

POTERE E RESPONSABILITA' DISCIPLINARE NEL P.I. PRIVATIZZATO

Parte prima

La domanda da porsi per introdurre l'argomento può essere la seguente: cos'è, in che consiste il potere disciplinare? Da dove attinge la sua ragion d'essere giuridica? Nel rapporto di lavoro disciplinato da un contratto di diritto privato, il potere disciplinare rappresenta infatti un'anomalia.

Come è noto, il contratto di lavoro è un contratto sinallagmatico, ovvero a prestazioni corrispettive: con l'uso del potere disciplinare parità ed eguaglianza tra le parti cedono il passo di fronte ad un potere tipicamente gerarchico, contraddicendo dunque l'equilibrio che dovrebbe informare il rapporto domanda/offerta.

Varie sono state le posizioni dottrinali in materia ma, in estrema sintesi, può dirsi che il potere disciplinare è oggi riconosciuto quale strumento di organizzazione, ausilio concesso al datore di lavoro per mantenere ordine e produttività all'interno di una "unità operativa".

Al datore di lavoro, pubblico o privato che sia, è dunque accordata una *supremazia* sul lavoratore, per garantire il buon andamento dell'unità produttiva cui è preposto. Attualmente poi, sempre nell'ambito del P.I. privatizzato e/o contrattualizzato, dove il potere disciplinare è strumento di organizzazione per il datore di lavoro, può anche parlarsi di privatizzazione della responsabilità disciplinare del pubblico dipendente.

Seguendo quale iter giuridico?

Dalla L. 421/92, attraverso il D. Lgs. 29/93, sino a giungere al T.U. 165/01.

Il legislatore cioè, attraverso numerosi interventi, si è indirizzato verso un *nuovo modello di organizzazione*, teso ad alleggerire progressivamente l'apparato amministrativo del suo carico di vincoli sostanziali e/o procedurali.

Così prima della riforma si soleva distinguere tra *vincolo di subordinazione* (cui andava soggetto il lavoratore privato) e *vincolo di soggezione*, cui era soggetto il lavoratore pubblico, conseguente alla c.d. supremazia speciale dell'ente sul dipendente.

La differente posizione dei due dipendeva dall'atto "iniziativo" del rapporto di lavoro, **contratto** (bilaterale a prestazioni corrispettive) nel primo caso, **atto di nomina** (unilaterale, autoritativo) nel secondo caso.

Nella complessa vicenda della privatizzazione/aziendalizzazione della P.A. la materia disciplinare trova una collocazione particolare, proprio a causa della impostazione tradizionale che, configurando in chiave **autoritaria** il potere disciplinare, considerava l'esercizio di tale potere come improntato ad una rigida gerarchia, come esercizio di funzione "pubblica", ovvero come *esercizio di supremazia speciale della P.A.* contrapposta ad una *soggezione speciale del dipendente*.

Il D.Lgs 165/01 ha sovvertito tale impostazione - risalente al T.U. 3/57 - assegnando alle PP.AA. "capacità e poteri del privato datore di lavoro" (art. 5, II c.) Non per questo, però, può dirsi svanita l'essenza della funzione amministrativa; la riconosciuta natura privatistica del procedimento disciplinare, infatti, è stata pensata per snellire l'azione amministrativa e non per trasformare in privati interessi che restano pubblici.

Proprio la concezione del *potere disciplinare* sin qui descritta ha reso difficoltosa e macchinosa la modifica della disciplina della materia.

Tali difficoltà appaiono evidenti dalla lettura della normativa di cui si è detto più sopra, caratterizzata da ambiguità, incertezze e silenzi sul problema specifico del *potere* e della correlata *responsabilità disciplinare*.

Le stesse difficoltà, esaminate e sviscerate a più riprese dalla dottrina, hanno condotto alla formulazione dell'art. 55 del più recente T.U. 165/01 – norma chiave dell'intero sistema – che testimonia della scelta del legislatore di privatizzare, o meglio di contrattualizzare la responsabilità disciplinare.

