarsi sul piano disciplinare, avesse la facoltà di optare per l'irrogazione di una sanzione conservativa, anziché espulsiva²⁵. Tra le oppo-

parametro per valutare le eventuali differenziazioni operate in quella sede, non vietando ogni trattamento differenziato nei confronti di singole categorie di lavoratori ma solo quelli contrastanti con specifiche previsioni normative; in questo senso, tra le altre, Cass. 28 marzo 2012, n. 4971, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 122; Cass. 22 marzo 2017, n. 7350; Cass. 4 aprile 2017, n. 8714; Cass. 18 maggio 2018, n. 12334; Cass. 6 marzo 2019, n. 6553; Cass. 21 aprile 2023, n. 10793.

²⁴ Ulteriore ipotesi prevista dal legislatore è quella tipizzata in termini di recesso per giusta causa nel caso di violazione del regime delle incompatibilità (art. 53 d.lgs. n. 165/2001 e art. 1, commi 56-63, legge n. 662/1996).

²⁵ In merito cfr. M. BIASI, *Le sanzioni e i poteri del giudice*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, cit., 760.

ste tesi prospettate in dottrina tra chi riteneva che il legislatore avesse provveduto ad effettuare direttamente il giudizio di proporzionalità, precludendo una diversa valutazione sia all'amministrazione sia al giudice²⁶ e chi, al contrario, escludeva l'esistenza di un automatismo tra l'accertamento del comportamento inadempiente tipizzato dal legislatore e l'applicazione della sanzione espulsiva²⁷, la giurisprudenza (della Cassazione, prima²⁸, confermata dalla Corte costituzionale, poi) ha optato per la seconda soluzione escludendo che «la tipizzazione legale delle fattispecie di licenziamento disciplinare implichi un automatismo refrattario alla verifica giurisdizionale di congruità»²⁹. Una conclusione che si pone in continuità con il divieto di sanzioni disciplinari automatiche (la sanzione espulsiva rappresenterebbe nella sostanza l'effetto diretto e necessario dell'accertamento di un fatto) già in precedenza più volte sancito dalla Corte costituzionale³⁰ e si fonda sull'ulteriore consi-

²⁶ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 134; R. ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, t. III, Jovene, Napoli, 2011, 1633; F. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, 1362. Per una lettura coordinata degli artt. 30, comma 3, della legge n. 183/2010 e 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001 volta a ravvisare la sussistenza di un vincolo del giudice alle tipizzazioni di giusta causa definite dal legislatore v. M. CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle manovre dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 559 ss., nonché C. PISANI, *Le norme del Collegato dirette al giudice del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 550.

²⁷ In dottrina, tra i molti, v. almeno, S. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 615 ss.; V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, 483 s.; R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2011, 663; sulla necessità di una interpretazione costituzionalmente orientata v. F. MARTELLONI, *La responsabilità disciplinare del personale non dirigenziale*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2013, 560 e sia consentito anche A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lav. pubb. amm.*, 2014, 551 ss.

²⁸ Cass. 23 agosto 2016, n. 17259; Cass. 25 agosto 2016, n. 17335; Cass. 25 maggio 2016, n. 10842 riferito ad un dipendente delle poste; Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, cui devono aggiungersi Cass. 19 settembre 2016, n. 18326; Cass. 26 settembre 2016, n. 18858; Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574; Cass. 14 dicembre 2016, n. 25750; Cass. 30 novembre 2017, n. 28798; Cass. 16 aprile 2018, n. 9314; Cass. 5 aprile 2019, n. 9675; Cass. 11 luglio 2019, n. 18699.

²⁹ Così espressamente Corte cost. 23 giugno 2020, n. 123.

³⁰ Cfr. Corte cost. 14 ottobre 1988, n. 971, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 669 ss. con nota di E. GRAGNOLI, *La Corte Costituzionale elimina la destituzione di diritto nel pubblico impiego*;

derazione di carattere generale secondo cui la necessaria proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi è regola valida per tutto il diritto punitivo, nonché sull'esigenza di una lettura coordinata dell'art. 55-*quater* con altre disposizioni dello stesso d.lgs. n. 165/2001, primo fra tutti il comma 2 dell'art. 55 che prevede l'applicabilità al rapporto di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione dell'art. 2106 c.c. e, dunque, del principio di proporzionalità, da accertare secondo l'insegnamento della costante giurisprudenza «in concreto»³¹. La valutazione in concreto del comportamento inadempiente è, dunque, configurato come elemento intrinseco di ragionevolezza della norma in quanto diversamente si addiverrebbe all'illegittima omologazione di situazioni tra loro oggettivamente diverse (si pensi alla falsa modalità di attestazione della presenza in servizio e alla sua possibile varia declinazione fattuale che può variare sia per modalità sia per periodo della non presenza)³². Pertanto, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, la locuzione «si applica comunque» vale solo ad escludere la possibilità per la contrattazione collettiva di prevedere una disciplina migliorativa in relazione alle condotte indicate nell'art. 55-*quater*³³. Pare dunque possibile affermare che l'espressione di cui si discorre racchiuda in sé il significato di una necessaria corrispondenza tra il canone della proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto alla condotta inadempiente.

Esclusa la sussistenza di un automatismo sanzionatorio la norma non può

Corte cost. 27 aprile 1993, n. 197, *Foro.it*, 1994, I, 385; Corte cost. 9 luglio 1996, n. 239; Corte cost. 9 luglio 1999, n. 286.

³¹ V. tra le molte, oltre a quelle già citate alla nota 28, Cass. 27 giugno 2023, n. 18372; Cass. 15 febbraio 2023, n. 4800; Cass. 15 luglio 2022, n. 22376; Cass. 24 maggio 2021, n. 14199; Cass. 13 maggio 2021, n. 12942; Cass. 19 agosto 2020, n. 17321; Cass. 16 luglio 2020, n. 15227; Cass. 1° luglio 2020, n. 13411; Cass. 11 settembre 2018, n. 22075; Cass. 24 agosto 2016, n. 17304.

³² Ciò in quanto, come rilevato in dottrina V. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., 483 s.; R. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., 663] il legislatore può effettuare solo una valutazione generale ed astratta, senza poter prevedere tutte le circostanze che accompagnano la commissione dei fatti suscettibili di costituire infrazioni disciplinari.

³³ Cfr. sempre Corte cost. 23 giugno 2020, n. 123. In dottrina v. M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, cit., 159 s. il quale afferma che la legge «sostituisce il contratto collettivo, non il giudice»; In giurisprudenza sulla qualificazione delle tipizzazioni legislative come ipotesi ulteriori rispetto a quelle individuate dalla contrattazione collettiva le cui clausole difformi vanno sostituite di diritto ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., per le quali compete soltanto al giudice, ex art. 2106 c.c., il giudizio di adeguatezza delle sanzioni v. Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574.

essere considerata una mera «sollecitazione a punire in maniera adeguata»³⁴, come tale volta al superamento di una prassi che vedeva le amministrazioni restie ad attivarsi anche in presenza di comportamenti molto gravi e che il più delle volte agivano solo perché «indotte» da una sentenza penale di condanna. Dalla norma deriva, invece, l'obbligo giuridico dell'amministrazione di attivarsi per sanzionare con il licenziamento i comportamenti riconducibili alle condotte tipizzate. Quello che può fare l'ente, valutate tutte le circostanze del caso concreto, è disporre all'esito del procedimento disciplinare l'irrogazione di una sanzione conservativa in luogo del licenziamento previsto dall'art. 55-*quater*, in una logica che ben recepisce i canoni di proporzionalità e ragionevolezza e, per certi versi, allontana il rischio arbitrari comportamenti di un soggetto che agisce in una posizione *lato sensu* dominante. Con tutta evidenza l'applicazione di una sanzione conservativa deve essere adeguatamente motivata da parte dell'amministrazione in ragione della specifica situazione. Innanzitutto spetta al lavoratore fornire la prova della non gravità della condotta, fornendo all'amministrazione elementi di valutazione in tal senso. Quest'ultima a propria volta, e segnatamente l'Ufficio per i procedimenti disciplinari (come visto organismo titolare del potere di irrogazione della sanzione espulsiva) qualora intenda applicare una sanzione disciplinare diversa dal licenziamento dovrà specificare le ragioni di ordine oggettivo e soggettivo che lo inducono a tale decisione³⁵. Ciò anche al fine di evitare un'eventuale responsabilità per omessa irrogazione del licenziamento, ciò sia sul piano disciplinare, ma ancor più sul piano erariale. Ne deriva sul piano sistematico un'inversione dell'onere probatorio dettato dall'art. 5 della legge n. 604/1966 (norma senza dubbio alcuno applicabile anche al lavoro pubblico ex art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001). Come noto ai sensi del citato articolo 5 è il datore che deve provare la sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo; ed è del pari noto che in base al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità la sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo deve essere valutata avendo riguardo alla portata oggettiva e soggettiva dei fatti addebitati, nonché alle circostanze nelle quali sono stati com-

³⁴ Così F. BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., 1554.

³⁵ Sulla riferibilità del principio di proporzionalità non solo alla valutazione del giudice, ma anche alla decisione dell'amministrazione cfr. U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 251; C. DE MARCO, *Licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio: prevalenza della legge sulla contrattazione collettiva e margini valutativi del giudice*, in *Lav. pubb. amm.*, 2019, 1, 139.

messi ed all'intensità dell'elemento intenzionale³⁶. Dunque, mentre dall'art. 5 si desume un obbligo «in positivo» di dimostrare la gravità della condotta, nel caso delle tipizzazioni legali sarà necessario «in negativo» dimostrare la non proporzionalità della sanzione espulsiva.

3.2. *Le singole ipotesi tipizzate dal legislatore*

Si passa ora all'analisi delle ipotesi tipizzate dall'art. 55-*quater* che indica anche, come sarà riportato a fianco dell'indicazione di ognuna di esse, le condotte che comportano il licenziamento per giusta causa (la norma, in realtà, utilizza la formulazione «senza preavviso»).

I casi indicati dalla norma sono i seguenti.

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*» che costituisce giusta causa di licenziamento.

La previsione contempla due diversi comportamenti illeciti, la «falsa» attestazione di presenza in servizio e la «falsa» certificazione di una malattia (differenziando tra una certificazione non redatta dal medico e una certificazione che, ancorché redatta da un medico, attesta in maniera non veritiera una malattia). Le ipotesi differiscono da quelle della assenza ingiustificata della successiva lett. b) per il maggior disvalore dei comportamenti, astrattamente idonei a giustificare il licenziamento anche in presenza di una singola condotta illecita di allontanamento dal posto di lavoro.

L'importanza delle due fattispecie indicate trova un'indubbia conferma nella considerazione di tali comportamenti illeciti da parte di altre norme del Capo VII del decreto n. 165/2001 dedicato alla materia disciplinare.

Così l'art. 55-*quinquies* prevede per il lavoratore (considerando congiuntamente la falsa attestazione di presenza in servizio e la falsa attestazione della malattia) anche sanzioni penali (la reclusione da uno a cinque anni e la multa da euro 400 ad euro 1.600, con estensione della medesima pena al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto) e risarcitorie (il lavoratore, ferme la responsabilità penale e disciplinare, è obbligato a risarcire il danno patrimoniale pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei

³⁶ Così, da ultimo Cass. 22 marzo 2023, n. 8231; ma v., analogamente, tra le molte, Cass. 7 marzo 2023, n. 6780; Cass. 9 febbraio 2021, n. 3123; Cass. 23 maggio 2019, n. 14063; Cass. 17 marzo 2017, n. 6987; ma già Cass. 13 aprile 2006, n. 8679; Cass. 19 agosto 2003, n. 12161; Cass. 21 maggio 2002, n. 7462; Cass. 23 aprile 2002, n. 5943.

periodi per i quali sia stata accertata la mancata prestazione, nonché il danno all'immagine subiti dall'amministrazione)³⁷. La norma disciplina in via specifica anche le conseguenze del comportamento illecito del medico che abbia falsamente attestato uno stato di malattia (oltre all'ipotesi paradigmatica di malattia inesistente si può pensare all'ipotesi di certificazione medica con data falsa), prevedendo quale effetto della condanna penale o della sentenza di patteggiamento la radiazione dall'albo e 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». Tale disposizione si riferisce, da un lato, al c.d. rilascio di certificazioni mediche a distanza, che non pare presentare problemi interpretativi particolari, e dall'altro lato a dati clinici non oggettivamente constatati che pone problemi con riferimento a talune patologie difficilmente accertabili in maniera «oggettiva»³⁸. In ogni caso le disposizioni sopra richiamate non sanciscono un obbligo per il medico di effettuare una valutazione di incompatibilità della malattia con le mansioni.

In stretta connessione con le disposizioni appena analizzate si pone quella del comma 4 dell'art. 55-*septies* che qualifica come illecito disciplinare l'inservanza degli obblighi di trasmissione telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia e che, se reiterata, la sanziona, con previsione inderogabile dai contratti o accordi collettivi, con il licenzia-

³⁷ Per la giurisprudenza penale, sulla concorrenza del delitto di false attestazioni o certificazioni *ex art. 55-quinquies* del d.lgs. n. 165/2001 con il reato di truffa aggravata v. Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45696 e Cass. pen., sez. III, 3 giugno 2021, n. 29674; sull'assorbimento del delitto di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale resta assorbito nel delitto di false attestazioni o certificazioni v. Cass. pen., sez. V, 11 maggio 2022, n. 22281; sulla circostanza che la falsa attestazione del pubblico dipendente della sua presenza riportata nei cartellini marcatempo e nei fogli di presenza in ufficio non integra falso ideologico in atto pubblico, né la falsità in certificazioni amministrative, v. Cass. pen., sez. II, 11 luglio 2019, n. 38278; sulla riconduzione fra le «altre modalità fraudolente» integranti il delitto di falsa attestazione della presenza in servizio dell'abusiva timbratura del proprio o dell'altrui badge, ovvero della consegna del proprio badge a colleghi per risultare falsamente in servizio o l'utilizzo del tesserino elettronico di altri dipendenti pubblici per attestarne la presenza in ufficio v. Cass. pen., sez. II, 12 settembre 2019, n. 45106, nonché Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 47043 e Cass. pen. sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45698.

³⁸ V. circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica 28 aprile 2010, n. 5 ove si afferma che «l'applicazione della disposizione deve tener conto delle regole della pratica medica, che consentono di formulare diagnosi e prognosi anche per presunzione sulla base di dati riscontrati o semplicemente acquisiti durante la visita».

mento, per i medici lavoratori subordinati, e con la decadenza dalla convenzione, per i medici in rapporto convenzionale. Affinché si configuri l'ipotesi di illecito disciplinare devono ricorrere sia l'elemento oggettivo dell'inservanza all'obbligo di trasmissione, sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e di proporzionalità secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento. Ne deriva che mentre la singola infrazione è sanzionata sul piano disciplinare secondo quanto previsto dalla contrattazione collettiva, la reiterazione, e potrebbe essere anche per una sola volta, comporta l'applicazione della sanzione espulsiva. La circostanza che il legislatore non specifichi se si tratti di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo induce a ritenere che la relativa valutazione sia rimessa alla contrattazione collettiva³⁹.

Tra le due fattispecie indicate dalla lettera a) l'ipotesi della falsa attestazione in servizio, nota all'opinione pubblica come la condotta dei c.d. furbetti del cartellino, è quella rispetto alla quale anche la eco mediatica è stata più rilevante. Il legislatore definisce sul piano sostanziale la fattispecie della condotta illecita e detta sul piano procedimentale una peculiare procedura accelerata di contestazione, con sospensione obbligatoria dal servizio, per il caso di falsa attestazione accertata in flagranza, ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze⁴⁰, poi estesa a tutti «i casi in cui le condotte punibili con il licenziamento sono accertate in flagranza». Le disposizioni sostanziali e procedurali esprimono nella loro necessaria considerazione unitaria l'esigenza di colpire celermente e compiutamente le condotte sanzionabili con il licenziamento⁴¹.

Sul piano procedimentale si prevede così l'immediata sospensione cautelare disposta dal responsabile della struttura ovvero dall'Ufficio per i procedimenti disciplinari qualora ne sia venuto a conoscenza per primo⁴², che com-

³⁹ Cfr. art. 72, comma 10, punto 1, CCNL Area Sanità 2016-18 (ed analogamente l'ipotesi di accordo del 28 settembre 2023) ove si prevede il licenziamento con preavviso per le ipotesi previste dall'art. 55-septies, comma 4.

⁴⁰ Sulle problematiche relative all'utilizzo degli strumenti di videosorveglianza v. C. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., 695; S. MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, 184 s.

⁴¹ In merito a tali disposizioni v. S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, sp. 588 ss.; M. NICOLOSI, *Il licenziamento disciplinare, tra marketing politico e coerenza sistematica*, in *Giur. it.*, 2018, sp. 1022 ss.

⁴² La norma dispone che la misura debba essere motivata ed emessa in via immediata e

porta la privazione dello stipendio, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare secondo le disposizioni legali e contrattuali vigenti, (comma 3-*bis*); l'applicazione di un procedimento disciplinare speciale con termini accelerati (comma 3-*ter*); entro venti giorni dall'avvio del procedimento la denuncia del comportamento illegittimo al pubblico ministero e la segnalazione alla competente Procura regionale della Corte dei Conti per l'adozione delle misure conseguenti (comma 3-*quater*). La Corte costituzionale ha, invece, dichiarato l'illegittimità costituzionale delle previsioni volte a fissare i criteri di liquidazione del danno all'immagine da falsa attestazione della presenza in servizio (tra i quali è compresa anche la rilevanza del fatto per i mezzi di informazione) e a indicare una soglia sanzionatoria inderogabile nel minimo (sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento); e questo per avere il legislatore omesso di tenere in considerazione i criteri direttivi indicati nella legge di delegazione e finalizzati ad assicurare il mero riordino normativo del procedimento disciplinare⁴³.

Sul piano sostanziale la fattispecie della «falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente» deve essere considerata ed analizzata congiuntamente con quanto previsto dal comma 1-*bis* dello stesso art. 55-*quater* secondo cui costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere dal dipendente, anche avvalendosi di terzi, per farlo risultare in servizio o per trarre in inganno l'amministrazione circa il rispetto dell'orario di lavoro⁴⁴. La stessa norma aggiunge che della viola-

comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i soggetti competenti ne vengano a conoscenza; in ogni caso la violazione di detto termine non comporta la decadenza dall'azione disciplinare, né l'inefficacia della sospensione, a condizione che non sia superato il termine complessivo di centoventi giorni per la conclusione del procedimento disciplinare, ovvero non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, fatta, in ogni caso, salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile; in termini critici in merito a tale previsione, con specifico riferimento al suo coordinamento con l'art. 55-*bis*, dello stesso d.lgs. n. 165/2001, v. A. ZILLI, G. PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., sp. 828.

⁴³ V. Corte cost. 10 aprile 2020, n. 61; per la rimessione alla Corte costituzionale v. Corte Conti, sez. giur. Umbria, 9 ottobre 2018, n. 76 che poneva l'accento soprattutto sulla violazione del principio di proporzionalità della sanzione; in dottrina con riguardo alle questioni di legittimità costituzionale v. S.M. CORSO, *Sostanza ed apparenza nel contrasto all'assenteismo fraudolento nei luoghi di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, sp. 90 ss. Sui rapporti tra procedimento per danno erariale e sentenza penale v. Corte cost. 19 luglio 2019, n. 191.

⁴⁴ Sulla natura di questa disposizione, la giurisprudenza di legittimità ne ha escluso la qualificazione come fonte di interpretazione autentica, non avendo, dunque, efficacia retroattiva, ma con finalità chiarificatrice non vincolante per l'interprete, ma orientandolo nella lettura di nor-

zione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva od omissiva la condotta fraudolenta.

Il legislatore con la richiamata disposizione definisce una «fattispecie strutturalmente aperta»⁴⁵ attribuendo all'interprete il compito (non facile) di definirne e di circoscriverne la portata. La norma nell'operare un esplicito riferimento alla fraudolenza («qualunque modalità fraudolenta») parrebbe richiedere non solo l'elemento della falsa attestazione, ma anche quello della volontà del dipendente di ingannare l'amministrazione datore di lavoro. In altri termini sembrerebbe non essere sufficiente ad integrare il comportamento tipizzato la sussistenza della sola alterazione, oppure anche la semplice omissione, richiedendosi anche l'intento del dipendente di far risultare falsamente la propria presenza in servizio, con la coscienza e volontà di tale condotta e con il fine di conseguire un illecito profitto a danno dell'amministrazione⁴⁶. Si ritengono ancora attuali e condivisibili le osservazioni espresse dalla prima dottrina che aveva ben evidenziato come l'eccessiva tipizzazione dell'illecito rischiasse di rendere più complesso il quadro applicativo, anziché semplificarlo, con il rischio di non far rientrare nell'ambito tipizzato comportamenti inadempienti che sarebbero stati già sanzionabili con la massima sanzione espulsiva in applicazione delle nozioni legislative di giusta causa e giustificato motivo⁴⁷.

