

Rubrica legale



a cura di **Mauro Gnaccarini**
Responsabile Ufficio Legale

ESPLOSIONE DI PROCEDIMENTI DISCIPLINARI E CONTENZIOSO DEL LAVORO NELLE PP.AA. SANITARIE

Responsabilità, uso strumentale, distorsioni e illegittimità. Giurisprudenza e annotazioni

Correva l'anno 2009, la crisi mordeva e le inefficienze governative diventavano sempre più visibili "alla gente"; così che al Governo qualcuno pensò con maggiore attenzione come nascondere le proprie incapacità scaricando tutte le responsabilità sui dipendenti delle PP.AA. e sui dirigenti in particolare; quelli "piccoli", non certo sui direttori generali delle diverse PP.AA.; questi potevano continuare a rispondere, come sempre al "datore politico", della loro eventuale (!) responsabilità dirigenziale (incapacità di "governo" e/o di conseguire gli obiettivi dati). Per tutti gli altri, additati in modo generico come ladri, bugiardi e fedifraghi (traditori del loro Paese), si disse che occorreva affrontarne la loro diffusa indisciplina (dimenticando che quando un genitore dice al figlio "maleducato" nasconde a se stesso di esserne stato l'educatore!) con severissime e nuove norme disciplinari, di comportamento, anticorruzione, di massima trasparenza etc.. Lo disse e lo scrisse per primo Renato Brunetta, allora ministro, novello Solone; e ottenne quella demagogica adesione che spontaneamente diviene propria delle masse prima vessate e poi su tale base artatamente sollecitate a tale rea-

zione. Seguirono la strada, purtroppo, diversi altri efficientisti dello Stato (rendeva, al fine di cui sopra). Non che la macchina pubblica fosse esente da comportamenti illeciti tenuti da propri dipendenti, funzionari e dirigenti; ma quanto poteva servire per correggere i comportamenti negativi era già tutto scritto da tempo: fin dal 1948 nell'art. 97 della Costituzione, poi nelle leggi già varate e nei CCNL con i quali perlomeno la dirigenza sanitaria aveva accettato fin dal 1995 sistemi aziendalistici di valutazione e verifica del proprio operato. Occorreva dunque dare esecuzione alle regole già esistenti; ma di tale incapacità nessuno voleva evidentemente assumersi alcuna responsabilità. E, anche peggio, quanto a mantenere regolati i rapporti di lavoro, con adeguatezza, risolvendo i problemi veri e concreti, magari con nuovi contratti nazionali, non ci si pensava proprio; e nemmeno oggi pare poter essere efficace la nota e chiara pronuncia in materia della Corte Costituzionale. Oggi, dopo sette anni, possiamo iniziare a valutare l'efficacia del suddetto nuovo corso: nulla, l'efficacia, a nostro modesto avviso; anzi, perniciosamente dannoso, il metodo, anche perché funzionale a un esercizio del potere fine a se

stesso da parte di chi, avendone in mano la gestione, ha iniziato arrogantemente ad ergersi a censore, dimentico delle proprie responsabilità di governo della cosa pubblica (*res publica*) che nel caso gli è stato dato di gestire. Sicché, data l'esplosione dei procedimenti disciplinari, perfino collettivi (!!), e del correlato contenzioso, anche più in generale "lavoristico", considerate le gravissime distorsioni procedurali nell'ambito disciplinare, oltre a quelle - anche più estese - circa l'applicazione del CCNL, operate da diverse Amministrazioni, con i conseguenti effetti, si è così pure formata una specifica giurisprudenza, già considerevole: eccesso di potere, confusione della responsabilità disciplinare con quella dirigenziale, uso strumentale di procedimenti carenti di fondamento, distorta lettura del CCNL, e altro ancora.

Vogliamo perciò di seguito riportare, innanzitutto, alcuni fra gli aspetti normativi principalmente oggetto di distorsioni e illegittimità nell'ambito dei procedimenti disciplinari, segnalando alcune importanti pronunce (specie di Cassazione), al fine anche di fornire elementi di valutazione e supporto a chi dovesse trovarsi ad affrontare situazioni analoghe; aggiungendo

brevi annotazioni, per rimandare gli approfondimenti sui casi peculiari (talora stupefacenti) ad altra sede o momento, anche perché alcune situazioni tuttora pendenti non ci consentono, come comprensibile, né la disamina pubblica né un'analisi completa.

