

D.Lgs. n. 118/2017

Dipendenti pubblici: licenziamento disciplinare e nuove tutele

Eufranio Massi - Esperto in diritto del lavoro

Anche i dipendenti pubblici hanno la loro nuova specifica tutela in caso di licenziamento. Con il D.Lgs. n. 118/2017 che ha introdotto modifiche al D.Lgs. n. 116/2016, incappato nella “scure” della Corte costituzionale, principalmente, per un fatto di natura procedurale (mancava l’intesa della Conferenza Stato - Regioni), entra a regime, a partire dal 5 agosto 2017, una diversa tutela in caso di licenziamento, con una attenzione particolare al licenziamento di natura disciplinare.

Nel panorama normativo sono diverse le procedure e le tutele presenti nel nostro Paese a fronte di un recesso datoriale. Effettivamente, riesce difficile capire per un “non addetto ai lavori” o per uno straniero la ragione di tutto ciò: per una mera curiosità si ritiene opportuno ricapitolare le varie ipotesi:

- a)** licenziamento *ad nutum* (ad esempio, personale domestico, apprendisti al termine del periodo formativo, lavoratori in prova, laddove quest’ultima risulti da atto scritto, ecc.);
- b)** licenziamento tutelato *ex lege* n. 108/1990 per i dipendenti da piccole aziende, assunti prima del 7 marzo 2015, che sono rimaste sotto la soglia dei sedici dipendenti;
- c)** licenziamento *ex art. 18, legge n. 300/1970*, rimodulato, nelle varie forme e tipizzazioni, dall’art. 1, legge n. 92/2012 per i datori di lavoro che presentano un organico dimensionato oltre i quindici dipendenti (cinque se l’impresa opera nel settore agricolo), relativamente al personale assunto fino al 6 marzo 2015. Il riferimento normativo dei limiti dimensionali è ai commi 8 e 9 dell’art. 18;
- d)** licenziamento (con le specifiche causali) per gli assunti a partire dal 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015: tale disciplina si applica anche ai contratti a termine tra-

sformati dopo il 6 marzo ed ai rapporti di apprendistato, costituiti prima, ma “consolidati” dopo;

e) licenziamento dei dipendenti da datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, attività di natura politica (partiti e movimenti politici), sindacali (associazioni datoriali e dei lavoratori), culturale e di istruzione (associazioni, fondazioni, ecc.) ovvero di religione o di culto per i quali, per effetto dell’art. 9, comma 2, si applica il D.Lgs. n. 23/2015;

f) licenziamento dei dipendenti delle piccole imprese, assunti prima del 7 marzo ma che, per effetto delle nuove assunzioni, hanno visto il proprio datore superare i limiti dimensionali dei quindici dipendenti: anche per costoro trova applicazione il D.Lgs. n. 23/2015;

g) licenziamento del personale disabile con le ulteriori tutele individuate dall’art. 10, legge n. 68/1999: tutela piena, *ex art. 18, legge n. 300/1970 o ex art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 23/2015* per carenza di giustificazione concernente il motivo della disabilità ma, come garanzia ulteriore, possibile annullabilità del recesso nel caso in cui, per effetto del licenziamento, venga lesa la percentuale d’obbligo;

h) licenziamento dei lavoratori dello spettacolo; il recesso datoriale da un rapporto a tempo indeterminato ricade sotto le regole generali e, quindi, per gli assunti a partire dal 7 marzo 2015 trova applicazione il D.Lgs. n. 23/2015;

i) licenziamento degli sportivi professionisti a tempo indeterminato: l’art. 4, comma 8, legge n. 91/1981 afferma che non è applicabile la normativa sui licenziamenti individuali prevista dalla legge n. 604/1966 (articoli da 1 a 7) e quella sulle tutele reintegratorie (art. 8, legge n. 604 e dell’art. 18, legge n. 300/1970) cosa che si estende

