



COORDINAMENTO TERRITORIALE

Notizie Utili 8

La trasparenza del procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato: rapporti tra il diritto di accesso (da parte del dipendente o di terzi) e la tutela del whistleblowing (art. 54-bis D.lgs. n. 165)

Abstract: Lo studio affronta il delicato rapporto tra diritto di accesso e tutela della privacy nell'ambito del procedimento disciplinare nel pubblico impiego, sia in caso di richieste di accesso difensive formulate dal lavoratore, sia in caso di richieste di accesso formulate da terzi (es. autori di esposti). Il tema viene analizzato anche alla luce della normativa sul whistleblowing (art. 54-bis d.lgs. n. 165/2001), che pone delicati problemi di limiti alla tutela del segnalatore a fronte di richieste di accesso difensivo da parte del lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare sulla base di esposti. Lo studio dà contezza di tutta la giurisprudenza, la dottrina e la normativa intervenute in materia, offrendo equilibrate soluzioni fondate sul bilanciamento dei diritti costituzionali che si contrappongono in materia.

Sommario: 1. Evoluzione del sistema verso la trasparenza dell'azione amministrativa. – 2. Accesso del lavoratore incolpato al fascicolo disciplinare. – 3. Rapporto tra diritto d'accesso del lavoratore al fascicolo e tutela del whistleblower. – 4. Accesso di terzi al fascicolo disciplinare.

1. Evoluzione del sistema verso la trasparenza dell'azione amministrativa

Il sistema disciplinare in generale, e quello del pubblico impiego in particolare, si regge su alcuni principi portanti, quali il contraddittorio, la proporzionalità punitiva, la parità di trattamento, la gradualità sanzionatoria, la tassatività delle sanzioni, la tendenziale tipizzazione (debole) degli illeciti, l'autonomia tra l'illecito disciplinare e quello penale, la tempestività del procedimento, il nemo tenetur contra se edere, oltre che su altri canoni fondamentali operanti in tutti i sistemi punitivi dei vari micro-ordinamenti (pubblico, privato, civile, militare, magistratuale, ecclesiastico, delle libere professioni, ecc.) (1). In linea con il principio del contraddittorio (a sua volta espressivo del basilare diritto alla difesa) e in perfetta sintonia con l'evoluzione del sistema legislativo verso la trasparenza della pubblica amministrazione (v. l. 7 agosto 1990, n. 241; l. 6 novembre 2012, n. 190; d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33) si pone anche un ulteriore principio fondante, ovvero quello della piena accessibilità agli atti del procedimento disciplinare da parte del lavoratore incolpato, al pari di qualsiasi atto che riguardi la propria posizione lavorativa (2). Tale acquisizione rappresenta l'indefettibile base per impostare una solida linea difensiva da parte del dipendente destinatario di una sanzione disciplinare, in quanto, molto spesso, è proprio dalla conoscenza degli atti infraprocedimentali (o predisciplinari) (3) che si evidenziano carenze istruttorie o violazioni di legge o della disciplina normativa, da far valere nelle competenti sedi giudiziarie. Nel contempo, l'accesso agli atti ha talvolta una importante finalità deflattiva del contenzioso, poiché il lavoratore destinatario della sanzione può rendersi conto, visionando gli atti procedimentali, della piena correttezza del procedimento seguito dal datore e, dunque, della inutilità di un eventuale ricorso, destinato a un fatale rigetto.

Circa l'esercizio di tale diritto, giova in primo luogo ricordare che nel nostro ordinamento l'antinomia tra le esigenze di trasparenza e quelle di segretezza dell'azione amministrativa si è decisamente evoluta verso la valorizzazione della prima. Del principio costituisce massima espressione, accanto a previgenti norme settoriali, la l. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 10 e artt. 22 ss., più volte novellati) (4) e, da ultimo, il "diritto di accesso civico ai dati e ai documenti", sia chiuso (o semplice: art. 5, c. 1, d.lgs. n. 33/2013, novellato dal d.lgs. n. 97/2016) riconosciuto a chiunque per i documenti e le informazioni soggette a pubblicazione, ma anche aperto (o generalizzato: art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013) parimenti riconosciuto a chiunque per i dati e documenti detenuti dalla p.a., indipendentemente dall'obbligo di pubblicazione degli stessi (5).