La giurisprudenza di legittimità ha, tuttavia, privilegiato un'interpretazione in termini oggettivi della locuzione «qualunque modalità fraudolenta» ravvisando la falsa attestazione in una attestazione non conforme al vero, ritenendo irrilevante l'intenzionalità o meno del comportamento sanzionato⁴⁸. Si è così affermato che la registrazione della presenza sia corretta e non falsa «solo se nell'intervallo compreso tra le timbrature in entrata ed in uscita il lavoratore (sia) 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 (sia) presente in ufficio dal momento della timbratura in entrata a quello della timbratura in uscita» precisandosi che la fattispecie disciplinare si realizza «non solo nel caso di alterazione/manomissione del sistema, ma in tutti i

me preesistenti; così Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574; Cass. 14 dicembre 2016, n. 25750; Cass. 9 marzo 2017, n. 6099.

⁴⁵ Così M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, cit., 165.

⁴⁶ In termini critici v. anche M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 154 s.

⁴⁷ S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, cit., 587; U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 254.

⁴⁸ Cass. 6 settembre 2016, n. 17637.

casi in cui la timbratura, o altro sistema di registrazione della presenza in ufficio, miri a far risultare falsamente che il lavoratore (sia) rimasto in ufficio durante l'intervallo temporale compreso tra le timbrature/registrazioni in entrata ed in uscita»⁴⁹. Sono così ricomprese nell'ambito di applicazione della previsione un ventaglio di condotte molto ampio, tutte libere nella forma purché oggettivamente idonee a determinare una fittizia attestazione di presenza. Pertanto, paiono ascrivibili non solo l'omessa timbratura o l'utilizzo del badge da parte di altri dipendenti o l'utilizzo di codici diversi, ma anche, tra le altre, l'alterazione del foglio firma o le false dichiarazioni su partecipazioni a riunioni interne o esterne, ispezioni o attività esterne non effettuate o non con l'orario dichiarato⁵⁰.

Emerge, dunque, come l'assenza di volontà fraudolenta attiene non alla ricostruzione della fattispecie oggettiva, ma alla rilevanza dell'elemento soggettivo ai fini della valutazione di proporzionalità della sanzione espulsiva. In sostanza vi è una presunzione di utilizzo di modalità fraudolente e, conseguentemente della volontà di trarre in inganno l'amministrazione, derivante dal solo fatto della non coincidenza tra quanto oggettivamente risultante dalla documentazione o altra prova e quello che è stato il diverso dispiegarsi dei fatti. Ciò sul presupposto che detta mancata coincidenza indurrebbe in errore l'amministrazione. Si tratta, a parere di chi scrive, di un'opzione interpretativa che unisce due aspetti che devono restare distinti; le ragioni che hanno condotto ad una certa modalità d'azione e il risultato oggettivo che ne consegue. In altri termini non convince l'idea per cui, in ipotesi, il mero allontanamento sia in sé idoneo ad integrare modalità fraudolente rilevanti ai fini del verificarsi della fattispecie perché in questo modo si dà per presupposto ciò che dovrebbe essere dimostrato. Certamente non possono sussistere dubbi di ascrivibilità alla

⁴⁹ Cass. 14 dicembre 2016, n. 25750; in termini v. anche Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574 che attribuisce rilievo alla circostanza di far emergere, in contrasto con il vero, la presenza in servizio del lavoratore; e, di recente, Cass. 20 luglio 2023, n. 21681 ove si afferma che anche l'allontanamento dall'ufficio, non accompagnato dalla necessaria timbratura, integra una modalità fraudolenta, diretta a rappresentare una situazione apparente diversa da quella reale; analogamente Cass. 11 gennaio 2023, n. 569 che ha considerato legittimo il licenziamento disciplinare intimato al dipendente responsabile di allontanamenti dall'ufficio non debitamente attestati, non rilevando in senso contrario la presunta finalità istituzionale dell'assenza (per colloqui di lavoro), né risultando alcuna autorizzazione che attesti l'allontanamento per effettive ragioni di servizio; v. anche Cass. 10 gennaio 2023, n. 398.

⁵⁰ Per citarne alcune cfr. Cass. 1° febbraio 2022, n. 3055 che ha ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare intimato per una falsa attestazione di presenza in servizio, al fine di conseguire uno specifico emolumento legato alla partecipazione a un progetto da svolgersi al di fuori dell'ordinario orario di lavoro.

fattispecie della falsa attestazione per la condotta concretizzatasi nella reiterazione di attestazioni non corrispondenti al vero. Non è revocabile in dubbio che in questi casi la frodolenza (intesa nei termini di non coincidenza tra quanto oggettivamente risultante e effettivo dispiegarsi dei fatti) e la finalità di trarre in inganno l'amministrazione coesistono; del pari anche il giudizio di proporzionalità dovrebbe tener conto proprio della volontà di trarre in inganno l'amministrazione, comportamento idoneo a ledere in maniera irreparabile l'elemento fiduciario anche in assenza della tipizzazione normativa ed applicando la sola nozione legale di giusta causa. Diverso è il caso del dipendente che si allontani dal posto di lavoro senza un permesso scritto e senza aver timbrato l'uscita, ma dopo averne comunque dato notizia al dirigente dell'ufficio. Senza dubbio ci può essere una attestazione non corrispondente al vero, ma difetta una volontà di trarre in inganno l'amministrazione. In tali casi dovrebbe, invero, trattarsi non di un giudizio di proporzionalità, quanto della stessa ascrivibilità della condotta alla fattispecie astratta in assenza della finalità di indurre in errore l'amministrazione e trarne un indebito profitto.

Per quanto concerne, infine, la ripartizione dell'onere della prova, sulla scorta di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità l'amministrazione si potrà limitare a contestare la sola falsa attestazione (nei termini oggettivi indicati della non presenza in servizio allorquando dalla documentazione risulti il contrario) mentre il lavoratore dovrà dimostrare la non imputabilità dell'inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. (per esempio un'esigenza familiare che l'ha costretto ad abbandonare repentinamente il posto di lavoro; un malore improvviso che l'ha portato a recarsi dal medico, ecc. e, dunque, accedendo alla tesi espressa da chi scrive l'assenza di volontà di trarre in inganno l'ente) o, comunque, la mancanza di proporzionalità della sanzione espulsiva.

La norma, come già posto in luce, attribuisce rilievo disciplinare anche ai comportamenti attivi ed omissivi di coloro che abbiano agevolato la condotta fraudolenta di altri. L'utilizzo del termine «agevolare» consente di considerare un ampio arco temporale (prima, durante e dopo la concretizzazione della falsa attestazione) e una serie aperta di comportamenti, non solo commissivi, ma anche omissivi⁵¹. Per i comportamenti attivi non insorgono questioni particolari, attesa la congruità dell'estensione della sanzione espulsiva a coloro che hanno concorso attivamente e, dunque, volontariamente nella realizzazione

⁵¹ Cfr. M. NICOLOSI, *Il licenziamento disciplinare, tra marketing politico e coerenza sistematica*, cit., 1022; R. SANLORENZO, *Il potere disciplinare*, cit., 304; U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 255.

dell'illecito. In merito la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto legittimo il licenziamento di una dipendente pubblica che aveva aiutato una collega ad attestare falsamente la propria presenza in ufficio, strisciando il badge di quest'ultima al suo posto, escludendo la valenza vincolante dell'assoluzione della dipendente nel procedimento penale, peraltro motivata con la particolare tenuità del fatto e non per non averlo commesso⁵². Ed in applicazione del principio di proporzionalità la Suprema Corte ha parimenti ritenuto legittimo il licenziamento intimato al dipendente che abbia fatto risultare falsamente, mediante timbratura del cartellino marcatempo da parte di altri colleghi, la propria presenza in servizio «non incidendo sul giudizio di proporzionalità della sanzione il fatto che l'amministrazione abbia adottato, nei confronti di altri colleghi, cui erano stati mossi addebiti similari, sanzioni di natura conservativa»⁵³. Tuttavia, occorre sottolinearlo, ciò che rileva ai fini della concretizzazione della specifica fattispecie in esame (e ferma la indubbia violazione di altre regole di condotta) non è solo l'aver timbrato un cartellino altrui, ma la circostanza che il soggetto di cui è stato timbrato il cartellino non risultasse effettivamente in servizio. Maggiori criticità si annidano in quei comportamenti omissivi tra cui possono rientrare anche la condotta tollerante del dirigente, la condotta di colui che non eserciti funzioni di controllo o organizzative atte ad impedire il comportamento illegittimo; e questo a prescindere dalla specifica responsabilità prevista per il caso di mancata attivazione del procedimento disciplinare. Si tratta, con tutta evidenza, di condotte omissive che possono essere non volute e, pertanto, di rilievo (solo) colposo e risultate *ex post* idonee ad agevolare la falsa attestazione della presenza di un soggetto terzo. Se è evidente la volontà del legislatore di evitare qualsivoglia comportamento collusivo è tuttavia del pari evidente che l'indistinta omologazione pone problemi di ragionevolezza.

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*», che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

L'elemento di differenziazione rispetto all'ipotesi di cui alla precedente lett. a), e volta a superare le precedenti disposizioni del TU n. 3/1957⁵⁴, attie-

⁵² Cass. 20 febbraio 2023, n. 5194.

⁵³ Cass. 10 gennaio 2019, n. 448; v. anche Cass. 4 novembre 2022, n. 32611 secondo cui la gravità della condotta poteva desumersi dal reiterarsi dell'illecito in molteplici altri giorni, e dalla agevolazione data dalla dipendente ad analoghi illeciti di propri colleghi.

⁵⁴ V. Cass. 10 giugno 2021, n. 16393 ove si afferma che la disposizione dell'art. 127, com-

ne alla minore gravità della falsa attestazione qui prevista; nella sostanza il legislatore nell'ambito della fattispecie più grave della lett. a) ha ritagliato quale diversa, e meno grave, ipotesi quella dell'assenza ingiustificata *tout court* di cui alla lett. b).

All'interprete è, tuttavia, rimessa la valutazione del significato da attribuire alla locuzione «assenza priva di valida giustificazione», atteso che essa si riferisce non solo al caso in cui la giustificazione sia del tutto assente, ma anche al caso in cui, pur presente, sia considerata dall'amministrazione datore di lavoro inidonea a giustificare l'assenza dal servizio. La giurisprudenza di legittimità ha affermato che «l'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio consente l'intimazione della sanzione disciplinare del licenziamento purché non ricorrano elementi che assurgono a 'scriminante' della condotta tenuta dal lavoratore tali da configurare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa»⁵⁵; ed ha ulteriormente precisato che «l'assenza per malattia è priva di rilievo disciplinare non quando è solo 'esistente', né quando è (anche) comunicata ma quando è 'giustificata' nelle forme, inderogabili, previste dall'art. 55-*septies*, comma 1, e pertanto quando sia stata attestata da certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio Sanitario nazionale»⁵⁶. Pertanto la norma sul piano oggettivo 'cristallizza' la gravità della condotta (e, dunque, la sanzione), mentre sul piano soggettivo, consente al datore di lavoro, prima, e al giudice, poi, sulla base delle allegazioni del lavoratore, di non applicare la sanzione espulsiva, nel rispetto del principio di proporzionalità, ferma l'eventuale irrogazione di una

ma 1, lett. c), del d.P.R. n. 3/1957 – che prevede la decadenza dall'impiego per determinate ipotesi di assenza ingiustificata dal servizio quale conseguenza di un comportamento inadempiente e colpevole del dipendente – non è applicabile nel settore del pubblico impiego contrattualizzato, nel cui ambito le predette ipotesi sono destinate ad essere regolate come vicende di rilievo disciplinare, con conseguentemente operatività delle regole procedurali previste nel predetto settore, che non ammette automatismi espulsivi.

⁵⁵ Cass. 19 settembre 2016, n. 18326.

⁵⁶ Cass. 25 agosto 2016, n. 17335 che nell'affermare l'esigenza di una valutazione in concreto ha escluso la legittimità, per difetto del requisito di proporzionalità, del licenziamento disciplinare intimato al lavoratore pubblico per assenza ingiustificata dal lavoro, derivata da uno stato di malattia effettivamente sussistente e comunicata all'amministrazione datrice di lavoro con lieve ritardo; cfr. anche Cass. 21 giugno 2021, n. 17600 che nel caso di specie ha confermato il licenziamento stante la mancata produzione di certificazioni mediche giustificative delle assenze per malattia, certificazioni che peraltro avrebbero dovute essere redatte secondo quanto previsto dall'art. 55-*septies* del d.lgs. n. 165/2001, reputando insufficiente allo scopo la telefonata meramente predittiva delle assenze effettuata dal lavoratore al datore.

diversa sanzione per la mancata comunicazione dell'assenza. Di converso il lavoratore potrebbe comunicare la propria intenzione di non recarsi al lavoro, non recandosi poi effettivamente, senza, tuttavia, che detta comunicazione possa essere considerata *ex se* giustificatrice dell'assenza. Come la mancata comunicazione non può essere considerata elemento di fattispecie dell'ingiustificata dell'assenza, la comunicazione non può essere considerata sua ragione giustificatrice. Una volta poi che l'assenza sia considerata non giustificata, la situazione dovrà essere considerata in concreto per valutare, comunque, la proporzionalità del licenziamento.

Quanto all'impossibilità di recarsi al lavoro e, dunque, alla sua giustificazione, essa è riferibile non solo al caso di malattia, ma ad ogni altra situazione oggettivamente impeditiva. La casistica è varia ed eterogenea, si pensi, ad esempio, ad una situazione familiare improvvisa e grave che implichi la necessità di non abbandonare l'abitazione, o ad un incidente stradale occorso nel tragitto casa-lavoro (in ipotesi, ovviamente, diversa da quella del conseguenziale accesso al pronto soccorso, sussistendo in questa ipotesi una certificazione), in entrambi i casi con contestuale dimenticanza di comunicazione della propria impossibilità o, ancora, all'impossibilità di rientrare da una vacanza all'estero, con mera difficoltà e non impossibilità di comunicazione. Quanto all'assenza per malattia, l'affermazione della Corte di cassazione secondo cui deve ritenersi giustificata nel caso di certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio Sanitario nazionale deve essere letta alla luce dell'obbligo legislativo di attestare la malattia in tali forme nel caso di sua protrazione per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, sì da non potersi in linea di principio escludere una diversa modalità di attestazione qualora non si rientri nelle situazioni definite dalla norma.

c) «*ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio*» che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

La previsione ora in esame si riferisce al rifiuto definitivo del trasferimento e non all'ingiustificato ritardo. La questione è innanzitutto quella di comprendere, in assenza di un esplicito rifiuto, quando il ritardo non giustificato si trasformi in rifiuto. In merito possono senza dubbio essere di aiuto le previsioni contrattuali che individuano una sanzione conservativa per il ritardo fino ad un certo periodo, sì da far «scattare» il rifiuto al superamento di tale termine⁵⁷.

⁵⁷ Cfr. art. 43, comma 4, lett. d), CCNL Funzioni centrali 2019-21 che prevede la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per un massimo di

Né si ritiene che in questo modo si eluda in parte la portata imperativa dell'art. 55-*quater* in ragione della differenza esistente tra ritardo e rifiuto e dell'esigenza di individuare un adeguato bilanciamento tra le due situazioni nel rispetto del principio di proporzionalità.

La norma presenta un'altra rilevante questione interpretativa di indubbio impatto applicativo in quanto pone in relazione l'ingiustificatezza del rifiuto con la sussistenza di motivate esigenze di servizio. Infatti, per concretizzarsi la fattispecie, da un lato, il rifiuto deve essere ingiustificato e, dall'altro lato, l'esercizio del potere datoriale di trasferimento deve essere sorretto da «motivate esigenze di servizio». Ad una prima lettura se ne desume che il rifiuto è giustificato, oltre ai casi in cui il trasferimento del lavoratore sia stato disposto in violazione di diritti del prestatore di lavoro (cfr., ad esempio la previsione dell'art. 33, comma 5, della legge n. 104/1992⁵⁸), anche qualora il trasferimento non sia supportato da motivate esigenze di servizio, la prova della cui sussistenza spetta al datore di lavoro. Senonché quanto appena detto deve essere considerato alla luce della previsione dell'art. 30, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 secondo cui «i dipendenti possono essere trasferiti all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altra amministrazione, in sedi collocate nel territorio dello stesso comune ovvero a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui sono adibiti» non applicandosi in tal caso «il terzo periodo del primo comma dell'art. 2103 del codice civile». Il periodo cui si riferisce la norma è il terzo del comma 1 dell'art. 2103 vigente al momento di introduzione della vigente previsione del secondo comma dell'art. 30 (anno 2014⁵⁹) in base al quale il lavoratore «non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» (oggi comma 8 dell'art. 2103). Una formulazione che nella sostanza pare coincidere con quella di «motivate esigenze di servizio».

dieci giorni nel caso di «ingiustificato ritardo, non superiore a 5 giorni, a trasferirsi nella sede assegnata dai superiori».

⁵⁸ In merito cfr. TAR Lazio, 27 luglio 2023, n. 12799 ove si afferma che l'inciso «ove possibile», previsto dall'art. 33, comma 5 della legge n. 104/1992, deve essere letto nel senso che il trasferimento possa essere negato solo se non sussista una posizione in organico nella sede richiesta o l'Amministrazione altrimenti dimostri, al contempo, che il trasferimento arrechierebbe un vulnus alle proprie esigenze organizzative superiore rispetto a quello arrecato alle esigenze di socializzazione del disabile e sia impossibile provvedere altrimenti per far fronte alle proprie necessità.

⁵⁹ Segnatamente dall'art. 4, comma 1, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114.

La questione che si pone agli interpreti può essere compendiata nei seguenti termini: se nel caso di licenziamento l'assenza di motivate esigenze di servizio sia idonea ad escluderne la legittimità anche per trasferimenti nell'ambito del territorio dello stesso comune o, comunque, entro cinquanta chilometri dalla sede di servizio. In punto di stretto diritto, posta l'immanente esigenza di contemperare, per quanto possibile, esigenze organizzative con interessi personali del prestatore di lavoro, la soluzione più ragionevole, anche alla luce della prevalutazione di proporzionalità operata dal legislatore, è quella che se, da una parte, conduce a ritenere legittimo il trasferimento anche in assenza dei presupposti richiesti dall'art. 2103 per il trasferimento, dall'altra parte, per la legittimità del licenziamento richiede la dimostrazione delle esigenze organizzative. In sostanza, se nell'ambito del comune e dei cinquanta chilometri dalla sede di servizio è rispettata la sola regola dell'equivalenza formale delle mansioni attribuite (*ex art. 52 del d.lgs. n. 165/2001*), l'eventuale rifiuto non potrà condurre al licenziamento ai sensi dell'art. 55-*quater* in assenza di motivate esigenze di servizio. Ciò non toglie che il lavoratore che rifiuti illegittimamente di trasferirsi realizzi un comportamento inadempiente, con inapplicabilità, però, della fattispecie legale di licenziamento, ferma, di converso, l'applicabilità di una sanzione conservativa e laddove il rifiuto si traduca in una grave insubordinazione anche il licenziamento ai sensi dell'art. 2119 c.c. e/o delle disposizioni della contrattazione collettiva⁶⁰.

Tuttavia se dal piano meramente teorico si passa a quello concreto, nel caso di trasferimento appare alquanto difficile non ravvisare le suddette esigenze di servizio, se non nel caso di scuola in cui il lavoratore sia trasferito presso un'altra sede ed ivi sia sostanzialmente svuotato di compiti. Pertanto, ancorché in dottrina sia stata ravvisata nella norma la codificazione del divieto per il lavoratore di opporsi *ex art. 1460 c.c.* all'ordine ritenuto immotivato⁶¹, la disposizione in realtà non pare aggiungere nulla al consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale l'inadempimento datoriale non legittima automaticamente il rifiuto del lavoratore ad eseguire la prestazione lavorativa in

⁶⁰ Cfr. art. 43, comma 9, punto 1, lett. g), del CCNL Funzioni centrali 2019-21 che prevede il licenziamento con preavviso nel caso di «violazione dei doveri e degli obblighi di comportamento non ricompresi specificatamente nelle lettere precedenti di gravità tale, secondo i criteri di cui al comma 1, da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro» e art. 43, comma 9, punto 2, che prevede il licenziamento senza preavviso nel caso di «violazioni intenzionali degli obblighi, non ricomprese specificatamente nelle lettere precedenti, anche nei confronti di terzi, di gravità tale, in relazione ai criteri di cui al comma 1, da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro».