Si regola così la materia disciplinare mediante una tecnica normativa "mista", richiamando da un lato alcune norme civilistiche fondamentali quali l'art. **2106 c.c.** e l'art. **7 cc. 1, 5 e 8** dello Statuto dei Lavoratori, e dall'altro prevedendo una disciplina ad hoc, ovvero prevedendo che il profilo centrale dell'istituto sia disciplinato dalla **contrattazione collettiva di comparto**, ma soprattutto prevedendo la devoluzione delle controversie relative alle sanzioni disciplinari alla cognizione del G.O. – Giudice del Lavoro.

Il legislatore ha voluto dunque privilegiare un modello privatistico, basato sulla puntuale individuazione degli "illeciti" perseguibili da parte del Codice Disciplinare e da un garantismo "temperato" nella procedura di irrogazione delle sanzioni.

Così, risulta assolutamente prevalente in dottrina l'assunto secondo cui i *poteri di gestione del rapporto di lavoro presso la P.A.* avrebbero (già dopo il 1993) assunto natura di *poteri datoriali di diritto privato* e non già di esercizio di azione amministrativa attraverso atti amministrativi.

Nello stesso senso, peraltro, si esprimeva la Corte di Cassazione, qualificando (sent. 3373/99) il potere disciplinare della P.A. nei confronti dei dipendenti come "potere gestionale del datore di lavoro di tipo privatistico" e specificando che la sanzione disciplinare "è irrogata mediante negozio giuridico"; da tali presupposti la Cassazione faceva discendere l'inapplicabilità al sistema sanzionatorio disciplinare del regime proprio degli atti amministrativi.

Possiamo dunque dare per accertata l'intervenuta riforma della responsabilità disciplinare nel senso di una sua privatizzazione (operata appunto dall'art. 55 del T.U. 165/01): per *privatizzazione si intende sia l'applicabilità del regime caratteristico del rapporto di lavoro privato, sia la contrattualizzazione dell'istituto* che trova il suo fondamento nel contratto di lavoro dipendente/P.A. e nella fonte collettiva (C.C.N.L.) della relativa disciplina.

Dall'esame del già citato **art. 55 del T.U. 165/01**, dunque, letto in combinato disposto con le norme dal medesimo richiamate, possono ricavarsi *principi e caratteri essenziali* della materia disciplinare, e ciò in quanto l'intera regolamentazione dell'istituto della responsabilità disciplinare nel rapporto di pubblico impiego può dirsi concentrata in tale norma, peraltro riproduttiva del dettato dell'art. 59 del L. 29/93.

La norma si apre con l'affermazione che la responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile non rientrano nel processo di "privatizzazione" oggetto del T.U..

Lo stesso art. 55 definisce anche l'ambito della propria applicazione, che è quello dei *dipendenti delle PP.AA.* così come elencate all'art. 1 c. 2 dello stesso D. Lgs. 165/01 (tra le quali rientra la scuola); richiama poi l'applicabilità a tali dipendenti dell'art. 2106 c.c. e dell'art. 7 cc. 1, 5 e 8 della L. 300/70.

Il primo comma stabilisce che le norme disciplinari devono essere **portate a conoscenza dei dipendenti**, per poter essere applicate; tale conoscenza può essere garantita alla generalità dei lavoratori mediante **affissione delle norme stesse in un luogo accessibile a tutti**. Ciò perché l'esercizio del potere disciplinare non divenga arbitrio, ma resti potere strumentale/organizzatorio.

E' doveroso, al riguardo, sottolineare come l'affissione non sia sostituibile con altri mezzi o sistemi alternativi, e riguardi il solo codice disciplinare.

Luogo accessibile a tutti, nel caso che ci occupa, può essere considerato l'Albo della Scuola.

Per evitare contestazioni in argomento il Dirigente Scolastico/datore di lavoro diligente cosa può fare?

Per evitare di vedersi muovere obiezioni circa la mancata/tardiva affissione, il D.S. dovrebbe verbalizzare con *data certa* l'adempimento e/o porlo in essere davanti a testimoni.

Nella P.A., ovviamente, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dalla *legge e/o dai contratti collettivi*. La P.A., cioè, non può autonomamente predisporre o integrare un codice disciplinare.

