

INDICE

1. Introduzione

I. *Capitolo I – Il potere disciplinare nella pubblica Amministrazione, linee evolutive.*

1. Il rapporto di lavoro pubblico in generale

2. La “privatizzazione” del settore pubblico

3. L’evoluzione dei poteri datoriali: i principali interventi legislativi

4. La prima codificazione del settore pubblico con il D.lgs 165/2001

5. Il pubblico impiego prima della privatizzazione: differenze e criticità

6. Gli interventi del legislatore prima della Riforma “Brunetta”

II. *Capitolo II – Le principali riforme.*

1. Gli obblighi e i doveri del rapporto alle dipendenze della P.A.

2. L’intervento della Riforma “Brunetta”

3. La riforma “Brunetta” e l’intervento della Contrattazione Collettiva: profili di criticità

4. Le sanzioni disciplinari tra la riforma “Brunetta” e la Riforma “Madia”

5. Il codice disciplinare alla luce delle nuove riforme: natura e finalità

III. Capitolo III – La riforma Madia, riflessioni e innovazioni.

- 1. I primi passi della riforma verso l'innovazione: un quadro d'insieme*
- 2. Il confronto con il nuovo art. 55 bis: evoluzione o involuzione?*
- 3. Trattamento dei dati sensibili e gestione dei dati: l'intervento del garante per la privacy*
- 4. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale*
- 5. La sospensione obbligatoria e facoltativa: due ipotesi a confronto*
- 6. Gli effetti e gli aspetti innovativi della nuova riforma: l'intervento della giurisprudenza*

Introduzione

La materia disciplinare nel pubblico impiego è spesso sotto i riflettori dell'opinione pubblica. Ciò ha portato a vari interventi legislativi: nel 2009 con il D.lgs. N.150/2009 riforma Brunetta, più recentemente con la legge 124/2015 (Legge Madia), che prevede all'art. 17 comma 1, lettera s) "l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate a rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare".

Successivamente all'emanazione della legge delega N.124/2015, alcuni gravi episodi di assenteismo in alcune amministrazioni pubbliche, che hanno avuto ampio eco sulla stampa, hanno spinto il Governo ad emanare il D.lgs. 116/2016, 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 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare, con una evidente valenza anticipatoria, rispetto all'attuazione più ampia e completa della delega.

Nelle more di eventuali ulteriori modifiche legislative, con questo lavoro, si intende, da un lato, dare conto delle novità introdotte dal citato D.lgs. n. 116/2016 e delle problematiche relative al raccordo dello stesso con il resto della normativa in materia; dall'altro, fornire una rassegna delle principali sentenze della Corte di Cassazione, intervenute sulla materia disciplinare nel biennio 2015/2016.

La ricognizione delle suddette sentenze, oltre a dimostrare l'esistenza di un contenzioso diffuso ed effettivo sul sistema disciplinare pubblico elemento non sempre adeguatamente apprezzato e valutato e a rivestire,

quindi, una valenza informativa e conoscitiva, si propone anche di offrire uno strumento operativo e di supporto, utile alle amministrazioni pubbliche nella propria attività di gestione ed amministrazione del personale, nell'ottica della conforme applicazione delle norme in materia disciplinare.

Capitolo I

Il potere disciplinare nella pubblica amministrazione, linee evolutive.

1. Il rapporto di lavoro pubblico in generale

Non è possibile analizzare il rapporto di lavoro pubblico e le sue conseguenze se prima non si ci sofferma sulla sua natura. Secondo la dottrina tradizionale, la posizione dei pubblici dipendenti appare caratterizzata dal duplice profilo, che vede da un lato *il rapporto organico o di ufficio* e dall'altro *il rapporto di servizio*. Sotto il primo profilo, i pubblici dipendenti si rappresentano come veri e propri organi dell'amministrazione o comunque dell'ente pubblico, esprimendone all'esterno la volontà e realizzandone i fini istituzionali. *Il rapporto di lavoro organico o di ufficio risulta espressivo di interessi pubblici, che peraltro vengono formalmente riconosciuti anche dalla nostra carta costituzionale, la quale contiene norme finalizzate a rendere l'azione amministrativa conforme a parametri di imparzialità, di efficienza e di efficacia.* A tal fine, queste misure trovano fondamento agli articoli 28, 54, 97 e 98 della Costituzione¹. In particolare, alla prima norma, viene affermato che *i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*². Sotto un diverso aspetto, non si può

¹Art. 28 Cost., *i funzionari e i dipendenti dello stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità si estende allo Stato e agli enti pubblici.*

Art 54 Cost., comma 1°, *Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservare la costituzione e le leggi*

² Art. 97 della Cost. comma 1°, *le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Al secondo comma invece, si sostiene che i pubblici uffici sono organizzati secondo le disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

negare che i pubblici dipendenti siano legati al soggetto pubblico da un rapporto di lavoro comportante diritti ed obblighi analoghi a quelli che scaturiscono dal rapporto di lavoro privato: *cosiddetto rapporto di servizio*. In un primo tempo, il legislatore ha sicuramente dato prevalenza al *rapporto organico* e dunque agli interessi pubblici ad esso sottesi. Di conseguenza, la disciplina del rapporto mostrava le seguenti caratteristiche:

- Il rapporto si costituisce per atto unilaterale della nomina della pubblica amministrazione e non già per contratto;
- Il rapporto è interamente disciplinato da leggi o da regolamenti ed è gestito in tutte le sue vicende da atti amministrativi;
- Sussiste la competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo per le relative controversie.

Un derivato di tale concezione è costituito dal D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 “Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello stato”; Quest’ultimo prevede una disciplina legislativa integrale del rapporto dalla fase della sua costituzione a quella della sua estinzione ed è prevalentemente incentrato sulla valorizzazione del rapporto organico del dipendente statale. A tale regolamentazione legislativa si ispirano successivamente altre leggi riguardanti specifiche categorie di dipendenti pubblici.

Comma 4°, agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

L’art 98 Cost., i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione. “*i cittadini cui sono affidate le funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore, prestando giuramento ne casi stabiliti dalla legge*”.

2. La “privatizzazione” del settore pubblico

Il settore pubblico trova la sua origine come forma di “*élite*” privilegiata sin dall’ottocento. Questa sua tradizionale concezione l’ha sempre vista porsi in contrapposizione al settore privato in quanto si riteneva che il dipendente pubblico svolgesse un ruolo di preminente importanza statale rispetto al privato. Questa concezione nel corso del tempo ha lasciato il posto all’accezione di pubblica utilità eliminando con un processo lento le linee di confine tra settore pubblico e privato. Sotto questo punto di vista il legislatore dietro anche una spinta dell’UE ha iniziato la sua opera di “*privatizzazione*”. Con l’espressione “*privatizzazione (o de pubblicizzazione) del pubblico impiego*” si intende designare la riforma operata in più tappe dal legislatore negli anni ‘90 e diretta a ricondurre il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sotto la disciplina di diritto privato del lavoro subordinato. Operando così il superamento della separazione del rapporto di impiego pubblico dal diritto civile. Sul piano delle fonti del “nuovo” rapporto di lavoro “*de pubblicizzato*” con la P.A, i contesti fondamentali sono oggi rappresentati dal D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (definito testo unico sul pubblico impiego) e dai contratti collettivi di comparto, oggetto di una produzione dottrinale poderosa. L’attuale assetto del pubblico impiego è tuttavia frutto di una lenta evoluzione dalla quale è doveroso partire, per poi affrontare alcuni corollari del nuovo rapporto di lavoro “*privatizzato*” con il datore pubblico.

Nel periodo che va dall’Unità d’Italia alla fine del secolo, il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, qualificato come *locatio operarum* di diritto civile, si caratterizzava per il diffuso ricorso a strumenti del diritto comune, con alcune attenuazioni pubblicistiche in

materia di reclutamento, di dotazioni organiche e di regime pensionistico. Successivamente, nel periodo compreso tra gli ultimi due decenni del XIX secolo e nel primo decennio del secolo successivo, in coincidenza con il progressivo perfezionarsi della organizzazione degli uffici pubblici e con l'attribuzione al Consiglio di Stato delle funzioni di giudice speciale delle P.A. , ebbe inizio una seconda fase evolutiva del pubblico impiego. In quest'ottica si accentuò la produzione di leggi dirette a disciplinare in maniera particolare il rapporto del personale dello Stato con la conseguenza che la Pubblica Amministrazione si appropriava di maggiore potere nei confronti dei propri dipendenti. Questi interventi delinearono definitivamente il completo distacco del rapporto di lavoro del personale statale dal diritto privato. Tale processo si perfezionò con la produzione legislativa degli anni 1923 e 1924 in forza del quale il rapporto si configurava come atto di diritto amministrativo. Ciò, sul piano sostanziale, attraverso la creazione di uno speciale stato giuridico e, come detto, sul piano processuale, mediante l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego, caratterizzato da una profonda commistione di posizioni soggettive di diritto e di interesse legittimo. La riconduzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione nella sfera del diritto amministrativo sanciva definitivamente la subordinazione del rapporto di lavoro alle esigenze derivanti dall'esercizio delle pubbliche potestà ed aveva quali immediate conseguenze la qualificazione in termini di provvedimenti amministrativi degli atti con i quali l'Amministrazione gestiva il proprio personale e la ricostruzione in termini di interessi legittimi piuttosto che di diritti soggettivi di molte delle posizioni giuridiche soggettive degli impiegati. Proprio perché si ammetteva una forte

compenetrazione tra l'assetto organizzativo della pubblica amministrazione finalizzato al perseguimento di interessi generali e la posizione del dipendente strumento per il raggiungimento di quegli scopi e il lavoratore non era tutelato autonomamente, bensì, in relazione alle esigenze di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione e le sue posizioni soggettive erano generalmente destinate a cedere di fronte all'interesse superiore di cui era portatrice l'amministrazione datrice di lavoro.

3. La privatizzazione: i principali interventi legislativi

Il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, per lungo tempo, è stato caratterizzato da un sistema nettamente autonomo rispetto a quello del rapporto di lavoro privato. Di conseguenza, anche i tipici poteri datoriali, in primis quello disciplinare, avevano un fondamento e una natura giuridica peculiare come previsto dalla Legge-quadro 93/1983. Tale situazione è radicalmente mutata a seguito della Riforma del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, avviata, come è noto, dalla Legge Delega n. 421 del 1992 e i conseguenti decreti delegati³, e proseguita con la Legge delega n. 59 del 1997 e i successivi decreti attuativi. Dopo questi interventi la Consulta è intervenuta con significative pronunce fra le quali vi sono state le sentenze n° 313 del 1996 e n° 309 del 1997 che hanno rimodulato l'intervento del legislatore. La norma di risulta ha spinto il legislatore ad intervenire per eliminare le incertezze applicative che sono emerse

³ D.Lgs 3 febbraio 1993 n°29 che stabilisce “*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I titolo II del libro IV del codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*”;

dalle sentenze della Consulta con le Leggi Delega n° 59 del 1997 e il D.lgs. 31 marzo 1998 n°80.

4. *La prima codificazione del settore pubblico con il D.lgs 165/2001*

Il legislatore ha avvertito l'esigenza di individuare, raggruppare e coordinare i diversi interventi precedenti con un atipico processo di codificazione del pubblico impiego. Questa codificazione ha comportato un avvicinamento del settore pubblico a quello privato. Questi provvedimenti normativi hanno drasticamente mutato il regime giuridico dell'intero rapporto, ivi compreso quello del potere disciplinare, operando, salvo che per alcune tipologie di dipendenti pubblici indicate dall'attuale art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 1, la c.d. "*privatizzazione*" o "*contrattualizzazione*" del pubblico impiego.

Tale provvedimento normativo ha apportato notevoli modifiche alla disciplina del rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, anche in materia disciplinare. In questa tesi non ci si occuperà a fondo delle ricostruzioni antecedenti alla c.d. *privatizzazione*. Tuttavia, con specifico riferimento al fondamento giuridico del potere disciplinare, appare necessario dedicarvi qualche cenno, per cogliere meglio la portata innovativa delle riforme degli anni '90. In particolare, la normativa non è intervenuta per queste particolari categorie di dipendenti cioè i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e i procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e prefettizia e di altro personale, ivi compreso, in via transitoria, i professori e i

ricercatori universitari. Per questi soggetti permane una disciplina pubblicistica.

