

Azienditalia

IL PERSONALE

Mensile di gestione e amministrazione del personale degli enti locali

ENTI LOCALI

www.edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale

12
2017

**I procedimenti disciplinari
dopo il D.Lgs. n. 75/2017**

**Inclusione degli incentivi per funzioni
tecniche nel tetto del salario accessorio**

**Capacità assunzionale degli Enti locali: i
vincoli per i comuni sopra ai mille abitanti**

**Obbligo di rilevazione della presenza
in servizio per gli avvocati pubblici**

**Le assunzioni di personale con qualifica
dirigenziale negli Enti locali**

ANNO XIV - DICEMBRE 2017 N. 12 - DIREZIONE E REDAZIONE VIA DEI MISSAGLIA 97 EDIFICIO B3 20142 MILANO



Wolters Kluwer

LEGGI D'ITALIA
IPSOA

*Se posso personalizzarla
in base alle mie aree
d'interesse,*

è La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è pensata per te,
richiedi subito una prova!

lamiabiblioteca.com



 Wolters Kluwer



In primo piano

Dipendenti pubblici	I procedimenti disciplinari dopo il D.Lgs. n. 75/2017 di Sylvia Kranz	613
Contratti pubblici	Incentivi per funzioni tecniche e fondi per il salario accessorio: un difficile equilibrio di Alberto Di Bella	620
Capacità assunzionale degli Enti comunali sopra i mille abitanti	Il concetto di capacità assunzionale e le percentuali del c.d. turn over di Laura De Rentiis	627
Dirigenza	Le assunzioni di personale con qualifica dirigenziale negli Enti locali: tra limiti e divieti di Antonio Purcaro	633
Avvocati pubblici	Obbligo di rilevazione della presenza in servizio per gli avvocati pubblici di Ulderico Izzo	638

Documenti

Giurisprudenza		643
Assegnazione temporanea in presenza di figli fino a tre anni di età - Principi di applicabilità dell'art 42-bis del D.Lgs. n. 151/2001 <i>TAR Toscana, Sentenza 24 ottobre 2017, n. 1279</i>		643
Omessa comunicazione ai dipendenti di una formazione per qualificazione professionale - Giurisdizione del giudice ordinario <i>Cassazione Civile, SS.UU., Ordinanza 20 ottobre 2017, n. 24879</i>		645
Incompatibilità incarichi in violazione dell'art. 53, D.Lgs. n. 165/2001 - Assenza di responsabilità amministrativa in caso di mancata percezione di compenso <i>Corte dei conti, Sez. Giurisdiz. Emilia Romagna, Sentenza 20 ottobre 2017, n. 206</i>		646
Recupero somme non dovute al dipendente pubblico - Potere-dovere del recupero e danno erariale in caso di mancata ripetizione <i>Consiglio di Stato, Sez. IV, Sentenza 20 ottobre 2017, n. 4851</i>		648
Mansioni superiori - Inderogabilità al divieto dell'art. 52, D.Lgs. n. 165/2001 anche in sede di conciliazione <i>Cassazione Civile, Sez. Lavoro, Sentenza 13 ottobre 2017, n. 24216</i>		650
Selezione per incarichi a contratto ex art. 110 TUEL - Giurisdizione del giudice ordinario <i>Consiglio di Stato, Sez. V, Sentenza 10 ottobre 2017, n. 4684</i>		652
Rapporto di lavoro part-time - Permessi ex legge n. 104/1992 <i>Cassazione Civile, Sez. Lavoro, Sentenza 29 settembre 2017, n. 22925</i>		654

Indici

Cronologico e analitico	658
-------------------------	------------

Azienditalia IL PERSONALE

Mensile di gestione e amministrazione
del personale degli enti locali

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Via dei Missaglia, 97
Edificio B3 - 20142 Milano

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

COORDINATORE SCIENTIFICO

Stefania Tagliabue

COMITATO TECNICO

Paolo Belli, Tiziano Grandelli, Natalia Mancini, Silvano Marchegiani, Sylvia Kranz, Mirco Zamberlan

REDAZIONE

Antonella Baroli (antonella.baroli@wolterskluwer.com)
Roberto Morettini (roberto.morettini@wolterskluwer.com)

REALIZZAZIONE GRAFICA

Ipsos - Gruppo Wolters Kluwer

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

PUBBLICITÀ:



Wolters Kluwer

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Via dei Missaglia, 97
Edificio B3 - 20142 Milano

Per informazioni in merito
a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o
telefonare a:

IPSOA Redazione AZIENDITALIA

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.020 - telefax (02) 82476.054
e-mail redazione.azienditalia.ilpersonale-it
@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri
arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare
a:

IPSOA Servizio Clienti

Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999
e-mail servizio.clienti.ipsoa@wolterskluwer.com

L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche
responsabilità per eventuali errori o inesattezze

Autorizzazione Tribunale di Milano n. 783
del 23 dicembre 2003

Iscrizione al ROC n. 1702 del 4 settembre 2001
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n.
3353 vol. 34 foglio 417 in data 31 luglio 1991

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti, in modalità digitale, hanno durata
12 mesi con formula rolling dalla data di sottoscrizione
e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da
comunicarsi entro 90 gg. prima della data di scadenza
a mezzo raccomandata A.R.
da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano.
Servizio Clienti: tel. 02.824761 -
Indirizzo internet: www.servizioclienti.wki.it
e-mail: servizioclienti.ipsoa@wolterskluwer.com

ITALIA/ESTERO

Abbonamento digitale 12 mesi (comprensivo della
Rivista Azienditalia € 147,00 + iva
Arretrati: consultabili online a partire dal 2005, con
abbonamento alla raccolta delle annate.
Abbonamento 12 mesi (comprensivo di Azienditalia):
€ 316 + iva oppure € 158 + iva per gli abbonati
alla rivista.

MODALITÀ DI CONSULTAZIONE

La rivista è consultabile in formato digitale su pc, tablet
(iOS e Android) e smartphone (Android).
I fascicoli possono essere scaricati da
- edicolaprofessionale.com/azienditaliapersonale
- da App Edicola Professionale, disponibile
gratuitamente su AppStore, Google Play, Samsung
Apps o Amazon AppStore for Android.

FORMULA AZIENDITALIA PIÙ

(comprendente, oltre ad Azienditalia i quattro corsi e-
Learning annuali di Azienditalia I Corsi)

ITALIA/ESTERO - Abbonamento digitale 12 numeri:
€ 188,00 + iva

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento potrà essere effettuato con un
versamento intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano,
utilizzando le seguenti modalità:
- Conto Corrente Postale 583203
- Conto Corrente Bancario IBAN
IT61M0306933684100000002208

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196.
La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su
database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia
S.r.l., con sede legale in Via dei Missaglia, 97 - Edificio
B3 - 20142 Milano, titolare del trattamento e sono trattati
da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer
Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità
amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo
indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi
dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a
fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli
oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momen-
to esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/
2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne
l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di leg-
ge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio
di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni
commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei re-
sponsabili del trattamento, mediante comunicazione
scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY
- Via dei Missaglia, 97 - Edificio B3 - 20142 Milano, o in-
viando un Fax al numero: 02.82476.403.

Dipendenti pubblici

I procedimenti disciplinari dopo il D.Lgs. n. 75/2017

di Sylvia Kranz - Dirigente Ufficio interprovinciale per la prevenzione e la risoluzione delle controversie del lavoro

Pubblichiamo un commento alle norme contenute nel D.Lgs. n. 75/2017 che è uno degli ultimi Regolamenti attuativi della L. 7 agosto 2015, n. 124, meglio nota come Legge delega di Riforma Madia sulla Pubblica Amministrazione. Le norme che esaminiamo in questo numero concernono il nuovo procedimento disciplinare ordinario. La prima raccomandazione al lettore, non dimenticare i procedimenti previgenti. Dovremo applicarli ancora per molto tempo.

Premessa

Questo costituisce il primo di tre contributi che complessivamente formano il nuovo assetto delle procedure disciplinari in vigore nelle diverse ipotesi. Qui trattiamo del procedimento ordinario. In seguito pubblicheremo un commento dedicato al procedimento connesso con procedimenti penali pendenti, *ante* e *post* D.Lgs. n. 75/2017. Infine un terzo commento sarà dedicato al “licenziamento per direttissima”. Il D.Lgs. n. 75/2017 del 25 maggio 2017 scorso, per quanto ci compete, ha introdotto modifiche all'art. 55 e seguenti del D.Lgs. n. 165/2001 che disciplinavano il procedimento disciplinare da avviarsi a carico dei dipendenti da Pubbliche Amministrazioni con contratto di lavoro privatizzato, procedimento che com'è noto era stato regolamentato per legge, revocando le norme con esse incompatibili dei Contratti Collettivi Nazionali dei diversi comparti, dagli artt. 69 ss. del D.Lgs. n. 150/2009. È prima di tutto doveroso precisare che il D.Lgs. n. 75/2017 alla norma transitoria, art. 22, comma 13, ha stabilito che “Le disposizioni di cui al Capo VII si applicano agli illeciti disciplinari commessi successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto” da ciò discende che le norme previgenti continueranno ad essere applicate ai procedimenti da avviarsi per ogni comportamento realizzato prima del 22 giugno 2017, anche se l'Amministrazione ne verrà a conoscenza posteriormente a tale data. Questo comporta che attualmente sono in vigore 6 diverse tipologie di procedimenti disciplinari:

Procedimento ordinario per mancanze lievi, commesse prima del 22 giugno 2017 (*)
Procedimento ordinario per mancanze gravi, commesse prima del 22 giugno 2017
Procedimento ordinario per mancanze commesse dopo il 22 giugno 2017
Procedimento connesso a procedimento penale per reati commessi prima del 22 giugno 2017
Procedimento connesso a procedimento penale per reati commessi dopo il 22 giugno 2017
Procedimento per direttissima per fatti scoperti in flagranza commessi dopo il 13 luglio 2016 (**)

(*) Il D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 è entrato in vigore il 22 giugno 2017.

(**) Il D.Lgs. 20 giugno 2016, n. 116, che ha introdotto il procedimento disciplinare per direttissima, nei casi di assenteismo in flagranza è entrato in vigore il 13 luglio 2016.

Resta in vigore la ripartizione delle competenze previgenti tra Dirigente del settore di appartenenza e Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, a seconda della gravità della sanzione applicabile ed il soggetto responsabile dovrà in primo luogo domandarsi in quale data i fatti da contestare siano stati posti in essere per stabilire la procedura corretta da applicarsi. **Un primo suggerimento operativo pertanto consiste nel raccomandare di non cestinare le norme abrogate dal D.Lgs. n. 75/2017.** Lo scenario che si apre dovrebbe suggerire di cogliere favorevolmente l'opportunità di costituire un Ufficio unico mediante convenzione da stipularsi tra più amministrazioni. Ufficio unico che, oltre a costituire quel soggetto terzo e imparziale che necessiterebbe nelle procedure di questo

In primo piano

tipo, potrebbe garantire maggiore competenza nella trattazione delle diverse tipologie di procedimenti, limitando il compimento di errori formali che, come noto, spesso costituiscono la principale ragione di annullamento di procedimenti disciplinari nel merito assolutamente giusti e doverosi.

Il procedimento ordinario

La ripartizione di competenza

Per i comportamenti posti in essere prima del 22 giugno 2017 il Dirigente (1) del Settore di appartenenza è competente per i procedimenti disciplinari lievi, ovvero quelli destinati astrattamente a concludersi, nel massimo, con la sanzione della sospensione dal servizio e della retribuzione fino a dieci giorni (2).

Con il D.Lgs. n. 75/2017, per le infrazioni di minore gravità poste in essere a partire dal 22 giugno 2017, 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, indipendentemente che esso abbia o meno qualifica dirigenziale (3). Il comma 1 dell'art. 55-*bis* inoltre stabilisce che "Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo". Al riguardo, attualmente, nessuna disposizione è prevista da Contratti Collettivi Nazionali di nessun comparto. In attesa di verificare se il prossimo Contratto Collettivo Nazionale provvederà a dare attuazione a tale disposto e relative modalità, occorre precisare che non esiste un termine per l'irrogazione del richiamo verbale, non è richiesta contestazione, non è previsto obbligo di preventiva audizione difensiva del lavoratore. Teoricamente il Responsabile della struttura è autorizzato a decidere che il comportamento posto in essere dal proprio collaboratore sia di gravità talmente lieve da comportare soltanto un richiamo verbale e di conseguenza procedere senza informare nessun altro nell'Ente. Sarebbe in ogni caso preferibile che in tali casi venisse effet-

tuata una valutazione condivisa dei fatti accaduti, tra Responsabile apicale e Ufficio dei procedimenti Disciplinari (UpD), in primo luogo per decidere uniformemente nell'Ente e sanzionare fatti analoghi in modo omogeneo, in secondo luogo onde evitare che a carico del predetto Responsabile non possa ravvedersi una responsabilità da mancato irragionevole avvio di un procedimento a carico del collaboratore ai sensi dell'art. 55-*sexies*, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 aggiornato.