⁶¹ A. ZILLI, G. PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 835.

quanto deve essere esercitato secondo buona fede⁶². In definitiva il giudice dovrà valutare le ragioni che hanno indotto il lavoratore a rifiutare il trasferimento solo successivamente alla valutazione della legittimità del provvedimento datoriale, disponendo la reintegrazione nel solo caso di licenziamento intimato in assenza di motivate esigenze di servizio (situazione, peraltro, come esplicitato assai remota). Peraltro dalla norma in esame non si può in alcun modo ricavare, a pena di inefficacia del trasferimento, un implicito obbligo per l'amministrazione di esplicitare le «motivate esigenze di servizio» contestualmente all'adozione dell'atto di trasferimento, dovendosi diversamente dimostrare la loro sussistenza solo in sede contenziosa a fronte di una specifica eccezione del prestatore di lavoro.

d) «*falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera*» che costituisce giusta causa di licenziamento.

La previsione considera le falsità (ideologica⁶³ o materiale⁶⁴) commesse in due momenti diversi e, conseguentemente, da soggetti che rivestono uno *status* differente: l'instaurazione del rapporto, in cui la persona non riveste ancora la posizione di dipendente dell'amministrazione e la progressione di carriera ove, invece, la riveste già⁶⁵. Molteplici sono le questioni interpretative derivanti dalla norma. Procediamo con ordine.

Innanzitutto per le falsità connesse al momento dell'assunzione si è posto il problema della riconducibilità del comportamento nell'ambito della responsabilità disciplinare per essere la condotta antecedente all'instaurazione del rapporto di lavoro. La falsità indicata nella norma è, infatti, maggiormente evocativa di un presupposto per l'applicazione dell'istituto della decadenza. Il rilievo quale comportamento legittimante un licenziamento disciplinare può, tuttavia, trovare la propria ragione sia nell'avere il rapporto di lavoro avuto un inizio di esecuzione sia con il divieto, più volte affermato dalla Corte costituzio-

⁶² Cfr. Cass. 11 maggio 2018, n. 11408; Cass. 25 giugno 2018, n. 16697; Cass. 23 aprile 2019, n. 11180.

⁶³ Quando l'atto presenta dati che non corrispondono al vero.

⁶⁴ Quando l'atto è stato alterato, ovvero quando un soggetto non autorizzato abbia apportato diverse modifiche, o ancora in presenza di documenti lasciati in bianco e successivamente completati da chi non ha titolo, con l'aggiunta di una serie di dati.

⁶⁵ Differente è l'ipotesi di un licenziamento intimato ad un dipendente pubblico per fatti commessi antecedentemente all'instaurazione del rapporto, ma emersi solo nel corso del rapporto, ritenuti di gravità e di natura tali da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario; in merito v. Cass. 13 dicembre 2022, n. 36461.

nale, di forme di estinzione automatica del rapporto di lavoro e, dunque, con l'esigenza di un accertamento in contraddittorio.

Inoltre la norma impiegando la locuzione «ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera» offre un chiaro dato testuale per escludere che la falsità debba essere necessariamente costituita da un fattore determinante per l'instaurazione del rapporto o per la progressione di carriera. Se «ai fini» indica senza dubbio un elemento finalistico, «in occasione», in sé considerato, comprende qualsiasi falso, anche quello non determinante ai fini dell'assunzione. Dal dato letterale si desume che per la configurabilità del comportamento illecito sia sufficiente il solo accertamento del falso. La fattispecie contemplata è ravvisabile nel caso in cui si renda una mendace autodichiarazione sulla assenza di condanne penale⁶⁶ o venga dichiarato un titolo non posseduto, ancorché irrilevante ai fini della specifica procedura concorsuale, mentre non lo è nel caso opposto, ovvero qualora venga omessa l'indicazione di un titolo, in ipotesi anche utile ai fini della procedura.

Ancora, l'utilizzazione del verbo commettere, oltre ad indicare un comportamento attivo, evoca la sussistenza di una condotta idonea a trarre in inganno l'amministrazione. Ne consegue che nel caso del comportamento tenuto in occasione di una progressione di carriera è forse più facile per il dipendente cercare di dimostrare l'assenza di gravità con riferimento a notizie di cui l'amministrazione di appartenenza era (o avrebbe dovuto essere) già in possesso e, questo, al fine di evitare il licenziamento, con applicazione di una sanzione di tipo conservativo.

Poste le considerazioni di cui sopra, la prima giurisprudenza di legittimità aveva espresso il principio per cui «il comportamento del dipendente pubblico deve essere sanzionato indipendentemente dalla circostanza che la falsità abbia fatto conseguire il posto di lavoro, essendo sufficiente ad integrare la condotta il fatto di avere prodotto la documentazione o la dichiarazione falsa, al fine o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro»⁶⁷. Ed in altra coeva pronuncia, avendo riguardo all'elemento soggettivo della condotta, aveva affermato che «la prova della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento, a carico del datore di lavoro, ha ad oggetto solo la falsità delle attestazioni delle dichiarazioni nella loro oggettività, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare gli elementi che possono giustificare la falsa attestazione, e la sua dipendenza da causa a lui non imputabile, in quanto solo l'autore è

⁶⁶ V. Cass. 15 gennaio 2016, n. 604.

⁶⁷ Cass. 7 giugno 2016, n. 11636.

in grado di provare che la sua condotta è frutto di un incolpevole errore circa il contenuto e la veridicità delle sue dichiarazioni»⁶⁸.

La giurisprudenza ha in seguito precisato il proprio orientamento differenziando tra infedeltà dichiarative ostative all'instaurazione del rapporto ed infedeltà dichiarative non ostative; nel primo caso le falsità comportano la decadenza automatica, mancando un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, mentre nel secondo, una volta instaurato il rapporto, il documento o la dichiarazione falsa comportano il licenziamento in esito al relativo procedimento disciplinare, valutate tutte le circostanze del caso concreto (a prescindere dalla circostanza dell'attribuzione di un punteggio per un utile collocamento in graduatoria tra i vincitori). Si è così affermato che «il determinarsi di falsi documentali [art. 127, lett. d), d.P.R. n. 3/1957⁶⁹] o dichiarazioni non veritiere (art. 75 d.P.R. n. 445/2001⁷⁰) in occasione dell'accesso al pubblico impiego è causa di decadenza, per conseguente nullità del contratto, allorquando tali infedeltà comportino la carenza di un requisito che avrebbe in ogni caso impedito l'instaurazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Nelle altre ipotesi, le produzioni o dichiarazioni false effettuate in occasione o ai fini dell'assunzione possono comportare, una volta instaurato il rapporto, il licenziamento, ai sensi dell'art. 55-*quater*, lett. d), in esito al relativo procedimento disciplinare ed a condizione che, valutate tutte le circostanze del caso concreto, la misura risulti proporzionata rispetto alla gravità dei comportamenti tenuti»⁷¹.

⁶⁸ Cass. 24 agosto 2016, n. 17304 ove si afferma che il datore di lavoro pubblico deve provare la sola falsità, mentre al lavoratore spetta di provare gli elementi che possono giustificare la falsa attestazione e la sua dipendenza da causa a lui non imputabile, dato che solo l'autore è in grado di provare che la sua condotta è frutto di un incolpevole errore circa la veridicità delle sue dichiarazioni; v. anche TAR Sardegna, Cagliari, 25 novembre 2011, n. 1138 secondo cui la presentazione di una dichiarazione falsa in una procedura concorsuale per l'assunzione in ruolo, rappresenta un fatto grave che giustifica il provvedimento di esclusione dal concorso, e ciò a prescindere dall'incidenza della dichiarazione mendace nella valutazione dei titoli, poiché capace di minare in radice il rapporto di lavoro da instaurare, non potendo l'Amministrazione essere tenuta ad utilizzare le prestazioni lavorative di un soggetto che non da affidamento di correttezza e di rispetto delle regole (anche penali).

⁶⁹ La norma prevede che vi sia decadenza dall'impiego «quando sia accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile».

⁷⁰ La norma prevede che la «non veridicità del contenuto» comporti la decadenza del dichiarante «dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

⁷¹ Cass. 11 luglio 2019, n. 18699; analogamente Cass. 8 giugno 2020, n. 10854; Cass. 8 novembre 2021, n. 32574 che ha ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a seguito della

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» che costituisce giusta causa di licenziamento.

Secondo la disposizione la commissione nell'ambiente di lavoro di condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui deve essere reiterata, connotata dalla gravità della condotta, potendo essere rivolta non solo verso altri colleghi e superiori, ma anche nei confronti degli utenti. Gli aspetti della gravità e la reiterazione, meritano alcune riflessioni.

Per quanto concerne il concetto di gravità, non si può che ravvisare l'indeterminatezza della norma, tanto più rilevante in presenza di una tipizzazione legislativa di una condotta tale da comportare il licenziamento. La gravità è riferita a condotte «aggressive», «moleste», «minacciose» o «ingiuriose» o a condotte che in ogni caso (e, dunque, anche se non aggressive, moleste, minacciose o ingiuriose) ledano l'onore e la dignità personale altrui. Ne deriva che il giudizio di gravità deve essere condotto coniugando il contenuto obiettivo del comportamento con la portata soggettiva dello stesso, facendo riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è posto in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti e all'intensità dell'elemento psicologico del dipendente.

Il concetto di reiterazione postula la sussistenza di «almeno» due condotte e solleva alcune rilevanti questioni.

La prima riguarda la distanza tra i comportamenti. Non pare condivisibile la tesi che ne esclude ogni rilievo, sì da riconoscere i presupposti per l'applicabilità della sanzione espulsiva anche dopo la decorrenza di un ampio arco temporale. Si ritiene che, in assenza di una precisa previsione normativa, nonostante l'inapplicabilità al settore pubblico dell'ultimo comma dell'art. 7 dello Statuto secondo cui «non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari, decorsi due anni dalla loro applicazione» (c.d. recidiva), ai fini della reiterazione non si possa comunque superare il periodo biennale, applicando analogicamente l'appena richiamata previsione dello Statuto, peraltro, recepita dai contratti collettivi. Poiché nel caso in esame la recidiva concorre

omessa indicazione di decreto penale di condanna, trattandosi di infedeltà dichiarativa non direttamente ostativa all'instaurazione del rapporto di lavoro e non così grave da giustificare il recesso; così Cass. 27 febbraio 2023, n. 5805 che ha cassato la sentenza impugnata che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento disciplinare, irrogato con riferimento alla falsa autocertificazione del possesso del diploma di specializzazione per insegnanti di sostegno, il quale non era titolo necessario per ottenere i contratti di docenza, senza valutare in concreto la gravità della condotta; per la giurisprudenza di merito, in merito alle diverse ipotesi di decadenza e di licenziamento, v. Trib. Prato 23 novembre 2022, n. 124 e Trib. Parma 21 marzo 2023, n. 10.

ad integrare l'infrazione che comporta l'irrogazione del licenziamento si ritiene che nella contestazione si debba far riferimento alla reiterazione delle condotte illegittime.

La seconda concerne il non dover essere le condotte dello stesso tipo, potendo, ad esempio, concretizzarsi in un caso in una minaccia ed in un altro in una ingiuria; né devono essere rivolte alla stessa persona, potendo in ipotesi essere riferita l'una ad un collega o ad un superiore e l'altra ad un utente, cioè ad un soggetto esterno. Deve, in ogni caso, trattarsi di condotte teleologicamente orientate all'offesa altrui.

La terza, e a parere di chi scrive più rilevante, attiene al rilievo di condotte isolate, come tali non rientranti nell'ambito di applicazione della norma e, ad una prima lettura *a contrario*, punibili solo con sanzione conservativa. L'analisi della questione deve partire dal principio giurisprudenziale secondo cui nel pubblico impiego privatizzato il giudice di merito è vincolato al rispetto della previsione della fonte collettiva che preveda per una certa condotta l'applicazione di una sanzione solo conservativa, salva la sua eventuale nullità per contrasto con l'art. 55-*quater* allorquando per la medesima condotta la cennata previsione normativa indichi la sanzione del licenziamento⁷².

Con riguardo alle condotte in esame la fonte collettiva definisce un articolato e graduato sistema sanzionatorio. La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per un massimo di dieci giorni è prevista nel caso di «atti, comportamenti o molestie, lesivi della dignità della persona» «ove non sussista la gravità e reiterazione delle fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 165/2001»⁷³, nonché di «atti o comportamenti aggressivi ostili e denigratori che assumano forme di violenza morale nei confronti di un altro dipendente, comportamenti minacciosi, ingiuriosi, calunniosi o diffamatori nei confronti di altri dipendenti o degli utenti o di terzi» «ove non sussista la gravità e reiterazione delle fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 165/2001»⁷⁴; nondimeno è prevista la medesima sanzione della sospensione fino a dieci gironi nel caso di «manifestazioni ingiuriose nei confronti dell'amministrazione, salvo che siano espressione della libertà di pensiero, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 300/1970»⁷⁵. La più grave sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi è stabilita per il caso di «atti, compor-

⁷² Così Cass. 16 luglio 2020, n. 15227.

⁷³ Cfr. art. 43, comma 4, lett. g), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

⁷⁴ Cfr. art. 43, comma 4, lett. h), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

⁷⁵ Cfr. art. 43, comma 4, lett. f), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

tamenti o molestie a carattere sessuale ove non sussista la gravità e reiterazione»⁷⁶. Infine la sanzione del licenziamento con preavviso è indicata in caso di «recidiva nel biennio di atti, comportamenti o molestie a carattere sessuale o quando l'atto, il comportamento o la molestia rivestano carattere di particolare gravità»⁷⁷, sempreché il comportamento non sia qualificabile come grave illecito di rilevanza penale per il quale è prevista la sanzione del licenziamento in tronco⁷⁸. Dalla lettura della fonte legislativa e contrattuale deriva, dunque, come anche il singolo grave comportamento possa condurre ai sensi di quanto previsto dalla fonte collettiva al licenziamento, con la differenza (già più volte emersa) relativa all'onere della prova. Nel caso di ipotesi legale si dovrà dimostrare, avendo riguardo alla singola situazione, la non proporzionalità della sanzione espulsiva; nel caso di previsione contrattuale la proporzionalità della sanzione espulsiva.

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» che costituisce giusta causa di licenziamento.

La disposizione considera due ipotesi, l'interdizione perpetua dai pubblici e l'estinzione comunque denominata del rapporto di lavoro.

L'interdizione perpetua dai pubblici, disciplinata dall'art. 28 del codice penale, è, come noto, una pena accessoria che consegue automaticamente alla condanna all'ergastolo, alla condanna alla pena della reclusione per un tempo non inferiore a cinque anni o alla dichiarazione di abitualità o professionalità nel delitto, o di tendenza a delinquere. In questo caso ci si trova, dunque, di fronte ad una impossibilità oggettiva e perpetua di svolgere l'attività lavorativa. Ne consegue l'inutilità del procedimento disciplinare volto al licenziamento, sì da essere sufficiente una mera presa d'atto della vincolante statuizione interdittiva penale. In sostanza dall'interdizione perpetua dai pubblici uffici deriva in via automatica l'estinzione del rapporto di lavoro, ferma la necessità di un atto formale dell'amministrazione che la espliciti. In questo senso si è espressa sia la Corte costituzionale, sia la Corte di Cassazione. La prima ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale proposta nei confronti del primo comma dell'art. 29 del c.p. (che disciplina le ipotesi in cui alla condanna consegue l'interdizione dai pubblici uffici) nella parte in cui, con riguardo al rapporto di lavoro pubblico, ne implica la risoluzione automatica in ragione del carattere perpetuo della misura, ribadendo che la necessaria in-

⁷⁶ Cfr. art. 43, comma 8, lett. c), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

⁷⁷ Cfr. art. 43, comma 9, punto 1, lett. d), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

⁷⁸ Cfr. art. 43, comma 9, punto 2, lett. b), CCNL Funzioni centrali 2019-21.

terposizione del giudizio disciplinare non concerne in generale le pene accessorie di carattere interdittivo, né in particolare l'interdizione dai pubblici uffici⁷⁹. La seconda, riprendendo la Corte costituzionale ha affermato che la risoluzione del rapporto d'impiego costituisce soltanto un effetto indiretto della pena accessoria comminata in perpetuo⁸⁰.

Analogamente l'automatismo espulsivo si giustifica nell'ipotesi di applicazione della pena accessoria dell'estinzione del rapporto *ex art. 32-quinquies* c.p. (da ricondurre alla formulazione «estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro») nel caso di condanna del dipendente pubblico alla reclusione per un tempo non inferiore ai due anni per i reati di cui agli artt. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, comma 1, e 320 c.p.

Un discorso diverso deve essere svolto per l'interdizione temporanea. In merito la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle misure disciplinari espulsive automaticamente correlate dalla legge a tale misura; e ciò in base al principio per cui l'automatismo si giustifica solo quando il contenuto della fattispecie penale sia tale da essere radicalmente incompatibile con la possibile prosecuzione del rapporto di lavoro⁸¹. Ne viene fatto conseguire che il carattere provvisorio della misura, nel determinare solo una temporanea interruzione del rapporto di lavoro, implica la necessità di instaurare il procedimento disciplinare funzionale a verificare se la gravità della condotta sia tale da escludere la possibile prosecuzione del rapporto una volta terminato il periodo di interdizione⁸².

f-bis) «*gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3*» che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

Il legislatore riconduce la sanzione espulsiva alla gravità o alla ripetizione

⁷⁹ Corte cost. 9 luglio 1999, n. 286.

⁸⁰ Cass. 9 luglio 2009, n. 16153; Cass. 17 febbraio 2010, n. 3698; Cass. 5 gennaio 2015, n. 8; analogamente in dottrina U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 261 s. il quale ritiene sia la sola ipotesi in cui sia esclusa una valutazione di proporzionalità da parte del datore di lavoro; G. CALVELLINI, *Pubblico impiego e falsa attestazione della presenza in servizio: il «vaso di Pandora» non può essere chiuso?*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 213; in termini in parte diversi L. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 3 ss. secondo cui occorrerebbe sempre l'espletamento di un procedimento disciplinare sebbene gli esiti finali del procedimento siano scontati.

⁸¹ Corte cost. 15 dicembre 2016, n. 268.

⁸² In questi termini anche G. BERRETTA, *Il licenziamento del dipendente pubblico per ragioni soggettive*, in *Lav. giur.*, 2023, 467.

di violazioni del codice di comportamento, da intendersi sia come quello «generale», sia come quello «specifico» di ente. Come noto, la violazione delle prescrizioni contenute nel codice di comportamento determina molteplici responsabilità in capo al prestatore di lavoro, non solo disciplinare, ma anche civile, amministrativa e contabile e per i dirigenti anche dirigenziale. La norma in questione deve essere letta in connessione con quanto previsto dal comma 3 dell'art. 54 secondo cui «le violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1». Una parte della dottrina ha ritenuto che la presenza delle due norme costituisca «un cortocircuito normativo che deve ritenersi privo di reale portata»⁸³. In realtà la disposizione in esame, introdotta con la novella del 2017 (mentre il comma 3 dell'art. 54 è stato introdotto nella formulazione vigente nel 2012), ha la finalità di rafforzare la portata cogente delle prescrizioni contenute nei codici di comportamento, con un coordinamento senza dubbio perfezionabile, e anche in maniera relativamente semplice, aggiungendo nell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 54 la specificazione «lett. f)». Ciò che occorre sottolineare è che in ogni caso la previsione in questione non può costituire il viatico per ricondurre tra le condotte doverose assistite da sanzione disciplinare quelle direttamente volte alla tutela dell'interesse pubblico, in quanto, come tali, non sono riconducibili ad una dimensione essenzialmente sinallagmatica del rapporto di lavoro⁸⁴.

Il doppio riferimento, alternativo, alla gravità o alla reiterazione (che ovviamente possono pure coesistere) induce ad alcune considerazioni.

Quanto alla gravità, vi è la necessità di individuare dapprima in che cosa si concretizzi l'inadempimento e, poi, di verificare, sul piano oggettivo della condotta attesa e sul piano soggettivo dell'*animus* del soggetto agente, la sussistenza di un disvalore tale da legittimare il licenziamento con preavviso. Un processo logico da cui si trae conferma del fatto che la norma più che definire una tipizzazione legale, pone l'accento sul rilievo delle prescrizioni dei codici di comportamento.