5. Il pubblico impiego prima della privatizzazione: Differenze e criticità

Prima della c.d. *privatizzazione*, il rapporto di lavoro pubblico era regolato unicamente dalla legge e da atti amministrativi, esso non nasceva con un contratto di lavoro, ma con un provvedimento unilaterale di nomina. Il rapporto era incentrato su una relazione di supremazia speciale dell'amministrazione rispetto ai suoi dipendenti. Il potere disciplinare trovava fondamento in essa e al contempo permetteva di legare le posizioni di autorità dell'amministrazione e di soggezione del dipendente. In tale contesto, il potere in questione era direttamente strumentale al raggiungimento del fine perseguito dall'amministrazione, e cioè la realizzazione degli interessi pubblici. In seguito alla c.d. *privatizzazione del pubblico impiego* si assiste invece ad una radicale rivisitazione del potere disciplinare, e ad un mutamento del suo stesso fondamento giuridico. Il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione non si instaura più, come in passato, per mezzo di un atto amministrativo unilaterale, bensì mediante un contratto individuale di lavoro. La sottoposizione del rapporto di pubblico impiego alla disciplina dettata dalle norme del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa, ex art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, e la regolazione dello stesso rapporto ad opera del contratto, individuale e collettivo, ex art. 2, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, ha determinato un mutamento della natura giuridica dell'intero

rapporto, da pubblicistico-amministrativa a privatistico-contrattuale. In questo contesto assume centrale rilevanza quanto disposto dall'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale *«le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte [...] con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»*. Sul piano specifico del potere disciplinare, l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 al secondo comma prevedeva espressamente che nell'ambito dei rapporti di lavoro privatizzati si applicassero l'art. 2106 cod. civ. e l'art. 7, co. 1, 5 e 8 dello Statuto dei Lavoratori, e al terzo comma demandava alla contrattazione collettiva la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni. Tale inciso, inserito nel vecchio articolo 59 del d.lgs. n. 29 del 1993 (ora confluito nel citato art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001) con il d.lgs. n. 546 del 1993, aveva risolto i dubbi generati dall'originaria stesura del testo legislativo circa l'avvenuta riconduzione anche del potere disciplinare alle leggi che regolavano il rapporto di lavoro privato e alla contrattazione collettiva originaria dell'art. 59 del d.lgs. n. 29 del 1993 si era limitata a prevedere la permanenza della disciplina pubblicistica in tema di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, mentre non disponeva alcunché per la responsabilità disciplinare. Alla luce del suddetto quadro normativo, la specifica riconduzione della materia disciplinare alla contrattazione collettiva e alle leggi sul rapporto di lavoro privato si aggiunge alla generale riconduzione del rapporto di lavoro al contratto, sia individuale che collettivo, al codice civile e alle norme che disciplinano il lavoro privato. Il rapporto di lavoro pubblico, quindi, ha acquisito natura contrattuale. I poteri esercitati dall'amministrazione, in qualità di datore di lavoro, compreso quello disciplinare, combaciano con quelli del datore privato art. 5,

comma, D.lgs. n. 165 del 2001, sono governati dal diritto privato e sono esercitati sulla base del contratto di lavoro. Dunque, il fondamento giuridico del potere disciplinare non è più costituito dalla supremazia speciale, ma configurabile nel rapporto di lavoro privatizzato ovvero dal contratto. L'accostamento corretto è tra datore di lavoro pubblico/amministrazione nel suo complesso e datore di lavoro privato, e non tra dirigente pubblico, che pure svolge la funzione datoriale nei confronti dei dipendenti privi di qualifica dirigenziale, e datore privato. Solo in parte infatti i dirigenti sono assimilabili a quest'ultimo: *lo sono riguardo ai poteri esercitati e alle capacità; al contempo però se ne differenziano in quanto il dirigente pubblico è anche lavoratore subordinato.*

6. Gli interventi del legislatore prima della Riforma “Brunetta”

Successivamente alla nascita del “*Testo Unico sul pubblico impiego*” viene emanata la legge 15 luglio 2002 n° 145. Quest’ultima ha apportato significative modifiche alle norme in materia di dirigenza pubblica in controtendenza al progetto iniziale, tanto da essere qualificata, da una parte della dottrina⁴, come una vera “*contro-riforma*”. In particolare, la riforma incide sul delicato rapporto tra politica e amministrazione, prevedendo il conferimento degli incarichi dirigenziali mediante provvedimento unilaterale dell'amministrazione. Ancor più incisivo risulta l’intervento in merito alla durata degli incarichi mediante atto unilaterale della P.A. con abolizione del ruolo

⁴ Luisa Galantino, Massimo Lanotte, *Diritto del Lavoro pubblico*, G. Giappichelli editore, 2017;

unico. Quest'ultimo intervento abroga direttamente il "*principio di rotazione degli incarichi*" con la ridefinizione della fattispecie di responsabilità dirigenziale. Successivamente il legislatore è intervenuto con D.L 115 del 2005 convertito con la legge 168 del 2005. Questo intervento mira nelle sue pieghe normative a contenere la spesa pubblica attraverso una serie di limiti alla contrattazione integrativa per garantire il rispetto dei vincoli di bilancio delle singole amministrazioni con il conseguente blocco delle assunzioni in "*turn-over*". La flessibilità del mercato del lavoro mal si adegua al settore pubblico, in tale ottica il legislatore focalizzerà il suo intervento al fine di ridurre l'utilizzo dei contratti di collaborazione aspirando alla stabilizzazione dei lavoratori che si avrà successivamente con la riforma "Brunetta".

Capitolo II

Le principali riforme

1. Gli obblighi e i doveri del rapporto alle dipendenze della P.A.

Entrando nel vivo della disciplina, per quanto riguarda gli obblighi principali del lavoratore pubblico, al pari di quelli privato, sono:

- *Diligenza (art 2104 cc¹)*
- *Fedeltà (art. 2105 cc²)*
- *Obbedienza (art. 2094 cc³)*

A suggello di questi obblighi si aggiunge il codice di comportamento imposto dall'art. 54 del D.LGS. 165/2001 in particolare per i dipendenti pubblici al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto degli obblighi di lealtà, imparzialità e principalmente l'obbligo di servitù allo stato e ai cittadini (art. 28 cost.). Il codice disciplinare attuale approvato con D.P.R. 62/2013 ha sostituito il previgente codice che era stato approvato con il D.P.C.M. 28 nov. 2000 prevedendo l'obbligo di consegna al dipendente di una copia al momento della stipula del contratto di assunzione. Il nuovo codice rispetto al precedente prevede regole di comportamento che

¹ **Art. 2104.** Diligenza del prestatore di lavoro. Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende

² **Art. 2105.** Obbligo di fedeltà. Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

³ **Art. 2094 c.c.** - Prestatore di lavoro subordinato. È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.

toccano gli aspetti contabili, amministrativi e civili con ripercussioni penali. Il codice non sostituisce gli obblighi bensì li integra. La nuova riforma ha rimodulato la disciplina prevedendo il carico di responsabilità in capo al dirigente il quale è obbligato a segnalare violazioni del codice. Bisogna precisare che la violazione degli obblighi comporta l'irrogazione di sanzioni disciplinari unite all'azione penale, civile, amministrativa e contabile. Quest'ultime devono essere accertate in sede procedimentale al fine di erogare sanzioni nel pieno rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità (art. 16 del codice) prevedendo al suo apice il licenziamento.

2. L'intervento della Riforma "Brunetta"

La riforma operata con la L.D. n. 15 del 2009 e il successivo decreto legislativo n. 150 del 2009 ha innovato profondamente il sistema delle fonti in materia di rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Anche in materia disciplinare si assiste ad un processo di rilegificazione del rapporto, che tuttavia, per le ragioni già esposte, non comporta anche una pubblicizzazione dello stesso. L'assetto che traspare dal d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua attuale formulazione, è quello di una forte ingerenza della fonte legislativa su quella negoziale, e di un contestuale forte ridimensionamento di quest'ultima. Se già in passato, la legge era intervenuta a dettare una disciplina speciale soprattutto per i profili procedurali del potere, la novità adesso è costituita dal fatto che le specificità introdotte dalla fonte normativa si estendono anche ai profili sostanziali. In tale contesto, la contrattazione collettiva è divenuta fonte residuale in materia disciplinare, potendo liberamente introdurre regole diverse solo in assenza di disposizioni di legge e nei limiti delineati dal legislatore. Il nuovo assetto delle fonti,

caratterizzato dunque da una prevalenza delle norme di legge, espressamente definite inderogabili dal legislatore, sulle disposizioni dei contratti collettivi, è testimoniato da molteplici disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla L.D. n. 15 del 2009 e dal d.lgs. n. 150 del 2009. Sul piano generale vi è l'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Il primo periodo di tale norma conferma la regola per cui ai rapporti di lavoro privatizzati si applicano le disposizioni che regolano il rapporto di lavoro privato, salve le diverse disposizioni contenute nello stesso decreto, con l'aggiunta che tali diverse disposizioni sono ora espressamente definite «a carattere imperativo». L'innovazione più radicale è comunque contenuta nel secondo periodo dell'art. 2, co. 2, che, con riguardo ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva, delinea il possibile quadro di una riedificazione stabile. Se, infatti, prima della riforma del 2009, le norme di legge, che eventualmente avessero introdotto disposizioni speciali, cioè applicabili solo ai dipendenti pubblici, erano derogabili dai successivi contratti collettivi, «salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario», ora tale meccanismo è completamente rovesciato. La deroga da parte dei contratti collettivi è infatti consentita solo se la legge lo prevede espressamente. Con specifico riferimento alla materia delle sanzioni disciplinari, la limitazione della competenza dell'autonomia collettiva emerge dal nuovo art. 40, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, ove è previsto che la contrattazione «è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge», nonché dal nuovo art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, ove, al primo comma, si riafferma l'imperatività delle norme dettate dal medesimo articolo e da quelli seguenti e, al secondo comma, si prevede che la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi,

«salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo». Appare evidente l'imprecisione del legislatore nel parlare di «Capo», dato che il d.lgs. n. 165 del 2001 non si suddivide, appunto, in capi. L'imprecisione è dovuta al fatto che l'art. 55 è stato sostituito interamente dall'art. 68 del d.lgs. n. 150 del 2009, il quale, così come l'art. 69 del medesimo decreto delegato, che ha introdotto i nuovi artt. da 55 bis a novies nel d.lgs. n. 165 del 2001, è contenuto nel capo V, titolo IV, del d.lgs. n. 150 del 2009. Nonostante ciò, l'attuale art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001 manifesta l'intenzione del legislatore di vincolare la contrattazione collettiva anche in una materia, quale appunto l'individuazione delle infrazioni e delle sanzioni, tradizionalmente rimessa ad essa. Dal quadro attuale emerge dunque chiara la sfiducia del legislatore nei confronti dell'autonomia collettiva anche in materia disciplinare.

3. Le sanzioni disciplinari tra la riforma “Brunetta” e la Riforma “Madia”

La materia delle sanzioni disciplinari è stata oggetto di ripetuti interventi normativi: all'originario art. 55 novies del d.lgs. n.165 del 2001 sono stati aggiunti ben otto articoli dal 55-bis al 55 novies che assumono valore imperativo e, dunque, inderogabile da parte dei contratti collettivi.

L'intento, dalla Riforma Brunetta alla riforma Madia, è quello di procedere ad una progressiva standardizzazione legale degli illeciti disciplinari con le relative sanzioni, di snellire il procedimento, di rafforzare la responsabilità del dirigente. Il tutto volto al fine del potenziamento dell'efficienza degli uffici e del contrasto al fenomeno

dell'assenteismo, fenomeno che viene perseguito anche con l'introduzione di norme di carattere penale. Le sanzioni disciplinari previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva, sono le seguenti:

- il rimprovero verbale o scritto;
- la multa fino a un massimo di quattro ore di retribuzione;
- la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni;
- la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi;
- il licenziamento, con o senza preavviso;

Per quanto concerne i profili sostanziali delle sanzioni disciplinari, all'art.55 comma 2° del D.LGS, N. 165 del 2001 è previsto che si applichi anche l'art 2106 c.c., che impone di rispettare la regola della proporzionalità fra sanzione ed infrazione, ferma restando la disciplina in tema di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile. Tutte le sanzioni, a parte il rimprovero verbale, devono esser irrogate previo procedimento disciplinare.

Vige l'obbligo di assicurare pubblicità al *codice disciplinare*, attraverso l'affissione in luogo accessibile a tutti prevista dall'art. 7. Stat. lav., esso può essere realizzato anche con la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione (Art., 55, comma 2° del D.LGS. 30 marzo 2001, n.165). Fatta eccezione per le infrazioni minori punibili con il rimprovero verbale, di competenza del responsabile della struttura, secondo l'art. 55., bis del D.LGS. N. 165 del 2001:

“ Ogni amministrazione procede ad indicare, nell’ambito della propria organizzazione, l’ufficio competente per i procedimenti disciplinari “Upd” , il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente deve avvertire prontamente, e entro dieci giorni , all’ Upd per i fatti di rilevanza disciplinare, rimane ovviamente salva la possibilità dell’Upd di acquisire notizie di illeciti anche in altro modo “ per conoscenza diretta o per segnalazione di altri soggetti” anche estranei all’amministrazione;

L’Upd deve provvedere alla contestazione scritta dell’addebito con sollecitudine, e non oltre trenta giorni decorrenti dal ricevimento della segnalazione;

Con la stessa lettera di contestazione dell’addebito, L’Udp provvede a convocare il lavoratore, con un preavviso di almeno venti giorni, per l’ascolto in contraddittorio a sua difesa;

Il dipendente ha la facoltà di farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante sindacale con possibilità di presentare memorie scritte;

Nel corso dell’istruttoria l’Udp può acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni e documenti rilevanti per la definizione del procedimento, ma tale istruttoria non determina la sospensione del procedimento né il differimento dei relativi termini Art. 55 bis, comma 6°. Il dipendente o il dirigente appartenente alla stessa amministrazione sono tenuti all’obbligo di fornire informazioni in loro possesso rilevanti per il procedimento stesso, pena la sospensione dal servizio con la privazione della retribuzione fino ad un massimo di quindici giorni (Art. 55 bis., comma 7°);

L'Udp conclusa l'istruttoria, definisce il procedimento con l'irrogazione della sanzione o con l'archiviazione dello stesso, qualora ritenga non sussistano profili di responsabilità disciplinare, entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito.”

Ogni comunicazione al dipendente, viene effettuata tramite posta elettronica certificata, nel caso il dipendente ne disponga di una o tramite consegna a mano o in alternativa tramite raccomandata con ricevuta di ritorno Art.55 bis comma 5°. In caso di trasferimento del dipendente in un'altra amministrazione pubblica, il procedimento disciplinare è avviato e concluso verso quest'ultima. La cessazione del rapporto di lavoro estingue il procedimento disciplinare, fatta eccezione per le ipotesi in cui l'infrazione sia sanzionabile con il licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio.

