

TRIBUNALE CATANIA, 19.4.2019 – Est. Scardillo – XY (avv. Caudullo) c. Ministero della Giustizia (Avv. Stato).

Lavoro pubblico – Falsa attestazione della presenza in servizio – Licenziamento automatico – Esclusione – Giudizio di proporzionalità – Necessità.

Sebbene nell'art. 55-quater, d.lgs. n. 165/2001, sia tipizzata una fattispecie disciplinare astrattamente meritevole di licenziamento, deve escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, permanendo il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato. (1)

(1) IL «FURBETTO DEL CARTELLINO» NON HA SEMPRE TORTO

1. — Il Tribunale di Catania ha deciso la controversia promossa da un dipendente pubblico, licenziato per aver falsamente attestato la propria presenza in servizio e che, per tale motivo, era stato anche rinviato a giudizio dall'autorità competente. L'amministrazione pubblica datrice di lavoro ha ritenuto, disattendendo la richiesta avanzata dal lavoratore, di non dover sospendere il procedimento disciplinare avviato e, dopo aver acquisito le necessarie informazioni e sentito il dipendente a sua difesa, ha irrogato il licenziamento disciplinare. Il lavoratore, quindi, ha impugnato il provvedimento espulsivo, perché ritenuto non proporzionato al danno economico prodotto all'amministrazione di appartenenza e perché ritenuto lesivo del principio di parità di trattamento imposto dall'art. 45, d.lgs. n. 165/2001. In proposito, il funzionario aveva allegato che la medesima amministrazione adottò, nei confronti di una collega di lavoro responsabile di una condotta analoga, la sanzione conservativa della sospensione dal servizio. I fatti oggetto di contestazione disciplinare, quindi, non sono mai stati in contestazione. L'unico elemento che il giudice ha dovuto accertare è stato l'effettivo ammontare dei minuti in cui il dipendente, contrariamente al vero, si trovava nel luogo di lavoro e il corrispondente danno subito dall'amministrazione pubblica.

Compiuto tale accertamento, il giudice ha accolto la domanda del lavoratore, con motivazioni che meritano di essere analizzate. Il Tribunale, infatti, ha ritenuto che, sebbene secondo l'art. 55-quater, d.lgs. n. 165/2001, talune condotte, tra cui quella della falsa attestazione in servizio, sono astrattamente meritevoli di licenziamento, non viene meno il dovere di sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione espulsiva rispetto al fatto contestato. Secondo il giudice, infatti, «deve escludersi la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari», in coerenza sia alla giurisprudenza di legittimità sia a quella costituzionale in materia di «automatismi sanzionatori». L'ordinanza emessa dal Tribunale, quindi, ha deciso la controversia superando il dato letterale della disposizione e valutando la sussistenza o meno della giusta causa di recesso in termini tradizionali. Al fine di valutare la legittimità dell'atto di recesso, infatti, il giudice ha valorizzato sia la

circostanza che il dipendente non avesse mai subito, nel passato, sanzioni disciplinari, sia la modesta entità del danno patrimoniale causato all'amministrazione.

2. — L'analisi della decisione in esame deve essere condotta alla luce dell'evoluzione della legislazione che regola l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico, che rientra nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 165/2001. È noto, in proposito, che la materia è profondamente mutata soprattutto a seguito della riforma del 2009, caratterizzata dalla volontà di reprimere fenomeni, veri o presunti, di assenteismo, nell'ambito più generale di perseguire l'obiettivo del miglioramento della *performance* delle pubbliche amministrazioni. Questa finalità è stata perseguita sia attraverso un depotenziamento del ruolo della contrattazione collettiva con riferimento, soprattutto, alla definizione delle ipotesi di licenziamento, sia attraverso l'inasprimento della responsabilità dirigenziale. Sotto il primo profilo, infatti, il legislatore ha tipizzato una serie di condotte da punire con il licenziamento, che sono aggiuntive a quelle eventualmente previste dalla contrattazione collettiva e, soprattutto, inderogabili. La scelta di assegnare, in questa materia, un ruolo centrale alla legge, in controtendenza rispetto alle scelte compiute dagli inizi degli anni novanta del secolo scorso in poi, tradisce un giudizio negativo del legislatore sulla capacità delle amministrazioni «di svolgere il proprio ruolo in maniera soddisfacente» (Barbieri 2018, 29) e l'implicita affermazione dell'autonomia collettiva di essere un fattore di inefficienza organizzativa. Questa impostazione ha ispirato la successiva riforma del pubblico impiego tra il 2016 e il 2017, che, tra le altre cose, ha parzialmente modificato la fattispecie oggetto della sentenza in esame.

