

Alle Direzioni Provinciali

Agli Uffici interni della
Direzione Regionale

OGGETTO: Indirizzi operativi in ordine alle modalità di accertamento delle violazioni ed ai criteri per una corretta individuazione delle sanzioni in materia di presenze/assenze del personale

A seguito della formulazione di quesiti e richieste di chiarimento – da parte di alcune strutture provinciali – in merito alla corretta individuazione delle sanzioni irrogabili a fronte di addebiti disciplinari inerenti la violazione delle norme in materia di presenze/assenze – nonché delle rinnovate precisazioni da parte della Direzione Centrale del Personale e della Direzione Centrale Audit in ordine alle modalità di rilevazione di eventuali violazioni delle disposizioni in materia di presenze/assenze, riteniamo indispensabile fornire alcuni indirizzi operativi in merito che, ci auguriamo, servano a dissipare dubbi o incertezze interpretative.

La Direzione Centrale Audit, con nota prot. 61372 del 05 maggio 2016, ha ribadito che il datore di lavoro ha il potere/dovere di controllare l'attività del dipendente. Ciò è consentito sulla base degli artt. 2086 e 2104 del codice civile, per i quali il datore di lavoro è il capo dell'impresa e titolare del potere di controllo, che si estrinseca nella facoltà di impartire disposizioni al lavoratore per la corretta esecuzione dell'obbligazione,

Promossa

Controllo sull'attività del dipendente: potere direttivo datoriale

dedotta nel contratto di lavoro dipendente nonché, più in generale, per l'esatto adempimento della prestazione lavorativa. Il potere di controllo è una delle modalità con le quali si realizza il potere direttivo del datore di lavoro, anche se tale potere risulta limitato dalla contrapposta esigenza di tutela della riservatezza, della libertà e della dignità del lavoratore, tutti valori che direttamente o indirettamente rivestono rango costituzionale.

Non vi è dubbio che il rispetto dell'orario di lavoro sia un elemento rilevante per determinare la corretta esecuzione dell'obbligazione lavorativa e di conseguenza il datore di lavoro può legittimamente controllarne l'osservanza. In particolare, dal mancato rispetto dell'orario di lavoro da parte del dipendente, che omette di utilizzare la procedura di lettura delle timbrature, può derivare la commissione di una grave inadempienza ovvero di un reato (truffa, interruzione di pubblico servizio) che, a maggior ragione, giustifica l'attività di controllo sul lavoratore.

Dal punto di vista soggettivo colui che può effettuare controlli sulla corretta prestazione lavorativa, al fine di verificare il rispetto delle obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro, è senza dubbio il datore di lavoro e il dirigente direttamente preposto al lavoratore che si intende controllare. Ai sensi dall'art. 3 dello Statuto dei lavoratori possono, poi, legittimamente effettuare dei controlli sull'attività lavorativa anche soggetti diversi da quelli citati.

Datore di lavoro
individuazione

E' necessario, però, in questo caso che il personale incaricato a svolgere l'attività di vigilanza sia stato individuato nominativamente e ne sia stata data conoscenza ai lavoratori.

In conformità a quanto prescritto, con nota prot. 284 RU del 05.02.2016 pubblicata sulla intranet regionale, è stato individuato il personale a cui sono affidati i suddetti compiti di vigilanza.

Per quanto riguarda le modalità di svolgimento dei controlli, la giurisprudenza si è orientata nel senso di ammettere il potere del datore di

Licenzia del c.c.l.
"controllo scelto"

lavoro, direttamente o mediante l'utilizzo della propria organizzazione gerarchica o di soggetti esterni, di effettuare anche dei controlli occulti sui lavoratori, senza che ciò comporti violazione degli artt. 2 e 3 dello Statuto, nel caso in cui si siano verificati o siano in corso di svolgimento dei comportamenti illeciti che esulino dalla normale attività lavorativa. Tali controlli, difatti, sono considerati legittimi in quanto le norme dello Statuto dei lavoratori non escluderebbero il potere dell'imprenditore di controllare "non già l'uso, da parte dei dipendenti, della diligenza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali, bensì il corretto adempimento delle prestazioni lavorative al fine di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione" (Cass. 14.7.2001 n. 9576, Cass. 2.3.2002 n. 3039, Cass.12.6.2002 n. 8388, Cass. 10.7.2009 n. 16196).