Per comportamenti gravi è competente l'Ufficio dei procedimenti Disciplinari. Il Responsabile della struttura di appartenenza informa l'UpD immediatamente e comunque non oltre dieci giorni (4). La violazione di questo termine non comporta decadenza dell'azione disciplinare. Non è più dovuta la contestuale comunicazione al lavoratore, prevista invece nel sistema previgente.

L'avvio del procedimento

Ogni comportamento per il quale si ritenga di irrogare una sanzione disciplinare più grave del richiamo verbale è oggi di competenza dell'UpD. Non esiste più, di fatto, la distinzione tra procedimenti lievi (5) e procedimenti gravi (6), come disciplinati dall'art. 55-*bis*, commi 2 e 4 del D.Lgs. n. 165/2001 nel testo previgente. Per fatti posti in essere dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 75/2017 l'UpD immediatamente e comunque non oltre trenta giorni dal ricevimento della segnalazione, provvede a contestare i fatti al lavoratore. Viene chiarito che l'UpD può attivare il procedimento disciplinare anche di propria iniziativa, entro tale termine, quando pur in assenza di una segnalazione "abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare" (7).

Piena conoscenza dei fatti non equivale a "prima conoscenza". Il fatto deve essere sufficientemente descritto nei suoi elementi fondamentali. Deve essere individuato il "momento" in cui il fatto è avvenuto. Non può trattarsi di affermazioni generiche ma deve descrivere l'azione precisamente adde-

(1) Con tale termine deve intendersi "Dirigente avente qualifica dirigenziale". Nei comuni privi di Dirigenza la competenza era comunque in capo all'UpD mentre il Responsabile apicale con posizione organizzativa era titolare esclusivamente del potere di irrogare il richiamo verbale (art. 55-*bis*, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo modificato dall'art. 69 del D.Lgs. n. 150/2009).

(2) Art. 55-*bis*, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo modificato dall'art. 69 del D.Lgs. n. 150/2009.

(3) Art. 55-*bis*, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo attualmente vigente.

(4) Art. 55-*bis*, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo at-

tuale. Per fatti posti in essere prima del 22 giugno, se scoperti dopo tale data, tuttora dovrà applicarsi il termine, peraltro privo di sanzione, di 5 giorni come disponeva l'art. 55-*bis*, comma 2 nel testo previgente.

(5) In questi casi il Dirigente contesta i fatti al lavoratore entro venti giorni dalla conoscenza del fatto (art. 55-*bis*, comma 2, D.Lgs. 165 nel testo previgente).

(6) L'UpD contesta i fatti al lavoratore entro 40 giorni dalla segnalazione ricevuta dal Dirigente (art. 55-*bis*, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo previgente).

(7) Si veda il secondo capoverso del comma 4 del nuovo art. 55-*bis*.

bitata al lavoratore (8). Deve sussistere un minimo di *fumus* di attendibilità del fatto e della sua riferibilità a una specifica persona. Persino qualora pervenga un'informativa dall'Autorità giudiziaria potrebbe costituire notizia inidonea a costituire contestazione. In molti casi pervengono ad esempio notizie di indagini in corso a carico di una persona. Spesso si tratta di comunicazione al datore di lavoro che si limita a citare gli articoli del Codice penale che il Procuratore della Repubblica ritiene che la persona abbia violato, senza descrivere in alcun modo in cosa esattamente sarebbe consistito il comportamento rilevante e senza neppure riportare una data o almeno un periodo di tempo nel quale il comportamento sarebbe stato posto in essere. Di norma occorre attendere di ricevere in qualità di persona offesa dal reato, da parte della Procura della Repubblica la richiesta di rinvio a giudizio del lavoratore rivolta al Giudice per l'Udienza Preliminare. In quella sede vengono con chiarezza definiti tutti gli elementi necessari a qualificare la conoscenza quale conoscenza "piena" dei fatti. Certamente NON costituisce conoscenza, né piena né ufficiale, la pubblicazione di notizie su organi di stampa. Semmai la pubblicazione di fatti costituenti reati, sui quotidiani o altri media devono consigliare l'UpD ad assumere informazioni presso la cancelleria del tribunale competente, fermo restando che dobbiamo tutt'oggi registrare ben scarsa collaborazione su questo fronte. Fintanto che non pervenga quindi risposta, qualificata nel senso precisato, da parte della Cancelleria, certamente non decorre alcun termine per l'avvio del procedimento disciplinare.

