



UNIVERSITÀ DI PISA

Progressione economica con requisiti al 31 dicembre 2015

(D.D. Prot. n. 52794 del 27/10/2016 – Rep. n. 693/2016)

Corso di formazione - Categoria D

Aspetti organizzativi alla luce della vigente normativa sul pubblico impiego e sulle università e
dello Statuto di Ateneo

16 dicembre 2016

Attività extraistituzionali ed incompatibilità dei dipendenti pubblici

Luca Busico

La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico

Davide Fiumicelli

Attività extraistituzionali ed incompatibilità dei dipendenti pubblici

Luca Busico

Indice

1. Le norme in materia di incompatibilità e la loro <i>ratio</i> ispiratrice	3
2. Le incompatibilità assolute	4
3. Gli incarichi autorizzabili	5
4. Gli incarichi sottratti ad autorizzazione	7
5. Deroghe soggettive al regime delle incompatibilità: il personale in <i>part-time</i> c.d. ridotto ed altre ipotesi	8

1. Le norme in materia di incompatibilità e la loro *ratio* ispiratrice

Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche è storicamente caratterizzato, a differenza di quello con l'impresa privata, dal regime delle incompatibilità, in base al quale al dipendente pubblico è preclusa la possibilità di svolgere determinate attività in costanza di rapporto di lavoro.

Il fondamento di tale divieto, che permane anche in un sistema "contrattualizzato", a rimarcare la peculiarità dell'impiego presso la pubblica amministrazione, si rinviene nel principio costituzionale di esclusività della prestazione lavorativa a favore del datore di lavoro pubblico, espresso dall'art. 98, co. 1 Cost., in forza del quale "*i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*". La norma, da intendersi nel senso che i dipendenti pubblici non devono essere portatori di interessi partigiani alternativi o configgenti a quelli della pubblica amministrazione, è funzionale alla realizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), che risulterebbero vanificati dall'espletamento da parte dei dipendenti medesimi di attività imprenditoriali caratterizzate da un nesso tra lavoro, rischio e profitto. Centri di interesse alternativi all'ufficio pubblico rivestito, implicanti attività caratterizzate da intensità, continuità e professionalità, potrebbero, infatti, turbare la regolarità del servizio o attenuare l'indipendenza del lavoratore e il prestigio della pubblica amministrazione.

Un simile obbligo di esclusività non è rinvenibile nell'impiego privato, per il quale il codice civile si limita a vietare esclusivamente attività extralavorative del dipendente che si pongano in concorrenza con l'attività del datore di lavoro (art. 2105 cod. civ.): solo in tale evenienza il lavoratore si espone a forme di responsabilità disciplinare (art. 2106 cod. civ.), mentre ogni altro "doppio lavoro" è compatibile.

La l. 23 ottobre 1992, n. 421, che rappresenta il punto di partenza del processo di privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, all'art. 2, co. 1, lett. c), include tra le sette materie riservate espressamente alla legge ed alle fonti normative secondarie quella relativa alla disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività ed i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici. La sottrazione di tale materia, benché non sia estranea all'ambito del rapporto di lavoro, alla fonte collettiva (confermata dall'art. 40, co. 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) si giustifica per la considerazione che la disciplina delle incompatibilità attiene alla sussistenza di quei requisiti di indipendenza e totale disponibilità indispensabili alla costituzione del rapporto di lavoro pubblico (Cass., sez. lav., 26 marzo 2010, n. 7343).

La normativa di riferimento in materia è costituita dall'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che richiama altre disposizioni precedenti, tra cui gli artt. 60-65 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 e l'art.1, commi 56-60 della l. 23 dicembre 1996, n. 662.

Le suddette disposizioni operano una tripartizione tra: 1) incompatibilità assolute; 2) attività autorizzabili; 3) attività sottratte all'autorizzazione.

2. Le incompatibilità assolute

La normativa che disciplina le incompatibilità assolute è data dagli artt. 60-65 del d.P.R. n. 3 del 1957, richiamati dall'art. 53, co. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001.

In base all'art. 60 del d.P.R. n. 3 del 1957 ai dipendenti pubblici è precluso lo svolgimento di:

- 1) attività industriali;
- 2) attività commerciali;
- 3) attività professionali.

Benché non espressamente menzionata dalla legge, deve ritenersi incompatibile anche l'attività artigianale, in quanto l'art. 60 del d.P.R. n. 3 del 1957 mira ad assicurare alle amministrazioni in via esclusiva l'attività dei dipendenti, per cui è irrilevante se l'impresa sia artigiana secondo la definizione dell'art. 2083 cod. civ. o rientrante nella definizione dell'art. 2082 cod. civ., essendo anche l'impresa artigiana organizzata ai fini produttivi.

Non essendo citata neppure l'attività agricola, si è posto il problema della compatibilità dell'esercizio della stessa con lo status di impiegato pubblico. Sul punto si sono pronunciati il Dipartimento della Funzione pubblica (circolare 18 luglio 1997 n. 6) ed alcuni tribunali amministrativi regionali (TAR Umbria, 9 febbraio 2000 n. 168; TAR Basilicata, 6 marzo 2003 n. 195), che hanno ritenuto possibile la partecipazione del dipendente pubblico in società agricole a conduzione familiare, purché l'impegno risulti modesto, non abituale o continuato.

Lo *status* di pubblico dipendente è, inoltre, incompatibile con l'assunzione di cariche gestionali in società costituite a fini di lucro (amministratore, consigliere, sindaco, liquidatore), mentre la mera titolarità di azioni con conseguente acquisizione dello status di socio è ovviamente compatibile. L'assunzione di cariche sociali in società cooperative è, invece, consentita ai dipendenti pubblici, stante la prevalente finalità mutualistica, quale che sia la natura e l'attività della cooperativa.