Approfondimenti

anche al D.Lgs. n. 23/2015, in forza della c.d. "legge speciale". Il recesso, quindi, è regolamentato dall'art. 2118 c.c. e, per quel che concerne la giusta causa, dall'art. 2119 c.c. Resta, comunque, salva la possibilità della reintegra in presenza di un licenziamento nullo, ritorsivo o discriminatorio. In generale, sulla base della peculiarità del rapporto di lavoro sportivo, i regolamenti delle singole federazioni rimandano ad organismi arbitrali la cognizione e la decisione a controversie di lavoro;

j) licenziamento del socio lavoratore: la disciplina generale sui licenziamenti individuali prevista, a seconda dei casi, dalle leggi n. 604/1966, n. 300/1970 e D.Lgs. n. 23/2015 trova applicazione soltanto allorquando si risolva il solo rapporto di lavoro, ma non quello associativo. L'art. 2, legge n. 142/2001 afferma che ai soci lavoratori con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge n. 300/1970, con esclusione dell'art. 18, se cessa con il rapporto di lavoro anche quello associativo: da ciò discende che il licenziamento può essere impugnato con le normali regole soltanto se il rapporto associativo viene ricostituito, ad esempio, a seguito di impugnazione, andata a buon esito, della delibera di esclusione. L'esercizio dei diritti previsti dal titolo III, legge n. 300/1970 trova applicazione compatibilmente con lo stato di socio lavoratore, secondo quanto determinato da accordi collettivi tra associazioni nazionali del movimento cooperativo e organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative;

k) licenziamento dei lavoratori marittimi: per costoro trova piana applicazione la disciplina generale sui recessi datoriali (art. 18, D.Lgs. n. 23/2015, legge n. 108/1990) in quanto la Consulta, con sentenza n. 96 del 3 aprile 1987 ha dichiarato la illegittimità costituzionale degli articoli 345 e 916, Codice della navigazione;

l) licenziamento dei dirigenti: costoro sono esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 23/2015 che parla soltanto di operai, impiegati e quadri mentre per quel che riguarda la tutela reintegratoria nei casi di nullità, qualora ne ricorrono le condizioni, continua ad applicarsi, anche dopo il 6 marzo 2015, l'art. 18. Il dirigente può essere licenziato per motivi oggettivi e con preavviso (art. 2118 c.c.) o per giusta causa (art. 2119 c.c.). L'art. 16, legge n. 161/2014, modificando gli articoli 4 e 24, legge n. 223/1991, ha previsto il

coinvolgimento delle associazioni sindacali di rappresentanza, nella procedura di riduzione di personale qualora la stessa interessi anche personale con qualifica dirigenziale;

m) licenziamenti collettivi, con differenti tutele in caso di violazione dei criteri di scelta (art. 5, legge n. 223/1991), legate alla data di assunzione dei lavoratori (fino al 6 marzo 2015 o dopo);

n) licenziamento anche di natura disciplinare (D.Lgs. n. 116/2016, D.Lgs. n. 75/2017, D.Lgs. n. 118/2017 con modifiche al D.Lgs. n. 165/2001) per i dipendenti pubblici che, però, non riguarda alcune categorie particolari;

o) licenziamento di Magistrati ordinari, amministrativi e contabili, di appartenenti alla carriera prefettizia, diplomatica, militare e della Polizia di Stato ove, come vedremo, sussiste una disposizione specifica che radica la competenza presso il giudice amministrativo (art. 63, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001).

La procedura

Ma, detto, questo, si ritiene opportuno esaminare il testo coordinato.

Esso ha uno scopo ben preciso: quello di puntualizzare la procedura da seguire in tutte quelle ipotesi che giornalmente sono all'attenzione dei "media" e che tanto scalpore suscitano presso l'opinione pubblica.

Si tratta di illeciti, commessi anche in flagranza, che alla luce del D.Lgs. n. 165/2001, vanno perseguiti con il licenziamento. Ci si riferisce, essenzialmente, all'assenteismo ed alla violazione delle procedure di attestazione della presenza in ufficio, ai comportamenti illeciti dolosi o gravemente colposi, a fatti di natura penale come la corruzione e la concussione che riguardano direttamente il rapporto di lavoro.

Allorquando il dipendente pubblico viene scoperto (art. 55-*quater*, D.Lgs. n. 165/2001), i nuovi commi inseriti, il 3-*bis* ed il 3-*ter*, impongono al Dirigente responsabile della struttura di appartenenza del dipendente l'obbligo della sospensione dal servizio entro le 48 ore successive.

Quest'ultimo viene individuato come il soggetto responsabile dell'avvio del procedimento: sullo stesso grava l'onere di disporre, con provvedimento motivato, la sospensione cautelare del dipendente che comporta anche la sospensione dalla retribuzione, senza che scatti l'obbligo di sen-

Approfondimenti

tire, in via preventiva, il lavoratore circa la contestazione dell'addebito. Se, per una qualsiasi ragione non dovesse essere rispettato il termine delle 48 ore, la procedura non viene inficiata, in quanto non si determina né l'inefficacia della stessa, né la decadenza dell'azione disciplinare. Come si vede a "colpo d'occhio" una serie di garanzie legate, nel settore privato, alla procedura di contestazione *ex art. 7, legge n. 300/1970*, non trovano applicazione in questo frangente.