La contestazione scritta deve contenere la data fissata per l'audizione difensiva, con un preavviso di almeno venti giorni dal momento in cui il lavoratore riceve la contestazione. La contestazione dell'addebito è effettuata mediante posta elettronica certificata, qualora il dipendente disponga di una propria casella PEC, oppure mediante consegna a mano. Soltanto in alternativa il legislatore del

2017 prevede l'invio mediante raccomandata con ricevuta di ritorno (9). In presenza di precedenti disciplinari anche questi dovranno venire contestati al lavoratore nella comunicazione con cui si avvia un nuovo procedimento, diversamente questi non potranno costituire valutazione ai fini dell'aggravamento della sanzione (10).

Le tutele del lavoratore nel corso del procedimento

Il dipendente può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante sindacale cui conferisce mandato. Fermo restando il diritto di depositare memorie scritte il lavoratore può chiedere, in caso di grave e oggettivo impedimento, il differimento dell'audizione difensiva, per una sola volta, con proroga del termine finale in misura corrispondente. Rispetto alla disposizione previgente il legislatore non ha disposto un termine entro il quale il lavoratore può avanzare una tale richiesta (11). L'UpD ha il dovere di esaminare le ragioni della richiesta di rinvio e non limitarsi a concedere pedissequamente un rinvio. Il legislatore pretende a tal fine che le ragioni siano gravi e oggettive deve pertanto ritenersi che non basti una qualunque generica motivazione magari apparentemente strumentale. L'UpD deve adottare un provvedimento di accoglimento o meno della richiesta del lavoratore. In caso di rinvio in ogni caso nel testo vigente oggi, si produce automaticamente la proroga del termine finale, mentre nel sistema previgente a seconda se si trattava di procedimento lieve o di procedimento grave, solo il rinvio disposto per almeno dieci giorni, ovvero venti giorni, provocava la proroga del termine per la conclusione del procedimento. Deve concludersi che qualunque durata del rinvio, anche brevissima, produce la corrispondente proroga del termine finale.

Il lavoratore ha diritto di accedere al fascicolo del procedimento disciplinare e trarne copia. Quanto alla qualità e quantità di documentazione cui ha diritto di accedere il dipendente sottoposto a pro-

(8) "Il dipendente Caio proferiva offese nei confronti del sig. ..." è una affermazione generica. Occorre riportare tra virgolette nel modo più preciso possibile le esatte parole pronunciate dal dipendente. Anche la frase "il dipendente omette sempre di avere comportamenti rispettosi nei confronti degli utenti" è inidonea a costituire valida contestazione di addebiti. Occorre precisare quali comportamenti sono stati tenuti dal sig. ... nel giorno ... nei confronti di ... Sarà la descrizione del comportamento a dare la misura della mancanza di rispetto dei medesimi e non la valutazione degli stessi da parte del segnalante.

(9) Art. 55-bis, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo attuale.

(10) Vanno riportati tutti i provvedimenti disciplinari adottati

nei confronti del lavoratore nei due anni precedenti l'attuale contestazione, sia che essi abbiano contenuto di recidiva specifica o meno.

(11) Nell'art. 55-bis, comma 2, D.Lgs. 165/2001 previgente il lavoratore poteva chiedere un rinvio purché "entro la data fissata per l'audizione". La norma prevedeva inoltre a carico del lavoratore la perdita del diritto all'audizione qualora avesse contravvenuto al termine fissato. Non essendo più previsto un termine, in via teorica il lavoratore potrebbe attendere quasi lo spirare del termine per la conclusione del procedimento prima di provvedervi. Ci si domanda cosa accadrebbe in questa ipotesi, se l'UpD avesse nel frattempo già adottato il provvedimento finale.

In primo piano

cedimento “La documentazione alla quale il lavoratore soggetto a procedimento disciplinare ha diritto di accedere per poter approntare un’adeguata difesa, in relazione alla contestazione disciplinare mossagli, è esclusivamente quella avente diretta e precisa connessione con gli addebiti oggetto della contestazione, e non altra e diversa documentazione che pure, a giudizio dello stesso lavoratore, potrebbe risultargli utile consultare” (12). Un ulteriore limite al diritto di accesso del lavoratore è quello disposto dall’art. 54-bis, comma 4, ai sensi del quale il segnalante di fatti illeciti ha diritto a che venga conservata la propria identità, a meno che non sia assolutamente indispensabile tale conoscenza, da parte del dipendente sottoposto a procedimento, per garantire il suo diritto di difesa. Non sussiste certamente tale “assoluta” esigenza quando la segnalazione da parte del “whistleblower” abbia dato luogo ad ulteriori attività istruttorie che abbiano avuto esito positivo, sufficiente, di per sé a comprovare l’esistenza dei suddetti fatti, confermando la sua segnalazione originaria che in tal caso viene a costituire mero impulso all’UpD. Come non è da ritenersi rilevante il nominativo del segnalante se la sua dichiarazione fosse accompagnata da fotografie o altri supporti idonei a comprovare che il fatto si fosse verificato.