Ultimo genere di incompatibilità assoluta è la titolarità di un altro rapporto di lavoro dipendente, sia con un datore di lavoro privato, sia alle dipendenze di un'altra pubblica amministrazione.

Occorre ricordare che per i dipendenti contrattualizzati i contratti collettivi di vari comparti consentono di richiedere all'amministrazione di appartenenza l'aspettativa, senza retribuzione e senza decorrenza dell'anzianità, per la durata del periodo di prova nel caso di assunzione presso altra amministrazione a seguito di vittoria di concorso (art. 20, co. 11, del C.C.N.L. Università 2006-09).

Qualche dubbio destano tali previsioni contrattuali, in quanto consentono casi di cumulo di impieghi, pur essendo la materia, come osservato in precedenza, sottratta alla contrattazione collettiva.

L'inosservanza del divieto di cui all'art. 60 del d.P.R. n. 3 del 1957 comporta, sul piano procedurale, in base all'art. 63 del d.P.R. medesimo, una previa diffida datoriale volta a far cessare l'incompatibilità e, quindi, in caso di inottemperanza alla diffida, la decadenza dall'impiego, che, per la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., sez. lav., 19 gennaio 2006 n. 967; Cass., sez. lav., 21 agosto 2009 n. 18608; Cass., sez. lav., 12 ottobre 2012 n. 17437; Cass., sez. lav., 15 gennaio 2015 n. 617), non ha natura disciplinare. Ne consegue, secondo tale indirizzo, che la decadenza, nel caso di mancata rimozione della causa di incompatibilità con lo *status* del pubblico dipendente, è del tutto automatica: essa non è la conseguenza di un inadempimento, bensì scaturisce dalla perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità, che, se fossero mancati *ab origine*, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro.

Qualora, invece, il dipendente ottemperi alla diffida, cessando dalla situazione di incompatibilità, non scatta l'automatismo espulsivo predetto, ma restano, comunque, fermi i riflessi disciplinari della (temporanea) inosservanza del divieto, come si desume dal chiaro dettato dell'art. 63 del d.P.R. n. 3 del 1957, secondo il quale *“la circostanza che l'impiegato abbia obbedito alla diffida non preclude l'eventuale azione disciplinare”*.

3. Gli incarichi autorizzabili

L'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 regola anche le attività non vietate, ma sottoposte ad un regime autorizzatorio. In particolare il co. 7 del predetto art. 53 dispone che i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza.

La *ratio* del regime autorizzatorio, quale ragionevole e motivata deroga alla regola dell'esclusività del rapporto di lavoro pubblico, va rinvenuta nella necessità-opportunità di consentire ai pubblici dipendenti occasionali incarichi retribuiti, quando non configurano delle stabili attività commerciali, industriali, professionali e non si pongono in contrasto con i compiti istituzionali dell'ente pubblico ove lavorano. Poiché è indefettibile una verifica in concreto sulle attività extralavorative non preponderanti che potrebbero non urtare con il divieto generale di espletamento, la legge ha attribuito tale riscontro alle amministrazioni datrici di lavoro, che hanno spesso adottato, assai opportunamente, regolamenti o circolari interne (e, come tali, autovincolanti) sulle attività autorizzabili o meno e sui parametri decisori in sede autorizzativa, al fine di rendere oggettive, imparziali e trasparenti le proprie scelte.

Ai fini del rilascio dell'autorizzazione l'amministrazione deve verificare la sussistenza di reali o potenziali conflitti di interesse.

Sul piano procedurale l'art. 53, co. 10, regola le modalità di richiesta e di rilascio dell'autorizzazione: la richiesta deve essere presentata all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico, ma può, altresì, provvedere il dipendente interessato.

La richiesta, in forma scritta, deve contenere le generalità del richiedente, l'oggetto (non generico) e la durata dell'incarico, l'ente conferente, il compenso previsto (o prevedibile), la sede di espletamento dell'incarico.

L'amministrazione di appartenenza deve pronunciarsi motivatamente sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa, o entro quarantacinque giorni se il dipendente presta servizio presso amministrazione diversa da quella di appartenenza. In caso contrario scattano le ipotesi di silenzio-accoglimento per incarichi conferiti da pubbliche amministrazioni o di silenzio rigetto per incarichi conferiti da privati. Il meccanismo del silenzio per gli incarichi conferiti da altre amministrazioni, come tutte le ipotesi in cui il legislatore attribuisce al silenzio valore provvedimento, suscita più di una perplessità, in quanto volto a favorire l'inerzia dell'amministrazione.

Questione molto discussa è quella del rilascio di autorizzazione postuma a sanatoria di incarichi già espletati. La giurisprudenza (TAR Lombardia-Milano, sez. IV, 7 marzo 2013 n. 614; TAR Campania-Napoli, sez. II, 12 giugno 2015 n. 3191; C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 marzo 2015 n. 42; C. conti, sez. giur. Veneto, 12 novembre 2015 n. 170) ha condivisibilmente escluso tale possibilità, in quanto la normativa in materia depone nel senso della necessità di autorizzazione preventiva, in quanto indispensabile per la verifica della sussistenza di conflitti, anche potenziali, di interesse.

Assai rigoroso è il regime punitivo, sia per chi espleti l'incarico sia per chi lo conferisce, in caso di violazione della prescritta normativa autorizzatoria (art. 53, co. 7-9, del d.lgs. n. 165 del 2001). Il co. 7 prevede che in caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti. La giurisprudenza (TAR Veneto, sez. I, 11 novembre 2014 n. 1375; C. conti, sez. giur. Lombardia, 20 marzo 2015 n. 42; C. conti, sez. giur. Liguria, 28 luglio 2015 n. 54), dando un'interpretazione logico-sistematica della norma, ha sottolineato che il versamento del compenso da parte del soggetto erogante deve avvenire solo ove non sia stato ancora corrisposto al prestatore non autorizzato; qualora il compenso sia già stato versato a quest'ultimo, l'amministrazione dovrà necessariamente rivalersi sul dipendente.