Quanto alla reiterazione essa comporta che vi siano plurime violazioni dei codici di comportamento. Il che può concretizzarsi sia nella violazione di diverse disposizioni, sia nella reiterata violazione della medesima disposizione; ed ancora che tutte le violazioni possano essere contestualmente contestate (fermo ovviamente il termine perentorio di trenta giorni per la contestazione),

⁸³ A. ZILLI, G. PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 839.

⁸⁴ Esprime, invece, questa preoccupazione M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 163.

oppure che una contestazione segua una precedente applicazione di una sanzione conservativa. In quest'ultimo caso il problema che si pone attiene al rapporto che si instaura con l'istituto della recidiva, che nel lavoro pubblico è disciplinato dalla fonte collettiva, nella consapevolezza tuttavia che per costante orientamento giurisprudenziale comportamenti tenuti oltre il biennio possono assumere rilievo confermativo della significatività degli addebiti contestati, ai fini della valutazione della **complessiva gravità** della condotta⁸⁵.

f-ter) «commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'articolo 55-sexies, comma 3» che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

Il legislatore prevede la sanzione del licenziamento nel caso di mancato esercizio e di decadenza dell'azione disciplinare allorché il comportamento sia doloso o gravemente colposo. È di tutta evidenza come la norma, più di altre, sia diretta espressione della sostanziale obbligatorietà dell'azione disciplinare di cui si è diffusamente trattato. L'ambito di applicazione non è limitato ai dipendenti con qualifica dirigenziale, ma è esteso a tutti coloro che rientrano nel novero dei soggetti c.d. responsabili. La differenza tra il dolo e la colpa grave è ravvisabile, alla luce dei principi generali, nella diversa intensità dell'elemento soggettivo e, segnatamente, nella presenza di una precisa coscienza e volontà di porre in essere un comportamento inadempiente nel caso di dolo, in una particolarmente accentuata negligenza (e, per quanto siano invocabili anche imperizia ed imprudenza) nel caso della colpa. Tuttavia, a prescindere da astratte concettualizzazioni teoriche, è indubbia la difficoltà di provare l'elemento soggettivo delle condotte prese a riferimento, ovvero sia l'intenzionalità della condotta punita e più in generale il grado di colpevolezza nel comportamento tenuto, con l'effetto di incrementare condotte difensive⁸⁶.

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» che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

La norma nel sanzionare con il licenziamento la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo

⁸⁵ Cfr. Cass. 12 maggio 2020, n. 8803; Cass. 18 aprile 2019, n. 10853; Cass. 3 novembre 2016, n. 22322; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27104.

⁸⁶ Così anche M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 165 ss.

complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio costituisce un'espletamento del principio secondo cui sulla relazione di proporzionalità influisce, nei termini di un aggravamento della sanzione, la recidiva, vale a dire la circostanza che una certa infrazione sia già stata sanzionata. Nel caso previsto dalla disposizione in esame ciò che assume rilievo è la precedente applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio a prescindere dal «tipo» di violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa che ne ha comportato l'irrogazione. Come chiaro è il periodo preso in considerazione, fissato nel biennio. Un'indicazione temporale sulla quale è del tutto evidente l'influenza esercitata dall'ultimo comma dell'art. 7 dello Statuto secondo cui «non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione». La circostanza che il legislatore si riferisca alla sospensione per un «periodo complessivo superiore a un anno» e non ad un «periodo pari o superiore ad un anno», il fatto che la sanzione della sospensione possa essere disposta, secondo quanto previsto dalla vigente contrattazione collettiva, per un periodo massimo non superiore a sei mesi, nonché l'espressa specificazione che deve trattarsi di una reiterata violazione, inducono a ritenere che il licenziamento possa essere intimato non prima che siano stati irrogati tre provvedimenti di sospensione. Non pare, infatti, coerente con la lettera della norma che il provvedimento sanzionatorio di sospensione si trasformi in provvedimento espulsivo qualora la durata della sospensione prevista dall'ultimo provvedimento, sommata a quella già irrogata, porti al superamento dell'annualità. La locuzione «abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare» porta a ritenere che debba trattarsi di sanzioni già applicate. Resta poi la questione se, fermo il superamento dell'annualità di sospensione, affinché scatti l'applicazione del licenziamento occorra un nuovo inadempimento sanzionabile con una nuova sospensione o anche con altra sanzione conservativa. Pare da preferire la tesi per cui debba trattarsi di una nuova sospensione e non di qualsivoglia altra sanzione conservativa, attesa l'intrinseca irragionevolezza di quest'ultima soluzione, anche avendo riguardo al principio di proporzionalità. Poiché l'applicazione delle precedenti sanzioni disciplinari della sospensione dal lavoro è assunta dal legislatore come criterio di determinazione della sanzione e non quale elemento costitutivo della mancanza addebitata, detti precedenti non devono essere a rigore riportati nella contestazione, ancorché ragioni di opportunità, anche al solo fine di evitare eventuali eccezioni in sede contenziosa, ne consigliano il richiamo.

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» che costituisce giustificato motivo di licenziamento.

L'ipotesi dell'insufficiente rendimento quale conseguenza della reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio costituisce una sistematizzazione dell'ipotesi già in precedenza prevista all'art. 55-*quater*, comma 2, di cui ha, conseguentemente, previsto l'abrogazione [v. art. 15, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 75/2017]⁸⁷.

Innanzitutto la norma afferma come l'insufficiente rendimento deve essere conseguenza di una «reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa». E stabilisce che la valutazione negativa della performance deve essere «costante» («dalla costante valutazione negativa della performance») e, più precisamente, che deve essere tale «per ciascun anno» nell'ultimo triennio e che deve essere «resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-*bis*, del decreto legislativo n. 150 del 2009» e non genericamente ai sensi del d.lgs. n. 150/2009. A sua volta il citato comma 5-*bis* prevede che «La valutazione negativa, come disciplinata nell'ambito del sistema di misurazione e valutazione della performance, rileva ai fini dell'accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell'irrogazione del licenziamento disciplinare ai sensi dell'articolo 55-*quater*, comma 1, lettera f-*quinqüies*), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ove resa a tali fini specifici nel rispetto delle disposizioni del presente decreto».

Sul piano sistematico rileva la collocazione del licenziamento per scarso rendimento nell'ambito delle sanzioni disciplinari «risolvendone (almeno per il lavoro pubblico) la *vexata quaestio* relativa alla natura e, quindi, alla procedura da seguire»⁸⁸. Peraltro la norma riferendosi alla violazione degli obblighi

⁸⁷ La norma previgente disponeva che «Il licenziamento in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54».

⁸⁸ A. ZILLI, G. PICCO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 840 ss. Per il dibattito nel settore privato v. E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in E. GRA-

concernenti la prestazione lavorativa pare rivolgersi primariamente alla mancanza di diligenza e di prudenza, mettendo in secondo piano la mancanza di perizia. Il che se non può portare a ritenere necessaria la prova di una volontà del lavoratore di sottrarsi ai propri obblighi, però, senza dubbio, depotenzia la portata del rilievo oggettivo di un rendimento inferiore alla media. Una soluzione normativa da leggere alla luce del consolidato principio giurisprudenziale elaborato nel settore privato secondo cui «la nozione di ‘scarso rendimento’ è legata ad un inadempimento del lavoratore che abbia carattere notevole e sia a lui imputabile e non piuttosto al dato obiettivo della inidoneità della prestazione al conseguimento degli obiettivi aziendali»⁸⁹.

Come detto, alla violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa si accompagna una necessaria valutazione negativa nell'ultimo triennio. Tre sono le considerazioni in merito. La prima concerne l'assenza di alcuna graduazione in relazione alla portata della valutazione negativa, potendosi, in ipotesi, trattare sia di una lieve, sia di una rilevante valutazione negativa, con soluzione in astratto diversa rispetto a quella espressa dal richiamato orientamento giurisprudenziale relativo al settore privato secondo cui è necessario un notevole scostamento. La seconda, meno sofisticata e più pragmatica, attiene

GNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani, F. Carinci, vol. V, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017, 394; P. ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, nota a Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 694.

⁸⁹ Cass. 27 aprile 2023, n. 11174 ove si afferma che lo scarso rendimento deve consistere in una condotta imputabile al lavoratore la quale, complessivamente valutata e sulla base delle allegazioni e delle prove offerte, manifesti una violazione della diligente collaborazione del dipendente con conseguente sproporzione tra gli obiettivi fissati e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto conto della media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione con conseguente grave inadempimento del lavoratore dei compiti a lui affidati; cfr. anche Cass. 6 aprile 2023, n. 9453; Cass. 14 febbraio 2017, n. 3855; per la giurisprudenza di merito v. App. Milano 26 maggio 2023, n. 577 secondo cui «il datore di lavoro deve provare che il lavoratore, valutando la sua condotta complessiva in un apprezzabile periodo di tempo, abbia conseguito un risultato inferiore alla media delle prestazioni rese dai colleghi con la medesima mansione e che lo scostamento registrato sia notevole, dando luogo ad una enorme sproporzione tra i risultati dei vari dipendenti così confrontati»; analogamente Trib. Roma 4 gennaio 2023, n. 18. In dottrina in termini critici circa l'utilità della giurisprudenza elaborata nel settore privato v. M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 168; M. NICOLOSI, *Modifiche al licenziamento disciplinare e tutele contro il licenziamento illegittimo*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la «Riforma Madia»*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018, 112.

ad un dato di esperienza, ovvero ai limitatissimi casi in cui è stata ravvisata una valutazione negativa per tre anni di seguito, sì da far divenire il periodo triennale un arco temporale in sé troppo ampio per l'effettiva applicazione della norma. La terza attiene alla sovrapposizione tra due momenti valutativi, con oggetto non del tutto coincidente e che, in ipotesi, possono condurre ad una doppia sanzione.

In definitiva la previsione, da un lato, è apprezzabile in quanto esprime il tentativo di recuperare il legame tra elemento soggettivo dell'inadempimento e valutazione della *performance*, dall'altro lato, pare, però, destinata ad una scarsissima applicazione data la difficoltà concreta di coniugare le sue due anime.

4. *Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale*

Anche le disposizioni dell'art. 55-ter del d.lgs. n. 165/2001 nel disciplinare il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale confermano la sostanziale obbligatorietà del primo. Tre sono le indicazioni normative che conducono a tale conclusione.

La prima è quella relativa alla sospensione del procedimento disciplinare avente ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede il giudice penale⁹⁰; una sospensione che è consentita solo in presenza di ben definiti presupposti, ovvero quando si proceda per infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni e unicamente qualora l'accertamento del fatto addebitato al dipendente sia di particolare complessità e all'esito dell'istruttoria l'Ufficio per i procedimenti disciplinari non disponga di elementi

⁹⁰ Secondo Cass. 14 ottobre 2016, n. 20813 e Cass. 26 agosto 2016, n. 17373 l'art. 55-ter riferendosi al procedimento penale e non al processo penale consente di ritenere che tale sospensione sia possibile anche nella fase delle indagini preliminari in quanto con il termine «*procedimento penale*» si intende l'insieme degli atti e delle attività, tra loro funzionalmente collegate per l'accertamento di una *notitia criminis* ed il conseguente giudizio, comprendendo, quindi, sia la fase pre-processuale (che inizia con la trasmissione della *notitia criminis* e l'iscrizione nel registro degli indagati ed è costituita dalle indagini preliminari), sia l'eventuale fase processuale, che si apre solo con l'esercizio dell'azione penale al momento della formulazione del capo di imputazione; secondo App. Milano 3 marzo 2023, n. 175 l'azione sanzionatoria deve essere esercitata anche in pendenza delle indagini compiute dall'autorità giudiziaria, non ostandovi alcuna esigenza di segretezza relativa a queste ultime e sempre salva la facoltà di sospensione del procedimento disciplinare fino al termine di quello penale nei casi di particolare complessità.

sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione⁹¹. Si tratta di una valutazione rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione, rispetto alla quale, in assenza di espressa previsione normativa che la presupponga, non è richiesta l'esplicitazione di una contestuale motivazione, potendosi contestare la decisione di sospensione solo nel caso di una sua palese irrazionalità ed illogicità. Mentre l'originaria formulazione della norma, introdotta nel 2009, prevedeva che, una volta sospeso, il procedimento disciplinare potesse essere riattivato solo all'esito di quello penale, la novella del 2017 ne ha consentito la riattivazione anche prima qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi, sufficienti per concludere il procedimento, ivi incluso un provvedimento giurisdizionale non definitivo⁹² e fatta in ogni caso salva la possibilità di adottare la sospensione o altri provvedimenti cautelari nei confronti del dipendente⁹³. Se già nel 2009 il legislatore aveva rovesciato l'assetto risalente al d.P.R. n 3/1957, confermato nel primo periodo della privatizzazione dalla contrattazione collettiva di comparto (ma non da quella d'area dirigenziale) che aveva disposto la sospensione dell'azione disciplinare in pendenza del

⁹¹ Cfr. Cass. 13 maggio 2019, n. 12662 secondo cui le espressioni «particolare complessità dell'accertamento» e «mancanza di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione» non esprimono né una duplicità di presupposti, né una reale alternatività, concretizzandosi piuttosto in un'endiadi, che, per l'ampiezza valutativa assicurata alla pubblica amministrazione copre ad ampio spettro la facoltà attribuita ad essa di sospendere il procedimento disciplinare ogni qualvolta vi siano comunque incertezze che discrezionalmente consiglino l'attesa degli sviluppi penali; v. anche Cass. 20 febbraio 2023, n. 5194 sulla sospensione come ipotesi eccezionale, nei casi di illeciti di maggiore gravità; analogamente Cass. 5 aprile 2018, n. 8410.

⁹² V. Cass. 29 dicembre 2021, n. 41892 secondo cui nell'ipotesi di riattivazione del procedimento disciplinare in data antecedente alla formazione del giudicato penale, non può operare il termine iniziale di sessanta giorni previsto dal comma 4 dell'art. 55-ter del d.lgs. n. 165/2001, che spiega effetti solo qualora l'amministrazione attenda l'esito definitivo del processo penale, mentre resta operante quello finale indicato dalla stessa disposizione, termine che decorre dalla ripresa del procedimento, ossia dalla data di rinnovo della contestazione; v. anche Cass. 22 novembre 2021, n. 35997 ove si afferma che il dovere di riattivare il procedimento disciplinare all'esito del procedimento penale decorre dal momento in cui è certa la definitività della pronuncia

⁹³ Cfr. art. 64 CCNL Funzioni centrali 2016-18; art. 61 CCNL Funzioni locali 2016-18; art. 15 CCNL Istruzione e Ricerca; art. 68 CCNL Area Sanità; art. 38 CCNL Area Funzioni centrali 2016-18; art. 38 CCNL Area Funzioni locali 2016-18; art. 30 CCNL Area Istruzione e Ricerca; art. 74 CCNL Area sanità; v., in precedenza già artt. 91 e 92 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, relativi rispettivamente alla sospensione cautelare obbligatoria e facoltativa; cfr. anche legge 27 marzo 2001, n. 97 («Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche») con riferimento al trasferimento a seguito di rinvio a giudizio (art. 3) e sospensione a seguito di condanna non definitiva (art. 4).

procedimento penale fino all'esito della decisione giudiziale sul reato, la riforma del 2017 ha rafforzato l'autonomia dei due procedimenti nella prospettiva più volte enunciata della sostanziale obbligatorietà del procedimento disciplinare in una prospettiva anche di tutela dell'interesse pubblico. Del resto una sanzione disciplinare tardiva, ancorché estintiva del rapporto di lavoro, non risponde alle finalità intrinseche del potere disciplinare. Infatti, a tacere i limiti anche temporali della sospensione cautelare, il periodo lavorato in pendenza di un procedimento penale avente ad oggetto gli stessi fatti e comportamenti oggetto del procedimento disciplinare può condurre a due esiti: può portare ad una reiterazione della condotta illecita, con una evidente ulteriore lesione dell'interesse collettivo, o, al contrario, può dimostrarne l'episodicità della condotta, sì da risultare nei fatti eccessiva la sanzione disciplinare del licenziamento.

La seconda è quella concernente il raccordo tra procedimento disciplinare e procedimento penale nel caso di esiti diversi dei due procedimenti e che trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di rispettare il precetto dell'art. 653 c.p.p. secondo cui la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso⁹⁴ e, parallelamente, che la sentenza penale irrevocabile di condanna (ed anche la sentenza di patteggiamento⁹⁵) ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso. In merito è, tuttavia, significativo che il legislatore preveda una riapertura del procedimento disciplinare ad istanza di parte (da proporsi entro il termine di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale e con riapertura con rinnovazione della contestazione entro sessanta giorni dall'istanza) qualora il dipendente sia stato sanzionato in sede disciplinare ed assolto in quella penale perché il fatto addebitato non sussiste o non costituisce illecito penale o il dipendente non l'ha commesso, mentre d'ufficio (entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza da parte della cancelleria del giudice all'amministrazione di appartenenza del dipendente) nel caso op-

⁹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2017, n. 14551 secondo cui Il decreto di archiviazione emesso dal giudice penale non ha autorità di cosa giudicata nel giudizio disciplinare, non essendo equiparabile ad una sentenza definitiva di assoluzione per insussistenza del fatto o per non averlo l'imputato commesso. Peraltro l'assoluzione cui si riferisce la norma è anche quella pronunciata all'esito di riti sommari.

⁹⁵ Cfr. Cass. 19 luglio 2021, n. 20560.

posto di già avvenuta archiviazione del procedimento disciplinare e di successiva condanna in sede penale. Peraltro, mentre nel caso di insussistenza del fatto e di accertamento della non riconducibilità del fatto all'azione del dipendente pare che l'ovvia soluzione non possa che essere quella (con una sorta di automatismo di fatto) della revoca con effetti *ex tunc* della sanzione già applicata, diversamente l'Ufficio per i procedimenti disciplinari ha maggiori spazi di valutazione nei casi di accertamento della sussistenza del fatto e/o della sua commissione da parte del dipendente e nel caso in cui in sede penale sia affermata o viceversa esclusa l'illiceità penale della condotta. Nella prima ipotesi, infatti, spetterà all'Ufficio per i procedimenti disciplinari valutare la gravità della condotta sul piano disciplinare, al fine di individuare la sanzione da applicare, nel rispetto del principio di proporzionalità e delle tipizzazioni definite dalla contrattazione collettiva e dalla legge; nella seconda, ipotesi, è, invece, noto come, sia come l'illiceità penale della condotta non esima da una valutazione di proporzionalità del comportamento sul piano disciplinare (fermi i casi in cui l'estinzione del rapporto di impiego non costituisca una sanzione accessoria ai sensi dell'art. 32-*quinquies* del codice penale), sia come la non ravvisata illiceità penale non possa di per sé escludere un inadempimento contrattuale, attesa la diversa valutazione dei due giudizi⁹⁶.

La terza è quella riguardante la necessaria riapertura del procedimento disciplinare (anche in questo caso entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza da parte della cancelleria del giudice all'amministrazione di appartenenza del dipendente⁹⁷) qualora dalla sentenza irrevocabile di condanna emerga che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare sia tale da comportare la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa. Questa terza ipotesi merita alcune considerazioni specifiche ulteriori alla luce di quanto affermato dalla recente giurisprudenza di legittimità.

Secondo la Suprema Corte «la riapertura del procedimento disciplinare disposta ai sensi dell'art. 55-*ter*, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, non comporta una violazione del principio del '*ne bis in idem*', poiché, qualora non venga sospeso, il procedimento disciplinare resta comunque unitario sin dall'inizio, seppur articolato in due fasi, e termina solo all'esito di quello penale, di talché

⁹⁶ Cfr. Cass. 6 marzo 2023, n. 6660 secondo cui il giudice civile nella valutazione degli elementi istruttori non è vincolato dalla valutazione degli atti che si avuta nel corso del procedimento o del processo penale; v. anche Cass. 1° febbraio 2023, n. 2993; Cass. 12 febbraio 2021, n. 3659; Cass. 26 ottobre 2017, n. 25485.

⁹⁷ Cfr. App. Palermo 21 gennaio 2022, n. 22 ove si afferma che rileva il momento in cui l'Amministrazione venga a conoscenza della sentenza integrale e non già del semplice dispositivo.

la sanzione inflitta nella fase iniziale ha natura provvisoria e non esaurisce il potere della pubblica amministrazione che, dopo il passaggio in giudicato della sentenza penale, in base agli identici fatti storici può infliggere una sanzione diversa e finale, che non si aggiunge alla prima, ma la sostituisce retroattivamente»⁹⁸. In sostanza secondo la Cassazione il doppio presupposto della riapertura è costituito dalla pronuncia in sede penale di una sentenza di condanna in via definitiva e dalla già avvenuta irrogazione di una sanzione differente dal licenziamento per un comportamento inadempiente per il quale siffatta sanzione espulsiva era, al contrario, prevista. Una previsione normativa che si pone in rapporto di specialità con i principi elaborati per il settore privato, ove l'avvenuta irrogazione di una sanzione conservativa per condotte aventi rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare, essendosi già consumato l'esercizio del potere disciplinare⁹⁹. L'indicata specialità per il settore pubblico è conseguenza della peculiare finalizzazione dell'azione della pubblica amministrazione e del connesso principio per cui il datore di lavoro pubblico è tenuto ad avvalersi dei propri poteri disciplinari applicando una sanzione volta a rispettare il principio di uguaglianza in forza del quale infrazioni analoghe devono essere parimenti punite in maniera analoga.