L'art. 3 dello Statuto dei lavoratori, infatti, non statuisce un generico divieto di controllo occulto bensì, esclude la liceità di un controllo senza i requisiti di pubblicità: il controllo occulto effettuato dai soggetti sopra richiamati, secondo la giurisprudenza prevalente, sarebbe occulto nella modalità ma, comunque, lecito perché rispettoso del principio di pubblicità previsto dell'art. 3 dello Statuto. Il datore di lavoro ed i membri della organizzazione gerarchica si presumono conosciuti dai lavoratori, poiché, per la funzione che svolgono, sono i principali detentori del potere di controllo. Altro personale incaricato dei controlli sarebbe, invece, legittimato in forza della pubblicità e della conoscenza resa ai lavoratori.

In ogni caso, i controlli occulti sui lavoratori, tecnicamente indispensabili e non sostituibili con altri tipi di indagine, non possono costituire la sola misura di controllo abituale.

In tale contesto, pertanto, si ritiene che il datore di lavoro, direttamente o attraverso la propria struttura gerarchica, abbia il potere di effettuare controlli occulti, anche attraverso l'osservazione diretta, da

eseguirsi in prossimità ma al di fuori dell'edificio ove è ubicato l'Ufficio, dei vari ingressi/uscite dell'immobile.

Ulteriori riflessioni si impongono in merito all'accertamento delle violazioni in materia di attestazione delle presenze, alle modalità di rilevazione della condotta indebita, nonché alla corretta e puntuale individuazione della corrispondente e proporzionata sanzione.

Con le recenti disposizioni normative (d.lgs. n.116 del 20 giugno 2016 che ha modificato l'art. 55-quater del d.lgs. n.165/2001), volte a perseguire comportamenti fraudolenti in materia di assenteismo e di falsa attestazione della presenza in servizio dei dipendenti pubblici, è stato introdotto, con riferimento all'applicabilità della sanzione disciplinare del licenziamento, il comma 1-bis con il quale è stata estesa la fattispecie di condotta illecita prevedendo 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. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta".

Gli elementi
dell'illecito: D. Lgs.
116/2016

Con la direttiva prot. n. 121092 del 28 luglio 2016 la Direzione Centrale del Personale ha diramato i "Primi indirizzi operativi in ordine alle novità sulle responsabilità disciplinare, penale, amministrativa, civile e contabile introdotte dal d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116, recante modifiche all'articolo 55-quater del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, e uniformità delle sanzioni disciplinari in caso di violazioni in materia di presenze/assenze del personale dell'Agenzia".

Nello specifico, la suddetta direttiva sottolinea, tra l'altro, come la condotta del dipendente debba essere connotata da una "forte quanto

Contenuto
"volitivo" della
condotta:
indispensabilità al
fine
dell'applicazione
della sanzione
coercitiva

incontrovertibile componente volitiva”, caratterizzata da uno specifico elemento intenzionale nel voler porre in essere l’illecito.

Il nuovo contesto disegnato dal d.lgs. n.116/2016 impone, quindi, una sempre maggiore attenzione nell’accertamento delle condotte indebite delineate, rendendo necessaria, tra l’altro, nel caso in cui vengano rilevate delle irregolarità:

a) la puntuale ricostruzione di tutti i fatti occorsi;

b) la rilevazione, quanto più puntuale, dettagliata ed accurata, di ogni elemento che possa contribuire a qualificare nel modo più preciso possibile la condotta del dipendente.

A tal proposito si ritiene utile – al fine di sensibilizzare i datori di lavoro in ordine ad una corretta e puntuale individuazione di tutti gli elementi utili alla ricostruzione della vicenda dal punto di vista fattuale e giuridico – riportare le indicazioni operative fornite dalla Direzione Centrale Audit alle proprie strutture regionali inerenti le modalità di effettuazione di interventi di audit sul processo “rilevare le presenze e assenze del personale”.