Tale previsione non ha valenza sanzionatoria, ma solo risarcitoria, come risulta evidentemente dall'inciso “*salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare*”, nonché dal fatto che l'obbligo di versamento è imposto *in primis* all'erogante (ossia ad un soggetto estraneo al rapporto di lavoro) ed, in difetto, al dipendente.

Nell'ipotesi di conferimento di incarico a pubblico dipendente l'amministrazione conferente, in base alla previsione dell'art. 53, co. 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, è onerata del controllo sulla sussistenza dell'autorizzazione.

4. Gli incarichi sottratti ad autorizzazione

Dopo aver analizzato le attività soggette a previa autorizzazione, occorre vagliare le c.d. “attività liberalizzate”, sottratte a qualsiasi regime autorizzatorio e liberamente espletabili.

Si tratta o di attività di evidente modesta rilevanza (poco assorbenti fisicamente o mentalmente), ovvero quelle espressive di basilari diritti costituzionalmente rilevanti di qualsiasi soggetto (libertà di pensiero, diritto di critica, tutela delle opere di ingegno, etc.) e, dunque, anche del pubblico dipendente, e, come tali, non sottoponibili a regimi autorizzatori al pari delle attività gratuite.

Il referente normativo è dato dal pluricitato art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 che, al co. 6 (più volte oggetto di modifiche, da ultimo ad opera della legge 30 ottobre 2013, n. 125), sancisce che sono sottratti al regime autorizzatorio descritto nel paragrafo precedente i compensi derivanti:

- a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;
- b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;
- c) dalla partecipazione a convegni e seminari;
- d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;
- e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;
- f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita;
- g) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e ricerca scientifica.

L'elencazione predetta poneva dei problemi applicativi in ordine alla distinzione tra seminari e convegni (non soggetti ad autorizzazione) e docenze (soggette ad autorizzazione): per agevolare il superamento di tale ricorrente problema, una novella all'art. 53, co. 6 (art. 7-novies del d.l. 31 gennaio 2005, n. 7) ha ampliato le ipotesi liberalizzate, annoverando dapprima le attività “*di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione*” e poi liberalizzando anche le attività di

“docenza e di ricerca scientifica”, svolgibili, in assenza di puntualizzazioni, anche a favore di soggetti privati conferenti, con partecipazione sia di soggetti pubblici che privati come discenti.

Per lo svolgimento delle attività elencate dall’art. 53, co. 6, il pubblico dipendente non è tenuto a richiedere alcuna autorizzazione, né, in assenza di previsione di legge in tal senso, a comunicare all’amministrazione l’avvenuto conferimento di tali incarichi, anche se alcuni enti, per mal celati retaggi inquisitori o per verificare l’esatta interpretazione delle vigenti norme o per asserite esigenze di riscontro su conflitti di interesse, sono soliti richiedere, con circolari interne, una comunicazione (destinata a mera presa d’atto) da parte del lavoratore. In ogni caso tale mancata comunicazione, a differenza di quanto espressamente previsto dall’art. 53, co. 7, in caso di mancata autorizzazione, non potrà avere conseguenze sul piano disciplinare in assenza di un obbligo legislativo o contrattuale sul punto.

Per quanto concerne gli incarichi di consulente tecnico d’ufficio svolti da un dipendente pubblico per conto dell’autorità giudiziaria, il Ministero di Grazia e Giustizia (circolare 4 gennaio 1999) ha espressamente escluso la necessità dell’autorizzazione, in considerazione della peculiarità dell’incarico, in cui prevale il profilo del *munus* rispetto a quello dell’attività di lavoro subordinato od autonomo (il cui esercizio è subordinato all’autorizzazione), nonché della necessità di tutelare l’indipendenza del magistrato attraverso la garanzia della libera scelta del proprio consulente, che risulterebbe compromessa laddove fosse subordinata ad un’autorizzazione dell’amministrazione di appartenenza.

5. Deroghe soggettive al regime delle incompatibilità: il personale in *part-time* c.d. ridotto ed altre ipotesi

Accanto a deroghe oggettive al regime delle incompatibilità per il pubblico dipendente l’attuale ordinamento (art. 1, co. 56-58-bis, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, richiamato dall’art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001) prevede deroghe soggettive a favore del personale in *part-time* c.d. ridotto (vale a dire con prestazione lavorativa non superiore al 50% di quella a tempo pieno).

L’art. 1, co. 56, della l. n. 662 del 1996, stabilisce che le disposizioni di cui all’art. 58, co. 1, del d.lgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001), nonché le disposizioni di legge e di regolamento che vietano l’iscrizione in albi professionali non si applicano ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo parziale, con prestazione lavorativa non superiore al 50 per cento di quella a tempo pieno.

In virtù di tali norme, ai soli lavoratori in *part-time* ridotto, è consentito lo svolgimento di altre attività di lavoro autonomo o subordinato e l’iscrizione ad albi professionali.

Per l'espletamento della professione forense è intervenuta la l. 25 novembre 2003, n. 339, che ha ripristinato per i lavoratori in *part-time* ridotto il divieto di iscrizione nell'albo degli avvocati. La Corte Costituzionale (C. cost., 21 novembre 2006, n. 390) ha discutibilmente ritenuto legittima la previsione, in quanto l'esercizio della professione forense presenta peculiarità evidenti rispetto alle altre professioni per le quali è richiesta l'iscrizione ad un albo (in particolare l'incompatibilità con incarichi retribuiti) e non è, pertanto, irragionevole la scelta del legislatore di non consentire l'esercizio di tale professione ai pubblici dipendenti con rapporto di lavoro *part-time*.