La legge n. 241, in particolare, ha riconosciuto un generale diritto di accesso ai documenti amministrativi, ad eccezione di quelli coperti da segreto di Stato, di quelli la cui divulgazione è vietata dall'ordinamento (cioè da norme specifiche diverse dalla l. n. 241/1990), di quelli preparatori di atti normativi generali, di pianificazione e di programmazione, di quelli afferenti procedimenti tributari (art. 24, c. 1, l. cit.), di quelli esclusi dall'accesso da appositi regolamenti governativi (art. 24, c. 6, l. n. 241/1990: sulla cui base risulta adottato il solo d.p.r. 27 giugno 1992, n. 352) e da provvedimenti delle singole amministrazioni (art. 24, c. 2, l. n. 241/1990) per motivi di sicurezza e difesa nazionale, di politica monetaria e valutaria, di ordine pubblico e prevenzione di reati, di tutela della riservatezza di terzi (art. 24, c. 6, l. cit.). Se dunque oggi, a fronte del generale diritto di accesso, ribadito in sede disciplinare nel lavoro pubblico, la segretezza degli atti posseduti dalla pubblica amministrazione è puntualmente circoscritta dalla richiamata normativa del 1990 (e dai relativi decreti attuativi) per gli accessi ex artt. 22 ss. l. n. 241/1990 e dall'art. 5-bis d.lgs. n. 33/2013 per l'accesso civico generalizzato, occorre chiedersi: a) se il lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare



COORDINAMENTO TERRITORIALE

possa incondizionatamente visionare e ottenere copia dei relativi atti; b) se un terzo (collega, cittadino autore di un esposto, ecc.) possa accedere agli atti del procedimento disciplinare nei confronti di un pubblico dipendente.

2. Accesso del lavoratore incolpato al fascicolo disciplinare Il primo quesito è normativamente risolto, a prescindere dall'art. 10 della l. n. 241/1990: difatti, in base all'art. 55-bis, c. 4, d.lgs. n. 165/2001, recepito dalla contrattazione collettiva (v. art. 61, c. 3, c.c.n.l. Funzioni centrali 2016-2018, presente nei restanti c.c.n.l. di comparto) "salvo quanto previsto dall'articolo 54-bis, comma 4 [inaccessibilità dell'atto di segnalazione dell'illecito ex artt. 22 ss. l. n. 241, n.d.a.], il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento".

Tale espressa previsione trancia alla base ogni discussione circa l'applicabilità o meno delle norme sul diritto di accesso (art. 22 ss. l. n. 241 cit.) ad atti di natura privatistica, quali quelli del procedimento disciplinare "depubblicizzato", problema comunque già risolto in senso positivo dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (6) e, successivamente, dal novellato (ad opera della l. n. 15/2005) art. 22, c. 1, lett. d), l. n. 241, che offre una definizione di documento amministrativo accessibile "indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale". In ogni caso, anche nel lavoro privato la Cassazione ha più volte chiarito che sebbene l'art. 7 della l. n. 300/1970 non preveda un obbligo per il datore di lavoro di mettere spontaneamente a disposizione del lavoratore la documentazione posta a base d'una contestazione disciplinare, nondimeno il sanzionatore deve offrirgliela in visione, nei limiti dei documenti strettamente necessari alla difesa (con onere del lavoratore di evidenziare tale attinenza) in base ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, ove l'incolpato ne faccia richiesta e l'esame dei documenti sia necessario per un'adeguata difesa (7). Tale diritto di accesso prevarrà sulla riservatezza di terzi (ad es., di testi che abbiano reso dichiarazioni in sede ispettiva o disciplinare), come chiarito da una costante giurisprudenza e dalla stessa novellata l. n. 241 (art. 24, c. 7) nonché dal t.u. sulla privacy (art. 59 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196). Ovviamente, se tra gli atti richiesti dal lavoratore incolpato ve ne fossero taluni coinvolgenti dati personali o sensibili di terzi ultronei rispetto al soddisfacimento della richiesta, i titolari di azione disciplinare ben potrebbero, con la c.d. "tecnica degli omissis", schermare tali dati senza precludere il diritto di accesso del richiedente (8), purché tale tecnica non si traduca, per suo distorto utilizzo, in un sostanziale diniego del diritto (9). Tale approdo ci sembra ben coordinabile con l'indirizzo espresso dalla Cassazione nel lavoro privato (10), ove si è chiarito che il datore di lavoro è tenuto ad offrire in consultazione all'incolpato i documenti aziendali solo in quanto e nei limiti in cui l'esame degli stessi sia necessario al fine di una contestazione dell'addebito idonea a permettere alla controparte un'adeguata difesa; ne consegue che, in tale ultima ipotesi, il lavoratore che lamenti la violazione di tale obbligo ha l'onere di specificare i documenti la cui messa a disposizione sarebbe stata necessaria al predetto fine, ferma restando comunque la possibilità per il lavoratore medesimo di ottenere, nel corso del giudizio ordinario di impugnazione del licenziamento irrogato all'esito del procedimento suddetto, l'ordine di esibizione della documentazione stessa.