3. — L'art. 55-*quater* attualmente in vigore e che è stato applicato dal Tribunale, per quello che interessa in questa sede, prescrive che, «ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento» nel caso della «(a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia». La formulazione della prima parte della disposizione è perfettamente coincidente con il testo risultante dalla riforma del 2009 e ha indotto parte della dottrina (Vallebona 2010, 134; Romei 2009, 3) a ritenere, valorizzandone il tenore letterale, che, in questa ipotesi, così come negli altri casi di licenziamento tipizzati dal legislatore, la valutazione del giudizio di proporzionalità è stata effettuata definitivamente dal legislatore. Di conseguenza, il datore di lavoro pubblico è obbligato a irrogare il licenziamento, senza procedere a una valutazione circa la gravità del comportamento, che è, quindi, preclusa anche al giudice in caso di contestazione della legittimità del recesso. Secondo questa dottrina, il licenziamento sarebbe l'automatica conseguenza dell'accertamento della condotta vietata, come dimostra il ricorso all'avverbio «comunque» (Per un commento in generale si rinvia a Luciani 2019, 915 ss.). Secondo questa prospettiva, coerente sia col dato letterale sia con l'intenzione del legislatore, l'amministrazione, quando ha notizia che un dipendente ha attestato falsamente la propria presenza in servizio, non ha alcun margine di discrezionalità, né nel decidere di avviare o meno il procedimento disciplinare, che in

questo caso è accelerato, né nel selezionare quale sanzione adottare nei confronti dell'autore della condotta. In questa ipotesi, i commi 3-bis e 3-ter dell'articolo 55-quater, infatti, impongono al datore di lavoro pubblico di sospendere in via cautelare il dipendente e, contestualmente, di procedere, col medesimo provvedimento, alla contestazione disciplinare. A ben vedere, sembra che, effettivamente, il datore di lavoro non deve operare alcun giudizio di proporzionalità nel momento di selezione della sanzione da adottare, dopo aver valutato le difese svolte dal lavoratore e aver acquisito informazioni dalle quali ha effettivamente potuto riscontrare la sussistenza della condotta. In sostanza, il legislatore, in coerenza con il processo riformatore avviato nel 2009, per il momento concluso con le modifiche normative del 2016/2017, ha voluto chiaramente introdurre autonome fattispecie disciplinarmente rilevanti che devono essere sanzionate con il licenziamento, annullando in tal modo la discrezionalità del dirigente sia nella fase di avvio del procedimento disciplinare sia in quella di irrogazione in concreto della sanzione.

4. — Questa tesi, tuttavia, non è quella prevalente in dottrina. Molti studiosi, infatti, hanno sostenuto, valorizzando sia il richiamo compiuto dalla disposizione alle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo sia il divieto, implicito nell'ordinamento, di automatismi sanzionatori, che il datore di lavoro deve comunque effettuare, per decidere se irrogare o meno il licenziamento, il giudizio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c. (Borgogelli 2010, 410; Mainardi 2010, 620).

Il Tribunale di Catania mostra di aderire a questa seconda impostazione, in ragione della premessa secondo cui la fattispecie in esame non «pare sfuggire alla nozione generale di giusta causa», con la conseguenza che «ogni concreta applicazione della sanzione espulsiva debba essere sottoposta al vaglio del rispetto per il canone della proporzionalità ex art. 2106 c.c.» (Sanlorenzo 2018, 302). In sostanza, nel nostro caso è sostenibile «la prevalenza del principio di proporzionalità (valutando il caso concreto nei suoi profili oggettivi e soggettivi) sull'automatismo espulsivo» (Tenore 2016, 801). Questa tesi, tra l'altro, sarebbe imposta da una necessaria lettura della disposizione in senso conforme alla Costituzione, dalla quale è disponibile il principio di divieto di «automatismi sanzionatori» (Mundo 2016, 1062).

La posizione assunta dal giudice di Catania non è isolata. Anche nella giurisprudenza di legittimità si registrano decisioni che impongono di valutare la legittimità del licenziamento disciplinare ai sensi dell'art. 2106 c.c. La Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare, con riferimento alla disciplina introdotta nel 2009, che «deve escludersi che la citata disposizione configuri un automatismo nell'irrogazione del provvedimento espulsivo procedendo a un giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione» (Cass. 1.12.2016, n. 24574, in *DRI*, 2017, n. 1, 209 ss.). Tuttavia, la Corte, nella quasi totalità delle occasioni in cui è stata chiamata a pronunciarsi, ha ritenuto, proprio in ragione del principio di proporzionalità, «legittimo il licenziamento senza preavviso intimato, ai sensi dell'art. 55-quater, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 165/2001, al dipendente che abbia fatto risultare falsamente, mediante timbratura del cartellino marcatempo da parte di altri colleghi, la propria presenza in servizio, non incidendo sul giudizio di proporzionalità della sanzione il fatto che l'amministrazione abbia adottato, nei confronti di altri colleghi, cui erano stati mossi addebiti simili, sanzioni di natura conservativa» (Cass. 10.1.2019, n. 448, in *FI*, 2019, I, 445

ss.; Cass. 23.8.2016, n. 17259, in *FI*, 2016, n. 10, I, 3067 ss.; Cass. 14.12.2016, n. 25750, in *FI*, 2017, n. 3, I, 884 ss.).