Sul Dirigente che ha disposto la sospensione cautelare, la quale deve essere accompagnata anche dalla contestazione dell'addebito (comma 3-ter) incombe un altro onere che è quello di trasmettere tutta la documentazione in suo possesso, ivi compreso il provvedimento di sospensione cautelare, all'Ufficio procedimenti disciplinari dell'Amministrazione da cui dipende la propria struttura.

L'articolato normativo, su questo punto, è particolarmente preciso in quanto dispone che la trasmissione venga effettuata, esclusivamente, con posta elettronica certificata, in contemporanea, all'emanazione dell'atto di sospensione.

L'*iter* procedimentale disciplinare deve essere attivato e concluso entro 30 giorni che scattano dal momento della ricezione della documentazione (o da quello di conoscenza del fatto, se antecedente): in questa fase il dipendente deve essere convocato, con un preavviso di almeno 15 giorni, per essere sentito a difesa e per produrre (non è un obbligo, bensì una facoltà) una memoria scritta fino al giorno fissato per l'audizione. Esso può farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante sindacale dell'associazione alla quale è iscritto o alla quale abbia conferito mandato.

Qui si nota una piccola differenza con l'*iter* disciplinare previsto dall'*art. 7, legge n. 300/1970*: non ci si riferisce tanto alla diversità dei termini (questa appare una procedura speciale), quanto al fatto che in fase di audizione *ex art. 7* (principio consolidato anche in giurisprudenza) l'assistenza al lavoratore è riservata soltanto al rappresentante sindacale e non ad altri soggetti come, ad esempio, un procuratore o un avvocato.

In caso di grave, oggettivo ed assoluto impedimento, il lavoratore può chiedere, soltanto per una volta, un rinvio che, se accordato, non può superare il termine di 5 giorni. La norma appena descritta presenta una lontana assonanza con quella della procedura di conciliazione obbligato-

ria prevista dall'*art. 7, comma 8, legge n. 604/1966*, ove la commissione di conciliazione istituita presso l'Ispettorato territoriale del lavoro, può sospendere, per un massimo di 15 giorni, la procedura conciliativa, in presenza di un legitimo e documentato impedimento.

Il comma 5 prevede anche in che modo deve essere effettuata la contestazione di addebito. Essa deve avvenire:

- a)** tramite posta elettronica certificata, laddove il dipendente disponga di idonea casella di posta;
- b)** o, tramite consegna a mano;
- c)** o, con raccomandata postale a/r.

Per le comunicazioni successive è consentito l'uso della normale posta elettronica o di altri strumenti informatici, o anche del numero di fax o di altro indirizzo di posta elettronica, comunicati dal dipendente o dal procuratore che l'assiste.

L'Ufficio per i procedimenti disciplinari, come detto, deve concludere l'*iter* entro i 30 giorni che decorrono da quello della contestazione dell'addebito (si tratta di un termine *ad hoc*). La violazione di tale termine, fatta salva la responsabilità del dipendente a cui la stessa possa essere imputata, non determina la decadenza dall'azione disciplinare, né l'invalidità della sanzione irrogata, a meno che non risulti compromesso in maniera irrimediabile il diritto a difesa del dipendente o non sia stato superato il termine per la conclusione del procedimento che l'*art. 55-bis, comma 4*, fissa, in via generale, in 120 giorni dalla contestazione dell'addebito.

Il comma 6 stabilisce che nel corso dell'istruttoria l'Ufficio per i procedimenti disciplinari può acquisire anche da altre amministrazioni documenti ed informazioni ma ciò non può determinare alcun differimento di termini o sospensione della procedura.