Va poi segnalato che il lavoratore potrebbe avere un interesse (da indicare espressamente nella domanda) giuridicamente rilevante ad accedere ad atti posseduti dal datore non ancora confluiti in un procedimento disciplinare nei propri confronti, ma originante una ispezione (o altra attività predisciplinare) e, a maggior ragione, alla segnalazione esposto di un terzo su asseriti comportamenti illegittimi del dipendente che abbia comportato l'apertura del procedimento disciplinare, ben potendo voler tutelare il proprio onore in sede civile e penale nei confronti dell'autore del calunnioso esposto agli atti. In tale ultima ipotesi, la giurisprudenza, sulla scorta dei principi generali sopra richiamati, aveva avallato la prevalenza del diritto alla difesa sulla privacy dell'autore dell'esposto (11).

3. Rapporto tra diritto d'accesso del lavoratore al fascicolo e tutela del whistleblower

In tempi più recenti, tali esposti, quale pungolo all'integrità della p.a. e a una più corretta gestione della cosa pubblica, sono stati incoraggiati e tutelati dalla legge anticorruzione n. 190/2012, la quale ha introdotto l'art. 54-bis nel d.lgs. n. 165/2001 sul c.d. whistleblowing (più correttamente definibile "segnalazione etica", con più pertinente terminologia italiana), più volte modificato (12).

La norma, se da un lato (c. 4) sottrae l'esposto al generale regime sull'accesso ex artt. 22 ss. l. n. 241 (purché, secondo Cons. Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28 (13), in testuale applicazione dell'art. 54-bis, c. 1, "indirizzata ai soggetti ivi indicati" – ossia al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, all'Autorità nazionale anticorruzione, all'autorità giudiziaria ordinaria o contabile – e purché motivata "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione", che deve ritenersi non sussistente se vi confluiscano scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro e purché, aggiungiamo noi, si tratti di fatti di cui si sia venuto a conoscenza "in ragione del proprio rapporto di lavoro"), non preclude in modo assoluto la conoscenza dell'autore dell'esposto da parte del denunciato. La norma, infatti, stabilisce che (c. 3) "



COORDINAMENTO TERRITORIALE

Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione, e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità".

La previsione sembrerebbe aver creato un "sottoregime" speciale in materia di accesso (come tale prevalente su quello generale della l. n. 241, ove ricorrano gli specifici presupposti e ambiti applicativi scolpiti dall'art. 54-bis, c. 1), dando prevalenza, nel bilanciamento tra accesso difensivo e riservatezza dell'autore dell'esposto, a quest'ultimo interesse al fine di incoraggiare le segnalazioni di condotte illecite, nell'ambito di un'articolata disciplina volta alla prevenzione e alla repressione della corruzione (l. n. 190/2012) (14).