Significativa è l'inversione di tendenza operata dalla Riforma “Madia” relativa alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine del procedimento. Mentre in precedenza era prevista l'invalidità della sanzione, ora, a seguito dell'ultimo intervento riformatore, si prevede che la violazione dei termini, fatta eccezione per quello di contestazione dell'addebito e quello di conclusione del procedimento, non determina la decadenza dell'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione disciplinare irrogata, a meno che non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa e la modalità di esercizio dell'azione disciplinare⁴.

Per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari, il lavoratore può aver accesso, oltre al ricorso giudiziale, a procedure di conciliazione non

⁴ Specialmente se in ragione degli accertamenti svolti, risultino compatibili con il principio di tempestività Art 55 quater comma 9° ter

obbligatoria, qualora previste e istituite nei contratti collettivi, da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione (Art 55, comma 3°). La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista dalla legge o dalla legge o dalla contrattazione collettiva per l'infrazione per la quale si procede, e non può essere soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo.

4. Il codice disciplinare alla luce delle nuove riforme: natura e finalità

Il codice disciplinare è il documento predisposto dal datore di lavoro in cui è contenuta la normativa disciplinare applicabile ai suoi dipendenti. Nel settore del lavoro privato, esso deve contenere «quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano», ex art. 7, co. 1, L. n. 300 del 1970. La norma dello Statuto dei Lavoratori era applicabile anche al lavoro pubblico privatizzato, per via dell'espresso richiamo contenuto nel vecchio art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001.

L'opinione dominante è che, la norma statutaria subordina l'obbligo di conformazione all'esistenza di accordi e contratti collettivi, il potere di determinare le norme disciplinari applicabili spetta comunque al datore di lavoro, pur essendo egli vincolato a dare attuazione a quanto stabilito nelle fonti negoziali, ove esistenti, con la conseguenza che il codice disciplinare sarebbe in ogni caso un documento di formazione datoriale. La medesima soluzione interpretativa era sostenuta dalla dottrina con

riferimento al rapporto di lavoro pubblico privatizzato, stante l'applicazione dell'art. 7, co. 1, dello Statuto, e nonostante la formula apparentemente imperativa presente nell'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni è definita dai contratti collettivi. Si negava così l'attribuzione a questi ultimi del ruolo di fonte esclusiva in tale materia, con la conseguenza che, in mancanza, il datore di lavoro pubblico poteva comunque provvedere a compilare il codice, evitando la “*paralisi*” del potere. Anche in questo contesto il legislatore del 2009 ha innovato la disciplina. Il termine «codice disciplinare», mai usato né nel codice civile, né nello Statuto dei Lavoratori, né nella formulazione originaria del d.lgs. n. 165 del 2001, viene invece per la prima volta citato a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009. La norma di riferimento è l'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato nel 2009. Essa conferma l'applicazione dell'art. 2106 del codice civile ai rapporti di lavoro privatizzati, fatta eccezione per le materie della responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ma non quella dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. L'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 conferma inoltre quanto già previsto dalla vecchia formulazione della norma, e cioè che «la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni è definita dai contratti collettivi», salvo quanto ora è previsto dalle disposizioni inderogabili contenute nel decreto. Vengono modificate forme e termini del procedimento, con ‘intento di renderlo più celere e semplificato, la competenza, in precedenza era suddivisa in modo scarsamente funzionale , a seconda della gravità della sanzione, tra responsabile della struttura e ufficio per i procedimenti a quest’ultimo, salvo che per i rimproveri verbali; la violazione dei termini non comporta più la decadenza dall’azione disciplinare, né nullità degli atti

o invalidità della sanzione, salvo che risulti leso il diritto di difesa; viene sancita la nullità di eventuali disposizioni regolamentari e contrattuali che introducano ulteriori requisiti formali e procedurali; si aggiungono nuove causali cui conseguire il licenziamento per giusta causa. È stato invece eliminato l'inciso che realizzava salvo anche «quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1», nonché «la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento». Nell'ultimo periodo della disposizione, infine, viene citato il «codice disciplinare», al fine di affermare che il datore di lavoro pubblico non può mai procedere alla predisposizione unilaterale del codice disciplinare. La sua pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione equivale alla sua affissione nella sede di lavoro. Ciò che in questa sede appare opportuno rilevare è che, alla luce delle modifiche del 2009, potrebbe trovare nuova linfa la tesi interpretativa, già sostenuta sotto la vigenza della vecchia disciplina, secondo cui il contratto collettivo nel settore pubblico costituisce fonte diretta ed esclusiva del potere disciplinare, senza il quale esso non sarebbe esercitabile. Tale tesi andrebbe corretta, oggi, alla luce del fatto che vi sono comunque norme che devono comunque trovare applicazione. Ma il mancato richiamo dell'art. 7, co. 1, L. n. 300 del 1970, e la persistente formula secondo cui infrazioni e sanzioni sono definite dai contratti collettivi, potrebbe far cadere uno dei principali argomenti a sostegno della possibilità del datore di lavoro di provvedere unilateralmente anche in assenza di contratto collettivo. Se così fosse, si determinerebbe una conseguenza paradossale. La contrattazione collettiva, che da un'analisi complessiva della riforma del 2009 risulta notevolmente ridimensionata in relazione alle norme di legge, acquisterebbe un potere di cui non dispone neanche nel settore del lavoro privato nei confronti del datore di lavoro. Si potrebbe

configurare, in ultima analisi, la sussistenza di un obbligo a contrarre in materia disciplinare, in contrasto con l'orientamento dominante per cui un tale obbligo nel nostro ordinamento non sussiste. Ciò, ancora, contrasterebbe con uno degli obiettivi della legge delega n. 15 del 2009, indicato all'art. 2, co. 1, lett. a).

Contro questa tesi si possono però sollevare alcune obiezioni. Si può innanzitutto fare affidamento sul richiamo, tuttora presente nell'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001, dell'art. 2106 del codice civile, che confermerebbe la provenienza unilaterale del codice disciplinare, frutto di un potere attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge, e in particolare proprio dalla norma codicistica. Ulteriore possibile argomentazione sarebbe costituita dal fatto che, anche a seguito della riforma del 2009, i poteri di cui dispone la pubblica amministrazione in materia di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro sono quelli del datore di lavoro privato, art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Tale argomento, se sotto un profilo teorico appare solido, vacilla alla luce dell'impianto complessivo della riforma, che in più parti limita l'autonomia della dirigenza, e dunque del datore di lavoro pubblico, in maniera ben più incisiva rispetto ai datori di lavoro privati. Secondo parte della dottrina, poi, l'omesso richiamo dell'art. 7 avrebbe un significato più formale che sostanziale, dato che l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 prevede tuttora l'applicazione della L. n. 300 del 1970 al lavoro pubblico privatizzato. Tale tesi merita alcune precisazioni: L'espressa eliminazione del richiamo dei commi 1, 5 e 8 della norma statutaria, prima espressamente citati, costituisce indice della volontà del legislatore di ritenerli non più applicabili. Tuttavia, tale eliminazione può avere anche un significato diverso, nel senso che,

stante appunto la persistenza del rinvio generale alle norme dello Statuto dei Lavoratori, quelle norme continuano a trovare applicazione, a meno che non vi sia una norma speciale esplicitamente o implicitamente in contrasto con esse. Soffermandoci qui solo sul primo comma, è facile ricavare che l'omesso richiamo è dovuto al fatto che, come si vedrà, l'attuale art. 55, co. 2, ult. periodo, regola il requisito di pubblicità del codice nel lavoro pubblico con una norma apposita. Senonché, da un lato, la disposizione, dichiarando l'equivalenza della pubblicazione on line del codice alla sua affissione nel luogo di lavoro, implicitamente consente, in teorica, che l'affissione, in mancanza di pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente, la quale non è imposta come unica forma di pubblicità, ma dichiarata equivalente alla prima, continui ad essere possibile.

Dall'altro, il primo comma dell'art. 7 non disciplina solo la forma di pubblicità del codice, ma anche appunto, la regola per cui le norme disciplinari *«devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano»*. L'ultima parte non è contraddetta da alcuna norma speciale per il lavoro con le pubbliche amministrazioni, sicché può ritenersi che tale regola continui a trovare applicazione, aggiornata oggi alla luce del fatto che, a loro volta, i contratti collettivi devono applicare, parafrasando l'art 7 dello Statuto, quanto in materia è stabilito dalle disposizioni imperative di legge.

Capitolo III

La Riforma Madia, riflessioni e innovazioni

1. I primi passi della riforma verso l'innovazione: un quadro d'insieme

A questo punto dell'analisi non si può non entrare all'interno della nuova riforma Madia e apprezzarne le modifiche e le innovazioni, garantendo uno sguardo prima complessivo che ne esalti gli interventi più rilevanti e poi man mano isolare particolari aspetti che hanno reso rilevante l'intervento del legislatore. Considerando questa “mappa concettuale ipotetica” si deve prima di tutto partire dalla circostanza che il previgente complesso normativo di recente è stato modificato anche a seguito della bozza di decreto del 2017.

In questo contesto, quindi, si inserisce non solo la riforma Madia ma anche il d.lgs. 116 del 2016 che ha visto l'intervento della Consulta con la sentenza 251 del 2016. In particolare, la sentenza ha risolto un conflitto di attribuzione che era sorto in merito all'applicazione della disciplina generale del rapporto di lavoro tra privati al fine di garantire l'uniformità di trattamento¹.

¹ Corte Costituzionale, sentenza del 31/03/2007 N. 95;

La sentenza sopra citata, ha un interesse solo marginale in merito alla analisi che si sta svolgendo anche se alcune dichiarazioni in essa contenute sono rilevanti. In particolare la Consulta ha affermato che “*le sanzioni inflitte da soggetti diversi sono illegittime e conducono, ove si ritenga applicabile l’articolo 18 dello Stat. Lav.* ², *ad una tutela reintegratoria in sede contenziosa*”³. In quest’ottica la riforma Madia ha attribuito la potestà disciplinare al capo-struttura e all’ U.P.D configurandola come un’investitura diretta *ex lege*, e non come una delega di funzioni prevista dalla previgente disciplina. Da questa previsione ne consegue che l’esercizio di tale potestà punitiva è diretta nei confronti di qualsiasi dipendente comportandone la non reclamabilità gerarchica. La potestà così come configurata riguarda non solo la fase istruttoria ma anche quella decisoria, non avendone la riforma ipotizzato la scissione nel pieno rispetto dell’art 111 della Cost⁴ e nel pieno rispetto del comma 2 dell’art. 55 bis del decreto coinvolge sia la posizione di comando, sia la posizione fuori ruolo. In merito vi è stato l’intervento risolutivo del governo con la circolare 23/12/2010 n. 14/2010 della funzione pubblica che rimarca per le amministrazioni dello stato una regola generale secondo la quale il responsabile deve

² Nella versione antecedente alla legge 92 del 2012 “Riforma Fornero”;

³ Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 02/03/2017 N.5317; Corte di cassazione, sez.lav,24/06/2017 N.1753; Tribunale di S. Maria C.V del 24/10/2004;

⁴ Corte di Cassazione, sez. lavoro, sentenza 23/10/2015 numero 21646;

avere qualifica dirigenziale, eccezion fatta per gli enti locali che possono lasciar intatta l'investitura di funzionario. Analizzando la riforma in merito al procedimento disciplinare, si capisce la volontà del legislatore di attribuire, per casi specifici il potere disciplinare esclusivamente ai dirigenti⁵ anche se in materia di pubblico impiego, ciascun'amministrazione ha il potere di individuare l'ufficio competente per i provvedimenti disciplinari secondo il proprio ordinamento. Secondo la Corte di Cassazione, l'U.P.D può essere organo monocratico o collegiale, in quest'ultima ipotesi la corte ha affermato che non si può configurare un'ipotesi di collegio perfetto in assenza sia di una norma che lo qualifichi sia di una regola generale di collegialità⁶. Questo inciso deriva dal crearsi di una corrente giurisprudenziale che, a garanzia della terzietà decisoria, afferma che *“in assenza di una regola generale di collegialità perfetta, l'immutabilità dei membri del collegio sarebbe invece un canone basilare e risponderebbe ad un principio comune, cioè quello della trattazione orale, previsto in ogni giudizio disciplinare”*⁷. In ogni caso va distinta la fase procedimentale di competenza esclusiva dell'U.P.D. dalla fase pre- procedimentale esercitabile dal dirigente

⁵ Es. Comma 4 dell'art 55 del d.lgs., 165/2001;

⁶ Corte di Cassazione, sez. lav. 02/03/2017 n. 5317;

⁷ Corte Costituzionale, sentenza del 14/04/1995, n. 128 in www.cortecostituzionale.it; corte di Cassazione, sez., unite, sentenza del 10/01/1997, n. 187, in giust.Civ. mass., 1997, 33;