1. OBBLIGO DI COMPETENZA E MOTIVAZIONE. Illustra e rammenta la sentenza della Corte di Cassazione sez. Lavoro - n. 1478/2015: a) che, come già precisato dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. L. n. 14628 del 17/6/2010), nel pubblico impiego contrattualizzato, trova applicazione - anche con riferimento alla dirigenza sanitaria - il principio già previsto e ora confermato negli artt. 55 e 55 *bis* del D.lgs. 165/2001 secondo cui tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall'Ufficio competente, con la conseguenza che il procedimento condotto da un soggetto diverso è illegittimo e determina la nullità della sanzione; b) che, come già precisato da "rilevante" e consolidata giurisprudenza di legittimità (Cass. S.U. n. 9615 del 1/10/1997), a salvaguardia del diritto di difesa dell'incolpato, è necessaria una rigorosa e circostanziata indicazione della specifica natura della condotta e del profilo sotto cui la stessa viene addebitata, sicché risulta affetta da nullità la sanzione quando i fatti per i quali è stata ritenuta la responsabilità non risultino tutti specificamente e analiticamente descritti.

2. DIRITTO ASSOLUTO DI ACCESSO AGLI ATTI: IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE È NORMATO IN VIA SPECIALE, NON COME IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO. Poiché il procedimento disciplinare è lo strumento con il quale il datore di lavoro reprime condotte del lavoratore rientranti in una precisa responsabilità dello stesso, quella disciplinare, non altra, atteso che il datore di lavoro delle P.P.AA. agisce con i poteri del privato datore di lavoro (D.lgs. 165/2001 art. 5 comma 2), detto procedimento non è (!) un procedimento amministrativo che possa, come tale, soggiacere a quanto normato dalla Legge 241/1990 s.m. e i.; trattasi di procedimento normato in via speciale dalle disposizioni dello stesso D.lgs. 165/2001 artt. 55 *bis* e seguenti nonché dalle disposizioni ivi espressamente richiamate. Ne consegue, fra l'altro, il diritto assoluto di accesso agli

atti del procedimento stesso (da parte dell'incolpato o suo qualsivoglia delegato o procuratore), dovendo risultare completamente accertabile ogni atto compiuto nella fase istruttoria, trattandosi di elemento necessario perché l'incolpato possa accedere all'audizione e comunque esercitare le proprie difese nel pieno diritto; è contestualmente pacifico il diritto di accesso - ove ritenuto opportuno dal lavoratore - al proprio integrale fascicolo personale (TAR Pescara sez. I n. 155 del 26/4/2016).

3. IL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE DEVE ESSERE SVOLTO SOLO DAGLI ORGANI COMPETENTI, SEGUENDO LE PRECISE FASI STABILITE DALLA LEGGE. Atteso che tutte le fasi del procedimento disciplinare possono e devono essere svolte esclusivamente dall'Ufficio competente (con la conseguenza che il procedimento condotto da un soggetto diverso è illegittimo e determina la nullità della sanzione - *ut supra*, Cass. sez. L. n. 14628/2010 e n. 1478/2015), detto Ufficio (sia esso il dirigente sovraordinato al presunto trasgressore ovvero l'U.P.D. - non altri) deve seguire le precise fasi dettate dalla legge: f. istruttoria (tra la notizia/conoscenza del fatto e la contestazione. È fase già riservata in via esclusiva ai soggetti titolari del procedimento stesso, giacché nessuno può contestare ciò che non abbia direttamente accertato); f. della contestazione, da attuarsi nei modi e termini di legge (vd. *infra*); f. della difesa (dalla contestazione all'audizione, momento dell'accesso agli atti e delle memorie, presentabili fino al momento dell'audizione stessa); f. della decisione (comprende gli atti - pure ulteriormente istruttori - secondo il caso necessari a definire la decisione, compresa quella eventualmente derivante da conciliazione, anche alla luce delle difese presentate, fino alla notificazione della decisione stessa, debitamente attuata - cfr. Cass. sez. L. n. 25824/2013 e provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali n. 392/2014).

4. LA CONTESTAZIONE DEVE RISPETTARE I PRINCIPI DI IMMEDIATEZZA, SPECIFICITÀ E IMMUTABILITÀ. La contestazione degli addebiti disciplinari deve essere tanto tempestiva quanto è perentorio il termine di legge, dovendosi valutare se e quando i fatti conosciuti potessero dar luogo a

un'istruttoria disciplinare in modo che i diritti di difesa non vengano comunque lesi dalla vetustà dei fatti e dal legittimo affidamento del lavoratore (Cass. sez. L. nn. 13167/2009, 19115/2013, 2902/2015, 281/2016). La specificità è poi indispensabile al fine del rispetto dei diritti e della concreta possibilità di difesa (motivazione - *ut supra*), consistendo nella precisa indicazione di tutti gli elementi di fatto, tempo e luogo in cui sarebbero state compiute tutte le azioni che con il procedimento disciplinare si vuole censurare, senza che possa trasparire alcun pregiudizio (Cass. sez. L. n. 6898/2016). È infine precluso al datore di lavoro di far valere nella fase decisoria qualsiasi circostanza che non fosse già stata esattamente e precisamente indicata nella contestazione, giacché al contrario verrebbe irrimediabilmente minata la possibilità di un corretto esercizio del diritto di difesa (Cass. sez. L. nn. 11265/2000 e 14235/2012).