Ne consegue che il dipendente in *part-time* ridotto può iscriversi in qualsiasi albo professionale salvo quello degli avvocati.

Tale "liberalizzazione soggettiva" dei dipendenti in *part-time* ridotto incontra tuttavia dei limiti legali volti a prevenire conflitti di interesse fra amministrazione e dipendente, ad evitare forme di accaparramento privilegiato della clientela pubblica, nonché intralci alla funzionalità delle amministrazioni. In particolare, in base all'art. 1, co. 56-bis, della l. n. 662 del 1996, i dipendenti pubblici iscritti ad albi professionali e che esercitino attività professionale:

- a) non possono essere destinatari di incarichi professionali conferiti dalle amministrazioni pubbliche;
- b) non possono assumere il patrocinio in controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione.

In base all'art. 1, co. 58, della l. n. 662 del 1996, non è, però, possibile per i dipendenti pubblici in *part-time* ridotto la costituzione di rapporto di lavoro subordinato con altra amministrazione pubblica. Inoltre, occorre rammentare che l'art. 23-bis del d.lgs. n. 165 del 2001 consente ai dirigenti delle pubbliche amministrazioni l'aspettativa senza assegni per lo svolgimento, in deroga ai divieti posti dall'art. 53, di attività presso strutture pubbliche o private.

Infine, un'altra importante deroga è stabilita dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, il cui art. 18, co. 1, dispone che i dipendenti pubblici possono essere collocati in aspettativa, senza assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio, per un periodo massimo di dodici mesi, anche per avviare attività professionali e imprenditoriali. Il co. 2 precisa che nel suddetto periodo non si applicano le disposizioni in tema di incompatibilità di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001.

La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico

Davide Fiumicelli

Indice

1. Il funzionamento critico dello strumento disciplinare e la “riforma Brunetta” del 2009	11
2. Il codice disciplinare e gli obblighi di pubblicità	11
3. La titolarità del potere disciplinare	13
4. I termini del procedimento disciplinare	14
5. Esempi recenti nella prassi applicativa	15
5.1. L’applicazione al lavoro pubblico della c.d. “riforma Fornero” e del c.d. “Jobs Act”	15
5.2. Giudizio disciplinare e valutazioni effettuate in sede penale	16
5.3. Divieto di controllo a distanza dell’attività dei lavoratori previsto dall’art. 4 dello “Statuto dei lavoratori”	16
6. I più recenti interventi di riforma: la legge delega n. 124/15 e il decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 (c.d. “decreto sui furbetti del cartellino”)	17

1. Il funzionamento critico dello strumento disciplinare e la “riforma Brunetta” del 2009

Il funzionamento efficiente dello strumento disciplinare appare indispensabile per il buon andamento dell'amministrazione, ma ciò non può che andare di pari passo con la previsione di un sistema di garanzia effettivo che ne assicuri l'equità.

Il “cattivo” uso di tale strumento, nel corso del tempo, è stato tuttavia più volte riscontrato in concreto e stigmatizzato da più parti, tanto in giurisprudenza, che in dottrina. Le cause del fenomeno sono state in particolare ravvisate nel diffuso comportamento “tollerante” della dirigenza nei confronti di fenomeni di illegalità presenti all'interno delle amministrazioni.

Con la “riforma Brunetta” del 2009 si è cercato di intervenire sul punto, modificando le regole del potere disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato: con l'art. 7 della l. 4 marzo 2009, n. 15, si è dato avvio al percorso attraverso l'indicazione di principi e criteri finalizzati al potenziamento dello strumento disciplinare; con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, poi, sono state profondamente modificate le regole concrete, novellando l'art. 55 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, a cui sono stati aggiunti gli articoli da 55-bis a 55-septies. Per espressa volontà legislativa (art. 55), tali norme hanno tra l'altro assunto forza imperativa, che mira a precludere, attraverso il meccanismo degli artt. 1339 e 1419, comma 2, del codice civile, la possibilità di qualsiasi intervento in materia da parte della Contrattazione collettiva. L'art. 40 del d.lgs. n. 165/01 (nella versione introdotta dall'art. 54 del d.lgs. n. 150/09) dispone inoltre che in alcune materie, tra le quali quella relativa alle sanzioni disciplinari, la Contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

2. Il codice disciplinare e gli obblighi di pubblicità

In primo luogo, importanti novità sono state introdotte in tema di codice disciplinare delle amministrazioni pubbliche.

L'art. 55, co. 2, del d.lgs. n. 165/01, nella versione antecedente la riforma del 2009, conteneva difatti un esplicito richiamo ai commi 1, 5, 8, dell'art. 7 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. “Statuto dei lavoratori”). Il comma 1 dell'art. 7 della l. n. 15/2009 dispone che le norme disciplinari debbano essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in un luogo accessibile a tutti (normalmente coincidente con la sede dell'orologio marcatempo o della bacheca aziendale). Tale previsione estende alla materia disciplinare il principio del diritto punitivo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, di cui all'art. 25 della Costituzione. La preventiva conoscibilità da parte di tutti i lavoratori del codice disciplinare, infatti, preclude al datore di lavoro di stabilire di volta in volta la sussistenza dell'infrazione, nonché di scegliere arbitrariamente la sanzione ritenuta applicabile.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento al rapporto di lavoro privato, ha sempre dato un'interpretazione rigida e formalistica della norma, ritenendo nulle le sanzioni comminate in

assenza di affissione, nonché non equipollenti altre forme di pubblicità (come la consegna del codice al momento dell'assunzione). Si tratta di una tesi che è stata recepita dalla contrattazione collettiva del comparto pubblico nella tornata 2002-2005, con la previsione secondo la quale la forma di pubblicità del codice disciplinare tramite affissione “è tassativa e non può essere sostituita con altre” (art. 13, co. 8, del C.C.N.L. Ministeri 2002-2005).