Il nuovo ufficio così come congegnato dalla riforma presuppone un sistema che possa agire sia d'ufficio, attraverso il coordinamento delle attività, sia su impulso di parte. Il sistema prevede che durante la conoscenza dei fatti di valenza disciplinare, i due segnalatori dove l'U.P.D. figura come segnalatore privilegiato dell'azione punitiva, devono contestare l'illecito "entro 5 gg" dalla conoscenza del fatto. La nuova riforma tende a garantire la possibilità di acquisire notizie di illeciti da parte sia del capo-struttura che dell'U.P.D, ovvero consentire segnalazioni da parte di altri soggetti "*dependenti interni*" oggi da ritenere doverosa in base all'art. 8 del d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, e all'art. 54-bis, d.L.gs. 165 del 2001, attuativi entrambi dalla legge anticorruzione n.190 del 2012⁸. In questo caso, al fine di rendere la disciplina più deterrente l'inosservanza è configurata come un illecito disciplinare. La nuova riforma presenta punti di particolare criticità e mutismo. Un simile problema si è posto in merito all'individuazione del soggetto competente a gestire e concludere il procedimento quando "l'imputato" sia un dirigente. In merito dalla lettura del dato normativo si evince la non necessaria istituzione di un autonomo U.P.D. per la dirigenza, ma nemmeno è preclusa all'autonomia organizzativa delle amministrazioni la costituzione di due uffici, uno per il personale dirigenziale ed uno per il personale non dirigenziale⁹. Come si può ad intuito comprendere facilmente, la riforma Madia è intervenuta principalmente sui soggetti che si occupano della gestione,

⁸ I dirigenti, oltre ad avere un obbligo di segnalare ai competenti organi illeciti disciplinari di subordinati, hanno il dovere, fissato nei CCNL, di informare l'Ente, di essere stati rinviati a giudizio o che nei loro confronti è esercitata l'azione penale

⁹ Boscati, responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale e: alla ricerca della fattispecie. In lav. nella p.a., 2014,576. Cass. sez .lav. 8 giugno 2015 n. 11790, in Ced Cassazione. Anche se nulla esclude, che lo strumento sanzionatorio per il personale non dirigenziale, venga adottato, su delega del dirigente di d'ufficio dirigenziale generale, mentre tale delega non sembra presumibile per le sanzioni da infliggere a dirigenti alla luce dell'art. 55, co. 4, d.L.gs n. 165.

organizzazione e erogazione del procedimento disciplinare, garantendo da un lato una maggiore selettività degli illeciti da punire e dall'altro scindendo e garantendo allo stesso tempo, nel pieno rispetto della nuova disciplina anticorruzione, un intervento in tali ipotesi più aspro e mirato. Non solo!. La nuova riforma è intervenuta anche nelle fasi del procedimento disciplinare riducendo i termini, da un lato, e dall'altro riducendo le tappe endo-procedimentali delle singole fasi.

L'iter punitivo di natura privatistica è ispirato al pieno contraddittorio. Come sappiamo il procedimento disciplinare si snoda in tre momenti fondamentali, spesso preceduti da una fase preistruttoria tesa ad accertare meglio i fatti illeciti di cui si è avuto a conoscenza.

Tali tappe procedimentali sono:

- la fase predisciplinare di acquisizione, verifica e controllo,
- la contestazione dell'addebito,
- l'istruttoria in contraddittorio,
- l'adozione della sanzione.

Premettendo che la nuova riforma e i successivi interventi hanno lasciato ferma la previgente disciplina contrattuale per le infrazioni punite con il rimprovero verbale, possiamo iniziare con l'analisi sintetica ed esaustiva delle variazioni apportate. Gli ultimi interventi si sono focalizzati principalmente sul rafforzamento delle varie fasi pre-disciplinari, accentuando i controlli difensivi su computer, mail, cellulari e GPS dei lavoratori, al fine di garantire l'acquisizione e trasmissione della notizia dell'illecito da parte di dirigenti. Tali accertamenti preliminari non fanno decorrere i termini per la conclusione del procedimento al pari dell'ascolto del lavoratore. Queste affermazioni sono state confermate dalla giurisprudenza secondo la quale in tale fase, né l'ascolto né gli accertamenti integrano l'inizio del

procedimento¹⁰ e questo comporta, nel pieno rispetto del principio di tempestiva contestazione, anche il non protrarsi a lungo delle indagini preliminari anche se tese alla conoscenza piena dei fatti¹¹. Infine, l'onere della prova di tale violazione, talvolta acclarata in contenziosi nel lavoro privato, graverà sulla difesa del lavoratore.

Al fine di evitare confusioni, un unitario orientamento giurisprudenziale ha chiarito che i limiti dell'art.4, St. lav. ed anche quelli della normativa sulla privacy¹² non precludono al datore, al fine di dimostrare un illecito posto in essere dal dipendente, di utilizzare le risultanze di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo¹³. Una volta conclusa la fase preliminare si passa alla fase della contestazione¹⁴ dell'addebito, prevista dall'art. 55-bis, co.2 e 4, del d.lgs. n.165/2001. Con l'atto di contestazione si dà formalmente inizio al procedimento disciplinare¹⁵, al quale sono estranee le antecedenti fasi di indagini preliminari e di segnalazione all'U.P.D. da parte del capo struttura¹⁶. Esse tendono a dare tempestiva certezza ed

¹⁰ Cass., sez. lav., 15 maggio 2006 n. 11100, in Mass. Giur. Lav., 2006, 660, con nota di GRAMMICIA; id. sez. lav. 20 gennaio 2003, n.779, in lav. nella. giur.,2003, 579; id., sez.lav.,5 novembre 1985 n. 5383, in Riv. it. Dir. lav., 1986, II 765.

¹¹ Il tema degli strumenti di lavoro, tra i quali il PC e le autovetture, hanno formato oggetto della segnalata circolare 7 novembre 2016 n. 2/2016 dell'Ispektorato del lavoro che ha preso posizione, escludendo che i GPS installati possono sottrarsi ad accordo sindacale o comunicazione amministrativa, salvo che per i peculiari casi ne siano imposte da specifiche normative l'installazione "es. portavalori". In ogni caso la Cassazione, già prima della novella dell'art. 23. D.L.gs n. 151 del 2015, ha affermato che, ai fini dell'operatività del divieto di utilizzo di apparecchiature per il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori previsto dalla L. n. 300 del 1970, art. 4, è necessario che il controllo riguardi direttamente o indirettamente l'attività lavorativa, mentre devono tenersi fuori dall'ambito di applicazione i controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore, i cd. controlli difensivi.

¹² D.Lgs. 196/2003 in particolare Cass., sez. lav., 15 maggio 2006 n. 11100, in Mass. Giur. Lav., 2006, 660;

¹³ "es. Carabinieri, Guardia di finanza, telecamere di altri soggetti."

¹⁴ La contestazione è l'atto, indefettibile a pena di nullità salvo che per il rimprovero verbale, che, nella contestazione al lavoratore necessita della forma scritta ad substantiam che non ammette equipollenti;

¹⁵ Le condotte disciplinari trovano fonte e sono indicate dalla legge, dal CCNL e dal codice di comportamento;

¹⁶ Pacifico è l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la segnalazione che il capo struttura invia all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, non costituisce ancora avvio del

immutabilità al contenuto dell'infrazione e fissano in modo chiaro, con la sua notifica al lavoratore rappresentando il *dies a quo* del termine di 60 gg previsto dall'art.55-bis, comma 2 del d.L.gs. n. 165/2001 per la conclusione del procedimento di competenza del capo-struttura. Il funzionamento varia nell'ipotesi in cui l'U.P.D avesse avuto diretta conoscenza dell'illecito, da fonte diversa dal capo-struttura, “*sentenze, relazioni ispettive, esposti*”, in tale circostanza la decorrenza per la chiusura del procedimento sarà ex lege art.55-bis, comma 4 ancorata a tale conoscenza. L'art.55-quater, co.3-sexies introdotto dalla riforma Madia lascia per i soli casi comportanti il licenziamento e in flagranza, il peculiare regime “*accelerato*”, cadenzato da termini di 48 ore per la contestazione e 30 giorni per la conclusione, previsto per i furbetti del cartellino secondo il d.L.gs. n. 116 del 2016, che ha novellato il d.L.gs. n. 165 all'art.55-quater, co. 3-bis e 3-ter. La contestazione quindi non si riduce ad una mera comunicazione, semplice nel suo contenuto, bensì richiede in modo puntuale l'indicazione della materialità dei fatti da addebitare, per consentire una idonea difesa sugli stessi, mentre non è necessaria l'indicazione della sanzione che si intende infliggere in quanto l'indicazione di quest'ultima vincolerebbe l'organo disciplinare a non adottare sanzioni più gravi.

Una peculiarità della contestazione è data dalla sua immodificabilità, che ne impedisce l'integrazione o sostituzione anche se nel corso dell'istruttoria disciplinare emergessero fatti ulteriori o diversi. Il problema di una modifica dell'originaria contestazione degli addebiti di un procedimento disciplinare poi sospeso in attesa della risultanza penale si è posto nel lavoro privato, dove si è esclusa la possibilità di

procedimento: cfr. sentenza Cass., sez. lav., 21 settembre 2016 n.18517, in Ced. Cassazione, che richiama id., sez. lav. n.12108/2016 e 12109/2016

una modifica dei fatti contestati alla luce di quelli già emersi in sede penale. In merito, è proprio per questo che la riforma prevede la comunicazione della contestazione attraverso mezzi protetti con l'ausilio di plichi chiusi o mezzi di telecomunicazione criptati. La giurisprudenza ha chiarito che, in considerazione dell'art.1334 c.c., la lettera anche in mancanza dell'avviso del ricevimento, costituisce prova certa della spedizione attestata dall'ufficio postale attraverso la ricevuta, spetta successivamente al destinatario l'onere di dimostrare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto, fermo restando che la presunzione di conoscenza attraverso la ricezione presso la sua residenza non può essere vinta dalla allegazione di una temporanea assenza per ferie o per spostamenti itineranti di breve termine¹⁷. Bisogna precisare che il mancato rispetto delle regole sulla contestazione invalida la sanzione finale¹⁸. Il procedimento disciplinare, quindi, si connota per il pieno rispetto del contraddittorio, ovvero per il pieno rispetto del diritto alla difesa, pertanto, a tutela del contraddittorio, alla contestazione degli addebiti, segue l'audizione dell'interessato, atto indefettibile a pena di nullità della sanzione nell'impiego pubblico¹⁹.

Successivamente alla fase di contestazione si avvia la fase istruttoria. L'incolpato, oltre al diritto di essere sentito, ha la facoltà oggi prevista testualmente dall'art.55-bis comma 2 e 3 del d.L.gs. 165 del 2001, di inviare memorie difensive e farsi sentire da un avvocato²⁰, o la

¹⁷ Cass., sez. lav., 10 agosto 2006n. 18150, in Ced Cassazione; Trib. Milano,3 febbraio 2000, in Orient. Giur. Lav., 2000, I, 155 segg.

¹⁸ Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n., in Foro it., 1994, I, 2706 con nota di MARZOTTA; id., sez. lav., 5 ottobre 2006 n. 21412: id., sez. lav., 21 giugno 2007 n. 14487, entrambe in Ced Cassazione.

¹⁹ Per un recente caso nel lavoro pubblico, v. Cass., sez. lav., 27 febbraio 2015 n. 3984, in Ced Cassazione, secondo cui, "la convocazione del lavoratore per ascoltarlo a sua difesa è condizione essenziale del corretto esercizio del potere disciplinare", richiamando Cass., sez. lav., 14 giugno 2011 n. 12978, id., sez. lav., 10 luglio 2012 n. 11543.

²⁰ In particolare, non è previsto nell'impiego privato.

possibilità di un'audizione attraverso i mezzi telematici “*Skype o videoconferenze*” dall'U.P.D. Secondo la giurisprudenza l'incolpato potrà svolgere indagini e “*registrazioni fonografiche di colloqui tra colleghi*”. Nel corso dell'istruttoria, vengono di regola escussi testimoni “*interni o esterni alla P.A*”, espletate ispezioni e acquisiti i documenti, senza violare la riservatezza del dipendente come statuito dal garante della privacy con provvedimento del 3 ottobre 2001 n. 41966/web.

All'esito dell'istruttoria, il datore di lavoro chiude il procedimento disciplinare potendo assolvere il dipendente o infliggere la sanzione. L'inflizione della sanzione avviene entro un termine testualmente perentorio, di 120 giorni dalla contestazione degli addebiti per l'U.P.D. art.55-bis comma 4 del d.lgs. n. 165/2001 e dimezzato a 60 giorni per il dirigente capo-struttura come previsto dall'art.55-bis comma 2 del d.lgs. 165/2001²¹. Una volta delineate le diverse innovazioni apportate dalla Riforma Madia, ci focalizzeremo nei successivi paragrafi su alcuni aspetti che si ritengono, da un lato critici e dall'altro tesi risolutivi e innovativi rispetto alla previgente disciplina.

2. Il nuovo art. 55 bis: evoluzione o involuzione?

Il d.L.gs. n.165 del 2001 è stato oggetto nel corso del tempo innumerevoli modifiche al fine di avvicinare il settore pubblico a quello privato. In merito, al centro di questo emergere di esigenze, vi è l'art. 55 *bis* che ha previsto forme e termini del procedimento disciplinare in modo più o meno simile al settore privato. In particolare, l'ultima modifica si è avuta con la Riforma Madia che, come s'è accennato, ha cambiato in modo sostanziale il contenuto della norma. Al fine di

²¹ Come già affermato con il provvedimento del 9 marzo 2000 del medesimo Garante

evidenziarne le variazioni in modo significativo, non si può non iniziare dall'analisi del testo normativo prima e dopo la riforma.

Allo stato attuale il nuovo art 55 *bis* si presenta così:

1. Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale, il procedimento disciplinare è di competenza del responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente. Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo.

2. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizzazione, individua l'ufficio per i procedimenti disciplinari competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale e ne attribuisce la titolarità e responsabilità.