Tre sono i cardini, ovvero gli elementi qualificanti, su cui si fonda la decisione della Cassazione. Il primo è dato dal fatto che il comma 3 dell'art. 55-ter non ricollega il potere di riaprire il procedimento disciplinare alla sopravvenienza di elementi nuovi, ulteriori o comunque diversi da quelli esaminati in sede disciplinare; e questo, a differenza di quanto previsto dal comma 1 dello stesso art. 55-ter che consente la riattivazione del procedimento disciplinare sospeso qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi. Una conclusione che viene ricavata dalla lettera della norma e dalla sua interpretazione teleologica. Sul piano letterale, oltre al già indicato parallelismo tra i commi 1 e 3, è attribuito rilievo al riferimento presente nella norma «al fatto

⁹⁸ Cass. 13 dicembre 2022, n. 36456. Diversamente nel settore privato ove, anche da ultimo, Cass. 16 luglio 2020, n. 15228 ha affermato che in tema di licenziamento, qualora il datore di lavoro abbia esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti, complessivamente considerati, non può esercitare, una seconda volta, per quegli stessi fatti, singolarmente considerati, il detto potere, ormai consumato anche sotto il profilo di una sua diversa valutazione o configurazione giuridica, essendogli consentito soltanto di tener conto delle sanzioni eventualmente applicate, entro il biennio, ai fini della recidiva.

⁹⁹ Nel settore privato cfr. Cass. 23 ottobre 2018, n. 26815; Cass. 30 ottobre 2018, n. 27657; la sola eccezione della reiterazione del potere disciplinare è data dall'annullamento della prima sanzione per ragioni procedurali o formali, v. Cass. 30 luglio 2019, n. 20519.

addebitabile» al dipendente in sede disciplinare, fatto che risulti dalla successiva sentenza definitiva di condanna sanzionabile con il licenziamento. L'utilizzo del singolare, in luogo del plurale, paleserebbe per l'applicabilità della disposizione l'assoluta coincidenza del fatto storico. Una lettura contraria non sarebbe, peraltro, consentita dall'aggettivo «addebitabile» posto che esso non può che riconnettersi al medesimo fatto. Sul piano teleologico è assegnata rilevanza ad un doppio profilo. Innanzitutto alla circostanza che scopo primario della norma è di regolare i rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale in modo da evitare contrasti fra decisioni concernenti la medesima condotta; ne viene fatto conseguire che il presupposto di operatività della disposizione non possa che essere il medesimo fatto addebitabile, sì da risultare logicamente irrilevante l'emersione in sede penale di elementi nuovi, ulteriori o comunque diversi da quelli esaminati in sede disciplinare. In secondo luogo al fatto che ulteriore scopo della norma è di assicurare il corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, non essendo la pubblica amministrazione, a differenza del datore di lavoro privato, del tutto libera nel suo agire, dovendo rispettare il vincolo costituito dall'interesse pubblico, con l'effetto che in presenza di illeciti che siano espressamente puniti necessariamente con il licenziamento senza preavviso l'amministrazione non possa infliggere una sanzione diversa.

Il secondo è costituito dalla rimozione della già irrogata sanzione disciplinare conservativa dall'inizio, con sostituzione ad essa *ex tunc* della sanzione del licenziamento. La determinazione di modifica della sanzione ha effetto *ex tunc* in quanto l'accertamento in sede giurisdizionale dell'illegittimità della condotta inadempiente non può che operare *ex tunc*. La prima sanzione assume, dunque, una valenza «precaria» in relazione al successivo esito del processo penale, potendo divenire definitiva, come essere sostituita dal licenziamento che diventa, quindi, la sanzione finale. In sostanza la sanzione irrogata dall'amministrazione che non si avvalga del potere di sospendere il procedimento disciplinare non esaurisce il correlato potere disciplinare poiché non conclude il procedimento, mentre la sanzione che viene irrogata dopo la sentenza penale passata in giudicato, in base agli identici fatti storici, è quella finale che porta a termine il procedimento.

Il terzo, che rappresenta l'elemento di congiunzione dei primi due, è rappresentato dalla ricostruzione del procedimento in questione come un procedimento unitario, seppur bifasico, presupposto ed effetto della già indicata specialità¹⁰⁰, rispetto al quale non può porsi un problema di duplicazione

¹⁰⁰ Sul concetto di «procedimento unitario, articolato in due fasi» per tutte le ipotesi di raccordo previste dall'art. 55-ter v. Cass. 14 novembre 2018, n. 29376.

dell'esercizio del potere disciplinare e di violazione del *ne bis in idem* in quanto ad essere esercitato è sempre lo stesso potere un'unica volta. Pertanto il procedimento disciplinare finisce all'esito di quello penale e resta unitario fin dall'inizio. La prima sanzione conservativa inflitta dall'amministrazione rientra nella fase iniziale di un procedimento unitario articolato in due fasi, la seconda delle quali, per conseguire un adeguato raccordo tra disciplinare e penale, presuppone il rinnovo della contestazione di addebito, che deve avvenire in ragione dei medesimi fatti storici alla base di quella originaria. La previsione dell'art. 55-ter del d.lgs. n. 165/2001 è da ricondurre tra quelle che il secondo comma dell'art. 2 del medesimo d.lgs. n. 165/2001 indica come le «diverse disposizioni contenute nel presente decreto». Ne consegue che il citato art. 55-ter deve considerarsi «disposizione eccezionale, che introduce un sistema alternativo rispetto a quello privatistico perfettamente giustificato alla luce della particolare finalizzazione dell'azione pubblica e consentito in presenza di situazioni oggetto di specifica previsione normativa»¹⁰¹. Ne deriva che secondo la Suprema Corte il principio del *ne bis in idem* è derogato dall'art. 55-ter per i casi ivi espressamente previsti al fine di adeguare, in ragione delle peculiari esigenze pubblicistiche, l'esito disciplinare, *in melius* o *in peius*, alla statuzione penale¹⁰².

La soluzione espressa dalla Corte di Cassazione si espone ad alcune notazioni critiche.

In primo luogo la norma nel prevedere che il procedimento disciplinare debba essere riaperto per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale configura in realtà un obbligo ad applicare la sanzione del licenziamento in spregio al principio di proporzionalità, contraddicendo il divieto dell'automatismo espulsivo e con una soluzione che se adottata in termini rigorosi pone problemi di conformità rispetto al dettato costituzionale. In senso contrario, ovvero a favore della necessaria applicazione del licenziamento, non possono condurre né il richiamo al corretto esercizio della discrezionalità amministrativa poiché qui si tratta dell'esercizio di un potere datoriale privatistico, né l'esigenza di parità di trattamento di natura privatistica in quanto ogni vicenda presenta degli indubbi elementi di specificità. Ragion per cui riterrei che anche in questo caso l'Ufficio per i procedimenti disciplinari, pur essendo obbligato a riaprire il procedimento disciplinare, possa decidere di non appli-

¹⁰¹ Cass. 13 dicembre 2022, n. 36456; negli stessi termini Cass. 20 dicembre 2022, n. 37322.

¹⁰² V. Cass. 23 settembre 2021, n. 25901, richiamata da Cass. 13 dicembre 2022, n. 36456 e Cass. 20 dicembre 2022, n. 37322.

care la sanzione del licenziamento; come del pari non può essere impedito al giudice del lavoro di operare una valutazione in concreto di proporzionalità.

In secondo luogo, la configurazione del procedimento di raccordo previsto dall'art. 55-ter come un procedimento unitario, seppure bifasico, appare congrua qualora le valutazioni conclusive in sede disciplinare e penale siano difformi. La natura bifasica si lega all'esigenza di garantire nel contempo l'autonomia del procedimento disciplinare e di quello penale e l'applicazione della regola di raccordo dell'art. 653 c.p.p. Il che giustifica anche la deroga del principio generale del *ne bis in idem*. Nel caso in cui, invece, il dipendente sia già stato sanzionato con misura conservativa e si impone la riapertura del procedimento disciplinare per addivenire al licenziamento le giustificazioni alla deroga del principio generale del *ne bis in idem* appaiono ben più flebili. Sono, infatti, messi in discussione, come già detto, sia il principio di proporzionalità, sia l'autonoma valutazione in sede disciplinare e penale. Infatti un piano è costituito dall'accertamento di un fatto e dalla sua «imputabilità» ad un soggetto; altro piano è la rilevanza (o, meglio, il disvalore) sul piano disciplinare e penale.

In terzo luogo si esprime una considerazione in cui il dato giuridico si unisce a valutazioni di carattere gestionale nella prospettiva unificante della salvaguardia dell'interesse pubblico. Nella prospettiva della giurisprudenza di legittimità può ben sussistere un interesse della pubblica amministrazione a sanzionare da subito una condotta prima che il giudice penale si pronunci definitivamente. In astratto l'affermazione appare condivisibile. Senonché ci sono alcune variabili che meritano un'attenta considerazione. Innanzitutto l'applicazione di una sanzione conservativa limita nei fatti l'applicazione di misure cautelari, come la sospensione o il trasferimento, nelle ipotesi previste dalla legge n. 97/2001 e dalla contrattazione collettiva. In secondo luogo l'applicazione della sanzione conservativa comporta che il lavoratore una volta scontata la sanzione (e il pensiero corre alla sanzione della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione poiché qualora sia stata applicata una diversa sanzione non vi è stata alcuna interruzione del rapporto) continui a prestare la propria attività fino al passaggio in giudicato della sentenza penale. Orbene in detto arco temporale possono verificarsi due situazioni: il lavoratore può aver commesso altri gravi inadempimenti, ragion per cui il licenziamento potrebbe già essergli stato irrogato quale loro conseguenza e, qui, è da chiedersi se non avrebbe avuto più senso sospendere (ovviamente sussistendone i presupposti) il procedimento disciplinare con la contestuale sospensione cautelare del dipendente al fine di evitare ulteriori condotte illecite a danno dell'amministrazione; oppure, al contrario, il dipendente potrebbe aver tenuto un comportamento pie-

namente diligente, obbediente e fedele, dimostrando così nei fatti l'episodicità della condotta illecita, sì da obbligare l'amministrazione a privarsi di un dipendente che per anni ha svolto in maniera del tutto adeguata la propria prestazione, magari ottenendo valutazioni sempre positive e finanche progressioni economiche (dati i tempi del processo penale e la cadenza temporale di tali progressioni).

Da ultimo, tre ulteriori brevi notazioni. La prima attiene agli effetti della prestazione lavorativa svolta nel periodo intercorrente tra l'applicazione della sanzione conservativa e il licenziamento, posto che quest'ultimo produce effetti *ex tunc*. In merito, avendo il rapporto avuto regolare esecuzione, si ritiene che per il periodo non coperto dall'eventuale preavviso debba trovare applicazione l'art. 2126 c.c., con soluzione analoga a quella presente per il caso di annullamento della procedura concorsuale¹⁰³. La seconda riguarda l'ipotesi in cui il licenziamento successivamente irrogato sia da qualificare, ai sensi di quanto previsto dalla contrattazione collettiva o dalla legge, per giusta causa. Con tutta evidenza nel caso si realizza un cortocircuito interpretativo per l'incompatibilità ontologica sussistente tra l'essere la giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto e l'aver il dipendente lavorato per molti mesi, se non per anni, tra l'applicazione della sanzione conservativa e il licenziamento. La terza concerne l'eventuale responsabilità dell'Ufficio per i procedimenti disciplinari (o meglio di chi lo compone) per non avere adeguatamente accertato la gravità della condotta, essendo, come visto, il fatto addebitato al medesimo. Si tratta di un'ulteriore esplicitazione della tensione tra celerità del procedimento disciplinare e piena cognizione dei fatti che, con tutta evidenza, non può però andare a discapito di chi compone l'Ufficio per i procedimenti disciplinari, a meno che non ne sia stata provata la grave negligenza nello svolgimento dei propri compiti.

¹⁰³ Cfr. Cass. 17 gennaio 2022, n. 1307 relativo all'annullamento in autotutela di un concorso pubblico per vizi di legittimità con riferimento all'attività lavorativa svolta *medio tempore*; più in generale cfr. Cass. 31 maggio 2023, n. 15364 secondo cui i rapporti di lavoro di fatto devono essere remunerati anche se stipulati in violazione della legge o della contrattazione collettiva; in dottrina v. P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2013, con riguardo al lavoro pubblico sp. 212 ss.; v. anche C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 467 ss.; e E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, sp. 709.

5. La tutela nel caso di licenziamento disciplinare illegittimo

Le specificità del potere disciplinare nel settore pubblico si estendono anche alle tutele previste dal legislatore per il caso di licenziamento illegittimo, applicabili sia al personale del comparto sia alla categoria dirigenziale.

La riforma del 2017 con la novella dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 ha disciplinato la materia, ponendo fine ad una lunga e dibattuta *querelle* interpretativa che vedeva coinvolta la dottrina e la giurisprudenza¹⁰⁴. La questione nasceva dal fatto che la legge n. 92/2012 (c.d. legge Fornero), con cui si novellava l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ai commi 7 e 8 dell'art. 1, affermava rispettivamente che le sue disposizioni «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 d.lgs. n. 165/2001» e che il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, avrebbe individuato e definito, «anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche». Si poneva, dunque, la questione dell'applicabilità o meno ai dipendenti pubblici contrattualizzati del novellato art. 18. In presenza di un panorama dottrinale che contemplava tre diverse posizioni, differenziate tra chi invocava, pur con diverse argomentazioni, la permanente applicabilità del «vecchio» art. 18¹⁰⁵, chi, all'opposto, prediligeva l'applicabilità del «nuovo»

¹⁰⁴ Per la puntuale ricostruzione v. A. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, in A. BOSCATI (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, cit., 901 ss. e V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 221 ss.

¹⁰⁵ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Lav. giur.*, 2013, 27; ID., *Art. 18 Stat. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 247 ss.; ID., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 913 ss.; V. LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 767; A. PILATI, *Un problema in più per il nuovo art. 18 St.Lav.: è applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato?*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 321 ss.; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Cedam, Padova, 2013, 52; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 197 ss.; M. BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostan-*

art. 18¹⁰⁶ e chi, in posizione intermedia, propendeva per l'applicabilità del testo riformato, ma limitatamente alla c.d. tutela reintegratoria forte prevista per il licenziamento nullo¹⁰⁷ e di una giurisprudenza di merito parimenti divisa, ma che pareva privilegiare la tesi della immediata ed integrale applicazione del riformato articolo 18¹⁰⁸, la Suprema Corte di Cassazione nel breve arco di

ziali e questioni controverse, in M. BARBIERI, D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013, 47 ss.; C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci Bari, 2013, 844; P. SORDI, *La Corte di Cassazione afferma l'applicabilità del nuovo art. 18 al pubblico impiego contrattualizzato*, in *giustiziacivile.com*, 12/2015; C. CESTER, *Lavoro pubblico e licenziamento illegittimo davanti alla Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 383; A. VALLEBONA, *Licenziamento dei dipendenti pubblici: tutela reale e indennitaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, II, 143; in termini dubitativi M. MISCIONE, *Il licenziamento e il rito del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 478. Per quanto concerne il regime di stabilità antecedente alla c.d. privatizzazione v. M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, sp. 301 ss.

¹⁰⁶ R. RIVERSO, *Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav. giur.*, 2013, 22; A. TAMPPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 29 ss.; ID., *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Giappichelli, Torino, 2013, 825 ss.; ID., *La Suprema Corte (non) spiega perché il nuovo art. 18 dello Statuto è applicabile anche al lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2015, 510; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, V ed., Giappichelli, Torino, 2012, 16; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013, 227 ss.; R. DEL PUNTA, *Sull'applicazione del nuovo articolo 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 421 ss.; L. CAVALLARO, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 1025; ID., *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 Stat. lav.: «difficile convivenza» o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 176/2013*; ID., *Perché il nuovo art. 18 St. Lav. si applica al pubblico impiego*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 927 ss.; V. RICCHEZZA, *Il decreto legislativo n. 23/2015: ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1010; M. MAGRI, *Sciogliere o recidere il nodo dell'applicabilità dell'art. 18 Stat. lav. al settore pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, sp. 536 ss.

¹⁰⁷ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 6, 1014; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 178/2013*; M. DALLACASA, *Le incompatibilità del pubblico dipendente tra decadenza e licenziamento disciplinare*, in *Lav. giur.*, 2015, 617 ss.; v. anche A. OLIVIERI, *Licenziamento individuale e tutele nel lavoro pubblico dopo la l. n. 92/2012: una passeggiata nel bosco normativo*, in *Lav. pubb. amm.*, 2013, 389 ss.

¹⁰⁸ Così Trib. Perugia, ord., 9 novembre 2012, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 1119; Trib. Peru-

un biennio era riuscita ad esprimere tre soluzioni tra loro diverse. Dapprima (a novembre 2015), nell'affermare l'applicabilità ai pubblici dipendenti del riformato art. 18, aveva, tuttavia, individuato quale unica forma di tutela quella c.d. reintegratoria forte in ragione della qualificazione dell'illegittimo licenziamento come contrario a norme imperative e, dunque, rientrante tra «gli altri casi» di nullità previsti dal comma 1 del riformato art. 18¹⁰⁹; in seguito (a giugno 2016) aveva ribaltato orientamento e sulla scorta di un'articolata motivazione, fondata su argomenti di ordine letterale e logico-sistematico, era giunta all'opposta soluzione della permanente applicabilità per i soli pubblici dipendenti contrattualizzati dell'art. 18 pre-Fornero¹¹⁰; pochi mesi dopo (inizio ottobre 2016), con riferimento ad una vicenda contenziosa relativa ad una dispensa dal servizio a seguito di accertamento medico di inabilità assoluta ad ogni proficuo lavoro (riconducibile al motivo oggettivo di recesso) aveva confermato la sentenza impugnata della Corte di Appello di Milano che aveva risolto il contenzioso applicando il novellato articolo 18¹¹¹; infine neppure una settimana dopo aveva espressamente richiamato la precedente sentenza n. 11868/2016, ritenuta «meritevole di continuità in quanto condivisa», per affermare l'applicabilità del vecchio art. 18, ritenendo, altresì, manifestamente infondata l'asserita incostituzionalità di tale interpretazione per la prevalenza nella disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato dei principi desumibili dall'art. 97 rispetto a quelli dettati dall'art. 41¹¹². In termini generali si deve, altresì, rimarcare come non si sia mai posta la questione relativa all'applicabilità del d.lgs. n. 23/2015 al lavoro pubblico, esclusa sulla scorta di motivazioni di ordine letterale (il legislatore, nel definire l'ambito soggettivo di applicazione, si riferisce a operai, impiegati e quadri, ovvero alle categorie di

gia, composizione collegiale, ord., 15 gennaio 2013, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 1124; Trib. Bari, ord., 14 gennaio 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 410; Trib. S. Maria Capua Vetere, ord., 2 aprile 2013, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1253; Trib. Torino 14 febbraio 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 1478; Trib. Palermo, ord., 17 marzo 2014, in *Foro it.*, 2014, I, 1478; Trib. Pavia 6 novembre 2015, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 247; invece, per l'applicabilità del previgente art. 18 Trib. Roma, ord., 23 gennaio 2013, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1255; Trib. Frosinone, 12 dicembre 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 881; Trib. Venezia 2 dicembre 2014, in *Lav. giur.*, 2015, 609; Trib. Roma 30 settembre 2015, in *Lav. giur.*, 2016, 70; Trib. Roma 1° dicembre 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 370.

¹⁰⁹ Cfr. Cass. 25 novembre 2015, n. 24157.

¹¹⁰ Cfr. Cass. 9 giugno 2016, n. 11868.

¹¹¹ Cfr. Cass. 4 ottobre 2016, n. 19774.