Il comma 3-*quater* si occupa di questioni *a latere* del Provvedimento prevedendo che:

- a)** la segnalazione alla Procura della Repubblica ed alla Procura Regionale della Corte dei Conti avvenga entro 20 giorni dall'avvio del procedimento disciplinare;
- b)** la Procura regionale della Corte dei Conti, ricorrendo i presupposti del danno all'immagine, emetta invito a dedurre entro i 3 mesi successivi alla conclusione della procedura di licenziamento. L'invito a dedurre è previsto dall'*art. 5, comma 1, legge n. 19/1994*: se il Procuratore Regionale intende esercitare l'azione di responsabilità

Approfondimenti

deve invitare “il presunto responsabile del danno a depositare entro un termine non inferiore a 30 giorni dalla notifica della relativa comunicazione le proprie deduzioni ed eventuali documenti. Nello stesso termine il presunto responsabile può chiedere di essere ascoltato personalmente”;

c) l’azione di responsabilità va esercitata entro i 150 giorni successivi alla denuncia, senza alcuna possibilità di proroga: il tutto nel rispetto dei termini e delle modalità previste dal predetto art. 5, legge n. 19/1994;

d) l’ammontare del risarcimento del danno venga rimesso alla valutazione equitativa del giudice che, tuttavia, è tenuto a tenere conto sia della rilevanza del fatto che dell’impatto dello stesso sui mezzi di informazione. In ogni caso, l’eventuale condanna non potrà essere inferiore a 6 mensilità calcolate sull’ultimo stipendio, oltre agli interessi ed alle spese legali.

Ma cosa succede a quei Dirigenti che, pur essendo a conoscenza del fatto, hanno omesso di attivare il provvedimento disciplinare e non hanno adottato il provvedimento di sospensione cautelare?

Il comma 3-*quinquies*, che allarga la responsabilità, per gli uffici privi di Dirigenti, ai Responsabili di servizio competenti, qualifica tale comportamento come illecito disciplinare punibile con il licenziamento. L’Ufficio per i provvedimenti disciplinari è obbligato a darne, immediatamente, notizia alla Procura della Repubblica competente per territorio ai fini dell’accertamento della sussistenza di eventuali reati.

Tutti i provvedimenti che hanno caratterizzato la procedura (sospensione cautelare, apertura del contraddittorio e quelli finali) afferma il successivo comma 3-*sexies*, debbono essere inviati all’Ispettorato per la funzione pubblica, secondo la previsione contenuta nell’art. 55-bis, comma 4: tale onere deve essere assolto entro i 20 giorni dalla loro adozione. C’è, a questo punto, una questione di “privacy” da rispettare: essa è ben presente nella “mente” del legislatore che ha stabilito che il nominativo del lavoratore venga “coperito” da un codice identificativo.

L’argomento che, sia pure succintamente, è stato affrontato non risulta completo se non lo si correla al D.Lgs. n. 75/2017 che negli articoli compresi tra il 12 ed il 17 detta la normativa in ordine alla responsabilità disciplinare ma che all’art. 22, intervenendo sul *corpus* dell’art. 63, D.Lgs.

n. 165/2001, fissa alcune regole che riguardano tutti i licenziamenti dei dipendenti pubblici e non soltanto quelli che rientrano nella procedura disciplinare appena descritta.

Ma, andiamo con ordine.

Il comma 1, art. 63 radica presso il giudice del lavoro la competenza a conoscere tutte le controversie di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle procedure di reclutamento e di quelle che riguardano i Magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli Avvocati ed i Procuratori dello Stato, il personale militare e della Polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e di quella prefettizia nonché i dipendenti delle c.d. “Authority” per le quali la conoscenza delle varie questioni ricade sotto la competenza del giudice amministrativo.

Il giudice del lavoro (comma 2) adotta, nei confronti delle, pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna richiesti sulla base dei diritti che si intendono tutelare. La competenza del giudice ordinario (comma 3) riguarda anche l’eventuale comportamento antisindacale *ex art. 28, legge n. 300/1970* e le questioni legate alle procedure della contrattazione collettiva che possono coinvolgere sia l’Aran che le organizzazioni sindacali, delle quali parla l’art. 40.

Ma, andiamo alla norma sui licenziamenti.

Nulla quaestio se il provvedimento di licenziamento viene dichiarato legittimo ma se esso viene dichiarato nullo occorre esaminare le conseguenze che sono frutto delle novità introdotte con il D.Lgs. n. 75/2017.