A seguito della riforma, al Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n.150, sono state apportate innovazioni in tema di infrazioni, sanzioni disciplinari e procedimento penale. In particolare, l'art 69 del citato decreto ha sostituito l'art 55 del D.lgs. n. 165 del 2001 ed ha introdotto gli art. da 55 bis a 55 novies nel corpo del medesimo testo normativo, mentre l'art. 72 ne ha abrogato. art 56. È stato modificato il riparto di competenza tra capi-struttura ed U.P.D, attribuendo nuovamente ai capi struttura, anche se non rivestano qualifica dirigenziale. Invece, nel precedente regime, il capo-struttura doveva necessariamente avere qualifica dirigenziale, come chiarito anche dalla circolare 23 dicembre 2000. N. 14 .2010 della funzione pubblica. La sola sanzione minimale,

ristretta al solo richiamo verbale, secondo le modalità fissate dal CCNL, assegnando la competenza su tutte le restanti all'U.P.D.

Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale, il procedimento disciplinare è di competenza del responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente. Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo. Ciascun'amministrazione, secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizzazione, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale ne attribuisce la titolarità e responsabilità. Tutte le sanzioni, a parte il rimprovero verbale, devono esser irrogate previo procedimento disciplinare vige l'obbligo di assicurare pubblicità al codice disciplinare, attraverso l'affissione in luogo accessibile a tutti prevista dall'art. 7 Statuto dei lavoratori, può essere realizzato anche con la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione Art., 55, comma 2° del D.lgs. 30 marzo 2001, N.165. Fatta eccezione per le infrazioni minori punibili con il rimprovero verbale, di competenza del responsabile della struttura.

Secondo il nuovo articolo l'art. 55., bis del D.lgs. N. 165 del 2001:

“ Ogni amministrazione procede ad indicare, nell'ambito della propria organizzazione, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari “Upd” , il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente deve avvertire prontamente, e entro dieci giorni , all' Upd per i fatti di rilevanza disciplinare, rimane ovviamente salva la possibilità dell'Upd di acquisire notizie di illeciti anche in altro modo

“ per conoscenza diretta o per segnalazione di altri soggetti” anche estranei all’amministrazione;

L’Udp deve provvedere alla contestazione scritta dell’addebito con sollecitudine, e non oltre trenta giorni decorrenti dal ricevimento della segnalazione;

Con la stessa lettera di contestazione dell’addebito, L’Udp provvede a convocare il lavoratore, con un preavviso di almeno venti giorni, per l’ascolto in contraddittorio a sua difesa;

Il dipendente ha la facoltà di farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante sindacale, può presentare memorie scritte;

Nel corso dell’istruttoria l’Udp può acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni e documenti rilevanti per la definizione del procedimento, ma tale istruttoria non determina la sospensione del procedimento né il differimento dei relativi termini Art. 55 bis, comma 6°. Il dipendente o il dirigente appartenente alla stessa amministrazione sono tenuti all’obbligo di fornire informazioni del loro possesso rilevanti per il procedimento stesso, pena la sospensione dal servizio con la privazione della retribuzione fino ad un massimo di quindici giorni Art. 55 bis., comma 7°;

L’Udp conclusa l’istruttoria, definisce il procedimento con l’irrogazione della sanzione o con l’archiviazione dello stesso, qualora ritengano non sussistano profili di responsabilità disciplinare, entro centoventi giorni dalla contestazione dell’addebito.”

Ogni comunicazione al dipendente, viene effettuata tramite posta elettronica certificata, nel caso il dipendente dispone di una o tramite consegna a mano o in alternativa tramite raccomandata con ricevuta di

ritorno²². In caso di trasferimento del dipendente in un'altra amministrazione pubblica, in procedimento disciplinare è avviato e concluso verso quest'ultima. La cessazione del rapporto di lavoro estingue il procedimento disciplinare, fatta eccezione per le ipotesi in cui il l'infrazione sia sanzionabile con il licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. Significativa è l'inversione di tendenza relativa alle conseguenze derivanti dal mancato rispetto del termine del procedimento. Mentre in precedenza era prevista l'invalidità della sanzione, ora a seguito dell'ultimo intervento riformatore, si prevede che la violazione dei termini, fatta eccezione per quello di contestazione dell'addebito e quello di conclusione del procedimento, non determina la decadenza dell'azione disciplinare né l'invalidità degli atti della sanzione disciplinare irrogata, a meno che non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa e la modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione degli accertamenti svolti, risultino compatibili con il principio di tempestività Art 55 quater comma 9° ter. Per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari, il lavoratore può aver accesso, oltre al ricorso giudiziale, a procedure di conciliazione non obbligatoria, qualora previste e istituite nei contratti collettivi, da instaurarsi e concludersi entro un termine di non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione Art 55, comma 3°. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva per l'infrazione per la quale si procede, e non può essere soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento

²² Art.55 bis comma 5°

disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo.

La riforma operata con la L.D. n. 15 del 2009 e il successivo decreto legislativo n. 150 del 2009 ha innovato profondamente il sistema delle fonti in materia di rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Anche in materia disciplinare si assiste ad un processo di rilegificazione del rapporto, che tuttavia, per le ragioni già esposte, non comporta anche una pubblicizzazione dello stesso. L'assetto che traspare dal d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua attuale formulazione, è quello di una forte ingerenza della fonte legislativa su quella negoziale, e di un contestuale forte ridimensionamento di quest'ultima. Se già in passato, la legge era intervenuta a dettare una disciplina speciale soprattutto per i profili procedurali del potere, la novità adesso è costituita dal fatto che le specificità introdotte dalla fonte normativa si estendono anche ai profili sostanziali. In tale contesto, la contrattazione collettiva è divenuta fonte residuale in materia disciplinare, potendo liberamente introdurre regole diverse solo in assenza di disposizioni di legge e nei limiti delineati dal legislatore. Il nuovo assetto delle fonti, caratterizzato dunque da una prevalenza delle norme di legge, espressamente definite inderogabili dal legislatore, sulle disposizioni dei contratti collettivi, è testimoniato da molteplici disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla L.D. n. 15 del 2009 e dal d.lgs. n. 150 del 2009. Sul piano generale vi è l'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Il primo periodo di tale norma conferma la regola per cui ai rapporti di lavoro privatizzati si applicano le disposizioni che regolano il rapporto di lavoro privato, salve le diverse disposizioni

contenute nello stesso decreto, con l'aggiunta che tali diverse disposizioni sono ora espressamente definite «*a carattere imperativo*».

L'innovazione più radicale è comunque contenuta nel secondo periodo dell'art. 2, co. 2, che, con riguardo ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva, delinea il possibile quadro di una riedificazione stabile. Se, infatti, prima della riforma del 2009, le norme di legge, che eventualmente avessero introdotto disposizioni speciali, cioè applicabili solo ai dipendenti pubblici, erano derogabili dai successivi contratti collettivi, «*salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*», ora tale meccanismo è completamente rovesciato. La deroga da parte dei contratti collettivi è infatti consentita solo se la legge lo prevede espressamente. Con specifico riferimento alla materia delle sanzioni disciplinari, la limitazione della competenza dell'autonomia collettiva emerge dal nuovo art. 40, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, ove è previsto che la contrattazione «*è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*», nonché dal nuovo art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, dove, al primo comma, si riafferma l'imperatività delle norme dettate dal medesimo articolo e da quelli seguenti e, al secondo comma, si prevede che la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. Appare evidente l'imprecisione del legislatore nel parlare di «Capo», dato che il d.lgs. n. 165 del 2001 non si suddivide, appunto, in capi. L'imprecisione è dovuta al fatto che l'art. 55 è stato sostituito interamente dall'art. 68 del d.lgs. n. 150 del 2009, il quale, così come l'art. 69 del medesimo decreto delegato, che ha introdotto i nuovi artt. da 55 bis a novies nel d.lgs. n. 165 del 2001, è contenuto nel capo V, titolo IV, del d.lgs. n. 150 del 2009. Nonostante ciò, l'attuale art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001 manifesta l'intenzione del legislatore di vincolare

la contrattazione collettiva anche in una materia, quale appunto l'individuazione delle infrazioni e delle sanzioni, tradizionalmente rimessa ad essa. Dal quadro attuale emerge dunque chiara la sfiducia del legislatore nei confronti dell'autonomia collettiva anche in materia disciplinare.

3. Trattamento dei dati sensibili e gestione dei dati: l'intervento del garante per la privacy

La gestione del personale da parte del datore di lavoro comporta il trattamento “*acquisizione, elaborazione, trasmissione*” di dati personali e sensibili del lavoratore. La situazione è molto frequente nei procedimenti disciplinari, sia in fase pre-disciplinare, sia nel corso dell'istruttoria, oltre che nella successiva fase contenziosa e nella susseguente pubblicazione di provvedimenti sanzionatori o di sentenze. La materia è regolata dal d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, che va ad intersecarsi con le norme dello statuto dei lavoratori e, in particolare, con gli art. 4 ed 8. Diversi sono stati i pronunciamenti del Garante della privacy, sia per l'impiego pubblico che per quello privato. Da segnalare che dopo il d.lgs. n. 33 del 2013 sulla trasparenza della P.A., il Garante della privacy ha adottato le linee guida del 15 maggio 2014, seguite dal parere del 3 marzo 2016, per assicurare l'osservanza della disciplina in materia di protezione dei dati personali nell'ambito di applicazione sul web di atti e documenti. Le linee guida hanno lo scopo di individuare le cautele che i soggetti pubblici sono tenuti ad applicare nei casi in cui effettuano attività di diffusione di dati personali sui propri siti web istituzionali per finalità di trasparenza o per altre finalità di pubblicità dell'azione amministrativa. Il garante ha chiarito che dopo aver verificato la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione dell'atto o del

documento nel proprio sito web istituzionale, il soggetto pubblico deve limitarsi a includere negli atti da pubblicare solo quei dati personali realmente necessari e proporzionali alla finalità di trasparenza perseguita nel caso concreto.

Prima di procedere alla pubblicazione sul proprio sito web la P.A. deve:

- a) Individuare se esiste un presupposto di legge o di regolamento che legittima la diffusione del documento o del dato personale;
- b) Verificare, caso per caso, se ricorrono i presupposti per l'oscuramento di determinate informazioni.
- c) È vietato diffondere dati personali idonei a rilevare lo stato di salute o informazione da cui si possa desumere, anche indirettamente, lo stato di malattia o l'esistenza di patologie dei soggetti interessati.

Giova premettere che la normativa sulla privacy “*d.lgs. 30 giugno 2003 n.196*” individua, all’art. 4 comma1 lett. d ed e, accanto ai dati personali, una base nell’ambito dei dati personali costituito dai dati sensibili e giudiziari la cui gestione è consentita solo con il consenso dell’interessato e l’autorizzazione del Garante e purché vi sia una legge che individui i dati da trattare. Il d.lgs. n. 196/2003 consente al datore di lavoro pubblico un privilegio, ovvero di trattare legittimamente detti dati, di evidente e rilevante interesse pubblico, anche senza il consenso dell’interessato e autorizzazione del Garante “*come avviene di regola affinché vengano rispettati i presupposti di legge*” art.18 del d.lgs. n. 196/2003, in primis la redazione del regolamento sul trattamento dei dati sensibili da parte di ciascuna amministrazione in attuazione dell’art.20 del d.lgs. n.196/2003, come rimarcato dalla Cassazione²³.

²³ Cass., sez. I, 7 ottobre 2014 n. 21107, in www.lexitalia.it, f. 10, 2014, secondo cui il trattamento dei dati sensibili, la cui legittimità è ancorata in linee generali alla contestuale presenza del consenso

Pertanto, il trattamento “*acquisizione, elaborazione, trasmissione*” di dati sensibili in tutte le materie gestionali del personale di rilevante interesse pubblico è da ritenere legittimo solo se un apposito regolamento presso la singola amministrazione indichi i tipi di dati e di operazioni, i soggetti che ne effettuano il trattamento e le specifiche finalità perseguite, nel rispetto dei principi di indispensabilità, pertinenza e non eccedenza di cui all’art.22. In conclusione, di questa breve analisi sul rispetto della normativa privacy, bisogna precisare che sul piano dei rapporti tra capo-struttura e U.P.D., va detto che per motivi di opportunità e tutela della privacy si impone al capo struttura di inoltrare all’U.P.D. le segnalazioni disciplinari attraverso il protocollo riservato e non tramite protocollo ordinario, come confermato anche dal provvedimento n. 474 del 23 ottobre 2014 del Garante della privacy.

4. Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale

Con l’Art. 55. Ter, del D.lgs. n. 165 del 2001, il legislatore ha introdotto importanti novità in tema di rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare in particolare in merito agli effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti pubblici. A differenza del precedente regime, incentrato sulla pregiudizialità penale e sulla necessaria sospensione del procedimento disciplinare, l’attuale

scritto dell’interessato e l’autorizzazione del Garante per la protezione dei dati personali, è consentito, da parte dei soggetti pubblici, anche in difetto del predetto consenso e della predetta autorizzazione, a condizione che sussistano : a) una rilevante finalità d’interesse pubblico, b) un’espressa disposizione di legge autorizzatoria e c) una specificazione legislativa dei tipi di dati trattabili e delle operazioni eseguibili. Si è infatti osservato che la particolare natura dei dati sensibili, e segnatamente di quelli riguardanti la salute e la vita sessuale delle persone che appartengono alla categoria dei dati super sensibili, esige, in ragione dei valori costituzionali posti a loro presidio art. 2 e 3 Cost, una protezione rafforzata, che può quindi aver luogo soltanto nel rispetto del modulo procedimentale previsto dalla legge. In precedenza, già id., sez. I, 8 luglio 2005 n. 14390, in Ced Cassazione.t

disciplina sancisce il principio di separazione e reciproca autonomia dei due procedimenti. Quest'ultimo principio afferma che il procedimento disciplinare, anche se ha ad oggetto fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. In base all'attuale riformulazione dell'Art 55 *ter*. Come da ultimo modificato a seguito della riforma Madia, la sospensione del procedimento disciplinare è conseguita quando all'infrazione contestata è applicabile una sanzione superiore alla sospensione se quest'ultima risulta superiore ai dieci giorni e in costanza di un fatto contestato al dipendente che dall'accertamento risulta di particolare complessità. In questa circostanza all'esito dell'istruttoria, l'upd potrebbe non disporre di elementi sufficienti a motivare la sanzione. Le differenze rispetto all'impiego privato sono evidenti in quanto, nell'impiego pubblico la sentenza fa stato nel procedimento disciplinare, con un radicale dimensionamento dell'autonomia discrezionale della pubblica amministrazione.