Il nuovo art. 55, co. 2, pur avendo eliminato il richiamo al citato art. 7, contiene l'innovativa previsione dell'equipollenza tra l'affissione del codice disciplinare all'ingresso della sede di lavoro e la sua pubblicazione nel sito web dell'amministrazione. Da ciò pare dedursi che l'obbligo di affissione del codice disciplinare perduri, altrimenti non avrebbe senso la regola di equipollenza posta dal legislatore del 2009.

I contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma, in particolare quelli dell'area dirigenziale, hanno recepito il nuovo principio, modificando la pregressa disciplina e prevedendo la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione (art. 9, co. 11, del C.C.N.L. Area I 2006-2009; art. 7, co. 11, del C.C.N.L. Area II 2006-2009).

L'affissione telematica del codice disciplinare, che si pone nella direzione di un regime di conoscibilità “potenziale” piuttosto che di conoscenza possibile, ha generato vari interrogativi sulla sua concreta applicazione:

- cosa accade, ad esempio, nel caso di dipendente, che, per le sue specifiche mansioni, non ha a disposizione personal computer per l'accesso ad internet?
- cosa accade, nel caso di collocazione del codice disciplinare in un link non facilmente individuabile all'interno del sito web dell'amministrazione?

Al fine di evitare in sede giudiziale contestazioni del primo tipo, ogni amministrazione dovrebbe accertare che tutti i dipendenti abbiano una postazione web, altrimenti è preferibile mantenere anche l'affissione prevista dalla contrattazione collettiva.

Per quanto concerne il secondo interrogativo, il Dipartimento della Funzione pubblica ha raccomandato le amministrazioni di pubblicare il codice disciplinare con adeguato risalto e indicazione puntuale della data, oltre che sulla home page internet anche di quella intranet (solitamente utilizzata per le comunicazioni interne del datore di lavoro), dando formalmente avviso dell'avvenuto adempimento.

Di recente si è posta anche un'altra questione, ossia se la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei contratti collettivi del comparto pubblico, prevista dall'art. 47, co. 8, del d.lgs. n. 165/01, possa considerarsi equipollente all'affissione. La Corte di Cassazione, in due decisioni relative al comparto degli enti locali, ha adottato opposte soluzioni: secondo la prima pronuncia (Cass., sez. lav., 21 luglio 2015, n. 15218), la disposizione pattizia del contratto collettivo, che prevede la pubblicità del codice

disciplinare mediante affissione, esclude l'equipollenza della pubblicazione del contratto sulla Gazzetta Ufficiale; la decisione successiva (Cass., sez. lav., 28 agosto 2015, n. 17288) afferma, invece, che la pubblicità legale del contratto collettivo nazionale di lavoro pubblico è sostitutiva dell'affissione del codice disciplinare.

Sul punto, inoltre, vale la pena ricordare che l'inosservanza dell'obbligo di pubblicità del Codice disciplinare comporta la nullità della sanzione inflitta, salvo che non si tratti di comportamento immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario alle regole basilari del vivere civile, che si presumono conosciute dal lavoratore (si tratta del c.d. "minimo etico"), o a norme di rilevanza penale. In tali casi la Corte di Cassazione ha sempre ritenuto valida la sanzione comminata, ancorché il Codice disciplinare non fosse stato correttamente affisso. Ulteriore deroga all'obbligo della pubblicità riguarda poi i precetti fissati da legge, per i quali vige la presunzione di conoscenza della norma primaria.

3. La titolarità del potere disciplinare

Di non secondaria importanza, poi, paiono le innovazioni inerenti la questione della titolarità del potere disciplinare. La riforma del 2009 ha difatti impresso una maggiore responsabilizzazione alla dirigenza (art. 7, co. 2, lett. m) della l. n. 15/09), considerando il potere disciplinare esercitato in relazione alle infrazioni meno gravi come diretta espressione del potere organizzativo riconosciuto al dirigente.

L'art. 55-bis del d.lgs. n. 165/01, di conseguenza, prevede due ben distinti modelli di procedimento disciplinare:

- il "procedimento monocratico o semplificato", regolato dal comma 2, che trova applicazione quando ricorrono due condizioni:
 - la contestazione di infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di 10 giorni;
 - la qualifica dirigenziale della struttura presso la quale il dipendente incolpato presta servizio;
- il "procedimento ordinario o aggravato", regolato dai commi 3 e 4, che trova applicazione in due ipotesi:
 - la contestazione di infrazioni di maggior gravità (per le quali sono previste sanzioni superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni) poste in essere da dipendenti in servizio presso strutture con qualifica dirigenziale;

- la contestazione di tutte le infrazioni poste in essere da dipendenti in servizio presso strutture non aventi qualifica dirigenziale.

In base ai commi 2, 3 e 4, dell'art. 55-bis, competente allo svolgimento del primo tipo di procedimento è il dirigente della struttura presso la quale il dipendente è in servizio, per il secondo tipo è, invece, competente l'Ufficio dei procedimenti disciplinari (UPD).

Con la locuzione “qualifica dirigenziale”, tra l'altro, è importante sottolineare come si faccia riferimento a tutti i soggetti che, anche se solo a tempo determinato e non appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione (come i dirigenti “esterni” *ex* art. 19, co. 6, del d.lgs. n. 165/01), siano formalmente investiti della qualifica attraverso l'attribuzione di un incarico dirigenziale. La mancanza di qualifica dirigenziale nel responsabile della struttura, ovvero la maggiore gravità delle infrazioni, determinano allora la necessità di una maggiore “terzietà” dell'organo procedente.