La devoluzione a fonte "negoziale" della regolamentazione della responsabilità disciplinare, implica la legittimità della definizione "pattizia" dei doveri del pubblico dipendente.

Il riferimento è al "codice di comportamento dei dipendenti della P.A." di cui all'art. 54 del T.U. 165/01, adottato con il Codice Quadro di cui al **D.P.C.M. 28.11.2000 (G.U. 84 del 10.04.2001)**.

Tale Codice Quadro va "integrato" attraverso la tipizzazione di illeciti e sanzioni operata dalla contrattazione collettiva.

Come ogni codice disciplinare anche quello succitato contiene una clausola di chiusura, che sanziona proprio la violazione dei doveri del dipendente *non compresi nell'elencazione delle infrazioni dal medesimo operata*.

Da quanto sin qui esposto possiamo agevolmente far discendere i **principi fondamentali** ed i caratteri essenziali della materia disciplinare:

- *Principio della proporzionalità (art.2106 c.c.) tra addebito e sanzione, da cui discende il principio*
- *Della gradualità delle sanzioni*
- *Ogni comportamento "sanzionabile" deve essere previsto da una norma, così come la relativa sanzione*
- *Principio del contraddittorio (art. 7 L.300/70)*
- *Principio della procedimentalizzazione, per cui la procedura seguita per applicare la sanzione deve essere nota.*

Il profilo sostanziale della responsabilità disciplinare è costituito, dunque, da

INFRAZIONI e SANZIONI

laddove per infrazioni debbono intendersi i comportamenti del dipendente posti in essere in violazione di regole di condotta che definiscono la sua **prestazione lavorativa**, ovvero in violazione dei **doveri** del pubblico dipendente.

Nel sistema creato dall'art. 59 del D. Lgs. 29/93 coesistevano ipotesi di infrazioni delineate dalla Legge ed ipotesi di violazioni individuate dalla normativa pattizia. Con il D. Lgs. 80/98 il legislatore ha ritenuto la contrattazione collettiva la fonte più idonea all'individuazione di infrazioni e sanzioni, senza però creare una vera e propria "riserva" a favore della disciplina pattizia.

Nel caso della scuola, ad esempio, la disciplina della materia oggetto del presente intervento si trova, anche oggi, per il personale docente nel D. Lgs. 297/94 mentre per il personale A.T.A. nella contrattazione collettiva.

Nell'attuale sistema disciplinare, dunque, si deve contemperare l'esistenza di *norme disciplinari di fonte diversa*, secondo le regole dettate esplicitamente dall'art. 2, c. 2 del D. Lgs. 165/01.

Il legislatore può dunque sempre tipizzare ipotesi di illecito disciplinare, salva la facoltà di successivo intervento derogatorio della contrattazione collettiva.

Di fatto dobbiamo rilevare come i codici disciplinari di fonte pattizia, tra cui anche quello della scuola, abbiano finito in sostanza per adeguarsi alla "tipologia sanzionatoria" di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Sono previste infatti sanzioni cosiddette



ESPULSIVE:

licenziamento con e senza preavviso
--

Ora, la *scelta* della sanzione disciplinare da applicare nel singolo caso concreto è tipico esercizio di *potere discrezionale del datore di lavoro*.

Anche qui, però discrezionalità non significa arbitrarietà.
La fonte pattizia ha infatti indicato una serie di criteri applicativi.

ELENCAZIONE

- valutazione dell'elemento psicologico (grado della colpa/dolo);
- rilevanza dei doveri violati;
- entità del danno/pericolo prodotto;
- responsabilità specifiche del lavoratore attinenti alla sua posizione;
- comportamento/condotta complessiva del lavoratore, in particolare con riguardo agli eventuali precedenti disciplinari;
- presenza di attenuanti/aggravanti della condotta.

Principi fondamentali cui attenersi nell'irrogazione della sanzione sono comunque:
la *proporzionalità infrazione/sanzione*,
la *parità di trattamento*, per cui ad infrazione identica deve corrispondere sanzione identica.