Ripercorrendo le tappe che hanno portato a questo risultato bisogna precisare che in passato, nel nostro ordinamento la condotta illecita tenuta da un lavoratore, dipendente o libero professionista, poteva assumere una «*plurima valenza patologica*». In particolare, poteva costituire reato quel particolare fatto censurabile che formava oggetto dell'azione penale da parte del pubblico ministero, e al contempo illecito disciplinare formando oggetto dell'azione disciplinare del datore di lavoro o dell'organo competente dei diversi Ordini professionali. La duplice natura dell'illecito dovrebbe determinare la celebrazione di due distinti procedimenti, uno penale, diretto all'accertamento del reato, e un altro disciplinare, diretto

all'accertamento dell'illecito disciplinare, secondo le regole proprie dei due differenti sistemi. In tutti i casi in cui vi sia identità tra i fatti oggetto del processo penale e quelli di un altro procedimento – di natura disciplinare, ma anche civile o amministrativa – si è storicamente riproposto il problema della possibile divergenza tra gli epiloghi decisori. Si tratta di stabilire se l'ordinamento possa tollerare che lo stesso fatto venga ricostruito in maniera difforme oppure se la “verità”, accertata in sede penale, debba prevalere in qualsiasi altro procedimento dove assumano rilievo i medesimi fatti. Se si accoglie la tesi secondo cui ciascuna azione – penale, civile, disciplinare, amministrativa – è diretta a perseguire distinti fini all'interno di ciascun settore, i diversi procedimenti dovranno essere considerati tra loro autonomi e indipendenti, perché “*sebbene abbiano in comune la causa occasionale, cioè il fatto di reato, hanno però distinta la causa giuridica, perché nascono dalla lesione*”. Viceversa, la responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato è ispirato al “*favor separationis*” fra le diverse giurisdizioni, in ragione delle peculiarità di ciascun settore dell'ordinamento, consegue la «reciproca irrilevanza» degli epiloghi dei diversi giudizi. Se, invece, si ritiene, nella prospettiva di unitarietà della giurisdizione, che l'accertamento contenuto nella sentenza penale non possa essere contraddetto in nessuna altra sede giurisdizionale, è necessario predisporre dei meccanismi di coordinamento tra i diversi procedimenti. È possibile evitare *ab origine* l'insorgenza di giudizi contrastanti, imponendo la sospensione del procedimento extra penale per pregiudizialità penale, ogni qualvolta vi sia un rapporto di identità tra i fatti oggetto delle diverse azioni. Solo dopo la conclusione del processo penale può essere riattivato il procedimento extra penale, nel

quale il giudicato penale esplica effetti. Diversamente, i procedimenti potrebbero essere instaurati e conclusi indipendentemente gli uni dagli altri, salvo prevedere dei meccanismi di adeguamento della pronuncia extra penale, qualora si ponesse in contraddizione con l'esito definitivo del processo penale, mediante istituti di carattere revocatorio. Le diverse tesi sull'unitarietà e la separazione delle giurisdizioni si sono espresse, a partire dal XIX secolo, interessando in particolare i rapporti tra processo penale e processo civile di danno. Con riferimento agli effetti del giudicato penale nel processo civile, il dibattito dottrinale nell'800 è stato condizionato dalla disputa tra Merlin de Douai e la tesi di Merlin che poggiava su due pilastri fondanti: l'identità del fatto, che rileva sul piano penale e civile, conduce ad un'inevitabile pregiudizialità dell'azione penale sulle azioni civili derivanti da reato²⁴; il pubblico ministero, nell'esercizio dell'azione penale, esprime l'intera cittadinanza, così che egli «*abbia nel giudizio penale rappresentato insieme con tutti i cittadini anche il lesa stesso*»²⁵. Tali premesse²⁶, conducevano inevitabilmente all'affermazione dell'efficacia erga omnes del giudicato penale, principio accolto in Francia a partire dalla sentenza della Cour de cassation del 7 marzo 1855²⁷: si tratta di un'efficacia di carattere generale, tuttavia, su cui lo stesso Merlin sembrò dubitare nel prosieguo della sua produzione scientifica, osservando come la pubblica accusa non poteva dirsi rappresentante quantomeno dei cittadini che «*traevano interesse dalla negazione del reato*»²⁸. Al riguardo si esprimeva in senso critico Toullier, secondo il

²⁴ MERLIN, Dizionario universale ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto, Vol. V, Venezia, 1836, p. 859 ss.

²⁵ CARRARA, Programma del corso, cit., p. 437

²⁶ in merito v. CENERINI, Introduzione storica allo studio dell'autorità del giudicato penale nel giudizio civile, in Riv. dir. proc., 1989, p. 783

²⁷ v. ZUMPANO, Rapporti tra processo civile e processo penale, Torino, 2000, p. 226

²⁸ CENERINI, Introduzione storica, cit., p. 783

quale «non perché queste azioni [criminali] sono pregiudiziali, se ne può concludere che il loro giudicato abbia un'applicazione forzata all'azione civile»²⁹; la regola del ne bis in idem, «sì giusta e sì ragionevole» nell'ambito criminale, diviene «vera eresia in giurisprudenza» se principio esteso ai rapporti tra le azioni civili e penali³⁰. Non può, infatti, considerarsi uniforme l'oggetto delle stesse, tenuto presente che nel giudizio criminale «la cosa demandata è la vendetta pubblica», mentre nel civile «è una somma di denaro, un interesse privato»³¹. Non è dunque possibile procedere per regole generali, quali «il criminale trae seco il civile»³², ma è necessario, una volta stabilita la pregiudizialità penale, distinguere gli effetti extra-penali della sentenza criminale in ragione del suo contenuto: «giudicare che non consta un delitto non è giudicare che esso non esiste» bensì che «si è dovuto per forza assolvere il prevenuto in virtù della massima *actore non probante reus absolvi debet*», il che non è affatto pregiudizievole all'azione civile³³; diversamente è da dirsi laddove «viene giudicato formalmente che il delitto non esiste»³⁴. Il diritto

²⁹ TOULLIER, Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice, Vol. IV, Palermo, 1854, p. 302

³⁰ TOULLIER, Il diritto civile, cit., p. 295

³¹ TOULLIER, Il diritto civile, cit., p. 297

³² CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 245. 6 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.782. 7 MORTARA, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, Vol. I, Milano, 1899, p. 589 ss. 8 MORTARA, Commentario del codice, cit., p. 792. 9 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.787. 10 CONSOLO, Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà, in Riv. dir. civ., 1996, p. 245. CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 242. 11 CIVININI, Sospensione del processo civile per c.d. "pregiudizialità" penale: questioni teoriche e riflessi pratici, in Foro it., V, 1991, c. 363. 12 CORDERO, Criminalia: nascita dei sistemi penali, Bari, 1985, p. 13. 13 CORDERO, Criminalia, cit., p. 91 14 FINOCCHIARO, Codice di procedura penale preceduto dalla relazione a Sua Maestà il Re, Torino, 1914, p. XIX s. 15 PISANELLI-SCIALOJA-MANCINI, Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi, Vol. I, Torino, 1855, p. 35. 4 Già nel codice del 1865¹⁶ e successivamente in quello del 1913 pg 717

³³ TOULLIER, Il diritto civile, cit., p. 299

³⁴ Cfr. art. 6 c.p.p. 1865, in I Codici del Regno d'Italia: aggiuntevi in supplemento tutte le leggi riguardanti l'ordinamento giudiziario e le funzioni della giustizia civile e penale, Napoli, 1866, nella versione digitalizzata a cura della Biblioteca centrale giuridica del Ministero della giustizia, in www.giustizia.it.

italiano rilevano le teorie del Mortara, al quale si deve quella che è stata definita la versione “*semplificata*” o “*grezza*” del principio dell’unità della funzione giurisdizionale. Egli sostenne che la legge non potesse «*permettere che la sovranità dello Stato svolgesse una funzione, dentro certi limiti identica, con duplicazione di attività forse inutile, forse anche dannosa, per mezzo di due organi diversi*»³⁵, in quanto, una volta affermata la verità dei fatti, la stessa non dovrebbe essere messa nuovamente in dubbio da altro organo giurisdizionale. Accogliendo la tesi sull’efficacia erga omnes del giudicato, viene a profilarsi una sorta di “*consorzio necessario*” fra lo Stato tutti i privati, suscettibili di venir incisi da quegli accertamenti. Si faceva, inoltre, sempre più strada fra gli studiosi l’opinione secondo la quale esistesse un «*primato del processo penale – e del giudicato penale – in dipendenza delle tecniche inquisitorie attuate per la ricerca della verità; primato giustificato da antiche concezioni dell’«*ordigno penalistico pubblico*»³⁶ nato dalla necessità di «*catarsi collettive*», soddisfazione del «*potere e dovere di**

³⁵ CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 245. 6 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.782. 7 MORTARA, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, Vol. I, Milano, 1899, p. 589 ss. 8 MORTARA, Commentario del codice, cit., p. 792. 9 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.787. 10 CONSOLO, Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà, in Riv. dir. civ., 1996, p. 245. CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 242. 11 CIVININI, Sospensione del processo civile per c.d. “pregiudizialità” penale: questioni teoriche e riflessi pratici, in Foro it., V, 1991, c. 363. 12 CORDERO, Criminalia: nascita dei sistemi penali, Bari, 1985, p. 13. 13 CORDERO, Criminalia, cit., p. 91 14 FINOCCHIARO, Codice di procedura penale preceduto dalla relazione a Sua Maestà il Re, Torino, 1914, p. XIX s. 15 PISANELLI-SCIALOJA-MANCINI, Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi, Vol. I, Torino, 1855, p. 35. 4 Già nel codice del 186516 e successivamente in quello del 1913 pg 717

³⁶ CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 245. 6 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.782. 7 MORTARA, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, Vol. I, Milano, 1899, p. 589 ss. 8 MORTARA, Commentario del codice, cit., p. 792. 9 CENERINI, Introduzione storica, cit., p.787. 10 CONSOLO, Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà, in Riv. dir. civ., 1996, p. 245. CONSOLO, Del coordinamento, cit., p. 242. 11 CIVININI, Sospensione del processo civile per c.d. “pregiudizialità” penale: questioni teoriche e riflessi pratici, in Foro it., V, 1991, c. 363. 12 CORDERO, Criminalia: nascita dei sistemi penali, Bari, 1985, p. 13. 13 CORDERO, Criminalia, cit., p. 91 14 FINOCCHIARO, Codice di procedura penale preceduto dalla relazione a Sua Maestà il Re, Torino, 1914, p. XIX s. 15 PISANELLI-SCIALOJA-MANCINI, Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi, Vol. I, Torino, 1855, p. 35. 4 Già nel codice del 186516 e successivamente in quello del 1913 pg 717

punire». Ecco dunque che *«a stretto rigore di logica, o non deve esistere autorità di giudicato o, dichiarata la volontà della legge, intervenuto il giudizio logico del magistrato in qualunque sede giurisdizionale, a qualunque fine, quella dichiarazione e questo giudizio non si deve ripetere né nella stessa sede né in altra, né per lo stesso fine né per altro»*. Non mancarono ulteriori argomenti: l'avversione alla duplicazione di attività giurisdizionale si giustificava anche *«pel nocumento che arrecherebbe all'accusato, costretto a difendersi presso due giudici diversi, per le maggiori spese che causerebbe ai litiganti, per le più gravi molestie che sopporterebbe ai testimoni, infine per la confusione e per le perplessità che potrebbero essere indotte nelle prove dal vario tenore di due distinti giudizi»*. prevenuto non n'è l'autore», giacché in questa ipotesi *«niun delitto, niuna azione civile a causa del delitto»*³⁷; il considerare, infine, il terzo modo di giudicare, ossia per la colpevolezza dell'imputato, impeditivo alla difesa di questo nel processo civile intentato dalla parte lesa, appare *«contrario alla ragione, non meno che ai principi di diritto ed ai sentimenti dell'umanità»*³⁸, le teorie che riconoscevano una posizione privilegiata al giudizio penale si tradussero in regole processuali sui rapporti tra il processo penale e i giudizi di danno³⁹, che prevedevano, da un lato, la sospensione del giudizio risarcitorio e, da un altro lato, l'impossibilità di proporre l'azione civile nella sede sua propria qualora il giudice penale avesse escluso la responsabilità dell'imputato. Diversamente, fino al codice di procedura penale del 1930 nessuna norma regola i rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare.