Di regola, infatti, l'identità del segnalante non può essere rivelata ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa, in quanto l'incolpato eserciterà le sue piene difese confutando tali accertamenti distinti e ulteriori confluiti nella contestazione degli addebiti che cristallizza l'ipotesi accusatoria. Ma tale diritto alla difesa viene ulteriormente limitato anche qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e anche se la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato: infatti, in deroga agli approdi generali sopra riferiti sul rapporto accesso-privacy nella l. n. 241/1990 (vittoria dell'accesso difensivo sulla riservatezza del terzo anche se espressa in un esposto "ordinario"), in base al c. 3 dell'art. 54-bis, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare e, quindi, anche visionabile e accessibile in tale sede, solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità. Tale limitazione ci sembra irragionevole e lesiva sia delle esigenze sanzionatorie della p.a., la quale, senza il consenso dell'autore, non potrà utilizzare l'esposto per sorreggere l'azione disciplinare e dovrà quindi archiviare, sia degli interessi dell'incolpato, il quale potrà vedere l'esposto solo in caso di consenso dell'autore, mentre se questo non vi fosse, nulla potrà vedere. Parrebbe invece evidente, a nostro avviso, la sussistenza di un interesse dell'incolpato anche in quest'ultimo caso, qualora all'esposto avesse fatto seguito l'archiviazione disciplinare, ben potendosi ipotizzare un interesse ad una tutela civile (risarcitoria) e penale (ad es. per calunnia) in capo al funzionario pubblico ingiustamente accusato dall'autore della segnalazione (15).

Nell'ipotesi di esposti invece fondati, che, adeguatamente riscontrati dall'u.p.d. (ufficio procedimenti disciplinari), abbiano portato a una condanna del lavoratore, è ben più difficile ipotizzare un interesse giuridicamente rilevante del lavoratore condannato ad accedere all'esposto, la cui conoscenza (soprattutto in ordine alla paternità della segnalazione) avrebbe un mero (e giuridicamente irrilevante) fine "vendicativo" o di "mera curiosità". Tuttavia, anche in tale caso, si può ipotizzare una posizione giuridicamente meritevole da far valere in giudizio in capo al richiedente, ove voglia smentire in sede contenziosa i contenuti dell'esposto. Ecco perché, a fronte di tali incertezze interpretative, optando per una miglior lettura delle norme generali (artt. 22 ss. l. n. 241, doppiate in materia disciplinare privatizzata dall'art. 55-bis, c. 4, d.lgs. n. 165) e speciali (art. 54-bis d.lgs. n. 165) appare assai convincente la tesi propugnata dalla ricordata sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 28/2020 (16), che ha riconosciuto applicabili le previsioni generali degli artt. 22 ss. l. n. 241 alle istanze di accesso per esigenze di difesa rispetto a esposti disciplinari non riconducibili all'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001, ossia a segnalazioni non indirizzate ai soggetti ivi indicati (responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza; Autorità nazionale anticorruzione; autorità giudiziaria ordinaria o contabile) e non motivate "nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione" (come avviene quando vi confluiscono anche scopi essenzialmente di carattere personale o per contestazioni o rivendicazioni inerenti al rapporto di lavoro, quale una violazione disciplinare) o non acquisite "in ragione del proprio rapporto di lavoro": la segnalazione "ordinaria" non qualificabile whistleblowing, pertanto, non è sottratta al prevalente accesso previsto dagli artt. 22 ss. della l. 7 agosto 1990, n. 241, ove il richiedente la richieda, quale incolpato, per esigenze di difesa. La giurisprudenza è inoltre tendenzialmente favorevole, come si vedrà nel successivo paragrafo, a consentire lo speculare accesso agli atti del procedimento da parte dell'autore di un esposto alla base di un procedimento disciplinare, di regola teso ad acquisire elementi per parallele azioni civili o penali nei confronti del segnalato (17). Pacifico è invece l'accesso ad atti ispettivi utilizzati in sede disciplinare, ancorché coinvolgano posizioni e dichiarazioni di terzi, la cui privacy è recessiva rispetto al diritto alla difesa dell'incolpato (18).

Va però chiarito che ove i peculiari diritti defensionali del richiedente l'accesso ad atti non immediatamente impugnabili (atti interni, relazioni ispettive, esposti, dichiarazioni di terzi) non venissero chiaramente prospettati dall'istante, deve ritenersi che una istanza di accesso ad atti preparatori e meramente prodromici ad una possibile azione disciplinare (ad es., esposti, atti ispettivi) potrebbe essere oggetto di differimento (ex art. 24, c. 4, l. n. 241)