PROCEDIMENTO

Sempre l'art. 55 del T.U. 165/01 disciplina i profili prettamente *procedurali* dell'azione disciplinare, ovviamente integrato dalla normativa "pattizia" relativa al comparto scuola.

Il procedimento, scandito dalla citata norma primaria, si articola in fasi ben precise:

- segnalazione (nel termine di 10 gg dal fatto)
- contestazione degli addebiti (nel termine di 20 gg dalla segnalazione)
- convocazione per la difesa
- istruttoria
- conclusione (entro complessivi 120gg)

Segnalazione:

Compete al c.d. **capo della struttura** in cui il dipendente lavora.

L'esercizio dell'azione conserva caratteristiche di obbligatorietà, dovendo il soggetto competente solo valutare se il *fatto abbia o meno rilevanza disciplinare*.

Non è esclusa una fase di indagini preliminari (ad es.: visita ispettiva).

L'azione può anche essere attivata su segnalazione pervenuta altrimenti, purché la fonte sia certa (es.: comunicazione di sentenza penale di condanna, esposto firmato, notizie di stampa)

Contestazione:

Deve avvenire per iscritto.

Cos' è ? E' la *fotografia* del fatto/evento che costituisce illecito disciplinare.

Principi cardine della contestazione di addebiti sono:

- immediatezza
- specificità
- immutabilità

L'atto di contestazione deve dunque contenere la *descrizione dei fatti storici* addebitati, collocati precisamente nello *spazio* e nel *tempo*. Come una fotografia, deve essere fatta nell'immediatezza dell'evento.

Per questo non può essere successivamente modificata e/o integrata.

Si instaura così il contraddittorio con il lavoratore – soggetto passivo dell'azione.

Si ritiene superfluo "l'avviso d'avvio del procedimento", anche perché è ormai pacifica la natura privatistica degli atti del procedimento disciplinare.

La contestazione deve essere tempestiva, ovvero effettuata entro 20 gg. dalla segnalazione/conoscenza del fatto.

Il *dies a quo*, per ormai costante giurisprudenza, è il momento in cui l'ufficio competente ha avuto *piena conoscenza* dell'illecito disciplinare.

La contestazione d'addebiti deve contenere l'indicazione **specifici dei fatti contestati**.

Se il comportamento illecito è complesso e permanente, la contestazione potrà avere ad oggetto la *descrizione dettagliata del comportamento*.

La previa contestazione deve poi riguardare anche la *recidiva*, o comunque i precedenti disciplinari che la integrano, **solo** se siano elemento costitutivo delle mancanze addebitate.

L'oggetto della contestazione non può subire modifiche in corso d'opera.

Modalità:

La forma scritta è richiesta *ad substantiam*

L'atto di contestazione può essere spedito o consegnato a mano.

Trattandosi di atto recettizio, si presume conosciuto nel momento in cui giunge all'indirizzo del lavoratore.

Il rifiuto di ricevere l'atto **non** incide sulla validità e tempestività della contestazione. (è anzi omissione di un obbligo)

Invalidità della sanzione per vizi di contestazione:

Omissione e/o genericità della contestazione

Sono vizi di forma, ritenuti sanabili con la rinnovazione del procedimento (sempre entro i tempi previsti dalla normativa)

La tardività della contestazione, invece, è ritenuta vizio sostanziale, in quanto tale non sanabile (comporta nullità assoluta del procedimento)

Spetta al lavoratore eccepire la tardività e/o la genericità della contestazione

Il datore di lavoro dovrà, a sua volta, fornire prova contraria

Convocazione/Audizione (Diritto Di Difesa):

La convocazione è atto obbligatorio per la P.A., deve avere forma scritta e prevedere un termine (*non prima di 5 gg. dalla contestazione*).

La convocazione per la difesa, peraltro, potrebbe già essere contenuta nell'atto di contestazione.

L'audizione, per il lavoratore, non è obbligatoria: lo stesso potrebbe cioè decidere di non presentarsi personalmente, ma di inoltrare memorie, documenti, testimonianze.