La citata Direzione Centrale ha puntualizzato – nella recente nota prot. 63141 del 07 novembre 2016 – che *“qualora, infatti, nel corso dello svolgimento di un’analisi di contesto locale siano emerse delle irregolarità poste in essere da determinati dipendenti, si richiama l’attenzione ad una dettagliata verbalizzazione delle operazioni compiute sia in sede di rilevazione degli accessi e delle presenze sia in sede di acquisizione delle dichiarazioni rilasciate dai dipendenti coinvolti. A solo titolo di esempio, si dovrà mettere in evidenza se il dipendente per il quale sono state rilevate irregolarità sia rientrato da una porta principale, dove potesse facilmente essere visto da altri dipendenti o sia stato identificato mentre rientrava da un accesso secondario. In relazione alla condotta del dipendente, nell’acquisire le sue dichiarazioni spontanee, dovrà emergere, tra l’altro:*

Modalità di individuazione del fatto storico e di riscontro e accertamento della condotta indebita

1) la motivazione dallo stesso addotta a fronte del comportamento rilevato (es. "ho avuto un malore e sono corso in farmacia"), non mancando di acquisire eventuali pezze giustificative di quanto asserito (es. scontrini della farmacia);

2) il comportamento eventualmente posto in essere dal dipendente, teso a nascondere l'assenza e ad occultare l'uscita senza timbratura;

3) la ricostruzione dettagliata delle modalità di uscita dall'ufficio (compreso, ovviamente, l'orario "dichiarato"), nonché delle attività dallo stesso svolte nell'arco temporale corrente tra la sua timbratura in ingresso e la verbalizzazione effettuata dal team di audit attestante il suo rientro in ufficio.

Ferma la necessità di garantire l'immediatezza della segnalazione di quanto rilevato al responsabile individuato dalla norma per l'adozione del provvedimento di sospensione cautelare, sarà utile, altresì, acquisire ogni altro elemento idoneo a qualificare la condotta del dipendente. In particolare, il team di audit potrà acquisire gli eventuali accessi, effettuati con le credenziali informatiche del dipendente, alle applicazioni dell'Agenzia che possano fornire riscontro a quanto affermato dallo stesso in sede di audizione (es. ultima interrogazione ad AT effettuata in prossimità dell'ora in cui il dipendente sostiene di essere uscito senza timbrare).

Il team di audit dovrà richiedere al dipendente di fornire ogni riscontrabile elemento utile a supporto delle affermazioni rilasciate in sede di audizione (es. fornire una mail inviata dal proprio terminale atta a provare la presenza in ufficio fino all'ora di invio della stessa)."

Tali modalità operative – e soprattutto gli adempimenti connessi al riscontro di ogni informazione utile alla ricostruzione del fatto storico e dell'elemento volitivo che ha determinato la condotta – possono e debbono (fatta eccezione per quelle di competenza esclusiva delle Direzioni regionali

Adattabilità del
modello operativo
tracciato da parte
delle strutture
provvisorie

o centrali dell'Agenzia) essere adottate anche dai datori di lavoro delle strutture provinciali nell'accertamento delle violazioni in materia di presenze/assenze.

Al fine di permettere una agevole individuazione delle condotte indebite ritengo opportuno, inoltre, chiarire il concetto di "luogo di lavoro", quale elemento incidente sulla verifica delle circostanze oggettive che potrebbero dar luogo alla formulazione di un addebito disciplinare.

Rilevazione della presenza e definizione di "luogo di lavoro"

Occorre infatti sgomberare il campo dai dubbi eventualmente ingenerati dalla locuzione utilizzata dal legislatore in materia di "sicurezza sul lavoro", Decreto Legislativo 9 aprile 2008 , n. 81, che all'art. 62 stabilisce: *"Ferme restando le disposizioni di cui al titolo I, si intendono per luoghi di lavoro, unicamente ai fini della applicazione del presente titolo, i luoghi destinati a ospitare posti di lavoro, ubicati all'interno dell'azienda o dell'unità produttiva, nonché ogni altro luogo di pertinenza dell'azienda o dell'unità produttiva accessibile al lavoratore nell'ambito del proprio lavoro."*

E' evidente, quindi, che ad esempio il parcheggio antistante un edificio che ospita uffici pubblici, qualora pertinenza dello stesso, possa e debba rientrare nella locuzione di "luogo di lavoro" tracciata dal legislatore nella citata disposizione normativa.