COORDINAMENTO TERRITORIALE

qualora l'attività istruttoria servente fosse ancora in corso (ad es., acquisizioni ispettive di una verifica in atto) o potrebbe addirittura essere rigettata per carenza di un interesse concreto e attuale, giuridicamente rilevante (art. 22, c. 1, lett. b, l. n. 241; art. 2, c. 1, d.p.r. n. 184/2006) in capo al richiedente, non ancora destinatario di sanzioni disciplinari e, dunque, non leso in alcuna propria prerogativa. Per chiudere su questo primo punto relativo all'accesso da parte di un lavoratore ad atti del proprio procedimento disciplinare e ad atti prodromici, va rimarcato che l'interesse all'accesso ai documenti relativi al procedimento disciplinare permane anche dopo lo spirare dei termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso la sanzione inflitta (ad es., 60 giorni per il licenziamento ex l. n. 604/1966, richiamata dall'art. 2 del d.lgs. n. 165), in quanto l'interesse all'accesso non coincide con l'interesse a impugnare il provvedimento, ma è un interesse conoscitivo, potendo l'istante richiedere l'atto per finalità (giuridicamente rilevanti) diverse, in particolare ai fini del promovimento di una azione risarcitoria civile o una denuncia penale, non sottoposte a termini decadenziali (19).

Si segnala inoltre che, in un precedente giurisprudenziale, la magistratura ha escluso che possa essere affetto da illegittimità il provvedimento disciplinare assunto all'esito di un procedimento nel cui corso sia stato negato al lavoratore l'accesso agli atti, in quanto il dipendente è stato in ogni caso messo in condizioni di formulare una idonea difesa (20), e la tesi trova oggi testuale conforto nell'art. 55-bis, c. 9-ter, d.lgs. n. 165, introdotto dal d.lgs. n. 75/2017. In sintonia con tale conclusione, altra decisione ha ritenuto invece illegittima la sanzione comminata dall'amministrazione che abbia immotivatamente precluso il cennato diritto di accesso, impedendo una idonea difesa (21).

4. Accesso di terzi al fascicolo disciplinare

L'ipotesi in cui invece potrebbero entrare in gioco le sole regole generali della l. n. 241/1990, in assenza di espressa previsione sul punto nei c.c.n.l. e nel d.lgs. n. 165 (che regola specificamente l'accesso agli atti del soggetto sottoposto a procedimento: art. 54-bis, cc. 3 e 4, e art. 55-bis, c. 4, d.lgs. n. 165), è quella della richiesta di accesso agli atti di un procedimento disciplinare da parte di un soggetto terzo estraneo allo stesso: si pensi al caso di un lavoratore che faccia istanza di accesso agli atti di un procedimento relativo ad un collega per trarre spunti utili a propria difesa in altro similare procedimento disciplinare o giurisdizionale; si pensi ancora all'autore di un esposto (cittadino o collega) al capo-struttura o all'u.p.d. nei confronti di un pubblico dipendente, che voglia copia degli atti posti in essere in sede disciplinare nei confronti del funzionario denunciato o dell'eventuale archiviazione; si pensi a un rappresentante sindacale locale o nazionale che ravvisi in una azione disciplinare datoriale nei confronti di un collega iscritto i presupposti per una condotta antisindacale.

Più difficilmente ipotizzabile appare invece un accesso civico "chiuso" ex art. 5, c. 1, d.p.r. n. 33/2013 a fronte di atti (quelli del procedimento disciplinare) di non doverosa pubblicazione, mentre decisamente problematica (e tendenzialmente da escludere) è l'ipotizzabilità di un accesso "diffuso" ex art. 5, c. 2, d.p.r. n. 33 nel richiedere da parte di un generico "chiunque" i documenti di un procedimento disciplinare di un terzo, contenenti dati personali segreti ex art. 5-bis, c. 2, lett. a), d.lgs. n. 33 (la tesi è condivisa dal parere 3 marzo 2016 del Garante della privacy reso sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 97/2016 al d.lgs. n. 33).