Il comma 4 dell'art. 55-bis, con una previsione analoga a quella precedente la riforma del 2009, dispone invece che ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individui l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. Il legislatore ha, pertanto, lasciato ampia autonomia alle singole amministrazioni sulle modalità di strutturazione dell'UPD, che nella prassi applicativa è generalmente inserito nell'ambito del servizio del personale. Sulla composizione dell'ufficio, non essendo presenti riferimenti precisi nella normativa, si deve invece guardare all'azione dei giudici: i pochi interventi antecedenti e successivi al 2009 non hanno ritenuto preclusa la possibilità di uffici unipersonali, anche se la Corte di Cassazione ha tenuto a precisare che, laddove sia prevista dalla normativa interna la composizione collegiale, il procedimento non può essere avviato, istruito e concluso da un solo componente dell'organo.

4. I termini del procedimento disciplinare

Di sicura rilevanza, infine, appare la questione dei termini che scandiscono il procedimento disciplinare, dato che la loro controversa natura (ordinatoria o perentoria) è stata spesso causa di contenzioso.

Senza entrare eccessivamente nei dettagli di un argomento alquanto complesso, basti qui ricordare come la normativa introdotta dalla riforma del 2009 sancisca espressamente che la violazione dei termini individuati dai commi 2 e 4 dell'art. 55-bis del d.lgs. n. 165/01 comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa. Non ha, invece, conseguenze decadenziali la violazione del termine di cinque giorni fissato dal comma 3 al dirigente per la trasmissione degli atti all'UPD. Per il procedimento ordinario avente ad oggetto le infrazioni di maggior gravità il comma 4 prevede termini raddoppiati rispetto a

quelli previsti dal comma 2 per le infrazioni meno gravi. L'ultima parte del comma 5 precisa che è esclusa l'applicazione di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli stabiliti nella norma.

La notevole complessità del procedimento disciplinare e delle disposizioni previste in materia di termini iniziali, finali ed intermedi, ha fatto sì che su svariati aspetti abbiano avuto modo di intervenire giudici di diverse giurisdizioni.

La Corte di cassazione (C.Cass., Sez. I, 22/8/2016, n. 17245) ha ad esempio di recente respinto il ricorso presentato da un dipendente che contestava la legittimità del suo licenziamento lamentando la violazione dell'art. 55-bis, comma 2, del d.lgs. n. 165/01, per mancato rispetto del termine di 20 giorni previsto tra la contestazione dell'addebito e la convocazione del dipendente per il contraddittorio. La Corte ha così precisato che la violazione di tale termine *“determina la nullità del procedimento ove il dipendente deduca e dimostri che il suo diritto di difesa è stato frustrato dalla contrazione del termine”* stesso, eventualità che non era stata riscontrata nel caso in questione.

5. Esempi recenti nella prassi applicativa

Ai fini di una più esaustiva trattazione del tema della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico appare utile riportare di seguito alcuni recenti casi che hanno trovato soluzione nella prassi applicativa.

5.1. L'applicazione al lavoro pubblico della c.d. “riforma Fornero” e del c.d. “Jobs Act”

Secondo una prima sentenza della Cassazione (Cass. 26 novembre 2015, n. 24157) il nuovo testo dell'art. 18 dello “Statuto dei lavoratori”, come novellato dalla l. n. 92 del 2012, avrebbe trovato applicazione al lavoro pubblico c.d. “contrattualizzato”, in quanto il capoverso dell'art. 51 del d.lgs. n. 165/01 prevede inequivocabilmente l'applicazione al pubblico impiego della l. n. 300 del 1970 *“e successive modificazioni ed integrazioni”*. In tal modo la subordinazione tecnico funzionale avrebbe prodotto la stessa situazione conflittuale e di disparità presente nell'impresa, e il ridimensionamento della tutela reintegratoria avrebbe inciso su quella sensazione di stabilità del rapporto che finora ha caratterizzato il lavoro pubblico.

Ma la più recente sentenza n. 11868 del 16 giugno 2016 della Sezione Lavoro della Cassazione si è mossa in direzione diametralmente opposta, statuendo che per i licenziamenti di dipendenti della Pubblica amministrazione non sono da considerare le modifiche apportate allo “Statuto dei lavoratori” dalla “riforma Fornero”, poi superata dal “Jobs Act”: *“ai rapporti di lavoro disciplinati dal d.lgs 30.3.2001 n. 165, art.2 (le norme generali sul lavoro pubblico, ndr), non si applicano le modifiche apportate dalla legge 28.6.2012 n. 92 (riforma del lavoro Fornero, ndr) all'art.18 della legge 20.5.1970 n. 300 (lo Statuto dei lavoratori, ndr), per cui la tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva all'entrata in vigore della richiamata*

legge n. 92 del 2012 resta quella prevista dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nel testo antecedente alla riforma". Le innovazioni sull'articolo 18 "non si estendono ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni", sino ad un "intervento normativo di armonizzazione". Stando a questo orientamento (confermato anche successivamente, come ad esempio da Corte Cass., Sez. lavoro, 13/9/2016, n. 17965), le garanzie sarebbero quindi intatte, come il reintegro in caso di licenziamento senza giusta causa; un trattamento diverso rispetto ai lavoratori privati, perché è diversa la natura del datore di lavoro.