Tutele ex D.Lgs. n. 118/2017 e differenze rispetto al D.Lgs. n. 23/2015 e all’art. 18

Il giudice, con la sentenza in cui dichiara nullo il licenziamento, condanna l’Amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ed al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione utile per il calcolo del Tfr (il criterio è simile a quello adottato con il D.Lgs. n. 23/2015), corrispondente al periodo trascorso dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione e, comunque, in misura non superiore alle 24 mensilità, dedotto il c.d. *aliunde perceptum* per effetto di eventuali altre attività svolte in tale periodo e senza alcuna previsione di indennità risarcitoria ad ac-

Approfondimenti

cettazione della risoluzione del rapporto. Alla condanna segue, per il datore di lavoro pubblico, l'obbligo di versare i contributi previdenziali ed assistenziali per l'intero periodo (il legislatore non parla di maggiorazione degli interessi legali senza sanzioni come succede, invece, per i privati, con l'applicazione dell'art. 18).

Il successivo comma 2-bis afferma che nel caso in cui una sanzione disciplinare (e, quindi, anche il licenziamento disciplinare) venga annullato per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni legali e contrattuali vigenti, sia tenendo conto del comportamento che dello specifico interesse pubblico violato. Questo passaggio, se attuato (non c'è un obbligo del giudice ma è un fatto discrezionale), chiuderebbe il contenzioso e "toglierebbe le castagne dal fuoco" alla pubblica amministrazione interessata, la quale, in caso contrario, dovrebbe ripartire con una nuova contestazione disciplinare, con un nuovo *iter* e con il rischio del *ne bis in idem*.

Fin qui il nuovo dettato normativo concernente il licenziamento disciplinare dei dipendenti pubblici.

Come si può facilmente constatare ci troviamo di fronte ad una normativa di tutela del tutto diversa non soltanto da quella disciplinata dal D.Lgs. n. 23/2015, ma anche da quella prevista dall'art. 18.

Partiamo brevemente dal primo: tutti i dipendenti privati, assunti a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015, ricadono sotto l'ombrellino applicativo dell'art. 3, ferme restando le ipotesi di nullità previste dalla legge, di discriminazione, di comportamento ritorsivo, di insussistenza della motivazione per i disabili e per i lavoratori inabili, che, secondo l'art. 2, comportano la reintegria con il pagamento delle mensilità perse e della contribuzione relativa con la possibilità, per il lavoratore, di esercitare l'opting out. Ciò significa che il giudice, allorquando ritenga illegittimo il recesso per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o giusta causa, conferma il licenziamento ma condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 2 mensilità all'anno (calcolate sull'ultima utile ai fini del calcolo del Tfr), partendo da una base di 4, fino ad un massimo di 24 (per le imprese dimensionate fino a 15 dipendenti i predetti valori sono pari al-

la metà con un tetto massimo fissato a 6 mensilità).

Ma è sul licenziamento disciplinare, ad avviso di chi scrive, che sussistono le maggiori differenze. Secondo l'art. 3, D.Lgs. n. 23/2015 sussiste la reintegria soltanto se il fatto materiale contestato non sussiste, essendo preclusa al giudice ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento (qui è la grossa novità rispetto al pubblico impiego): ad essa è agganciata una indennità risarcitoria che non può superare le 12 mensilità (accompagnata dalla relativa contribuzione) alla quale vanno detratti sia l'*aliunde perceptum* che l'*aliunde percipiendum* determinato da una occasione di lavoro, rifiutata, offerta dei servizi pubblici per l'impiego, con il possibile esercizio della rinuncia al posto ("opting out") previo pagamento delle 15 mensilità. Tale opzione porta alla risoluzione del rapporto di lavoro e la richiesta dell'indennità sostitutiva va presentata entro il termine perentorio di 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o, se antecedente, dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio.

La stessa differenza la si trova con l'art. 18, riformato dalla legge n. 92/2012.

Infatti, laddove il giudice riconosca che non ricorrono gli estremi per il licenziamento disciplinare per insussistenza del fatto contestato (qui non c'è la specificazione dell'aggettivo "materiale" che troviamo nel comma 2, art. 3, D.Lgs. n. 23/2015) o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili (cosa ammessa per il pubblico impiego dal "riformato" art. 63, D.Lgs. n. 165/2001 che, anzi, offre al giudice la possibilità di rideterminare, direttamente, la sanzione, cosa esclusa dal Decreto sulle "tutele crescenti"), ordina la reintegria con il pagamento di una indennità risarcitoria commisurata al periodo di "non lavoro", con le usuali detrazioni in caso di altra prestazione lavorativa o di prestazione che si sarebbe potuta svolgere dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. Anche qui, il tetto massimo è rappresentato dalle 12 mensilità, con il pagamento dei contributi maggiorati degli interessi e con la possibilità per l'interessato di chiedere l'opting out, in alternativa alla reintegria.