La conclusione del procedimento

L’UpD conclude il procedimento disciplinare con un provvedimento di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro 120 giorni dalla data di contestazione degli addebiti (13). Nel sistema previgente il termine finale di 60 giorni per i casi lievi, decorreva dalla data della contestazione mentre il termine finale di 120 giorni per i casi gravi decorreva dalla data di prima acquisizione della notizia del fatto da parte dell’Amministrazione. Questo elemento ha più volte dato luogo ad incertezze e l’obbligo in capo al Responsabile del servizio di appartenenza di informare il lavoratore contestualmente all’invio della segnalazione entro 5 giorni, pur non costituendo termine a pena di decadenza, come più volte affermato dalla Suprema Corte, era stata concepito dal legislatore del 2009 per fornire al dipendente interessato una data iniziale “certa” per determinare la tempestività del procedimento e l’osservanza dei termini. In realtà, in concreto ac-

cadeva spesso che la segnalazione non avesse gli elementi completi idonei a costituire notizia “piena” dei fatti e poteva verificarsi l’esigenza di assumere ulteriori documenti idonei a completare le informazioni necessarie. Sottoponendo a contestazione, da parte della difesa, l’attività dell’UpD. Nel testo attuale, come già rilevato, non deve più procedersi ad informare contestualmente il lavoratore posto che il termine finale del procedimento inizia a decorrere dalla data del provvedimento con il quale l’UpD avvia il procedimento stesso. Complessivamente la riduzione del numero dei termini del procedimento conduce a una semplificazione nel procedimento ordinario attuale. La violazione dei termini del procedimento, fatta salva la responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non comporta decadenza dell’azione disciplinare né l’invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del lavoratore. In ogni caso sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell’addebito e il termine per la conclusione del procedimento (14). Nonostante il termine libero di venti giorni dal ricevimento della contestazione per fissare la data per l’audizione difensiva non sia sottoposto a declaratoria di perentorietà si ritiene che il mancato rispetto di questo, con la fissazione di un termine più breve di quello previsto, poiché posto a tutela del diritto di difesa del lavoratore potrebbe venire eccepito dalla difesa del lavoratore, alla stregua di procedura che ha irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa e condurre a decadenza o annullamento del procedimento stesso. Deve concludersi che, qualora venga adottato lo strumento della Raccomandata con avviso di ricevimento per l’inoltro della contestazione degli addebiti, debba venire presa in considerazione l’eventualità di un ritiro tardivo della lettera da parte del dipendente e, in tale evenienza, potrebbe essere consigliabile un rinvio dell’audizione onde rimettere la difesa “in termini”. Poiché tuttavia tale provvedimento, in ipotesi non fosse richiesto dall’interessato ma adottato d’ufficio, non è previsto dalla normativa si ritiene preferibile il mantenimento del termine finale senza conteggiare alcuna proroga proporzionale, inoltre tale provvedimento non sarebbe idoneo a consumare il diritto del lavoratore ad ottenere un rinvio su propria ri-

(12) Si veda Cass. 27 ottobre 2000, n. 14225, pres. e est. Mercurio, (in *Lavoro giur.* 2001, pag. 139, con nota di Mainardi, “Contestazione e diritto di accesso ai documenti connessi agli addebiti disciplinari”; in *Riv. it. dir. lav.* 2001, pag. 538, con nota di Borelli, “Specificità della contestazione e obbligo di do-

cumentazione”).

(13) Art. 55-bis, comma 4, sesto capoverso del D.Lgs. n. 165/2001 nel testo attuale.

(14) Art. 55-bis, comma 9-quater del D.Lgs. n. 165/2001 attualmente vigente.

chiesta per le gravi e oggettive ragioni cui si è già accennato. Dopo la contestazione degli addebiti, le ulteriori comunicazioni da parte dell'UpD possono essere effettuate mediante indirizzo di posta elettronica ordinaria utilizzata dall'Amministrazione per le comunicazioni con i propri dipendenti, ovvero al numero di fax o altro indirizzo di posta elettronica comunicati dal lavoratore o dal suo difensore. Tale modalità semplificata è consentita persino per l'invio del provvedimento conclusivo (15). Poiché tuttavia il termine per la conclusione del procedimento è perentorio, diventa essenziale per l'UpD essere in grado di dimostrare di averlo rispettato, in sede di giudizio dinanzi al giudice del lavoro.