Tuttavia va rimarcato che tali definizioni si intendono tracciate, per espressa disposizione legislativa, "unicamente ai fini dell'applicazione del presente titolo" ed, evidentemente, non possono avere portata precettiva universale.

Pertanto, la definizione di "luogo di lavoro", ai fini della individuazione del perimetro entro il quale il dipendente deve necessariamente garantire la propria presenza nella struttura di appartenenza per l'espletamento dell'attività lavorativa, non può che

coincidere con l'area delimitata dai rilevatori automatici di presenza (c.d. rilevatori badge).

Ne deriva che gli ambienti fisici posti al di fuori di tale perimetro – si pensi ad esempio ai parcheggi, agli spiazzi antistanti le strutture, ai garage e/o depositi interrati, ai corselli perimetrali degli edifici, alle aree di scarico e/o sgombero confinanti con l'edificio, ecc.... – quantunque classificabili come “spazi pertinenziali” dell'immobile in cui è ubicato l'ufficio di appartenenza e seppur destinati al transito/parcheggio/stazionamento esclusivo da parte dei dipendenti, non rientrano nella definizione di “luogo di lavoro” per le finalità che qui interessano.

Pertanto, va chiarito che è inibito al dipendente che ha formalmente assicurato la propria presenza in servizio – attraverso la c.d. “beggia in entrata” – stazionare al di fuori del perimetro del luogo di lavoro, secondo le indicazioni sopra tracciate.

Qualora, a seguito di un controllo disposto dal datore di lavoro si accertasse la presenza del dipendente formalmente in servizio in uno degli ambienti “esterni” alle strutture, non potrà che considerarsi tale comportamento alla stregua di condotta elusiva degli obblighi di rilevazione della presenza e, pertanto, sanzionabile secondo i principi e le disposizioni previste in materia e, soprattutto, con le gravi ed inevitabili conseguenze tracciate dalla novella legislativa in commento.

Si ritiene indispensabile, da ultimo, fornire alcune precisazioni in merito alla corretta interpretazione di alcuni principi fissati nella citata direttiva prot. n. 121092 del 28 luglio 2016 della Direzione Centrale del Personale, al fine di rendere quanto più uniforme l'applicazione della normativa di riferimento da parte delle strutture in indirizzo.

In ordine alla individuazione della condotta indebita va chiarito che, con l'espressione “in modo episodico e non reiterato”, si fa riferimento a

Concetti di episodicità della condotta e non reiterazione.

condotte che possono estrinsecarsi in comportamenti o omissioni che si manifestano più di una volta.

Seppur astrattamente sembrerebbe prospettabile la configurabilità di una violazione anche in presenza di un “singolo” ritardo nell’inizio dell’orario di lavoro, si ritiene che una ricostruzione giuridica nei termini siffatti svuoterebbe la portata special-preventiva della norma che impone il rispetto degli obblighi connessi all’orario di lavoro e sfuggirebbe alla *ratio* dell’intera normativa di riferimento, che si pone l’obiettivo di disciplinare la prestazione di lavoro del dipendente e non certo di assoggettarla a meccanismi punitivi perversi di singole ed autonome condotte che non sono in grado – in quanto assolutamente uniche – di determinare o incidere sulla “gravità del comportamento”.

Un criterio ermeneutico per distinguere l’episodicità rispetto alla reiterazione è senz’altro il fattore “tempo”, ovverosia se gli episodi omogenei e/o eterogenei di violazione dei doveri di correttezza e buona fede imposti nel rispetto delle prescrizioni in materia di “orario di lavoro” sono connotati da una ricorrenza o episodicità “limitata” (cioè avvengono a distanza di un lasso di tempo esiguo, si pensi ad esempio a più episodi a distanza di alcuni giorni o ripetuti mese per mese), gli stessi potranno agevolmente essere ricondotti nell’alveo della reiterazione.