³⁷ TOULLIER, Il diritto civile, cit., p. 300

³⁸ TOULLIER, Il diritto civile, cit., p. 301

³⁹ Cfr. artt. 6, 9, 12 c.p.p. 1913 pubblicato in Gazz. uff. Regno d'Italia, 27 febbraio 1913, n. 48

Solo in alcune leggi dedicate a talune particolari professioni si riscontrano disposizioni circa i rapporti tra i due procedimenti. Così, per esempio, il 22 novembre 1908 veniva approvato il testo unico delle leggi sullo stato degli impiegati civili⁴⁰ (T.U. imp. civ. St.), per i quali l'art. 52 prevedeva l'immediata sospensione obbligatoria del grado e dello stipendio nel caso in cui fosse stato spiccato un mandato di cattura. Nel caso, invece, di emissione di un ordine di comparizione o comunque nel caso di sottoposizione a giudizio per delitto, la sospensione era facoltativa. Tale misura cautelare di diritto del lavoro veniva meno se il procedimento penale si fosse concluso con ordinanza o sentenza definitiva che escludeva o l'esistenza del fatto o la commissione dello stesso da parte dell'imputato. Negli altri casi di assoluzione e di non «*farsi luogo a procedere*», il provvedimento penale non pregiudicava eventuali sanzioni disciplinari. La condanna passata in giudicato a una pena restrittiva poteva, invece, determinare la revocazione, la destituzione, oppure la sospensione dal grado e dallo stipendio fino all'esecuzione della pena. Nessuna particolare disposizione era invece prevista per gli effetti del giudicato pienamente assolutorio sul procedimento disciplinare, ma alcune pronunce del Consiglio di Stato si orientarono – col sostegno della dottrina⁴¹ – nel senso che tali sentenze, oltre a interrompere la sospensione cautelare, precludevano anche l'irrogazione di una sanzione disciplinare per il medesimo comportamento contestato all'impiegato a causa della

⁴⁰ R.d. 22 novembre 1908, n. 693, pubblicato in Gazz. uff. Regno d'Italia, 15 dicembre 1908, p. 7041 ss. e consultabile nella versione digitalizzata a cura di Automazione Gazzetta Ufficiale Storica, Agenzia per l'Italia digitale, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in www.augusto.agid.gov.it.

⁴¹ V. VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, in ORLANDO, Trattato di diritto amministrativo, Vol. III, Milano, 1907, p. 382; VITTA, Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici, Milano, 1913, p. 550; GALIZIA, Rapporti tra i procedimenti penale e disciplinare nei riguardi dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, in Riv. dir. pub., 1929, I, p. 12.

«*assoluta presunzione di verità scaturente dal giudicato*». Inoltre, non era previsto un obbligo di sospensione del procedimento disciplinare per la contemporanea pendenza di quello penale. Tuttavia, alcuni autori ritenevano la sospensione implicitamente conseguente all'obbligo di denuncia di fatti costituenti reato in capo a ogni autorità e ufficiale pubblico ai sensi dell'art. 101 del codice di procedura penale del 1865. Sempre nel 1908 veniva promulgata la legge per le guarentigie e la disciplina della magistratura, dove all'art. 28 veniva espressamente previsto che «*l'azione disciplinare si esercita indipendentemente da ogni azione civile o penale che proceda per il medesimo fatto, anche pendente il procedimento civile o penale e qualunque ne sia il risultato*». Tuttavia, il magistrato contro il quale fosse emesso un mandato di cattura o un ordine di comparizione veniva sospeso di diritto dalle funzioni e dallo stipendio (art. 29 l. 438/1908). Il magistrato, condannato alla reclusione per qualsiasi tempo o alla detenzione per un tempo superiore a sei mesi, subiva la destituzione di diritto, mentre nel caso di una diversa condanna competeva al tribunale disciplinare stabilire quale sanzione irrogare. Nell'ipotesi di assoluzione per insufficienza di indizi o di dichiarazione del non luogo a procedere per remissione di querela o per estinzione dell'azione penale, il procedimento disciplinare doveva comunque essere aperto. L'autonomia del procedimento disciplinare da quello penale venne conservata anche nell'art. 191, R.d. 30 dicembre 1923, n. 2786 (Ordinamento Oviglio). Si tratta di una disciplina di particolare interesse perché, da un lato, dichiara l'indipendenza tra il procedimento disciplinare e il processo penale, ma, da un altro lato, prevede comunque una disciplina degli effetti della sentenza penale, anticipando di un secolo recenti scelte legislative. Di cinque anni successiva a quella

relativa ai magistrati è la l. 16 febbraio 1913, n. 89, sull'ordinamento del notariato e degli archivi notarili. In questa legge non si faceva espressa menzione dei rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare, ma era prevista l'inabilitazione di diritto del notaio a seguito del rilascio a suo carico di un mandato di cattura (art. 139, comma 1 l. 89/1913) ovvero della sua condanna, anche con sentenza non definitiva, per taluni reati e, in ogni caso, a una pena restrittiva della libertà personale (art. 139, commi 2 e 3 l. 89/1913). Dopo l'emanazione del Codice Finocchiaro aprile, intervenne una nuova disciplina per gli impiegati civili dello Stato nella quale si stabilì che *«qualora il fatto addebitato all'impiegato abbia dato luogo a denuncia dell'autorità giudiziaria, il procedimento disciplinare rimane sospeso, fermo l'obbligo dei pubblici uffici di concorrere all'accertamento dei fatti e alla raccolta delle prove»*⁴² art. 71, R.d. 30 dicembre 1923, n. 2960. Diversamente, per il settore del lavoro privato venne fatto per la prima volta riferimento al potere disciplinare del datore di lavoro nella Carta del lavoro dal Gran Consiglio Fascista, promulgata il 21 aprile 1927 dich. XIX, primo comma, senza, tuttavia, prevedere alcunché rispetto ai rapporti tra il processo penale e il procedimento disciplinare. Queste sono le tappe più rappresentative dell'evoluzione normativa e giuridica del rapporto tra due procedimenti che sono nati distinti ma patologicamente connessi e che si sono poi distaccati per il bene

⁴² C. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 1926, n. 730, in Riv. dir. pub., 1927, II, p. 47; C. Stato, Sez. IV, 22 gennaio 1926, n. 51, in Foro amm., 1926, p. 110; C. Stato, Sez. IV, 8 marzo 1929, n. 134, in Foro amm., 1929, p. 192. 21 VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini, cit., p. 382. 22 L. 24 luglio 1908, n. 438, pubblicata in Gazz. uff. Regno d'Italia, 6 agosto 1908, n. 183, p. 4700 ss., nella versione digitalizzata a cura di Automazione Gazzetta Ufficiale Storica, Agenzia per l'Italia digitale, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in www.augusto.agid.gov.it. 23 R.d. 30 dicembre 1923, n. 2786, pubblicato in Gazz. Uff. Regno d'Italia, 31 dicembre 1923, n. 306, p. 298, nella versione digitalizzata a cura di Automazione Gazzetta Ufficiale Storica, Agenzia per l'Italia digitale, Presidenza del Consiglio dei Ministri, in www.augusto.agid.gov.it.

comune nel pieno rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

5. La sospensione obbligatoria e facoltativa: due ipotesi a confronto

Il d.lgs. 165 del 2001, pur regolando il procedimento disciplinare, non ha ricevuto in tale settore sensibili modifiche dopo la riforma Madia. La regolamentazione della sospensione cautelare trova quasi esclusivamente la propria fonte in atti contrattuali e nella sua applicazione da sentenze della Suprema Corte di Cassazione. In merito alla sospensione non era intervenuta neanche la riforma Brunetta e allo stesso modo neanche il cd” decreto antiassenteismo”. In epoche antecedenti essa era contenuta nel d.P.R. n. 3 del 1957, la quale disciplina e oggi riscontrabile nella contrattazione collettiva di comparto. In particolare, quest’ultima nel 2009 ha statuito una possibile durata ultra quinquennale della sospensione cautelare dipendente dal procedimento penale con conseguente revoca e riammissione in servizio del dipendente. Un prolungamento di siffatto termine è stato previsto limitatamente ai soli fatti che possono dar luogo al licenziamento (con o senza preavviso). Sul piano giurisprudenziale, è pacifico che la sospensione cautelare è una sospensione dell’obbligazione lavorativa e non dell’intero rapporto, da ciò ne consegue che essa giuridicamente non rientra nelle sanzioni disciplinari. In particolare, la sospensione avendo autonomi presupposti non è influenzata dalle scelte gestionali in attesa del giudicato penale⁴³.

⁴³ Cassazione, sez. lav, 21 aprile 2009 n. 9458.

Analizzando la sospensione nel particolare, il suo scopo è rinvenibile nell'interesse all'autotutela del datore e della sua organizzazione considerato dalla giurisprudenza preminente rispetto al dipendente⁴⁴. Parlando di sospensione non è possibile non fare un parallelo con quella prevista dall' art 289 c.p.p., rinvenendosi nella sua analisi un diverso e peculiare fondamento correlato all'*intangibilità ed integrità degli accertamenti istruttori*. È pacifico dall'orientamento giurisprudenziale che la sospensione cautelare, rappresenta una determinazione gestionale di natura privatistica che esula dal contraddittorio e dalla comunicazione di avvio del procedimento oltre alla non doverosità della motivazione.

Una volta analizzato lo scopo e la natura della sospensione, adesso bisogna focalizzarsi sulle sue diverse accezioni. Secondo la normativa vigente, con il supporto risolutorio della giurisprudenza, si possono individuare due accezioni della sospensione, una obbligatoria ed una facoltativa. Nell'ambito del *genus* sospensione obbligatoria, vanno ricomprese quattro ipotesi fondamentali previsti dalla CCNL. L'adozione di tale misura, comporta, l'assenza del dipendente dal lavoro. In particolare, si pongono una serie di problemi in merito ad un eventuale inadempimento contrattuale che potrebbe comportare e giustificare il licenziamento. Ai fini di un eventuale licenziamento, occorre verificare:

-L'interesse del datore di lavoro

-La legittimazione del licenziamento

⁴⁴ Cassazione, sez. lav, 30 marzo 1998 n. 3343

provando in giudizio le sue ragioni e i risultati delle sue valutazioni. Esistono quattro diversi tipi di sospensione obbligatoria, inserite nel corso del tempo dai diversi interventi della CCNL:

-Quando il dipendente era colpito dalla misura restrittiva della libertà personale come: arresto; fermo e custodia cautelare

-In caso di esercizio dell'azione penale per gravi reati; condanna definitiva o patteggiamento, condanna confermata in appello; provvedimento antimafia.

-Sospensione disposta dal giudice penale per finalità cautelari o probatorie.

-Condanna per peculato, concussione o corruzione.

Per quanto concerne la sospensione facoltativa, e oggi rinvenibile la disciplina dei contratti collettivi di comparto. Rispetto alla previgente disciplina contenuta nel d.P.R. 3 del 1957 che consentiva la sospensione quando il dipendente era sottoposto a procedimenti penale per un reato particolarmente grave, oggi invece il provvedimento è legittimato solo quando il dipendente sia stato rinviato a giudizio ovvero quando sussistono i presupposti per il licenziamento. Quindi l'attuale disciplina prevede due ipotesi di sospensione facoltativa:

-In costanza di procedimento penale

-In caso di procedimento disciplinare.

Per quanto riguarda il primo si possono isolare due ipotesi, cioè, la prima riguarda il dipendente sottoposto a procedimento penale per fatti attinenti al rapporto di lavoro; la seconda riguarda il dipendente sottoposto a sospensione obbligatoria a seguito di misura restrittiva. Per

quanto riguarda l'adozione di queste sospensioni, vi è il bisogno di accertare tre diverse condizioni:

- Rinvio a giudizio equiparato ad esso la richiesta di patteggiamento
- Fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro
- Correlazione a fatti che comportano l'irrogazione della sanzione disciplinare del licenziamento.

Dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'applicare una lettura estensiva di queste previsioni, consentendo l'applicazione dell'applicazione facoltativa dopo la cessazione della sospensione obbligatoria anche nei confronti del mero indagato. Per quanto riguarda la seconda ipotesi di sospensione facoltativa, la *ratio* della misura e di natura istruttoria e probatoria in quanto persegue la finalità di tutelare lo svolgimento dell'attività dell'amministrazione attraverso l'allontanamento del dipendente pericoloso. La Dottrina ritiene che il procedimento debba aver avuto inizio con la contestazione degli addebiti anche se parte della Dottrina minoritaria ritiene che la normativa non precluda una sospensione anche antecedente ad essa⁴⁵. Apparendo particolarmente chiara la disciplina in tale ipotesi, bisogna precisare, infine, che la sospensione cautelare non incide sull'anzianità di servizio.

6. Gli effetti e gli aspetti della nuova riforma: l'intervento della giurisprudenza

Alla luce della nuova riforma Madia come modificata dal Governo a febbraio 2017, si è risolto il problema dei cosiddetti termini ordinatori

⁴⁵ Di Paola, il potere disciplinare, MILANO, 2005.

o perentori, che riguardavano il procedimento disciplinare soprattutto nel lavoro pubblico, in quanto in quello privato si rivenivano termini procedurali a fronte dei principi di tempestività e immediatezza da valutare in concreto. Trattandosi di una tematica centrale, dove l'inosservanza degli stessi è oggetto di un diffuso contenzioso, qualificando infatti come perentorio un termine che dal suo mancato rispetto avrà effetti invalidanti sulla comminata sanzione e precluderà la riadozione della stessa all'esito dell'annullamento statuito dal giudice del lavoro, va premesso che in base all'art.152 c.p.c., i termini nel nostro ordinamento sono di regola ordinatori, tranne quelli espressamente qualificati come perentori. La tematica, dopo la privatizzazione, ha originato vari contrasti tra giudici, opportunamente abrogati dal d.lgs. n. 150 del 2009, che sostenevano la tesi sfavorevole dei termini perentori. La dottrina e la giurisprudenza di legittimità, sostenitori della natura di regola ordinatori dei termini, tranne per quelli espressamente qualificati come perentori⁴⁶. L'evoluzione normativa, prima contrattuale, poi legislativa, ha inteso perfezionare, sino al recente cambio di direzione fatta dalla riforma Madia del febbraio 2017, la natura perentoria dei termini per evitare lassismi gestionali all'interno della P.A. con qualche attenuazione nel recente d.lgs. n. 116 del 2016 sui "*furbetti del cartellino*", dove si rinvencono termini ordinatori, ma con una perentorietà differita. La natura perentoria dei termini è stata confermata dall'art. 55-bis comma 2 e 4. D.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. n.150 del 2009 che nel, lasciare ferma la previgente disciplina contrattuale per le infrazioni punite con il rimprovero verbale, nello stabilire nuovi termini per i procedimenti disciplinari a seconda del

⁴⁶ Tesi da ultimo ribadita dalla Cass., lav., 19 settembre 2016 n. 18315.

rispettivo titolare dell'azione *“capo-struttura o U.P.D”* ha ribadito che *“la violazione del termine stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dell'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa”*⁴⁷.