5.2. Giudizio disciplinare e valutazioni effettuate in sede penale

La giurisprudenza amministrativa, inoltre, ha affermato in modo costante (Cons. Stato, Sez. IV, Sentenza 1/8/2016, n. 3459) come nell'impiego pubblico il giudizio disciplinare non sia vincolato alle valutazioni effettuate in sede penale, dato che il giudizio penale e quello disciplinare sono autonomi fra loro, operando su piani diversi, fermo restando quindi che lo stesso fatto imputabile all'inquisito può essere giudicato lecito dal punto di vista penale ed illecito sotto l'aspetto disciplinare (Cons. Stato, Sez. IV, 3/5/2011, n. 2643). Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'Amministrazione ben può assumere a presupposto gli stessi fatti oggetto del procedimento penale, con l'onere di valutare i medesimi accadimenti nell'ambito del procedimento disciplinare, ferma restando l'immutabilità dell'accertamento dei fatti nella loro materialità operato dal giudice penale (Cons. Stato, Sez. IV, n. 6927/2010).

In altro caso, il Consiglio di Stato (Sez. IV, 20/10/2016, n. 4381, conferma T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 5638 del 2013) ha affermato che la Pubblica amministrazione può legittimamente promuovere un procedimento disciplinare contestando al pubblico dipendente la condotta fatta oggetto dell'imputazione nel processo penale conclusosi con sentenza irrevocabile di non luogo a procedere in ordine al reato ascritto (perché estinto per prescrizione), e applicare la sanzione disciplinare laddove disattenda le controdeduzioni eventualmente svolte dal dipendente a sua difesa sulla base di autonomi elementi di valutazione tratti da tutti gli atti formati ed acquisiti nell'ambito del procedimento penale.

5.3. Divieto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dall'art. 4 dello "Statuto dei lavoratori"

La Corte di Cassazione ha di recente esaminato il caso di un ricorso di un ente contro il provvedimento del Garante Privacy che aveva vietato il trattamento e la memorizzazione dei dati relativi al monitoraggio della navigazione internet e posta elettronica per la violazione del divieto di controllo a distanza previsto dall'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.

Si tratta di decisione interessante, in quanto ricostruisce l'evoluzione della giurisprudenza in materia di controlli difensivi e conferma come l'esigenza delle imprese e degli enti di evitare condotte illecite

da parte dei dipendenti non può comportare la soppressione dei diritti fondamentali del dipendente, quale è la riservatezza. In particolare, la Corte di Cassazione afferma come il datore di lavoro non possa utilizzare gli impianti e le apparecchiature di controllo per qualsiasi finalità (es. tutela dei beni e delle proprietà, accertamento e prevenzione dei reati) eludendo il positivo esperimento delle procedure previste nel secondo comma dell'art 4, Statuto dei lavoratori, quando derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, a prescindere dalle sue intenzioni; il rilievo pubblicistico dei compiti affidati all'ente pubblico non è idoneo a giustificare la violazione della normativa che assicura garanzia ai diritti costituzionalmente garantiti, in primo luogo al diritto alla riservatezza. Si conferma di conseguenza la centralità della protezione dei dati personali nelle imprese e nelle PA e la forza delle linee guida in materia di Internet e posta elettronica del 1° marzo 2007 del Garante per la protezione dei dati personali.

6. I più recenti interventi di riforma: la legge delega n. 124/15 e il decreto legislativo 20 giugno 2016, n. 116 (c.d. “decreto sui furbetti del cartellino”)

La legge di riforma n. 124/15, all'art. 17, co. 1, prevede con una formula piuttosto laconica l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare.

Appare tuttavia la ripartizione della potestà disciplinare tra dirigenti e UPD nella pratica l'elemento di maggiore complessità, dato che ciò determina spesso incertezze sulla competenza, che facilmente si tramutano in ritardi, decadenze o mancata attivazione dei procedimenti. E tutto ciò finisce per favorire spesso i dipendenti meno disciplinati, vale a dire produrre l'effetto contrario di quanto ricercato dalla riforma del 2009.

L'esordio di attuazione delle deleghe rilasciate in materia di lavoro pubblico da parte della l. n. 124/15 si è avuto con il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 (rubricato “*Modifiche all'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare*”), che, anticipando la riforma, detta importanti disposizioni in materia di licenziamento dei dipendenti pubblici per falsa attestazione di presenza in servizio. Si tratta di un intervento ampiamente annunciato, a seguito di condotte di alcuni dipendenti pubblici, assurte alle cronache nazionali ed internazionali con grave pregiudizio per l'immagine dell'amministrazione pubblica. Un “provvedimento-spot” (in vigore dal 13 luglio 2016) che introduce misure di ulteriore contrasto al fenomeno dell'assenteismo dei dipendenti pubblici e della falsa attestazione di presenza in servizio, sia in chiave di specificazione di quanto già normativamente previsto che di specialità rispetto ad altri (anche più gravi) comportamenti rilevanti sul piano disciplinare.

Va al riguardo sottolineato come con la sentenza 25 novembre 2016, n. 251, la Corte costituzionale abbia dichiarato illegittime diverse norme della legge n. 124 del 2015, nella parte in cui prevedono che i decreti legislativi attuativi siano adottati previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

Nell'incertezza attuale sulle sorti del decreto (che potrebbe essere revocato o potrebbe veder sospesa l'applicazione, al fine di evitare l'insorgere di numerosi ricorsi), le disposizioni previste devono essere rispettate, dato che deve essere un giudice a dichiararne l'illegittimità o l'amministrazione ad adeguarsi. Per questi motivi pare comunque utile tracciare i contenuti del d.lgs. n. 116/16, che cerca di delineare con maggiore puntualità la condotta illecita prevista dall'art. 55-quater, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 165/01, superando una indicazione normativa che è stata considerata da più parti eccessivamente generica e che aveva generato vari dubbi applicativi.

Con l'introduzione del comma 1-bis all'art. 55-quater si stabilisce di conseguenza che costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso. Con l'inserimento del termine "qualunque" emerge la volontà di ampliare la fattispecie dell'illecito: non tipizzando alcuna modalità, si mira difatti a colpire ogni tipo di condotta che in qualunque modo possa condurre ad una falsa attestazione in servizio anche mediante il concorso di terzi; da rilevare, inoltre, come della violazione risponda anche chi abbia agevolato, con la propria condotta, tanto attiva che omissiva, la condotta fraudolenta. Una falsa attestazione della presenza in servizio che deve essere accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze.