Dunque, a fronte di una più pertinente richiesta di accesso ex artt. 22 ss. l. n. 241 da parte di un "terzo", premesso che l'iter procedimentale da seguire è oggi scolpito per tutte le amministrazioni pubbliche dal d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184, attuativo degli artt. 22 ss. l. n. 241, si pongono due basilari problemi:

a) la sussistenza o meno di un interesse giuridicamente rilevante in capo al richiedente l'accesso;
b) la eventuale segretezza degli atti del procedimento disciplinare a soggetti estranei allo stesso, in quanto non sottoposti al procedimento e, dunque, qualificabili come soggetti "terzi".

a) In ordine al primo problema, va evidenziato che il diritto all'accesso (ovvero a vedere documenti della p.a. e ottenerne copia) non è una "azione popolare" spettante a chiunque, ma solo e soltanto a chi abbia un interesse "diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata o collegata al documento al quale è chiesto accesso" (art. 22, c. 1, lett. b, l. n. 241).

Tale interesse va dimostrato dal soggetto istante nella domanda di accesso e, di solito, consiste nella prospettata necessità di difendersi in giudizio o di promuovere azioni (civili, penali, amministrativo-contabili) di tutela.

A fronte della prospettazione di tale interesse giuridicamente rilevante, l'amministrazione (ad es., u.p.d., ufficio procedimenti disciplinari) non ha alcun sindacato sulla veridicità o meno di quanto affermato, ma il titolare deve esternare le ragioni per cui intende accedere e, soprattutto, la coerenza di tali ragioni con gli scopi alla cui realizzazione il diritto d'accesso è preordinato.



COORDINAMENTO TERRITORIALE

Nei primi due casi concreti sopra prospettati, non riterremmo esclusa l'esistenza di un interesse giuridicamente rilevante all'accesso (che andrà esternato nella domanda), in quanto, nel primo caso (afferente all'accesso agli atti di un collega del funzionario incolpato), il richiedente potrebbe utilizzare le acquisizioni concernenti atti (ad es., dichiarazioni di testi, risultanze ispettive) per difendersi in analogo procedimento disciplinare o per prospettare, in un contenzioso pendente o imminente, che in un caso simile il trattamento sanzionatorio dell'u.p.d. per la medesima fattispecie è stato più benevolo (22).

Parimenti, nel secondo caso, l'autore di un esposto disciplinare (ad es., un cittadino o un collega) nei confronti di un funzionario pubblico potrebbe avere interesse non già a sapere, per mera curiosità (non avente giuridica rilevanza) (23), che esito abbia avuto la propria segnalazione (anche qualora abbia portato all'archiviazione), ma ad acquisire elementi istruttori rilevanti per una parallela azione civile-risarcitoria (o per un esposto penale) intrapresa o da intraprendere nei confronti del lavoratore per i medesimi fatti sottoposti al vaglio disciplinare (o archiviati previamente dall'u.p.d.), come più volte ribadito dalla giurisprudenza sia del Consiglio di Stato sia delle Sezioni unite della Cassazione (24).

Non è da escludere, dunque, anche un possibile accesso alla determina del dirigente-capo struttura o dell'u.p.d. che, ritenendo non rilevante l'esposto (25), lo abbia archiviato, non intraprendendo l'azione disciplinare. b) Venendo al secondo problema posto, relativo alla eventuale segretezza, ad opera della p.a., degli atti del procedimento disciplinare nei confronti di soggetti terzi rispetto al procedimento medesimo (cittadini autori di un esposto o colleghi che dimostrino un interesse giuridicamente rilevante: v. sopra), occorre preliminarmente auspicare che tutte le amministrazioni abbiano adottato il regolamento attuativo dell'art. 24, cc. 2 e 6, l. n. 241, che fa obbligo, dal 1990, per tutte le p.a., di individuare i propri atti sottratti all'accesso per salvaguardare i cinque macro-valori codificati nel c. 6 della legge: tutela della sicurezza e difesa nazionale, della politica monetaria e valutaria, dell'ordine pubblico e prevenzione e repressione di reati, della riservatezza di terzi, delle procedure contrattuali collettive in corso. La mancata adozione di tale regolamento comporta, infatti, la fatale applicazione della regola generale della l. n. 241, rappresentata dal "tutto è accessibile salvo ciò che è segreto da legge" e, poiché nessuna legge segreta gli atti del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico, gli stessi sono accessibili al terzo, ovviamente a condizione che il richiedente abbia un "interesse giuridicamente rilevante, diretto, concreto e attuale" da tutelare o difendere. Ove invece l'adottato regolamento attuativo dell'art. 24, cc. 2 e 6, l. n. 241/1990 elaborato dalle amministrazioni datrici di lavoro avesse annoverato tra gli atti sottratti all'accesso proprio i documenti dell'istruttoria disciplinare, la previsione risulterebbe comunque recessiva rispetto al prevalente diritto di accesso del terzo teso alla propria tutela giurisdizionale, come ha ormai chiarito la giurisprudenza amministrativa, che ha sistematicamente disapplicato tali norme secondarie (regolamentari), ritenute subordinate al preminente diritto di accesso finalizzato alla propria difesa (26).