5. — La decisione in esame, tuttavia, desta alcune perplessità, anche alla luce della giurisprudenza appena richiamata. Il giudice, infatti, avrebbe potuto adottare una diversa interpretazione della disposizione, maggiormente coerente con il dato letterale, le intenzioni del legislatore e la necessaria valutazione della gravità del comportamento che giustifica la sanzione espulsiva. Non v'è dubbio che il legislatore ha inteso punire con il licenziamento una condotta oggettivamente odiosa, quella della falsa attestazione in servizio, che, tuttavia, così per come è formulata la fattispecie astratta, non è punita di per sé, ma se assistita dal dolo specifico di frodare il datore di lavoro. Il comportamento sanzionato, infatti, consiste nella «falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, dovendosi considerare falsa e fraudolentemente attestata qualsiasi registrazione che miri a fare emergere, in contrasto con il vero, che il lavoratore è presente in ufficio dal momento della timbratura in entrata a quello della timbratura in uscita» (Cass. 14.12.2016, n. 25750, in *RIDL*, 2017, n. 3, II, 629 ss., con nota di Ingraio). Essa, inoltre, costituisce «una condotta fraudolenta, idonea oggettivamente a indurre in errore l'amministrazione di appartenenza circa la presenza sul luogo di lavoro, ed è dunque suscettibile 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. 22.11.2018, n. 8878, S. pen., reperibile in *DeJure*).

A questo punto, la valutazione della proporzionalità appare un falso problema. Il legislatore, infatti, ha ritenuto, nella sua discrezionalità che non sembra sindacabile, che l'attestazione fraudolenta della presenza in servizio è una ipotesi meritevole di licenziamento proprio perché la condotta è assistita dall'elemento soggettivo del dolo specifico. In sostanza, la legge non sanziona il comportamento in senso oggettivo, la falsa attestazione, ma la condotta assistita dall'elemento psicologico della volontà di frodare il datore di lavoro. Inoltre, in questo caso, il legislatore non ha introdotto alcun automatismo sanzionatorio, almeno nel senso attribuito a tale espressione dalla Corte costituzionale. L'irrogazione del licenziamento, automatico solo nel caso in cui sia intervenuta una sentenza penale di condanna, rappresenta sempre l'esito di un procedimento disciplinare nell'ambito del quale il lavoratore potrà dimostrare, così come nell'eventuale giudizio dinanzi al Tribunale, che la falsa attestazione è dipesa da fattori differenti dalla volontà di indurre l'amministrazione a ritenere, contrariamente al vero, di essere presente in servizio.

Riferimenti bibliografici

- Barbieri M. (2018), *I principi costituzionali e l'evoluzione della disciplina*, in *Lavoro pubblico*, diretto da, Curzio P. et al., Giuffrè, Milano, 1 ss.
- Borgogelli F. (2010), *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, a cura di Zoppoli L., Esi, Napoli, 410 ss.
- Corso S.M. (2016), *Sostanza ed apparenza nel contrasto all'assenteismo fraudolento nei luoghi di lavoro (d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116)*, in *RIDL*, n. 1, I, 77 ss.

- Luciani V. (2019), *La risoluzione del rapporto*, in *Il lavoro pubblico*, a cura di Amoroso G. et al., Giuffrè, Milano, 915 ss.
- Mainardi S. (2010), *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *RGL*, n. 4, I, 1077 ss.
- Monda G.M. (2010), *Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico*, in *DRI*, n. 4, 1054 ss.
- Romei R. (2009), *I procedimenti disciplinari*, in *Amministrativamente*, n. 12, 3 ss.
- Sanlorenzo R. (2018), *Il potere disciplinare*, in *Lavoro pubblico*, diretto da Curzio P. et al., Giuffrè, Milano, 189 ss.
- Tenore V. (2015), *Proporzionalità della sanzione disciplinare e rapporto con le sanzioni espulsive ex lege dal Ccnl nel pubblico impiego privatizzato. Il problematico potere di conversione giudiziale della sanzione sproporzionata*, in *LPA*, n. 6, II, 797 ss.
- Vallebona A. (2010), *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *MGL*, n. 3, 134 ss.

Enrico Raimondi
*Ricercatore di Diritto del lavoro
presso l'Università di Chieti-Pescara «Gabriele d'Annunzio»*