5. DEVONO ESSERE GARANTITI LOGICITÀ, FONDATEZZA E DIRITTI DI DIFESA. L'ECESSO DI POTERE È FIGURA DI PARTICOLARE GRAVITÀ PER CHI ABBA AVVIATO E/O SVOLTO IL PROCEDIMENTO. Di questo importantissimo aspetto abbiamo già dissertato nel precedente numero. Riprendendo quanto all'ultima rubrica legale, sottolineiamo nuovamente la paradigmatica pronuncia della Corte dei Conti della Toscana che, con la recentissima sentenza n. 89/2016 ha posto, riteniamo, una pietra miliare rispetto ad abusi che abbiamo spesso denunciato, imputando al dirigente le somme che la P.A. ha dovuto pagare in esito ad un contenzioso in cui è stata soccombente a causa di un instaurato procedimento disciplinare risultato da annullarsi, come da sentenza del GO del lavoro passata in giudicato. Le cause sono state individuate in un esercizio dei poteri datoriali caratterizzato da gestione personalistica del dipendente, atteggiamento autoritario, illegittimo esercizio dei medesimi poteri e illiceità della condotta legate a una superficiale e approssimativa contestazione e irrogazione di una sanzione disciplinare.

6. LA SANZIONE È IMPUGNABILE CON PRECISE MODALITÀ E (SOLO) I TERMINI DI INIZIO E TERMINE DEL PROCEDIMENTO HANNO NATURA IMMEDIATAMENTE DECADENZIALE. La sanzione irrogata

formalmente (con corretta notificazione) diviene immediatamente esecutiva. Le norme che hanno introdotto il nuovo sistema disciplinare (D.lgs. 150/2009 e seguenti), ferma restando la possibilità di raggiungere una conciliazione (rara e difficile) nelle fasi difensiva e decisoria (D.lgs. 165/2001 art. 55 come novellato), hanno infatti precluso la possibilità di rimettere il successivo frequente (!) contenzioso sia al cosiddetto "arbitrato sindacale" (art. 412 ter c.p.c.) sia ai collegi arbitrali di disciplina delle PP.AA. (succitato art. 55 prima delle modifiche ex D.lgs. 150/2009). Il contenzioso può a tal punto essere oggetto di esame in sede di arbitrato irrituale (art. 412 quater c.p.c. - eventualità di cui non conosciamo applicazione, perlomeno in area sanitaria), ovvero - come accade con grande frequenza - essere impugnata davanti al Giudice Ordinario del Lavoro (con l'esito, chiaramente nefasto, che la "normativa brunettiana" ha implementato ulteriormente il contenzioso giurisdizionale), anche in via d'urgenza (ex art. 700 c.p.c.) quando appaiano evidenti le distorsioni sopra richiamate (*fumus boni iuris*) e risultati chiaro e pericolosamente sproporzionato l'effetto derivante dall'immediata applicazione della sanzione nelle more del giudizio ordinario (*periculum in mora* - si pensi ad un lavoratore, di famiglia mono-reddito, con figli, che svolga pure attività manuali peculiari e che subisca la sospensione semestrale dal lavoro con privazione della retribuzione!).

Quanto ai "termini", la giurisprudenza si è recentemente orientata a ritenere tassativi e dunque decadenziali i termini del procedimento disciplinare, sempre e in particolare quello conclusivo, meno spesso quelli intermedi, avuto riguardo alla possibilità che la violazione degli stessi possa inficiare la validità dell'intero procedimento potendo essere oggettivamente come la violazione dei termini abbia minato la possibilità di esercitare correttamente e completamente la difesa ovvero anche travalichi il legittimo affidamento del dipendente (Cass. sez. L. nn. 17153/2015 e 9051/2016).