Le altre comunicazioni dell'UpD

Entro venti giorni dall'adozione di qualunque provvedimento del procedimento disciplinare, l'UpD ha obbligo di comunicarlo per via telematica all'Ispettorato della Funzione Pubblica. Il nominativo del lavoratore sottoposto a procedimento va sostituito da un codice identificativo (16). Anche questo adempimento è riferito ai procedimenti riguardanti comportamenti realizzati a partire dal 22 giugno 2017. Sia per quelli in corso a tale data che per quelli avviati dopo, ma concernenti comportamenti precedenti, non è da considerarsi adempimento obbligatorio. Le comunicazioni da trasmettersi sono riferibili alla contestazione di addebiti, all'eventuale sospensione cautelare, al rinvio dell'audizione difensiva, l'eventuale sospensione del procedimento per connessione con procedimento penale, la sua riattivazione e ovviamente il provvedimento conclusivo. Tutte dovranno essere contraddistinte con il medesimo codice identificativo assegnato inizialmente. Da notizie pervenute informalmente sembrerebbe che l'Ispettorato stia predisponendo a tal fine un apposito accesso telematico, dotando gli Enti pubblici tenuti a tale adempimento, di *password* dedicata, idoneo a raccogliere e classificare tutte le informazioni pervenute da tutte le amministrazioni. Fino a tale data le informazioni saranno trasmesse all'indirizzo di posta elettronica certificata del Dipartimento fornendo informazioni anche sulla tipologia di comportamento contestato e sulla specifica sanzione irrogata.

Il trasferimento e le dimissioni del dipendente

Il trasferimento del dipendente presso altra PA, non estingue il procedimento disciplinare. Il com-

ma 8 dell'art. 55-*bis*, D.Lgs. n. 165/2001 riformato, stabilisce, infatti, che in questi casi il procedimento dovrà essere avviato o concluso e la sanzione disciplinare è applicata dall'ente di destinazione. Costituisce onere dell'UpD dell'Ente in cui il dipendente lavorava trasmettere, senza ritardo, all'UpD dell'ente di destinazione, gli atti e le informazioni di un fatto avvenuto prima del trasferimento nel caso in cui non sia già stata effettuata la contestazione. In tali casi il procedimento disciplinare è interrotto e dalla data di ricezione degli atti da parte dell'UpD dell'Ente di destinazione decorrono nuovi termini per la contestazione o per la conclusione del procedimento. La previgente versione del comma 8 dell'art. 55-*bis* in esame, laddove disponeva che in tali ipotesi, pur dichiarando l'interruzione del procedimento, poi stabiliva che "i termini riprendono a decorrere alla data del trasferimento" come nella ben diversa ipotesi giuridica di "sospensione del procedimento" aveva sollevato tra gli interpreti più di un timore di possibili pronunce giudiziali di intervenuta decadenza dell'azione disciplinare, che opportunamente un difensore di un lavoratore poteva cercare di far valere dinanzi al giudice del lavoro, a maggior ragione nelle ipotesi di sanzione disciplinare di rilevante impatto. Il nuovo art. 55-*bis*, comma 8, che in questo modo compiutamente tratta questo evento quale una "interruzione del procedimento" in senso tecnico giuridico, garantisce l'esatto computo dei termini. Il medesimo comma 8 poi disciplina un'ulteriore ipotesi non prevista finora. Si dispone, infatti, nell'ultimo capoverso del comma 8 in esame che nel caso in cui l'amministrazione di provenienza venga a conoscenza dell'illecito disciplinare successivamente al trasferimento del dipendente, la stessa Amministrazione provvede a segnalare immediatamente, e comunque entro venti giorni, i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare all'Ufficio per i procedimenti disciplinari dell'amministrazione presso cui il dipendente è stato trasferito e dalla data di ricezione della predetta segnalazione decorrono i termini per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento. Gli esiti del procedimento disciplinare vengono in ogni caso comunicati anche all'amministrazione di provenienza del dipendente. Desta qualche perplessità che il termine per la conclusione del procedimento, in queste ipotesi decorra dalla data di ricezione degli atti dall'Amministrazione presso cui il dipendente si è trasferito, di-

(15) Art. 55-*bis*, comma 5 ultimo capoverso, del D.Lgs. n. 165/2001 nel testo vigente.