¹¹² Cfr. Cass. 8 ottobre 2016, n. 20056; in seguito negli stessi termini v. Cass. 23 luglio 2018, n. 19520.

prestatori di lavoro definite dall'art. 2095 c.c. per il settore privato, le quali non trovano una precisa corrispondenza nel pubblico impiego) e sistematico (l'incompatibilità del regime dettato dal *Jobs Act* con quanto previsto dal d.lgs. n. 165/2001 per i licenziamenti)¹¹³. Un'esplicita eccezione è stata, tuttavia, prevista per il *whistleblower*, ove il legislatore ha stabilito che in caso di licenziamento nullo, in quanto unicamente motivato dall'intervenuta segnalazione, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (cfr. art. 54-*bis*, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, su cui *infra*).

Quanto alla disciplina vigente, l'articolo 63, comma 2, terzo periodo, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che 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, nonché 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, con condanna del datore di lavoro, per il medesimo periodo, anche al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali¹¹⁴. Una previsione speciale da leggere unitamente al successivo comma 2-*bis* dello stesso art. 63 ove si stabilisce che 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 violato¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt University press, Modena, 2015, 29; in merito sia consentito rinviare anche a A. BOSCATI, *Il campo di applicazione del D. Lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma Jobs act*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2016, 141 ss. cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹¹⁴ In merito giova ricordare come la Suprema Corte (v. Cass. 28 luglio 2017, n. 18836) abbia affermato il principio secondo cui qualora il licenziamento sia intimato per giusta causa, consistente non in un fatto singolo ma in una pluralità di fatti, ciascuno di essi autonomamente costituisce una base idonea per giustificare la sanzione, a meno che colui che ne abbia interesse non provi che solo presi in considerazione congiuntamente, per la loro gravità complessiva, essi sono tali da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro; ne consegue che, salvo questo specifico caso, ove nel giudizio di merito emerga l'infondatezza di uno o più degli addebiti contestati, gli addebiti residui conservano la loro astratta idoneità a giustificare il licenziamento.

¹¹⁵ In generale sul potere di rideterminazione v. M. BIASI, *Le sanzioni e i poteri del giudice*,

Le richiamate previsioni dell'art. 63 sollecitano alcune riflessioni critiche.

Il punto di partenza è che nel settore pubblico l'annullamento o la dichiarazione di nullità del licenziamento comportano sempre (a differenza delle quattro diverse tutele previste nel settore privato per i dipendenti di datori soggetti all'applicazione dell'art. 18 e delle comunque articolate tutele previste dal c.d. Decreto a tutele crescenti) e per tutti i dipendenti (come detto, comparto e dirigenza) la condanna dell'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, nonché al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata, però, non all'ultima retribuzione globale di fatto (come previsto nell'art. 18 dello Statuto), bensì all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (come previsto dal c.d. Decreto a tutele crescenti)¹¹⁶.

Il primo interrogativo da porsi è se l'indicata tutela si applichi anche al licenziamento inefficace in quanto intimato oralmente. Ancorché la questione appaia di scuola, dato che il licenziamento è irrogato all'esito di un procedimento disciplinare gestito dall'Ufficio per i procedimenti disciplinari che formalizzerà la propria decisione secondo quanto previsto dall'art. 55-bis, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001¹¹⁷, dal punto di vista sistematico si ritiene che

cit., 763 s. e, con accento critico, M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, cit., 384 ss.

¹¹⁶ Sulla generalizzazione della tutela reintegratoria V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 232; M. MARTONE, *La riforma della riforma. il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 382; V. LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, cit., 400; M. NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 1016 e 1038; P. SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, Torino, 2018, 90 s.; M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 178; M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, in questa *Rivista*, 2020, 379; S. GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, Torino, 2020, 80; secondo B. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, cit., 70 s. la differenziazione di tutele tra settore pubblico e privato rientra tra quelle inopportune se non addirittura illegittime; ad avviso di A. TAMPIERI, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, in *Lav. pubb. amm.*, 2018, 2, 7, la reintegrazione costituisce un privilegio riconosciuto ai dipendenti pubblici.

¹¹⁷ La norma prevede che «L'ufficio competente per i procedimenti disciplinari conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito».

l'eventuale mancanza di forma scritta comporti l'applicabilità della disciplina di diritto comune¹¹⁸.

5.1. *La reintegrazione generalizzata costituisce una soluzione costituzionalmente necessitata?*

La successiva domanda è se la generalizzata tutela reintegratoria sia una soluzione costituzionalmente necessitata e, in maniera correlata, se tale generalizzazione sia effettivamente funzionale a garantire le finalità del potere disciplinare.

In merito, in senso affermativo rispetto all'essere la reintegrazione generalizzata una soluzione costituzionalmente generalizzata, si è invocato il rispetto dei valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, di cui è corollario il principio dell'accesso per concorso¹¹⁹, vincolanti per entrambe le parti del rapporto, amministrazione e lavoratore¹²⁰. Ed a supporto è stato richiamato quanto affermato dalla Corte costituzionale, ancorché con riguardo ad una norma particolare coinvolgente la dirigenza apicale della sanità¹²¹, secondo cui «forme di riparazione economica (...) in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativo» poiché «un ristoro economico, non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione»¹²². Si è così affermato che «è plausibile sostenere che la reintegrazione costituisca davvero, per i dipendenti pubblici, l'unico paradigma attuativo dei principi

¹¹⁸ In termini diversi V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 236 che sul presupposto della forma scritta quale elemento essenziale dell'atto riconduce la sua mancanza nell'alveo della nullità.

¹¹⁹ Sul rilievo del principio del concorso v. V. LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, cit., 403.

¹²⁰ In particolare S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana*, in *Ist. fed.*, 2021, 2, sp. 332 ss. individua nella tutela reintegratoria il contrappeso necessario dell'assunzione tramite concorso poiché «l'eventuale tutela esclusivamente obbligatoria in caso di licenziamento illegittimo raddoppierebbe il danno per la collettività: privata ingiustamente di un servitore selezionato in base ai suoi meriti, sarebbe costretta anche a sopportarne il danno economico» (qui p. 333).

¹²¹ Per una ricostruzione critica v. V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 225 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹²² Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

evincibili dagli artt. 4 e 35 Cost. in ragione delle concorrenti necessità di assicurare una precondizione essenziale del ‘buon andamento’ ex art. 97, comma 2, Cost., vale a dire la destinazione delle risorse finanziarie disponibili al perseguimento degli scopi istituzionali dell’amministrazione datrice di lavoro e il loro impiego efficiente; e di contenere la spesa pubblica mantenendo l’equilibrio di bilancio ex art. 81 Cost.»¹²³.

In senso contrario si è ritenuto non convincente «un generico richiamo alla presenza dell’interesse generale o, solo parzialmente più specifico, al buon andamento e all’imparzialità, con l’accento sulla interrelazione con il principio del concorso o su un rischioso esborso di denaro imposto dalla tutela obbligatoria»¹²⁴; ed ancora che un rimedio indennitario in caso di illegittimità per vizi procedurali, con recupero della somma elargita nei confronti di chi abbia condotto con colpa grave (o dolo) il procedimento, garantirebbe e tutelerebbe «la posizione dell’amministrazione (e degli utenti) a non dover sopportare il grave costo (economico-organizzativo ma, in taluni casi, anche sociale) del rientro in organico di chi commette gravi illeciti a danno della pubblica amministrativa»¹²⁵.

La questione è senza dubbio complessa e verrà affrontata avendo riguardo ai suoi snodi fondamentali. Innanzitutto a parere di chi scrive non pare sostenibile una soluzione interpretativa che, basandosi sul riferimento alla tutela degli interessi pubblici operato dalla Corte costituzionale, portasse a ritenere costituzionalizzata la tutela reintegratoria per i soli dipendenti pubblici che esercitano pubbliche funzioni, fondata sull’intrinseco legame tra esercizio della funzione e principi di imparzialità e di buon andamento. A parte la difficoltà di circoscrivere e di individuare con precisione chi siano i dipendenti che esercitano pubbliche funzioni, rientrandovi senza dubbio i dirigenti, ma non potendosi escludere *ex se* il personale del comparto inquadrato nelle aree apicali (e, questo, a prescindere dalla delega di funzioni), non sembra revocabile in dubbio che il rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità debba essere riferito «trasversalmente» all’attività di tutti i dipendenti ed anche a quella privatistica in ragione del vincolo di scopo che la contraddistingue. In altri termini non pare condivisibile poter sostenere che la generalizzazione del-

¹²³ Così V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 241.

¹²⁴ A. ZOPPOLI, *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, nel tempo, fecondo*, in *Riv. giur. lav.*, 2020, I, 160.

¹²⁵ S. MAINARDI, *L’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: «vorrei ... ma non posso»*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 691.

la tutela reintegratoria comporti un indebito allargamento della stabilità dalla funzione alla persona. L'esercizio del potere disciplinare costituisce, infatti, la «cerniera tra il contratto di lavoro e gli interessi generali al buon andamento all'azione amministrativa»¹²⁶, dovendosi avere riguardo all'attività complessiva svolta in cui vi è anche l'esercizio della funzione, ma non solo, in una prospettiva che considera complessivamente l'attività¹²⁷. Tuttavia, e si passa così alla seconda osservazione, la necessità di considerare unitariamente tutti i dipendenti non esclude la possibilità (e, anzi al contrario, la auspica) di differenziare la tutela in ragione del tipo di vizio, se sostanziale o procedimentale, avendo riguardo ad un congruo bilanciamento degli interessi che tenga conto delle finalità dell'esercizio del potere disciplinare e delle esigenze di garanzia del dipendente. Se, infatti, nel caso di vizio sostanziale, ovvero in presenza di un difetto di proporzionalità, l'indicata esigenza di contemperamento conduce a ravvisare nella reintegrazione la misura «costituzionalmente» più idonea, anche in relazione al potere riconosciuto al giudice di annullamento della sanzione espulsiva non proporzionata e di rideterminazione con una conservativa, nel caso di vizio procedimentale (*in primis* di violazione dei termini perentori per la contestazione e per la conclusione del procedimento disciplinare o per la riattivazione del procedimento disciplinare all'esito di quello penale) le esigenze di tutela degli interessi collettivi avrebbero dovuto più congruamente condurre alla previsione di una tutela indennitaria, ancorché cospicua, ma non ripristinatoria del rapporto. Si pensi al caso «limite» del comportamento di cui sia stata accertata la gravità sul piano sostanziale, ma il mancato rispetto dei termini procedimentali abbia comportato la reintegrazione per una violazione di pochi giorni. O ancora al caso di una lunga preistruttoria che, pur avendo implicato la violazione dei termini per la contestazione, abbia consentito di accertare la sussistenza di condotte di estrema gravità. In questi casi, qualora il dipendente sia stato posto nelle condizioni di esercitare a pieno il proprio diritto di difesa, la tutela reintegratoria pare costituire un'eccessiva tutela a suo favore e, di converso, un onere troppo gravoso per l'amministrazione. Ed in

¹²⁶ L'espressione è tratta da M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 174.

¹²⁷ Come rileva condivisibilmente A. RICCOBONO, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramenti, estinzione*, dattiloscritto, 2023, della relazione tenuta al Convegno «*Le metamorfosi del lavoro pubblico in trent'anni di riforme (1993-2023)*», Napoli 29-30 novembre 2023, «il focus in questo caso è la tutela dell'interesse pubblico all'imparzialità amministrativa, ma ciò ha comunque assicurato una protezione forte al contraente debole, seppure in via mediata».

ogni caso ci troviamo di fronte ad una tutela reintegratoria che in questi casi è difficile da giustificare se considerata alla luce del principio di diritto vivente secondo cui non è configurabile l'acquiescenza dell'ente pubblico al comportamento disciplinarmente rilevante tenuto dal lavoratore, in quanto, a differenza dell'imprenditore privato, la pubblica amministrazione non può tollerare che rimangano impuniti comportamenti contrari all'interesse pubblico generale¹²⁸. In conclusione si ritiene, dunque, che la generalizzata tutela reintegratoria non sia del tutto funzionale alla piena attuazione delle finalità che il legislatore riconduce all'esercizio del potere disciplinare.

5.2. Il limite massimo delle ventiquattro mensilità alla quantificazione del risarcimento del danno

La seconda questione attiene alla quantificazione del risarcimento del danno, considerata in sé e con riferimento ai tempi processuali.

Innanzitutto, a differenza di quanto stabilito per il settore privato, non è previsto un risarcimento minimo di cinque mensilità, neppure nei casi di nullità o di inefficacia. Ma soprattutto, ed è l'aspetto più significativo, ne è stabilito un limite massimo: il periodo di riferimento per la sua quantificazione è fissato in quello decorrente dal licenziamento all'effettiva reintegrazione, non potendo, però, essere superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto l'eventuale *aliunde perceptum*. Anche nel settore privato nel caso della c.d. reintegrazione debole è previsto (sia dall'art. 18, sia dal Decreto a tutele crescenti) un limite massimo al risarcimento (mentre nella c.d. reintegrazione forte tale limite non vi è) che è inferiore, in quanto limitato alle dodici mensilità, ma per la cui quantificazione si prende a riferimento un differente periodo, ovvero quello dal licenziamento alla pronuncia di condanna alla reintegrazione. Le soluzioni tra pubblico e privato coincidono in relazione alla corresponsione dei contributi previdenziali ed assistenziali per i quali non è previsto alcun massimale. L'individuazione del massimale di ventiquattro mensilità è stato oggetto di critica nella parte in cui non è stato limitato al periodo antecedente alla pronuncia del giudice. Si è, infatti affermato che «un 'massimale' è logicamente concepibile solo per un periodo limitato» in quanto diversamente si «permetterebbe ad una parte l'inadempimento senza fine e senza costi»¹²⁹. E sulla scorta di tale premessa e della mancanza del minimo di cinque mensilità si è sostenu-

¹²⁸ Cfr. Cass. 4 aprile 2017, n. 8722.

¹²⁹ Così M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, cit., 382.

to, con una soluzione condivisa da chi scrive, che «la mancata previsione esplicita o implicita di un trattamento, per il periodo successivo alla sentenza di reintegra, elimina ogni ipotetica ‘legittimazione’ dell’inottemperanza e conferma che per il periodo successivo si ha diritto ad un risarcimento dei danni proprio per inottemperanza dell’ordine del giudice» con la conseguenza che «la restituzione in caso di riforma della sentenza va esclusa a causa della natura risarcitoria del danno, che comunque resta»¹³⁰, non dovendo essere, dunque, restituita nel caso di riforma della sentenza, trovando il proprio titolo nella mancata esecuzione del provvedimento del giudice. Con tutta evidenza, la questione si pone in concreto nel caso di sentenza di reintegrazione pronunciata dopo i ventiquattro mesi dal licenziamento poiché se antecedente il dipendente verrà, di regola, reintegrato, atteso il rischio di dover corrispondere in via definitiva una somma, ancorché di natura risarcitoria, a favore di un lavoratore «inattivo», con conseguente configurabilità di un danno erariale¹³¹.

In ogni caso la misura massima delle ventiquattro mensilità sollecita riflessioni ulteriori se considerata alla luce dei tempi processuali soprattutto nel caso di dichiarazione di nullità del licenziamento (ed anche per quello che si dirà in materia di prescrizione), qualora la reintegrazione sia disposta per la prima volta oltre i ventiquattro mesi¹³². La questione è emersa anche prima dell’abrogazione del c.d. Rito Fornero, data la sua inapplicabilità, a seguito dell’introduzione della tutela reintegratoria disciplinata dall’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, ai contenziosi aventi ad oggetto i licenziamenti nella pubblica amministrazione¹³³. Oggi in presenza di una disposizione del codi-

¹³⁰ Sempre M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, cit., 382. Secondo A. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, cit., 915 il tetto massimo riguarderebbe soltanto il periodo fino alla decisione del giudice.

¹³¹ La giurisprudenza di legittimità (Cass. 17 dicembre 2022, n. 37040) ha affermato che la sentenza dichiarativa di illegittimità del licenziamento ha efficacia immediata per la reintegrazione del lavoratore ed è suscettibile di esecuzione coattiva in quanto l’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 «qualifica la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro quale ‘sanzione unica’ a fronte del licenziamento illegittimo, la cui mancata attuazione configura inadempienza da parte del datore di lavoro pubblico ed inottemperanza all’ordine del giudice». In dottrina sull’impossibilità di percorrere la via del giudizio di ottemperanza v. A. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, cit., 916.

¹³² Si applicano anche al settore pubblico il termine di sessanta giorni per l’impugnazione del licenziamento e quello di centottanta giorni per il deposito del ricorso in giudizio previsti dall’art. 6 della legge n. 604/1966; in giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 30 novembre 2021, n. 37593.

¹³³ L’art. 1, comma 47, della legge n. 92/2012 prevede(va), infatti, che «le disposizioni dei commi da 48 a 68 (ovvero le disposizioni del c.d. Rito Fornero) si applicano alle controversie

ce di rito che si limita a prevedere una «corsia preferenziale» per le controversie in materia di licenziamento, di valenza prettamente organizzativa¹³⁴, il rischio di sfondare il muro dei ventiquattro mesi è parimenti presente. E questo anche nel caso di licenziamenti affetti da nullità assoluta in quanto illeciti o discriminatori (o in quanto intimati a causa di matrimonio, in violazione delle disposizioni a sostegno della maternità e della paternità o, ancora, in quanto ritorsivi)¹³⁵. Dunque, una lunghezza del processo che in prima battuta va potenzialmente a discapito del dipendente licenziato. Tuttavia, a ben vedere, ed in una logica solo in apparenza in parte opposta, i tempi del giudizio sono tali da recare un nocimento anche all'amministrazione, innanzitutto sul piano patrimoniale (potendo essere chiamata a corrispondere una cifra risarcitoria molto elevata, fino alle ventiquattro mensilità), ma anche sul piano organizzativo atteso il diritto del lavoratore reintegrato a rioccupare la posizione che aveva prima del licenziamento, con contestale mutamento di mansioni di chi era stato chiamato a sostituirlo. Il che, con tutta evidenza, ha una diversa ricaduta a seconda che ciò avvenga a distanza di pochi mesi o di un paio d'anni. Di qui l'opportunità di un ripensamento volto a dettare più stringenti termini per lo svolgimento delle cause in materie di licenziamento che potrebbero essere ripresi dall'esperienza del Rito Fornero, eliminando, tuttavia, la doppia fase prevista per il primo grado. E, questo, non solo per il lavoro pubblico, ma anche per quello privato.

aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro». In dottrina cfr. analogamente V. LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, cit., 408; v. anche P. GHINOY, *L'art. 18 Stat. lav. e il lavoro pubblico*, in AA.VV. *Lavoro pubblico*, cit., 343; M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, cit., 387 il quale ricava tale conclusione anche dal fatto che in base all'art. 63 la reintegrazione è disposta con sentenza, mentre nella prima fase del rito Fornero il giudice decideva con ordinanza.

¹³⁴ Cfr. art. 441-bis c.p.c. secondo cui «La trattazione e la decisione delle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei licenziamenti nelle quali è proposta domanda di reintegrazione nel posto di lavoro hanno carattere prioritario rispetto alle altre pendenti sul ruolo del giudice, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto», con possibile riduzione dei termini processuali e riserva di particolari giorni, anche ravvicinati, nel calendario delle udienze.

¹³⁵ In generale sui vizi che comportano la nullità, anche con riferimento a quelli procedurali, v. V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 235 ss.

5.3. *Revoca del licenziamento ed opzione per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*

La terza questione attiene a due rilevanti profili di specialità rispetto al privato.

Il primo riguarda l'inapplicabilità della regola contenuta nell'art. 18 dello Statuto e nell'art. 5 del c.d. Decreto a tutele crescenti che consente al datore di lavoro di revocare il licenziamento entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione di impugnazione del licenziamento, con conseguente ripristino senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro e con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, non trovando applicazione i regimi sanzionatori previsti per il licenziamento illegittimo. L'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 si pone come disciplina speciale autosufficiente, ragion per cui non risultano applicabili le cennate disposizioni del settore privato, ferma la possibilità per l'amministrazione di revocare il licenziamento prima che la comunicazione della sua irrogazione giunga al lavoratore.