Tali conclusioni, favorevoli alla prevalenza dell'accesso sulla segretezza, sono state confermate dalla magistratura proprio in casi di dinieghi di accesso ad atti (ispettivi) interni al procedimento disciplinare (27) ed hanno oggi ricevuto il definitivo avallo del legislatore, ad opera sia del novellato art. 24, c. 7, l. n. 241 sia degli artt. 59 e 60 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, che, nel bilanciare i contrapposti interessi all'accesso (difensivo) e alla tutela della riservatezza del terzo (privacy), hanno concordemente dato prevalenza al primo, se necessario "per curare o difendere i propri interessi giuridici", nei limiti della pertinenza e non eccedenza.

Le conclusioni favorevoli, sul piano sia testuale che sistematico, alla piena accessibilità, a fronte di un interesse difensivo di un terzo, agli atti istruttori del procedimento disciplinare seguendo le regole procedurali fissate dal d.p.r. 12 aprile 2006, n. 184, attuativo degli artt. 22 ss. l. n. 241, valgono sicuramente anche per gli atti istruttori alla base della sospensione cautelare del dipendente pubblico.

Ne consegue che è da escludere invece una prevalenza del generico e immotivato accesso civico "generalizzato" dell'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 33/2013 sulla visione dei dati personali di terzi (art. 5-bis, c. 2, lett. a, d.lgs. n. 33), quali quelli di un procedimento disciplinare.

A nostro avviso, uno dei rari limiti ipotizzabili all'accesso del terzo ex artt. 22 ss. l. n. 241 agli atti del procedimento disciplinare potrebbe forse rinvenirsi non già nella mera trasmissione di documenti utilizzati o utilizzandi in sede disciplinare alla Procura della Repubblica, ma nell'eventuale sussistenza del segreto istruttorio penale (art. 329 c.p.p.), qualora sui medesimi fatti posti in essere dal lavoratore pendano indagini della magistratura penale. In tale evenienza la possibilità di accedere a tali atti (ad es., dichiarazioni rese da terzi, documenti, ecc.) è subordinata al rilascio di un nulla-osta da parte della magistratura inquirente (28).



COORDINAMENTO TERRITORIALE

Un possibile ulteriore limite dell'accesso difensivo del terzo (purché legittimato: vedi supra, sub a) potrebbe poi rinvenirsi nella tutela della riservatezza del lavoratore qualora si impinga in dati "super sensibili" (ad es., dati sanitari o sessuali: si pensi a dichiarazioni o certificazioni sanitarie prodotte dal lavoratore incolpato in sede disciplinare a propria discolpa per dimostrare la assenza di colpevolezza in una erronea e dannosa condotta lavorativa): in tali casi l'amministrazione (ad es., u.p.d.) destinataria della richiesta dovrà bilanciare i contrapposti interessi (alla difesa per il richiedente, alla riservatezza per il lavoratore incolpato), valutando in concreto quale sia il valore costituzionale prevalente, come stabilito dall'art. 60 del t.u. n. 196/2003. Personalmente riterremmo che il diritto alla difesa del terzo (artt. 24, 103, 113 Cost.) alla base dell'accesso debba qualificarsi come diritto di rango almeno pari a qualsiasi diritto costituzionale del soggetto sotto procedimento disciplinare e, come tale, prevalente sulla riservatezza del lavoratore, purché l'acquisizione avvenga nei limiti della pertinenza e non eccedenza (ergo, l'uso della documentazione acquisita deve avvenire per fini contenziosi e non "divulgativi" o per discreditare il pubblico dipendente).

Commette peculato il dipendente che trattiene le somme che avrebbe dovuto versare nelle casse della P.A.