Con l'introduzione del comma 3-bis all'art. 55-quater si stabilisce inoltre che la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato. Viene dunque introdotta un'ipotesi di sospensione cautelare obbligatoria dal servizio, disposta dal Responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, se ne viene a conoscenza per primo, dall'Ufficio di cui all'art. 55-bis, comma 4, del d.lgs. n. 165/01, con provvedimento motivato, in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i suddetti soggetti ne sono venuti a conoscenza. La violazione di tale termine non determina tra l'altro la decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile. La durata della sospensione cautelare dovrebbe anche in questo

caso coincidere con il tempo necessario ad acquisire la certezza della sussistenza dei fatti addebitati, nonché ad effettuare la valutazione del materiale raccolto in sede di istruttoria disciplinare, ai fini dell'adozione, da parte del datore di lavoro, di una decisione che ponga fine al procedimento.

Grazie all'inserimento del comma 3-ter all'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/01, poi, si introduce un procedimento disciplinare "accelerato", dato che si prevede che *"con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi"* all'UPD. In tale procedimento è riconosciuto all'incolpato, oltre che il diritto di essere ascoltato personalmente, anche quello di farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante dell'Associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, nonché di inviare una memoria scritta (fino alla data dell'audizione). L'incolpato può formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa, per un periodo non superiore a cinque giorni, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento (es: lavoratore afflitto da gravissime e documentate patologie ostative all'assoluto esercizio della difesa). Il procedimento deve concludersi entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito; si tratta però di un termine ordinatorio, dato che la violazione non comporta la decadenza dall'azione disciplinare, né l'invalidità della sanzione irrogata (purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'art. 55-bis, comma 4, del decreto legislativo n. 165/2001, il quale ha natura perentoria).

Con l'introduzione del comma 3-quater all'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/01 si prevede inoltre che l'illecito disciplinare debba originare direttamente la reazione dell'ordinamento penale. Si introduce difatti l'obbligo di denuncia al Pubblico ministero e di segnalazione alla competente Procura regionale della Corte dei conti dei fatti di cui al comma 3-bis (falsa attestazione *"accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze"*) entro il termine di quindici giorni dall'avvio del procedimento disciplinare.

Con l'introduzione del comma 3-quinquies all'art. 55-quater si prevede poi anche un'ipotesi di illecito disciplinare per omissione per i Dirigenti ed i Responsabili di servizio competenti. Il comma in questione stabilisce che, *"nei casi di cui al comma 3-bis, per i Dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli Enti privi di qualifica dirigenziale, per i Responsabili di servizio competenti, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte dell'Ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati"*.

Merita alcuni cenni, tra l'altro, il rapporto del procedimento disciplinare così delineato con il procedimento penale.

Sia per effetto della disposizione che prevede che, in via generale, il procedimento disciplinare debba continuare anche in pendenza di quello penale (art. 55-ter, comma 1, d.lgs. n. 165/01), sia per effetto della non espressa previsione di sospensione non sussistendone le condizioni, il nuovo procedimento disciplinare si conclude comunque.

Il procedimento disciplinare conclusosi con il licenziamento resta impregiudicato nel caso in cui il giudizio penale si concluda con una sentenza: a) irrevocabile di condanna; b) che non ha alcun nesso con il fatto, ma attenga all'evidenza processuale (es.: prescrizione del reato); c) con patteggiamento (per la circostanza che il fatto che ha dato luogo al procedimento disciplinare da cui ha avuto origine il giudizio penale non sia stato contestato oppure appaia fondatamente ascrivibile al dipendente in base ad un ragionevole apprezzamento delle risultanze processuali).

Il procedimento disciplinare conclusosi con il licenziamento resta invece pregiudicato se il giudizio penale si conclude con una sentenza di assoluzione *“perché il fatto non sussiste, ovvero l'imputato non lo ha commesso”*: ciò escluderebbe la configurabilità di ogni responsabilità del soggetto imputato in relazione al fatto ascritto giustificando senz'altro la preclusione alla valutazione in sede disciplinare del medesimo fatto; l'Amministrazione dovrebbe di conseguenza riassumere il procedimento disciplinare per conformarlo alla sentenza penale, reintegrando in servizio il dipendente.

Giova da ultimo ricordare come, anche prima dell'approvazione del d.lgs. n. 116/16, la timbratura del cartellino marcatempo in entrata ed in uscita non corrispondente alla reale situazione di fatto costituisse falsa attestazione della presenza in servizio con modalità fraudolente, consentendo il licenziamento del dipendente. La Corte di cassazione (Corte Cass., Sez. lavoro, 6/9/2016, n. 17637) ha difatti di recente ricordato: *“per quanto riguarda la timbratura del cartellino marcatempo, correttamente la Corte del merito ha ritenuto ricorrente nella specie l'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio con modalità fraudolente, considerato che la timbratura del cartellino marcatempo in entrata ed in uscita non corrispondente alla reale situazione di fatto costituisce certamente una modalità fraudolenta giacché la falsa attestazione del pubblico dipendente circa la presenza in ufficio riportata sui cartellini marcatempo o nei fogli di presenza costituisce condotta fraudolenta oggettivamente idonea ad indurre in errore l'Amministrazione datore di lavoro circa la presenza effettiva sul luogo di lavoro e integra il reato di truffa aggravata ove il pubblico dipendente si allontani senza far risultare, mediante timbratura del cartellino o della scheda magnetica, i periodi di assenza, sempre che siano da considerare economicamente apprezzabili (Cass. pen., n. 8426 del 2014)”*.