Il secondo concerne l'impossibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione¹³⁶, con alcune problematicità per la dirigenza derivanti dalle previsioni della fonte collettiva. In linea generale l'impossibilità di optare per l'indennità sostitutiva deriva dall'indicata autosufficienza e specialità dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001. Per la dirigenza, tuttavia, la contrattazione collettiva prevede la possibilità per l'amministrazione o per il dirigente di proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione, il pagamento di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità¹³⁷. Un'indennità che è automaticamente aumentata, ove l'età del dirigente sia compresa fra i quarantasei e i cinquantasei anni, secondo misure predeterminate dal contratto collettivo e variabili a seconda dell'età. Il testo contrattuale riconosce, dunque, la corresponsione, su accordo delle parti, dell'indennità risarcitoria come alternativa alla reintegrazione. Tuttavia una notazione sorge spontanea e difficilmente contestabile: mi pare che la disposizione negoziale si ponga in contrasto con quanto previsto dalla legge, con le conseguenze desumibili dall'ap-

¹³⁶ Così, tra gli altri, V. PINTO, *La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali*, cit., 234; A. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, cit., 914, cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹³⁷ Cfr. art. 41 CCNL Area Funzioni centrali 2016-18; art. 41 CCNL Area Funzioni locali 2016-18; art. 33 CCNL Area Istruzione e Ricerca; art. 77 CCNL Area Sanità.

plicazione della previsione generale dell'art. 2, comma 2, primo periodo del d.lgs. n. 165/2001, nonché di quella specifica in materia disciplinare dettata dall'art. 55, comma 1, sempre del d.lgs. n. 165/2001. In senso contrario non possono condurre né la previsione secondo cui il dirigente che accetti l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione non può successivamente adire l'autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione (sì da far pensare con un abile *escamotage* lessicale che si tratti di un accordo definito prima della sentenza), né il divieto per l'amministrazione, in caso di pagamento dell'indennità supplementare, di assumere un altro dirigente nel posto precedentemente coperto dal dirigente cessato, per un periodo corrispondente al numero di mensilità riconosciute (che solo in apparenza non comporta un aumento della spesa, dato che la somma viene corrisposta in assenza di controprestazione e, dunque, un aggravio di costo per l'amministrazione sussiste). In particolare la tesi dottrinale che ravvisa nelle previsioni contrattuali la definizione anticipata dei limiti di una possibile conciliazione in quanto «la reintegrazione come 'sanzione unica' non esclude che in via conciliativa si possano trovare soluzioni diverse» poiché «la reintegrazione non può essere 'imposta' anche al lavoratore che preferisca altre soluzioni, in base al principio innanzitutto di libertà personale»¹³⁸, pare in antitesi con quanto affermato dagli stessi contratti collettivi. Essi, infatti, prevedono – si riporta il testo nella sua formulazione completa – che «Il dirigente che abbia accettato l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione, per un periodo pari ai mesi cui è correlata la determinazione dell'indennità supplementare e con decorrenza dalla sentenza definitiva che ha dichiarato la nullità o l'annullabilità del licenziamento, può avvalersi della disciplina di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001» e che «Qualora si realizzi il trasferimento ad altra Azienda o Ente, il dirigente ha diritto ad un numero di mensilità pari al solo periodo non lavorato»¹³⁹. Con tutta evidenza la previsione negoziale nel riconoscere la possibilità di avvalersi della disciplina del passaggio diretto si riferisce nel contempo ad un dirigente che abbia accettato l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione e alla presenza di una sentenza definitiva che abbia dichiarato la nullità o l'annullabilità del licenziamento. Dal che si desume che l'indennità supplementare non sia il frutto di una conciliazione volta a evitare il contenzioso perché se così fosse risulta di difficile comprensione il riferimento ad una sentenza che

¹³⁸ M. MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, cit., 384.

¹³⁹ Cfr. art. 41 CCNL Area Funzioni centrali 2016-18; art. 41 CCNL Area Funzioni locali 2016-18; art. 33 CCNL Area Istruzione e Ricerca; art. 77 CCNL Area Sanità.

dichiarati la nullità o l'annullabilità del licenziamento. Né pare possibile leggere la previsione contrattuale nel senso di ritenere che con la corresponsione dell'indennità supplementare il dipendente abdichi alla corresponsione del risarcimento del danno previsto dalla fonte legislativa. Ciò in quanto l'indennità supplementare, per espressa formulazione negoziale, è sostitutiva della reintegrazione e non anche di altro.

5.4. *Rideterminazione da parte del giudice della sanzione disciplinare annullata per difetto di proporzionalità*

La quarta questione si riferisce alla portata del comma 2-*bis* dell'art. 63 che consente al giudice che annulli la sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità di rideterminarla sostituendo la propria valutazione a quella del titolare del potere¹⁴⁰. La legge è, dunque, esplicita nell'attribuire al giudice tale potere e, a differenza del privato¹⁴¹, a prescindere da un'istanza di parte¹⁴², definendone anche i parametri di esercizio in cui si coniugano la tutela dell'interesse del dipendente («gravità del comportamento») e della collettività («specifico interesse pubblico violato»). La finalità della norma è, infatti, quella di consentire l'irrogazione di una sanzione nei confronti del dipendente inadempiente in conformità alla logica ispiratrice dell'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico¹⁴³. Non è revocabile in dubbio che la norma si

¹⁴⁰ Sul potere di rideterminazione riferito a tutte le sanzioni v. anche A. TAMPIERI, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, cit., 15; nel senso di una possibile *reformatio* bilaterale, sfavorevole al lavoratore e a beneficio dell'amministrazione M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 176; in senso condivisibilmente contrario nel senso della sola *reformatio in melius*, anche alla luce del parere reso dal Consiglio di Stato sulla bozza del decreto delegato, A. SARTORI, *La tutela applicabile in caso di licenziamento illegittimo*, cit., 918.

¹⁴¹ Nel settore privato la giurisprudenza, nel silenzio della legge, è divisa in merito all'esistenza di un potere sostitutivo del giudice: ammesso da un orientamento solo nel caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista unicamente nella riconduzione della sanzione entro tale limite (Cass. 29 ottobre 2015, n. 22150) e consentito, più ampiamente, da un diverso orientamento anche qualora sia lo stesso datore di lavoro ad avanzare la richiesta di applicazione di una sanzione inferiore per l'ipotesi di annullamento di quella più grave irrogata (Cass. 11 febbraio 2019, n. 3896; Cass. 13 aprile 2007, n. 8910; negli stessi termini per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 22 febbraio 2022, n. 1743; Trib. Roma 20 maggio 2020, n. 2555).

¹⁴² Così M. MARINELLI, *La revisione del procedimento disciplinare*, in A. GARILLI, A. RICCOBONO, C. DE MARCO, A. BELLAVISTA, M. MARINELLI, M. NICOLOSI, A. GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la «Riforma Madia»*, cit., 90.

¹⁴³ Secondo V. LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela*

applichi anche al caso di annullamento del licenziamento in caso di accertato difetto di proporzionalità (e non solo nel caso di annullamento di sanzioni conservative) proprio perché, diversamente, rischierebbero di restare impunte le condotte più gravi, con una soluzione che appare *ex se* intrinsecamente irrazionale rispetto all'affermata sostanziale doverosità dell'azione disciplinare a protezione di più generali interessi collettivi¹⁴⁴. Occorre, invece, chiedersi se la medesima rideterminazione vi possa essere anche nel caso in cui il giudice dichiari la nullità del licenziamento per essere illecito, discriminatorio o per l'aver violato specifiche disposizioni assistite dalla garanzia della nullità degli atti contrari alle prescrizioni in esse contenute. Ad un dato letterale che propende per la soluzione negativa (la norma si riferisce all'annullamento e non anche alla dichiarazione di nullità) si affianca il dato logico-sistematico che conduce alla medesima conclusione. La nullità del licenziamento, infatti, nelle ipotesi indicate è ravvisabile qualora la decisione datoriale sia connotata da un particolare disvalore, non assumendo rilievo diretto una valutazione di proporzionalità della condotta del dipendente. Ciò che viene valutato non è il comportamento del dipendente, bensì quello del datore di lavoro. Ed in questa logica l'atto o è nullo o è valido, a prescindere da qualsivoglia valutazione di proporzionalità. Si ritiene, altresì, coerente che non vi possa essere una rideeterminazione in caso di accertata illegittimità del licenziamento per vizio procedimentale poiché in questo caso il mancato rispetto delle regole procedurali è neutro rispetto al principio di proporzionalità.

Il potere del giudice di agire *ex officio* non esclude, tuttavia, l'opportunità per l'amministrazione convenuta di richiedere in via subordinata in sede giudiziale l'applicazione di una sanzione conservativa per il caso di eventuale an-

reintegratoria «universale», in M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 409 si tratterebbe di un intervento ispirato ai principi di economia, anche processuale; in termini diversi M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 174 scorge un'esigenza più ampia di ordine metodologico e di correzione dell'apparato sanzionatorio predisposto.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. 18 aprile 2023, n. 10236 secondo cui «la tesi che esclude la doverosità della rideterminazione finisce per attribuire al giudice una discrezionalità assoluta, discrezionalità che renderebbe la norma priva di ragionevolezza, oltre che contrastante con la dichiarata necessità di valorizzare e tutelare gli interessi pubblici coinvolti dall'illecito»; in dottrina in senso diverso v. in senso diverso, L. PAOLUCCI, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego aspetti procedurali alla luce del d.lgs. n. 75 del 2017*, in *Lav. pubb. amm.*, 2018, 3, 155 secondo cui una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione, unitamente al principio dispositivo, avrebbe dovuto condurre a subordinare la possibile rideterminazione alla sussistenza di un'istanza datoriale.

nullamento dell'irrogato licenziamento disciplinare, portando argomentazioni e documentazione a supporto. Il giudice assume, infatti, la propria decisione sulla base della documentazione prodotta in giudizio e delle prospettazioni avanzate dalle parti. Di qui l'indubbia utilità di tenere un comportamento processuale attivo, ovvero di indicare negli atti del giudizio tutti gli elementi che consentano al giudice di valutare a pieno l'inadempimento contestato ¹⁴⁵.

5.5. Decorrenza della prescrizione dei diritti di credito del lavoratore: la discutibile differenza tra settore pubblico e privato

La quinta questione è relativa alla decorrenza della prescrizione dei diritti di credito del lavoratore, segnatamente se la tutela prevista dall'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 per il licenziamento illegittimo sia idonea a farla decorrere nel corso del rapporto di lavoro ¹⁴⁶. La problematica è articolata e complessa e l'interprete nelle proprie riflessioni non può che confrontarsi con quanto affermato dalla Corte costituzionale e dalla Corte di Cassazione.

La prima nel lontano 1966, allorquando nel settore privato era vigente un regime legale di libera recedibilità, aveva escluso per i dipendenti ivi occupati, e a differenza di quelli del settore pubblico, la decorrenza della prescrizione «durante il rapporto di lavoro», in quanto impiegati «in un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico». Secondo la Corte «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» ¹⁴⁷. Una situazione di soggezione che, come la Corte avrà modo di ribadire dopo pochi anni (nel 1969), non ricorreva nei rapporti di pubblico impiego, anche di carattere temporaneo, in ragione della loro «particolare forza di resistenza» «data da una disciplina che normalmente assicura la stabilità del rapporto o delle garanzie di rimedi giurisdizionali contro l'illegittima risoluzione di esso» e che escluderebbe «che il timore del licenziamento possa indurre

¹⁴⁵ Analogamente M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, cit., 176.

¹⁴⁶ Con riguardo alla prescrizione, limitandoci ai lavori monografici, v. A. MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983; S. CENTOFANTI, *Prescrizione e lavoro subordinato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1987; F. M. PUTATURO DONATI, *Decadenza e posizione del lavoratore*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018; A. PRETEROTI, *La disciplina della decadenza nel rapporto di lavoro. Limiti all'esercizio dei diritti del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2019; e con specifico riferimento al licenziamento R. VIANELLO, *Impugnazione del licenziamento e decadenza*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018.

¹⁴⁷ Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63.

l'impiegato a rinunciare ai propri diritti»¹⁴⁸. L'inapplicabilità del principio dell'imprescrittibilità temporanea in costanza di rapporto di lavoro pubblico è stata più volte ribadita dalla Corte; e questo anche nella sentenza del 1972 che estendeva l'inapplicabilità del medesimo principio ai rapporti privati cui trovasse applicazione l'art. 18 dello Statuto in quanto caratterizzati «da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione»¹⁴⁹.

La Corte di Cassazione, da parte sua, si è costantemente adeguata ai principi espressi dalla Consulta affermando che la stabilità «per la generalità dei casi coincide oggi con l'ambito di operatività della legge n. 300/1970» potendo «realizzarsi ogni qualvolta siano applicabili le norme del pubblico impiego e leggi speciali o specifiche che diano al prestatore d'opera una tutela di pari intensità»¹⁵⁰. La contrattualizzazione del pubblico impiego non pose in discussione i consolidati principi, data l'applicazione ai dipendenti pubblici illegittimamente licenziati dell'art. 18 dello Statuto.

Lo scenario si è movimentato a seguito dell'entrata in vigore della legge Fornero ed ancor di più del c.d. Decreto a tutele crescenti. All'esito di un vivace dibattito che ha visto confrontarsi dottrina e giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione nell'autunno del 2022, senza investire della questione la

¹⁴⁸ Corte cost. 20 novembre 1969, n. 143, secondo cui «a diversa conclusione non si può giungere per i rapporti di pubblico impiego statale di carattere temporaneo» poiché «anche in essi l'impiegato è assistito dalle garanzie dei rimedi giurisdizionali contro l'arbitraria risoluzione anticipata del rapporto», ed aggiungendo «secondo l'ordinamento del pubblico impiego, le assunzioni temporanee (che, in linea di principio, sono escluse) hanno carattere precario, e la rinnovazione del relativo rapporto non presenta carattere di normalità. La non rinnovazione costituisce, invece, un evento inerente alla natura del rapporto stesso. La previsione di essa non pone, pertanto, il lavoratore in una situazione di timore di un evento incerto, al quale egli sia esposto durante il rapporto, qual è il licenziamento nel rapporto di lavoro di diritto privato».

¹⁴⁹ Corte cost. 12 dicembre 1972, n. 174; v. anche Corte cost. 29 aprile 1971, n. 86; Corte cost. 21 maggio 1975, n. 115; Corte cost. 1° giugno 1979, n. 40.

¹⁵⁰ Così Cass., sez. un. 12 aprile 1976, n. 1258, in *Mass.giur.lav.*, 1976, 190. Nel settore privato Cass. 16 gennaio 2003, n. 575 (poi seguita da altre pronunce, tra cui Cass. 20 ottobre 2014, n. 22146; Cass. 16 maggio 2017, n. 12161; Cass. 5 agosto 2019, n. 20918; Cass. 29 dicembre 2022, n. 38100; Cass. 18 luglio 2023, n. 20793) aveva affermato che nel caso in cui tra le stesse parti si succedano due o più contratti di lavoro a termine, ciascuno dei quali legittimo ed efficace, il termine prescrizione dei crediti retributivi inizia a decorrere dal giorno della loro insorgenza, rimanendo estranee a tale regolazione i casi in cui i singoli contratti a termine in sé e per sé considerati siano illegittimi, nonché quei casi nei quali i contratti, pur singolarmente legittimi, vengano a risultare collegati dall'intento di eludere le disposizioni di legge sul contratto a termine.

Corte costituzionale, ha affermato che per il settore privato, in considerazione delle intervenute modifiche in materia di tutela per il licenziamento illegittimo, la prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore (con esclusione di quelli già prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92/2012) decorre dalla cessazione del rapporto lavoro, «posto che la mancanza dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata esclude che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della l. n. 92 del 2012 e del d.lg. n. 23/2015, sia assistito da un regime di stabilità»¹⁵¹. Con riferimento, invece, ai rapporti di pubblico impiego contrattualizzato, la Suprema Corte nella stessa sentenza ha confermato la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto di lavoro ritenendo che si possa escludere il *metus* del lavoratore in quanto la reintegrazione risulta effettivamente essere la sanzione «contro ogni illegittima risoluzione»¹⁵². Peraltro per i contratti a tempo determinato del settore pubblico la Suprema Corte nel 2020 aveva già negato la possibilità di applicare la regola della non decorrenza della prescrizione in corso di rapporto in caso di illegittimità del termine in ragione del divieto di conversione del rapporto (*ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001*) e della particolare forza di resistenza, già rintracciata dalla Corte costituzionale nel 1969, propria di tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni¹⁵³.

La questione è stata, tuttavia, riaperta ad inizio 2023 con un'ordinanza in-

¹⁵¹ Cass. 6 settembre 2022, n. 26246; Cass. 20 ottobre 2022, n. 30957. In dottrina, con riguardo ai contributi più recenti, senza pretesa di esaustività, v. E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2023; M.V. BALLESTRERO, *Stabilità percepita e decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 161 ss.; F. SCARPELLI, *La (non) decorrenza della prescrizione dopo le riforme sui licenziamenti: una soluzione obbligata* in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 41 ss.; M. FERRARESI, *Fine prescrizione mai? Le recenti pronunce della Cassazione sui crediti dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2023, 477 ss.; V. MAIO, *La questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi oggi. se il «metus» del datore di lavoro non esclude il «metus» del lavoratore*, in *Labor*, 2023, 1, 59 ss.; E. RAIMONDI, *La prescrizione dei crediti di lavoro al tempo del declino della tutela reintegratoria*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, II, 302 ss.; E. FIATA, *La prescrizione dei crediti dei lavoratori decorre dalla cessazione del rapporto*, in *Giur.it.*, 2023, 141 ss.; E. PUCETTI, P. TOSI, *Il fantasma della tutela reintegratoria «residuale» divorza la prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2023, 2023, 139 ss.; R. GALARDI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro, oggi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 324 ss.; U. GARGIULO, *Licenziamento e prescrizione: la Cassazione mette un punto, o forse un punto e virgola*, in *Dir. lav. mer.*, 2022, 414 ss.; E. BALLETTI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Giur. it.*, 2022, 2810.

¹⁵² Sempre Cass. 6 settembre 2022, n. 26246.

¹⁵³ Cass. 28 maggio 2020, n. 10219; v. anche Cass. 19 novembre 2021, n. 35676.

terlocutoria della Sezione lavoro della Cassazione con cui si è chiesto al Primo Presidente di rimettere alle Sezioni Unite la decisione relativa all'individuazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro dei dipendenti pubblici; e questo sia con riguardo ai rapporti di lavoro a tempo indeterminato, sia di quelli a tempo determinato, per questi ultimi con specifico riferimento all'ipotesi di reiterazione di contratti a termine illegittimi, seguiti da una stabilizzazione presso la medesima amministrazione¹⁵⁴. In particolare per i rapporti a tempo indeterminato l'art. 63 nel limitare il risarcimento del danno a 24 mensilità non sarebbe più idoneo a garantire il completo ripristino della posizione giuridica preesistente fatta legittimamente cessare, indicato dalla Corte costituzionale quale condizione necessaria per la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto. Per quelli a termine e flessibili in quanto soggetti a reiterazione, al pari di quanto avviene nel privato e talvolta anche superando i limiti di legge, che unitamente all'eventualità di una successiva stabilizzazione determinerebbe la nascita di una condizione di *metus* nel lavoratore intimorito dall'esercitare i propri diritti per paura di non essere riconfermato e, in seguito, stabilizzato.

A dicembre del 2023 le Sezioni Unite hanno ribadito per il lavoro pubblico la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto ritenendo che il potere datoriale di risolvere il rapporto di lavoro sia circondato da molteplici limiti e garanzie poste non soltanto a difesa del lavoratore, ma anche a protezione dei generali interessi collettivi, sì da non configurarsi quel timore reverenziale presente nel settore privato¹⁵⁵. Secondo le Sezioni Unite non sussiste «una piena parificazione dei rapporti di lavoro privato e pubblico contrattualizzato», non sussistendo nel settore pubblico quel *metus* reverenziale, dovuto alla posi-

¹⁵⁴ Cass. 28 febbraio 2023, n. 6051 con note di A. RIOMMI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi nel pubblico impiego: erosione del tradizionale fronte della stabilità*, in *Lav. pubb. amm.*, 2023, 388 ss. e E. GIORGI, *Alle Sezioni Unite l'individuazione del dies a quo di decorrenza della prescrizione nel pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2023, 481 ss. Nello specifico l'ordinanza ha posto tre questioni: a) se la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato debba decorrere dalla fine del rapporto di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, o, in caso di successione di rapporti, dalla cessazione dell'ultimo, come accade nel lavoro privato; b) se, nell'eventualità di abuso nella reiterazione di contratti a termine, seguita dalla stabilizzazione presso la stessa pubblica amministrazione datrice di lavoro, la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato debba decorrere dal momento di tale stabilizzazione; c) se la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori nel pubblico impiego contrattualizzato, nell'ipotesi sub b), sia comunque preclusa, interrotta o sospesa ove la pubblica amministrazione neghi il riconoscimento del servizio pregresso dei dipendenti.