(16) Art. 55-*bis*, comma 4, capoversi 7 e 8, D.Lgs. n. 165/2001 nel testo vigente.

In primo piano

versamente dalla procedura ordinaria che, come abbiamo visto computa il termine finale dalla data della contestazione. Presumibilmente si tratta al più di mancato coordinamento. Tuttavia sarà opportuno prudenzialmente osservare alla lettera questa disposizione.

Nel caso invece di cessazione del rapporto di lavoro viene ribadito l'art. 55-bis, comma 9, nel testo previgente per il quale "La cessazione del rapporto di lavoro estingue il procedimento disciplinare salvo che per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o comunque sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. In tal caso le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro". Le due ipotesi sono poste a tutela della Pubblica Amministrazione. È esclusa la possibilità di portare a conclusione un procedimento disciplinare, a seguito di dimissioni del dipendente, al di fuori delle due casistiche definite dal comma 9 dell'art. 55-bis. Per quanto riguarda il riferimento alla sanzione del licenziamento il legislatore intende impedire che un dipendente che, per le condotte poste in essere andrebbe licenziato, dimettendosi prima dell'emanazione del provvedimento finale, possa artatamente sottrarsi al divieto di assunzione presso altre Pubbliche Amministrazioni per coloro che sono stati destituiti o dispensati dall'impiego. Mentre il riferimento alla sospensione cautelare è riferita all'eventualità della connessione del procedimento disciplinare con un procedimento penale pendente, per il quale l'Amministrazione abbia disposto una sospensione cautelare del lavoratore in attesa degli esiti del processo. Qualora a seguito di dimissioni si omettesse di riavviare il procedimento sospeso e di adottare il provvedimento conclusivo, il lavoratore stesso o suoi eredi, una volta decorso il termine previsto per la riapertura e la conclusione, potrebbero fare istanza per ottenere il versamento delle differenze stipendiali, dedotta la indennità alimentare versata, fino alla data delle dimissioni, e la ricostruzione della carriera, anche a fini pensionistici. Si tratterebbe, nel caso di mancata adozione del provvedimento di licenziamento, di un'ipotesi di responsabilità erariale e disciplinare per mancato

avvio del procedimento ex art. 55-sexies, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 (17).

Disposizioni regolamentari

Il nuovo art. 55-bis, comma 9-bis, dispone che "Sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare". Questa disposizione va letta unitamente all'art. 55 comma 1, il quale dispone "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, secondo comma, del Codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2". Ed anche con l'ultimo capoverso del comma 2 del medesimo art. 55 nel nuovo testo per il quale "Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi". Deve intendersi che in materia disciplinare vige riserva di legge quanto alla procedura da applicarsi, pertanto non è necessario, oltre che potenzialmente dannoso, adottare un regolamento disciplinare di ente, che potrebbe anche inavvertitamente, introdurre disposizioni ulteriori, diverse rispetto a quanto disposto dal legislatore. O non venire costantemente aggiornato con le modifiche che dovessero in futuro intervenire a opera del solo legislatore. Tali norme regolamentari sarebbero nulle. E nel caso venissero applicate determinerebbero l'annullamento giudiziale del provvedimento irrogato, per quanto legittimo e doveroso nel caso di specie. Con tali disposizioni già il legislatore del 2009 aveva inteso attribuire un particolare "potere di resistenza" del nuovo sistema disciplinare alle modifiche che, in sede di contrattazione, si volesse tentare di operare all'impianto fondamentale, contenuto nei confini definiti dagli articoli espressamente citati nel comma 1. Infatti, da un lato, con l'art. 1339 Cod. civ., il quale prevede l'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, si stabilisce che l'impianto del nuovo

(17) "In caso di omissione del procedimento disciplinare, la condanna penale, intervenuta nei confronti dell'impiegato, non è suscettibile di tenere ferma la sospensione cautelare dal servizio, disposta in corso di procedimento penale e stabilita dall'amministrazione in via discrezionale, non potendosi ammettere una conversione della misura in una sanzione di identico

contenuto. Di conseguenza la sospensione dal servizio deve intendersi caducata, alla pari di quella cui sia seguito un procedimento disciplinare estinto e la posizione dell'impiegato deve essere reintegrata, essendo venuto a mancare il titolo che giustificava la quiescenza del rapporto". Così Consiglio di Stato Ad. Plenaria, decisione 28 febbraio 2002, n. 2.