E' comunque previsto *l'accesso a tutti gli atti istruttori* in favore del dipendente.

In questa fase il lavoratore può farsi assistere da un legale e/o da un sindacalista debitamente delegato.

La possibilità di farsi rappresentare esclude l'esistenza di cause interruttive e/o sospensive del procedimento (ad es.: malattia del dipendente) i cui termini di conclusione dovranno comunque essere rispettati.

Se il dipendente convocato non si presenta, la P.A. dovrà applicare la sanzione nei successivi 15 gg.; nel caso di regolare audizione scatta invece il termine finale di 120 gg. dalla contestazione per la definizione del procedimento.

Fase istruttoria:

Nella fase istruttoria la P.A. ha ampia facoltà di scelta tra le varie fonti di prova: assunzione di testi, acquisizione di documenti, espletamento di ispezioni endoprocedimentali.

Le risultanze ispettive sono anch'esse accessibili all'interessato.

Conclusione del Procedimento:

Nel termine di 120 gg. dalla contestazione (o nel termine di 30 gg. nei casi di mancata comparizione dell'interessato) la P.A. deve concludere la procedura con l'applicazione della sanzione o con l'archiviazione del procedimento.

E' necessaria la forma scritta?

Sì, perché si desume dalla disciplina contrattuale.

Circa la **motivazione** della sanzione, il silenzio della norma sul punto induce a risolvere il problema nel senso di ritenere che *non sussista un generale obbligo di motivazione delle sanzioni conservative*, con conseguente **facoltà** di motivare da parte della P.A..

Per quanto riguarda invece le sanzioni **espulsive**, il licenziamento va comunicato per iscritto al lavoratore, anche senza motivazione.

Il lavoratore può richiederne i motivi entro 7 gg. dalla notifica, ed il datore di lavoro è *tenuto a comunicarli*.

Irrogazione/ Applicazione della Sanzione:

Lo strumento preferibile per la comunicazione della sanzione all'interessato è la spedizione a mezzo di raccomandata A/R, con presunzione di conoscenza dell'atto una volta pervenuto all'indirizzo del dipendente (ex art. 1335 c.c.).

L'eventuale irreperibilità del dipendente potrebbe costituire oggetto di nuova contestazione d'addebiti per violazione di un dovere contrattualmente previsto.

Prospetto riepilogativo dei termini del procedimento disciplinare:

- 1) Termine 10 gg. (dalla conoscenza del fatto)
Il responsabile della struttura deve segnalare l'episodio all'ufficio competente. Tale segnalazione va fatta qualora la sanzione sia più elevata del rimprovero verbale e/o avvertimento scritto.
Il termine decorre dalla conoscenza completa dei fatti di possibile valenza disciplinare.
- 2) Termine massimo di 20 gg. per l'attivazione del procedimento attraverso la notifica della contestazione; il termine decorre dalla data di conoscenza dei fatti. Se è necessario disporre un'ispezione, il termine decorre dalla sua conclusione. Il *dies a quo* da cui far decorrere il termine in parola è quello della completa ed esaustiva conoscenza dei fatti.
- 3) Termine di 5 gg. lavorativi dalla contestazione scritta per la convocazione a difesa del dipendente.
- 4) Termine di 15 gg. per comminare la sanzione qualora il dipendente non si presenti all'audizione e dalla convocazione siano decorsi 15 gg (scaduti i quali la sanzione viene applicata nei successivi 15 gg)
- 5) Termine di 120 gg. dalla data della contestazione per concludere il procedimento.
L'inosservanza determina l'estinzione del procedimento stesso.

In tale termine di 120 gg dalla contestazione, come chiarito dalla giurisprudenza, il provvedimento sanzionatorio deve essere adottato, ma non anche comunicato all'interessato.

La comunicazione, infatti, costituisce condizione di efficacia ma non di validità della sanzione.

Il termine, poi, decorre non dalla data di adozione della contestazione ma dalla sua notifica in quanto trattasi di atto recettizio.

Sempre in tema di termini ricordiamo il termine di 20 gg dalla conoscenza del fatto per la comminatoria della sanzione del **rimprovero verbale** da parte del D.S..