Tutto quanto sopra osservato, dobbiamo purtroppo rilevare come il procedimento disciplinare, specie nei confronti dei dirigenti sanitari, abbia subito una straordinaria ed esplosiva impennata nell'ultimo quadriennio e biennio in particolare, sia

per l'uso strumentale e distorto del potere datoriale nei termini sopra esposti, sia perché la strutturazione "brunettiana" della normativa ha determinato quella perniciosissima commistione, più volte denunciata, fra la responsabilità disciplinare vera e propria, che attiene strettamente al comportamento della persona, e la responsabilità dirigenziale che invece attiene ai doveri e alle capacità di conduzione del proprio lavoro nell'esercizio della specifica funzione dirigenziale affidata; responsabilità, quest'ultima, che deve altrimenti essere stigmatizzata, secondo procedimenti ben definiti dalle norme di legge e contrattuali, per l'applicazione delle quali occorre ben più alta preparazione e capacità gestionale da parte del dirigente sovraordinato; il quale non può, in tal caso, limitarsi allo svolgimento di istruttorie "semplificate" (ma poi, ben spesso, illegittimamente superficiali all'esito giudizio) come quelle che è indotto a fare in applicazione della normativa sul procedimento disciplinare, giacché nata con intenti non solo puramente repressivi (già, come noto, inefficaci in ogni caso), ma perfino persecutori.

Quanto alla responsabilità dirigenziale, pare perciò opportuno richiamare ancora qui alcuni concetti e principi già oggetto di analisi in altri articoli di questa rubrica: costituisce responsabilità dirigenziale propria dei funzionari amministrativi, come all'uopo preposti dall'Amministrazione, la limitazione delle prerogative sindacali e/o la non corretta attuazione del dettato contrattuale nazionale, anche laddove ciò derivasse dalla sottoscrizione - accidentalmente condivisa pure dalle OO.SS. in sede locale - di trattative integrative (CCIAA) non compatibili con il dettato contrattuale nazionale stesso e perciò passibili comunque di nullità o annullamento; costituisce responsabilità dirigenziale propria delle figure direttive (direttori di dipartimento e di struttura) non dar luogo correttamente all'applicazione degli istituti contrattuali loro rimessi (specie in materia di valutazione, verifica, gestione del lavoro e della formazione dei collaboratori, dirigenti o meno, afferenti alla struttura diretta).

La responsabilità dirigenziale è infine - più in generale - imputabile a ogni pubblico dirigente quale conseguenza sia del mancato o insufficiente raggiungimento degli obiettivi annuali (legati alla retribuzione

di risultato che, nel caso, può essere decurtata), sia del mancato o insufficiente raggiungimento degli obiettivi "di mandato" (indicati nel contratto individuale quale oggetto dell'incarico affidato, cui può pertanto conseguire l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale), sia di accertate "incapacità" professionali e/o organizzative, sia della colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione; sicché in tali casi ogni dirigente deve essere valutato sotto il profilo di detta responsabilità e non già e non mai sotto alcun profilo disciplinare.

Quindi, a fronte delle distorsioni e delle illegittimità qui denunciate, ripetiamo, non già per becera contrapposizione, ma nello spirito di sollecitare un ritorno alla dialettica e al confronto perniciosamente abbandonati e che invece ben risultano necessari, specie quando non vi sia stata tale volontà, ora possiamo - e anzi dobbiamo! - proporre sempre l'attivazione delle opportune verifiche in ordine all'eventuale responsabilità erariale di chi abbia avviato e istruito procedimenti il cui dispendio di risorse pubbliche (di ogni genere) appaia sproporzionato rispetto all'esito, nel caso negativo, del procedimento stesso e/o all'efficacia del provvedimento che ne fosse scaturito.

In altri termini, non pare più accettabile che il dipendente/dirigente medico-veterinario, qualora invochi un diritto ritenuto proprio debba a tal fine impegnare le proprie personali risorse e, in caso di mancato riconoscimento, ove adita la sede giurisdizionale, debba corrispondere altresì ogni ulteriore spesa (senza contare l'iniquità del cosiddetto contributo unificato, imposta che rimane sulle spalle del lavoratore anche qualora poi risultasse avere ragione!); mentre, la parte datoriale convenuta/resistente, qualora soccombente, possa scaricare ogni onere sulla collettività (!) giacché imputato al bilancio dell'Ente; un fatto, appunto inaccettabile, che dovrà trovare a nostro avviso soluzione sistematica nell'addebito delle spese al dirigente/funzionario che abbia avviato un procedimento disciplinare risultato inadeguato ovvero abbia determinato l'indebita resistenza alla richiesta di riconoscimento di diritti ritenuti propri da un lavoratore e che siano risultati poi tali.