La recente bozza di modifica al d.lgs. n. 165/2001 approvata dal governo a febbraio 2017 in attuazione della legge Madia. n.124 del 2015, sembra ravvivare il dibattito, aprendo spazi ordinatori dei termini procedurali. Difatti, all'art. 55-bis comma 9-ter, si legge, nella attuale bozza, che *“La violazione dei termini, non determina la decadenza dell'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, siano comunque compatibili con il principio di tempestività”*. Dunque, i termini sono, da intendere come ordinatori pur dovendo rispettare il principio alla difesa e il principio di tempestività. I restanti termini delle fasi procedurali dell'iter punitivo, hanno natura ordinatoria o dilatoria a garanzia del diritto di difesa, come da ultimo indicato all'art. 55-bis comma 2 del d.lgs. 165/2001 e come modificato dalla sopravvenuta riforma Brunetta ad opera del d.lgs. n. 150 del 2009 in attuazione della riforma Madia. Va da ultimo ricordato che lo spirare dei termini perentori per l'inizio e la conclusione del procedimento disciplinare comporta la nullità della sanzione, con conseguente reintegra del lavoratore in applicazione anteriore alla riforma Fornero del 2012, ed applicabile anche al pubblico impiego

⁴⁷ Si rammenta che tali termini, in base all'art.55.bis, co.5, d.lgs. n. 165 non possono essere integrati o modificati da CCNL: *“E' esclusa l'applicazione di termini diversi o ulteriori quelli stabiliti nel presente articolo”*. Tuttavia, il recente decreto Renzi n. 116 del 2016, ha previsto, seppur con fonte primaria, termini diversi per alcune fattispecie delittuose *“false timbrature”*.

secondo la prevalente giurisprudenza. La complessa e tortuosa vicenda dei termini procedurali dell'iter punitivo interno ha avuto un ulteriore sviluppo nel 2017. Il Governo, in attuazione della legge delega Madia n. 124 del 2015, nonostante l'intervento della consulta con la sentenza n. 251 del 2016, ha presentato una bozza di modifiche al vigente regime del procedimento disciplinare. L'art 55-bis comma 4 della bozza di modifiche al d.lgs. n.165/2001 approvata dal Governo a febbraio 2017, in attuazione della legge Madia n. 124 del 2015, intende modificare i termini procedurali, fissando in:

- a) 10 giorni per il capo-struttura per segnalare i fatti illeciti all'U.P.D.;
- b) 30 giorni per detto ufficio, decorrenti dalla conoscenza piena, per contestare gli addebiti “dando 20 giorni di preavviso per l'audizione”
- c) 90 giorni dalla contestazione per chiudere il procedimento.

Il testo lascia fermo il regime accelerato per i furbetti del cartellino e viene esteso a tutti i casi in cui le condotte punibili con il licenziamento sono accertate in flagranza. Nulla dice sui termini relativi ai procedimenti di competenza del capo-struttura *“ridimensionato in quanto solo abilitato al suo richiamo verbale”*, la cui tempistica è demandata alla contrattazione collettiva art 55-bis comma 1 bozza Madia di febbraio 2017. In particolare, la legge delega Madia del 7 agosto 2015 n. 124 *“deleghe al Governo in materie di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, in quanto non genniflessa dalla sentenza del 25 novembre 2016 n. 251 della Corte costituzionale, ha genericamente previsto novità in materia disciplinare all'art.17 comma 1, lett. S disciplinando *“l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di*

conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare". Questo complesso sistema normativo, visto da diversi punti di vista, ha ricevuto diversi stravolgimenti in tutte le sue parti, sia da parte della giurisprudenza sia da parte del legislatore che nell'intento nobile di adeguare e uniformare la regolamentazione ha finito per depauperarla e a tratti complicarla. Il termine, come la sospensione, meriterebbero un intervento più lampante e immediato del legislatore in quanto aspetti fondamentali di un procedimento che garantisce il rispetto dei dettami dell'art.97 Cost.

Osservazioni conclusive

Con l'emanazione della Riforma Madia, si è innovato il procedimento disciplinare nella pubblica amministrazione coinvolgendo anche aspetti riguardanti ambiti a se connessi. In particolare, l'art 17 della medesima riforma contiene un'ampia delega per il riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, coinvolgendo numerosi istituti che attengono non solo alla gestione del rapporto ma anche alla cd micro-organizzazione degli uffici. Sono state introdotte nuove norme in materia di responsabilità dei pubblici dipendenti, finalizzate ad accelerare e rendendo più concreti e certi i tempi di espletamento e di conclusione nell'esercizio dell'azione disciplinare.

In particolare, vengono modificate forme e termini del procedimento, con l'intento di renderlo più celere e semplificato. Ma non solo! In merito alla competenza che in precedenza era suddivisa in modo scarsamente funzionale, a seconda della gravità della sanzione tenendo conto i rapporti tra responsabile della struttura e ufficio per i procedimenti disciplinari, adesso torna ad essere assegnata a quest'ultimo. Secondo il mio parere queste modifiche oltre ad essere essenziali, perché hanno suddiviso i compiti assegnandoli ad un apposito organo, hanno garantito anche un giusto procedimento ripristinando i valori e i principi della Costituzione. I principi di imparzialità e buon andamento insiti nell'art. 97 Cost. impongono un simile procedimento per perseguire le condotte che contravvengono a questi valori. Secondo il mio punto di vista la riorganizzazione degli organi del procedimento rispondono alle esigenze imposte dall'art. 28 Cost.

Questo percorso di riforma non è stato privo di ostacoli, infatti, la Corte Costituzionale, con la sentenza 25 novembre 2016, n. 251 ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge nella parte in cui ha previsto,

l'emanazione di cinque decreti attuativi in materia di dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, società partecipate, dirigenza pubblica e servizi pubblici, solo l'acquisizione del suo parere e non l'intesa con le regioni. Secondo la Corte, in tali materie il contenuto coinvolge sia competenze statali, sia competenze regionali, le quali si pongono tra loro in un rapporto di concorrenza, senza prevalere le une sulle altre, rivelandosi inscindibili e strutturalmente connesse. Ne consegue che solo l'intesa in sede di Conferenza stato-Regioni, contraddistinta da trattative, permette un reale coinvolgimento dell'autonomia regionale e soddisfa il principio di leale collaborazione. Quest'ultimo principio impone, quindi, che lo stato non si limiti all'acquisizione di un mero parere in sede di Conferenza unificata, bensì, si spinga oltre, con l'obbligo di indire la conferenza stato-regione. Questo principio nonostante trovi fondamento nella sentenza della Consulta n°303/2003 vincola in modo irreversibile le parti nel pieno rispetto dell'art. 117 Cost.

Tornando alla Riforma essa risponde a 3 particolari problemi ai quali le precedenti riforme non hanno dato risposta. Il primo deriva dall'ormai secolare problema dell'efficienza amministrativa che è stato risolto attraverso l'organo di controllo e vigilanza dell'operato degli organici. Il secondo problema era l'assenteismo che con un intervento diverso ma convergente si interseca con il procedimento disciplinare. Il terzo era quello di risolvere il contenzioso a carico dei tribunali dovuto da un procedimento pesante e lento, ormai divenuto un ricordo con la nuova riforma.

In conclusione, dopo un'attenta analisi, si può affermare che la nuova riforma ha segnato una svolta epocale in quanto ha saputo dare il giusto peso particolari problemi attraverso uno snellimento ma anche un potenziamento del procedimento disciplinare. Ancora ci sarebbe da fare per migliorare e

conformare il settore pubblico a quello privato, ma ci vorrà tempo e buona volontà nell'individuare e reprimere cattive abitudini del pubblico, sempre nel rispetto dei principi costituzionali ed Europei.

BIBLIOGRAFIA

Riferimenti Bibliografici:

1. Luisa Galantino, Massimo Lanotte, *Diritto del Lavoro pubblico*, G. Giappichelli editore, 2017;
2. V. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè Ediotre, 2017
3. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002
4. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*
5. ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*
6. . F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*
7. MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009
8. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009
9. MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1661;
10. D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn.* 52
11. BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*
12. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 400; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*
13. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III
14. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*
15. SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. "legge Brunetta" sul pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III

- 16.ROMEI, Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, in AA. VV., Studi in onore di Tiziano Treu
- 17.PAPALEONI, Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore, Jovene, 1996, pag. 159 e segg.; MAINARDI, Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico
- 18.NOVIELLO, TENORE, La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato, Giuffrè, 2002
- 19.MATTAROLO, Il potere disciplinare
- 20.FERRANTE, Fondamento e natura del potere disciplinare, in MAINARDI (a cura di), Il potere disciplinare del datore di lavoro
- 21.LAZZARI, Il codice disciplinare, in MAINARDI (a cura di), Il potere disciplinare del datore di lavoro
- 22.SORDI, Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale, in Lav. Pubbl. Amm., 2001, n. 2
- 23.LEVI, Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni
- 24.APICELLA, voce Lavoro nelle pubbliche amministrazioni
- 25.ZAPPIA, La responsabilità disciplinare, in GAROFOLI, LIBERATI (a cura di), La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti, t. II, Giuffrè, 2005
26. F. CARINCI, Commentario diretto, I, Giuffrè, 1996;
27. VIOLA, Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato, in Riv. Giur. Lav., 1996, n. 3-4
- 28.ZOLI, Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 1993, n. 3-4
- 29.ALESSI, Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato, in Riv. Giur. Lav., 1994, n. 4
- 30.LEVI, Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in PERONE, SASSANI (a cura di), Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Il decreto legislativo n. 80 del 1998, Cedam, 1999

- 31.; NOVIELLO, TENORE, La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato
- 32.MASSI, Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell'amministrazione, in Dir. Prat. Lav., 2009, n. 48, Supplemento
- 33.BORGOGELLI, La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico
- 34.CARUSO, La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo
- 35.Boscati, responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale e: alla ricerca della fattispecie. In lav. nella p.a., 2014
- 36.MERLIN, Dizionario universale ossia repertorio ragionato di giurisprudenza e questioni di diritto, Vol. V, Venezia, 1836
- 37.CARRARA, Programma del corso
- 38.CENERINI, Introduzione storica allo studio dell'autorità del giudicato penale nel giudizio civile, in Riv. dir. proc., 1989
- 39.ZUMPANO, Rapporti tra processo civile e processo penale, Torino, 2000
- 40.CENERINI, Introduzione storica
- 41.TOULLIER, Il diritto civile francese secondo l'ordine del codice, Vol. IV, Palermo, 1854
- 42.TOULLIER, Il diritto civile
- 43.V. VACCHELLI, La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa, in ORLANDO, Trattato di diritto amministrativo, Vol. III, Milano, 1907

Riferimenti Normativi:

1. D.lgs. 3 febbraio 1993 n°29
2. Leggi Delega n° 59 del 1997
3. D.lgs. 31 marzo 1998 n°80
4. d.lgs. n. 165 del 2001
5. legge 15 luglio 2002 n° 145
6. D.L 115 del 2005 convertito con la legge 168 del 2005
7. d.lgs. n. 150 del 2009
8. Legge n. 300 del 1970

9. d.Lgs 116 del 2016
10. legge 92 del 2012
11. circolare 23/12/2010 n. 14/2010
12. d.P.R. 16 aprile 2013 n. 62
13. D.Lgs. 196/2003
14. Garante della Privacy, linee guida del 15 maggio 2014,
15. Garante della Privacy, parere del 3 marzo 2016
16. Legge n° 124 del 7 agosto 2015

Riferimenti Giurisprudenziali:

1. Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza del 9 giugno 2016 n. 11868
2. Corte di Cassazione, sez. lav., 22 agosto 2016 n. 17245
3. Cass., lav., 19 settembre 2016 n. 18315
4. Cass., sez. lav., 27 febbraio 2015 n. 3984
5. Cass., sez. I, 7 ottobre 2014 n. 21107, in www.lexitalia.it, f. 10, 2014
6. Cass., sez. un. N.8830 del 2011
7. Cass., sez. un. n.12457 del 2011
8. Cass., sez. lav., 11 marzo 2010 n. 5864
9. Cassazione sez. lav., 21 giugno 2007 n. 14487
10. Cassazione sez. lav., 5 ottobre 2006 n. 21412:
11. Cass., sez. lav., 10 agosto 2006 n. 18150, in *Ced Cassazione*;
12. Trib. Milano, 3 febbraio 2000, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, I
13. Cass., sez. un., 18 maggio 1994 n., in *Foro it.*, 1994