¹⁵⁵ Così Cass., sez. un., 28 dicembre 2023, n. 36197.

zione di subalternità dipendente dall'organizzazione aziendale, ricontabile, invece, nel settore privato. In motivazione si esplicita che deve «essere affermata con chiarezza l'inconfigurabilità di una situazione psicologica di soggezione del cittadino verso un potere dello Stato, quale la pubblica amministrazione, nella fisiologia del sistema» in quanto esso «assicura (...) a tutela del lavoratore pubblico, un concreto ed efficiente assetto di stabilità del rapporto, che si articola in concorrenti profili di garanzia attraverso un articolato ed equilibrato sistema di controlli tra poteri e di bilanciamento di interessi, orientato da quello prioritario generale, fondato sui principi dello Stato costituzionale di diritto».

In sostanza le Sezioni Unite hanno condivisibilmente ripreso le osservazioni di chi ha affermato che lo standard di tutele previsto per i lavoratori pubblici è sufficientemente elevato e, comunque, è percepito come tale non solo dai dipendenti, sì da non configurarsi né in diritto né in fatto quel timore ad esercitare i propri diritti¹⁵⁶. Si conviene con quanto affermato dalla Corte poiché il sistema di stabilità dettato per tutti i pubblici dipendenti (dirigenti inclusi) raggiunge quel livello di adeguatezza tale da far ritenere congrua la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro. Al dato giuridico si unisce una percezione sociale, quella più direttamente espressione di un eventuale timore, permeata dall'idea della sussistenza di una forte stabilità nel settore pubblico, prima ancora che per le tutele riconosciute in caso di licenziamento illegittimo per la parsimonia con cui si fa ricorso all'istituto.

Da quanto ricostruito emerge chiaro come la Cassazione abbia segnato una netta distinzione tra settore pubblico e settore privato. Tuttavia questa differenza non convince a pieno, nel senso che le argomentazioni spese per escludere la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto nel settore privato meritano alcune riflessioni critiche proprio alla luce di quanto da ultimo affermato dalle Sezioni Unite.

Più precisamente chi scrive, pur consapevole della propria posizione net-

¹⁵⁶ V. MAIO, *La questione della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi oggi. se il «metus» del datore di lavoro non esclude il «metus» del lavoratore*, cit., 67; F. SANTONI, *Decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro e regimi di tutela del posto di lavoro*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 42; A. BOLLANI, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro: ombre ed effetti dell'intervento della Cassazione*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 96; P. PASSALACQUA, *La Cassazione supera il regime differenziato della prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Lav. prev. oggi*, 2022, 802; F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla decorrenza della prescrizione: c'era una volta la stabilità*, in *Lav. giur.*, 2022, 1163; v. anche C. CESTER, *La decorrenza della prescrizione dei crediti di lavoro nella recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 52.

tamente minoritaria, ritiene non convincente l'affermazione secondo cui l'eventuale accertamento dell'illegittimità del licenziamento quale conseguenza dell'esercizio da parte del lavoratore di un proprio diritto di credito non garantirebbe la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente anche in ragione dell'assenza di una generalità e di una sicura predeterminazione di quali siano le regole che presiedono all'accesso dei diritti, alla loro tutela e alla loro estinzione. A prima vista detta affermazione pare ineccepibile e conforme a quanto statuito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 174/1972 nella parte in cui afferma – si riporta il passaggio testuale – che «una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare». Senonché quanto appena riportato deve essere letto ed analizzato in una prospettiva che collochi al centro della riflessione la determinazione del punto di equilibrio tra le fondamentali esigenze di certezza del diritto cui assolve la prescrizione e quelle di tutela del diritto di credito del prestatore di lavoro. Un punto di equilibrio che è costituito dalla garanzia non tanto della reintegrazione (o, meglio di una certa reintegrazione), quanto della insussistenza del timore di esercitare un proprio diritto. Occorre, dunque, riprendere quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 174 nei periodi precedenti ed in quello successivo al passaggio già richiamato. Nei periodi precedenti si afferma che la decorrenza dalla cessazione del rapporto di lavoro «non (deve) trovare applicazione tutte le volte che il rapporto di lavoro subordinato sia caratterizzato da una particolare forza di resistenza, quale deriva da una disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto e fornisca le garanzie di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione», che «non sembra dubbio che tale interpretazione (...) debba trovare applicazione in tutti i casi di sussistenza di garanzie che si possano ritenere equivalenti a quelle disposte per i rapporti (di pubblico impiego statale)» e che «non sembra contestabile che siffatta analogia si verifichi allorché ricorra l'applicabilità delle due serie di disposizioni menzionate [ovvero l'art. 1 della legge n. 604/1966 e l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori], di cui la seconda deve considerarsi necessaria integrazione della prima». Nel periodo successivo (peraltro, autonomo punto della motivazione) si afferma che «alla conclusione ora enunciata non può pervenirsi in tutti quei casi (come sono per esempio quelli risultanti dall'art. 11 della legge n. 604/1966) per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione».

Dalla lettura completa della motivazione emerge come ciò che intende preservare la Corte, in continuità con quanto affermato nella precedente sentenza del 1966, sia la garanzia dal timore dell'esercizio del diritto, non la cristallizza-

zione di una determinata disciplina della stabilità che può essere, dunque, mutevole purché idonea allo scopo. Vi è, infatti, il richiamo ad una disciplina che assicuri «normalmente» la stabilità fornendo appositi rimedi giurisdizionali contro ogni forma di illegittima risoluzione. Ne consegue, dunque, come nella prospettazione della Corte non vi sia un concetto ontologico di stabilità, unico idoneo ad assicurare una certa tutela (nel senso di unica garanzia immutabile dal timore dell'azione), ma, diversamente, come sussista un concetto relativo di stabilità che implica di verificare se una certa disciplina sostanziale di tutela, anche in ragione dei rimedi giurisdizionali ad essa connessi, sia idonea ad assicurarla e, dunque, conseguentemente a garantire il lavoratore dal timore dell'azione. Una tutela che nella visione enunciata dalla Corte nella sentenza del 1972 si compone di due anime: la necessaria giustificazione causale del licenziamento e la garanzia della reintegrazione che, si precisa, deve essere completa «nella posizione giuridica preesistente». Quest'ultima affermazione, alla luce di quanto evidenziato, deve essere contestualizzata nel preciso momento in cui è stata resa, in quanto volta a specificare con riguardo ad una certa disciplina al tempo vigente il principio stabilito dalla precedente pronuncia del 1966, e ribadito nella stessa sentenza, della sussistenza una «disciplina che assicuri normalmente la stabilità del rapporto»; dunque, il rimando è alla stabilità non ad una certa predefinita ed immutabile stabilità e quella con cui la Corte si confronta è necessariamente la stabilità presente nel momento in cui si pronuncia e che nel caso specifico è ritenuta adeguata. E se così è, dunque, la stabilità (o, meglio, ciò che assicura la stabilità) deve essere calata in un certo momento ed in un certo quadro normativo per valutare se sia idonea a garantire dal timore dell'azione; ciò che è garanzia di stabilità (e, dunque, liberazione dal timore) in un determinato periodo lo può non essere in un altro o viceversa. In questa prospettiva si condividono le parole di chi si è chiesto in maniera retorica «se esista un concetto giuridico immanente, univoco ed immutabile di stabilità»¹⁵⁷. E la risposta non può che essere negativa occorrendo considerare la stabilità in termini relativi con riguardo alle garanzie complessive previste dall'ordinamento in un certo momento. In sostanza un concetto di stabilità da correlare al fondato timore del lavoratore ad esercitare un pro-

¹⁵⁷ S. BELLOMO, *La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la «legge Fornero» ed il Jobs Act. Una sentenza, quattro domande*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, cit., 84 s.; in merito v. anche A. MARESCA, *Reintegrazione «recessiva» e decorso della prescrizione dei crediti retributivi (si ritorna al 10 giugno 1966)*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, sp. 59 ss.; V. MAIO, *La Cassazione e la decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi. Criticità e prospettive*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 105.

prio diritto e che deve essere «adeguato» rispetto ad un dato assetto normativo e socio-economico¹⁵⁸. Deve trattarsi di un timore che in relazione alle tutele di stabilità riconosciute dall'ordinamento può essere di «un'intensità tale da giustificare il sacrificio e la soccombenza delle confliggenti esigenze di certezza giuridica al cui soddisfacimento è funzionale la prescrizione»¹⁵⁹. Del resto anche le Sezioni Unite nella pronuncia del 2023 hanno affermato che «nella giurisprudenza della Corte costituzionale la stabilità o meno del lavoro costituisce un mero parametro per rilevare l'esistenza o l'inesistenza del timore»; ma se questo vale per il settore pubblico non può che valere anche per il privato. E se si ragiona in questi termini, al di là di pregiudiziali prese di posizione, le garanzie previste nel settore privato devono ritenersi idonee a far decorrere la prescrizione nel corso del rapporto di lavoro, non sussistendo quella assenza di generalità e di sicura predeterminazione della tutela che ha portato la Corte nel 2022 ad escludere la decorrenza nel corso del rapporto di lavoro. E questo, a rigore, non solo per i dipendenti assoggettati all'applicazione dell'art. 18. Occorre, infatti, avere riguardo all'istituto del licenziamento ritorsivo conseguente all'esercizio di un diritto, con applicazione della c.d. tutela reintegratoria forte, da ritenersi espressione dell'integrale soddisfacimento richiesto dalla Corte costituzionale. La tesi per cui in caso di esercizio di un diritto seguito da un licenziamento sarebbe difficile dimostrarne la natura ritorsiva è tutt'altro che condivisibile. In particolare si ritiene non possa valere l'obiezione per cui la tutela non sarebbe garantita per il fatto di dover essere la ritorsione motivo unico e determinante del recesso e questa unicità potrebbe non esservi o non essere provata¹⁶⁰. Ciò in quanto in queste ipotesi, fermo il necessario accertamento dell'illegittimità del recesso (che potrebbe attingere elementi di solidità

¹⁵⁸ In merito si veda M. PERSIANI, *Situazione psicologica di timore, stabilità e prescrizione dei crediti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 3 ss., qui sp. 16 ss. secondo cui la sussistenza o meno di un timore tale da impedire la decorrenza della prescrizione andrebbe considerato alla luce dell'insieme delle tutele previste dal diritto del lavoro, e non solo di quelle dettate in materia di licenziamento.

¹⁵⁹ Così A. BOLLANI, *La Cassazione supplisce al silenzio del legislatore: la prescrizione dei crediti di lavoro non decorre in costanza di rapporto*, in *Dir. merc. lav.*, 2022, 685; v. anche G. PROIA, *Prescrizione dei crediti e stabilità del rapporto di lavoro*, in E. BALLETTI, R. SANTUCCI (a cura di), *op. cit.*, 134 il quale rileva come «la scelta di individuare il *dies a quo* nel momento di cessazione del rapporto prolunga per un tempo indeterminato, e potenzialmente assai lungo, la situazione di incertezza sull'esistenza o no del credito».

¹⁶⁰ In merito v. R. DE LUCA TAMAJO, *Il regime della decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori*, in *Labor*, 2022, 156 ove afferma che la reintegra «opera non solo quando il lavoratore offre la prova della ritorsione, ma anche quando il datore non fornisce prova della sussistenza del fatto addotto come causa del licenziamento».

dai profili di ritorsività), soccorrerebbe una tutela reintegratoria debole che in una concezione «evoluta» di stabilità sembra essere conforme a quanto richiesto dalla Corte costituzionale secondo cui è una certa tutela ad assicurare la stabilità sostanziale e non viceversa. Né, infine, convincono le affermazioni, da più parti esplicitate, secondo cui la decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto contrasterebbe con la posizione di fragilità del dipendente discendente dalla perenne condizione di timore rispetto al datore di lavoro quale conseguenza dello squilibrio di forza contrattuale che caratterizza il rapporto. A prescindere dall'opinabilità dell'assolutezza di tale affermazione se riferita al rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato (ovviamente un discorso diverso vale per le altre tipologie contrattuali e per i contratti ai «confini» della subordinazione), il fatto è che in punto di stretto diritto la Corte costituzionale nell'evocare la stabilità quale criterio da considerare ha decretato il superamento delle tesi che rinvenivano nella asimmetria di potere tipica della subordinazione la ragione della non decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro.

In definitiva quanto evidenziato induce a ritenere che la questione anche nel settore privato non possa essere considerata definitivamente chiusa proprio per quanto affermato dalle Sezioni Unite con riguardo al rilievo della stabilità. E con riguardo al settore pubblico, quasi paradossalmente, una criticità è da rinvenirsi nella sua limitazione a ventiquattro mensilità; limite applicabile sia ai casi di nullità (e, dunque anche in caso di licenziamento ritorsivo) che di annullamento del licenziamento. Detto ammontare massimo, se da un lato, avvicina in fatto la tutela riconosciuta al lavoratore alla «completa reintegrazione» qualora non sia stata provata la ritorsività come ragione unica e determinante del recesso illegittimo, dall'altro lato, in diritto non garantisce, nella forma, la stessa tutela reintegratoria forte riconosciuta nel privato nel caso in cui sia stata accertata la ritorsività del licenziamento.

Proprio in continuità con quanto evidenziato, con una considerazione che trascende il tema della (sola) prescrizione, parrebbe, comunque, auspicabile un intervento di *restyling* dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, meglio se operato dallo stesso legislatore, senza attendere gli esiti di un'eventuale pronuncia del giudice costituzionale. In particolare, in continuità con quanto già evidenziato nel commentare l'unicità della tutela per il caso di annullamento e di nullità del licenziamento sarebbe opportuno un doppio intervento novellatore. Innanzitutto si dovrebbe prevedere una tutela risarcitoria piena per il caso di dichiarazione di nullità del licenziamento, anche per omologare il lavoro pubblico a quello privato, ma soprattutto perché *quod nullum est nullum producit effectum*. In secondo luogo occorrerebbe esplicitare per il caso di annullamento

che il limite delle ventiquattro mensilità (da intendersi in termini complessivi per tutte le fasi processuali) è da intendersi limitato al periodo antecedente alla pronuncia della sentenza. Il che nel contempo aumenterebbe la tutela del prestatore di lavoro e sarebbe garanzia, soprattutto in caso di tempi processuali lunghi, di una maggiore effettività nell'esecuzione della sentenza di reintegrazione. Alla luce della più recente giurisprudenza non assumerebbe, invece, alcuna ulteriore valenza potenzialmente coercitiva dell'esecuzione dell'ordine di reintegrazione una previsione, analoga a quella contenuta nell'originaria formulazione dell'art. 18, volta a prevedere per il periodo successivo alla sentenza di reintegrazione e fino alla effettiva reintegrazione la corresponsione delle retribuzioni dovute in virtù del rapporto di lavoro. Infatti in caso di riforma della sentenza che ha disposto la reintegrazione, l'irripetibilità delle somme è limitato solo al periodo in cui il rapporto ha avuto effettiva esecuzione¹⁶¹.

5.6. Tutela reintegratoria per il whistleblower licenziato in ragione dell'intervenuta segnalazione

La sesta, e ultima questione, concerne la tutela riconosciuta al *whistleblower* licenziato in ragione dell'intervenuta segnalazione¹⁶². Come già eviden-

¹⁶¹ In vigore dell'originaria previsione dell'art. 18 dello Statuto la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass., sez. un., 13 aprile 1988, n. 2925) aveva escluso in caso di successiva riforma della sentenza dichiarativa della inefficacia o della invalidità del licenziamento, la ripetizione da parte del datore di lavoro delle «retribuzioni» corrisposte al lavoratore non reintegrato nel posto di lavoro facendo applicazione della disposizione di cui all'art. 2126 c.c. Tale principio non è, tuttavia, più «in linea» con la successiva, e consolidata giurisprudenza di Cassazione, avallata dalla Corte costituzionale (Corte cost. 23 aprile 2018, n. 86) secondo cui il rapporto di lavoro affetto da nullità può rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 2126 c.c. unicamente nel caso, e per il periodo, in cui il rapporto stesso abbia avuto «materiale esecuzione» (cfr. Cass. 3 agosto 2022, n. 24040; Cass. 27 marzo 2018, n. 7586; Cass. 21 novembre 2016, n. 23645; Cass. 30 giugno 2016, n. 13472; Cass. 25 gennaio 2016, n. 1256; Cass. 3 febbraio 2012, n. 1639; Cass. 11 febbraio 2011, n. 3385; analogamente per la giurisprudenza amministrativa Cons. Stato, sez. III, 27 giugno 2017, n. 3141), ritenuto dalla Corte costituzionale in linea con la nozione di retribuzione ricavabile dalla Costituzione (art. 36) e dal codice civile (artt. 2094, 2099), per cui il diritto a percepirla sussiste solo in ragione (e in proporzione) della eseguita prestazione lavorativa.

¹⁶² In generale sul tema, limitandoci agli studi monografici v. P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019; S.M. CORSO, *Il whistleblowing dopo la legge n. 179/2017. La tutela del prestatore d'opera che segnala illeciti endoaziendali*, La Tribuna, Piacenza, 2018; per un approccio interdisciplinare v. anche A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità, Atti del I convegno annuale del Dipartimento di Scienze giuridiche «Cesare Beccaria» dell'Università degli Studi di Milano, Milano, 18-19 novembre 2019*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

ziato la legge afferma la nullità di tale licenziamento in quanto unicamente motivato dall'intervenuta segnalazione e riconosce al lavoratore licenziato il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. Ad una prima considerazione la norma solleva alcune perplessità, data l'inapplicabilità ai pubblici dipendenti del citato decreto n. 23/2015, tuttavia può essere giustificata dalla più ampia tutela (sul versante economico) riconosciuta dalla previsione del c.d. Decreto a tutele crescenti, in una prospettiva di maggiore protezione ed incentivazione per il segnalante. In applicazione della norma non solo non si applica il tetto risarcitorio delle 24 mensilità, ma è consentito al legislatore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

6. Riflessioni conclusive

Da quanto fin qui ricostruito ed analizzato emerge l'indubbia specialità della regolamentazione del licenziamento disciplinare nel settore pubblico, sul piano sostanziale, su quello procedimentale e su quello delle tutele riconosciute al lavoratore illegittimamente licenziato, a propria volta espressione delle peculiarità del potere disciplinare il cui esercizio è mediamente volto a garantire interessi della collettiva, senza, tuttavia, perdere la «classica» connotazione privatistica quale potere diretto a sanzionare un inadempimento contrattuale del prestatore di lavoro. Più in generale anche la disciplina del licenziamento è espressione di quella significativa autonomia acquisita dal diritto del lavoro pubblico contrattualizzato rispetto al diritto del lavoro del privato e di una riforma che, nata per omologare le discipline dei due settori, è giunta al compleanno dei trent'anni ad una definizione e a una convivenza di due sistemi notevolmente diversi, ma intercomunicanti, con un diritto del lavoro del settore privato che ha anch'esso attinto da quello pubblico (si pensi alla disciplina delle mansioni e, segnatamente, al principio dell'equivalenza formale).

In definitiva, un diritto del lavoro pubblico che si è modificato, ma che non ha mai abbandonato il proprio elemento qualificante, ovvero la matrice contrattuale del rapporto di lavoro, presupposto imprescindibile per una disciplina speciale senza potersi configurare un rapporto speciale. Una specialità di disciplina che ha certamente una forte accentuazione in materia disciplinare, senza essere, peraltro, derivazione necessaria di un vincolo costituzionale, ma frutto di una scelta discrezionale del legislatore. Senza dubbio la doverosità dell'azione disciplinare, di cui è peculiare espressione la tipizzazione legale delle condotte che comportano il licenziamento, introdotta nella c.d. terza fase

della riforma, e poi sempre confermata, segna uno degli ambiti in cui la linea di confine tra diritto privato e diritto pubblico è meno netta. Ma ciò non può spingere l'interprete a ravvisare insussistenti forme di ibridazione tra privato e pubblico, funzionali ad ampliare l'ambito dell'obbligazione contrattuale del dipendente. Ciò non toglie, tuttavia, che il legislatore nella formulazione delle norme dovrebbe essere più attento a coniugare diritto privato e diritto pubblico per evitare possibili sconfinamenti nell'una o nell'altra area e parimenti pronto ad accogliere le sollecitazioni della dottrina e della giurisprudenza ad intervenire in relazione a quei profili che evidenziano criticità dettando una regola chiara. Anche perché all'inerzia del legislatore si affianca l'operosità della giurisprudenza, anche costituzionale, oggetto di critiche, non sempre infondate soprattutto laddove la decisione travalica i limiti della mera interpretazione, ma che trova la ragione del proprio intervento proprio nella ingiustificata indifferenza del legislatore alle sollecitazioni proposte. L'impressione è che ciò che manca non sia tanto la conoscenza di ciò che debba essere fatto, quanto la volontà di farlo, il che non pare in alcun modo giustificabile.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2024
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1 – 38015 Lavis (TN)

Servizio di stampa ad uso privato