Laddove, invece, tra una violazione e l’altra intercorra un lasso di tempo più ampio (ad es. a distanza di alcuni mesi), si potrà ricondurre le stesse nell’alveo della “episodicità”. Al ripetersi della condotta illegittima, seppur con tempistica ragionevolmente dilatata, pertanto, potrà configurarsi la violazione del precetto, quantunque con una portata – in termini di disvalore – inferiore rispetto alla reiterazione.

Ricordiamo, ancora una volta, che la configurazione della violazione (con la conseguenziale applicazione della corrispondente sanzione positivizzata) necessita di un imprescindibile giudizio in ordine

Discrezionalità
datoriale ed
individuazione di
circostanze
scriminanti

all'elemento oggettivo – anche nei termini sopra descritti – ed all'elemento soggettivo, con particolare attenzione alla consapevolezza dell'agire, alla natura della colpa e/o alla volontà del dipendente di tenere o non tenere un determinato comportamento.

Va precisato, inoltre, che la configurabilità dell'illecito disciplinare per l'ipotesi di "allontanamento repentino e non programmato dal posto di lavoro causato da comprovate ragioni di improvvisa necessità ed urgenza" attiene esclusivamente a condotte generate da motivi personali e non deve confondersi il concetto di "improvvisa necessità" con il diverso concetto di "stato di necessità".

Per improvvisa ed urgente necessità si intende l'esigenza di assentarsi dal luogo di lavoro o di recarvisi (omettendo di timbrare in uscita o in entrata) per soddisfare una necessità personale non procrastinabile, o comunque considerata "soggettivamente non rinviabile", ma adottando una condotta pur sempre evitabile e, soprattutto, non giustificabile (si pensi, ad esempio e senza pretesa di esaustività, all'impellenza legata alla necessità di effettuare il pagamento di una bolletta in scadenza o di effettuare il ritiro di una raccomandata entro l'ultima data utile, ecc.....).

Nel caso invece di omessa timbratura riconducibile al c.d. "stato di necessità" (si pensi ad esempio alle ipotesi di allontanamento arbitrario dal posto di lavoro a seguito di telefonata di infortunio del figlio a scuola, di ricovero del coniuge o del genitore, ecc.....), alla stregua dei comportamenti posti in essere per caso fortuito o causa di forza maggiore, la condotta del dipendente risulterà scriminata – mutuando la forza esimente dalla norma di cui all'art. 54 c.p. – e non potrà dar luogo a violazione disciplinare ed all'innesco del relativo procedimento.

In entrambi i casi le situazioni determinanti un'attenuazione della risposta sanzionatoria o addirittura la ricorrenza della fattispecie scriminante andranno indispensabilmente comprovate e documentate, fatta

Il c.d. "stato di necessità" ed i criteri enuncati

Prova delle circostanze attenuanti o scriminanti

salva la riserva, a favore dell'Amministrazione, di effettuare le verifiche di rito sull'attendibilità e la valenza probatoria della documentazione fornita.

Il criterio ermeneutico cui ancorare la ricorrenza di una fattispecie scriminante è fornita dall'operazione di bilanciamento degli interessi che hanno determinato l'agire "non conforme" con quelli che attengono al rispetto delle prescrizioni imposte in materia di rispetto dell'orario di lavoro da parte del dipendente pubblico, demandata all'apprezzamento discrezionale del datore di lavoro.

Anche per tali ragioni risulta giuridicamente non legittimata, oltre che poco proficua, una pedissequa e sterile elencazione delle fattispecie sanzionabili.

Come chiarito dalla Direzione Centrale del personale, infatti, la valutazione degli accadimenti dovrà avvenire "in concreto caso per caso e secondo un prudente apprezzamento che tenga conto delle contingenze, dell'ambiente lavorativo, del contesto operativo e del grado di rimproverabilità della condotta."

Discrezionalità
datoriale e "caso
concreto"

Data la evidente innovatività della novella legislativa richiamata ci riserviamo di far conoscere i successivi sviluppi giurisprudenziali o interpretativi e ricordiamo che la Direzione regionale rimane a disposizione per fornire assistenza e supporto in merito agli adempimenti concernenti le tematiche illustrate.

Conclusi

Cordiali saluti.

IL DIRETTORE REGIONALE

Antonino Di Geronimo

Un originale del documento è archiviato presso l'Ufficio emittente