Tale termine ha *natura perentoria* tenuto conto che è l'unica ipotesi sanzionatoria caratterizzata da assenza di contestazione e di un reale procedimento in contraddittorio con il dipendente.

Ma i termini su indicati hanno valenza ordinatoria o perentoria?

Nessun dubbio permane in proposito dopo il C.C.N.L. più recente che, all'art. 90, prevede espressamente la perentorietà dei termini ivi indicati.

Ciò almeno per quanto riguarda il personale A.T.A. della scuola.

Ma per tutto il personale?

La regola generale è quella dell'ordinarietà dei termini, salvo il caso in cui non sia espressamente prevista la loro perentorietà, ovvero la stessa non possa evincersi dal dettato della norma per il singolo caso.

Cause di interruzione o sospensione dei termini

Tali ipotesi potrebbero configurarsi:

❖ ***nel caso di malattia del lavoratore
che non gli consenta di essere ascoltato a sua difesa***

❖ ***nel caso di irreperibilità del lavoratore***

Non sembrano ipotizzabili, in ogni caso, ipotesi derogatorie al termine finale di 120 gg né al termine di 30 gg (15 + 15) in considerazione della loro natura perentoria e della assenza di previsione di cause di interruzione e/o sospensione dei termini stessi.

L'ufficio deputato, pertanto, nelle ipotesi su elencate, potrà procedere "in contumacia" del dipendente con l'avallo della stessa ARAN.

Il dipendente, infatti, se malato o impedito per la data di convocazione, potrebbe comunque presentare memoria difensiva e/o farsi rappresentare in sede di audizione.

Non vi è, pertanto, violazione del principio del contraddittorio.

La P.A., pertanto, non potrebbe procedere alla rimessione in termini del dipendente.

* * *

Nel corso del procedimento disciplinare potrebbe accadere di rilevare la pluri-illiceità della condotta del lavoratore che, oltre ad assumere valenza disciplinare, potrebbe configurare illecito penale e/o amministrativo-contabile.

Scattano, in tal caso, precisi obblighi di denuncia alle competenti Procura della Repubblica e/o Procura presso la Corte dei Conti.

1. Illecito penale

Gli articoli 361 e 362 c.p. prevedono l'obbligo di denuncia cui si aggiunge il dettato dell'articolo 331 c.p.c. che prevede il principio di doverosa denuncia anche quando l'autore del presunto reato sia ignoto.

La denuncia all'Autorità Giudiziaria va fatta direttamente dal D.S. che, nell'esercizio della sua funzione sia venuto a conoscenza di fatti di possibile rilievo penale.

La doverosa segnalazione sorge qualora ricorrano due requisiti:

- a) la qualifica soggettiva di P.U. e/o di incaricato di pubblico servizio;
- b) acquisizione della *notitia criminis* nell'esercizio o a causa delle funzioni svolte.
L'obbligo di denuncia, poi, sorge solo a fronte di ipotizzati "delitti" per i quali non sia prevista la necessaria querela dell'offeso.

2. Illecito amministrativo-contabile

In tal caso la segnalazione dei fatti deve procedere per via gerarchica.

L'obbligo di denuncia alla Magistratura contabile incombe, cioè, sul vertice dell'Amministrazione (D.G. o Ministro)

Non va però sottaciuto che, secondo la stessa Corte dei Conti, la nozione di vertice della P.A. deve essere intesa in senso ampio, ricomprendendo cioè i preposti ad uffici sovraordinati all'autore del fatto dannoso.

Il D.S., quindi, laddove abbia diretta o indiretta conoscenza di condotte che creino danno per l'Erario, dovrà farne diretta denuncia anche alla Corte dei Conti, evitando i passaggi gerarchici.

Il presupposto, ovviamente, è la verifica del fatto e del danno erariale.

Contenuto della denuncia:

- a) indicazione e descrizione del fatto-comportamento;
- b) elementi per la quantificazione del danno subito dalla P.A.
- c) eventuali generalità dei dipendenti autori dell'illecito amministrativo contabile.