È quanto ha ribadito la Corte di Cassazione ([3601/2021](#)) esaminando il caso di due dipendenti che dopo avere incassato le somme dovute per il rilascio della carte di identità, le hanno trattenute, affermando che non vi era alcuna disposizione riguardo i tempi di consegna, dunque attendevano la richiesta da parte dei superiori. Nè è giovato il fatto che le abbiano consegnate una volta avviato il procedimento giudiziario.

Il peculato, in quanto reato istantaneo, hanno affermato i giudici della Corte, si consuma nel momento in cui l'agente si appropria del danaro o della cosa mobile della pubblica amministrazione di cui abbia il possesso per ragione del suo ufficio, o dia ad essi una diversa destinazione. Ne consegue che, qualora il pubblico ufficiale abbia l'obbligo di versare nelle casse della P.A. il danaro di volta in volta ricevuto da terzi per ragione del suo ufficio, la mancata previsione di un termine di scadenza, se autorizza a tollerare un eventuale ritardo nell'adempimento dell'obbligo, non può tuttavia giustificare qualsiasi ritardo, ed in particolare anche quello che si protragga oltre quel ragionevole limite di tempo che sia imposto dalla maggiore o minore complessità delle operazioni di versamento da compiere, ovvero dalla necessità, per il pubblico ufficiale, di attendere anche a doveri d'ufficio di diversa natura.

Il principio è stato ribadito in un caso in tutto sovrapponibile a quello di specie – in relazione alla condotta dell'ufficiale di anagrafe che si era appropriato del denaro consegnatogli dai privati a titolo di diritti di segreteria sulle carte di identità da lui rilasciate -, là dove questa Corte ha affermato che integra il delitto di peculato la condotta del pubblico ufficiale che ometta o ritarda di versare ciò che ha ricevuto per conto della P.A., in quanto tale comportamento costituisce un inadempimento non ad un proprio debito pecuniario, ma all'obbligo di consegnare il danaro al suo legittimo proprietario, con la conseguenza che, sottraendo la res alla disponibilità dell'ente pubblico per un lasso temporale ragionevolmente apprezzabile, egli realizza una inversione del titolo del possesso uti dominus.

Pagamento ferie non godute e mobilità tra PA appartenenti a comparti

Con riferimento alla questione in oggetto la scrivente Agenzia, nel confermare i contenuti più volte espressi in precedenti orientamenti applicativi rilasciati in materia, ritiene utile evidenziare i seguenti elementi di approfondimento.

Pagamento ferie non godute e mobilità tra PA appartenenti a comparti diversi

L'art. 28, comma 11 del CCNL del 21.5.2018 prevede espressamente che *"le ferie maturate e non godute per esigenze di servizio sono monetizzabili solo all'atto della cessazione del rapporto di lavoro, nei limiti delle vigenti norme di legge e delle relative disposizioni applicative"*.

In base al suo inequivoco tenore letterale la disposizione consente la monetizzazione delle ferie solo all'atto della cessazione del rapporto di lavoro.

Nel caso della mobilità di cui all'art. 30 del d.lgs. n.165/2001 non vi è cessazione del rapporto di lavoro con costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, ma la continuazione del precedente rapporto, con i medesimi contenuti e caratteristiche, con un nuovo datore di lavoro.

Di conseguenza, trattandosi della prosecuzione del precedente rapporto di lavoro, mentre deve ritenersi esclusa la possibilità di monetizzare le ferie maturate e non godute dal dipendente prima del trasferimento, è senz'altro possibile che egli ne fruisca presso il nuovo datore di lavoro.

Si rammenta infatti che le ferie, costituendo un diritto irrinunciabile, non sono soggette ad alcun tipo di prescrizione, ferme restando le responsabilità previste dalla normativa vigente in caso di mancata tempestiva fruizione delle stesse.

Legittimo il licenziamento disciplinare a prescindere dalle sorti del processo penale

Legittimo il licenziamento del dipendente del comune di Roma che accetta regalie, considerate da lui d'uso, per velocizzare gli atti. La misura scatta a prescindere dalla sorte nel processo penale perché il datore ha un potere



COORDINAMENTO TERRITORIALE

disciplinare a prescindere dalla configurabilità dell'azione come reato. - (Corte di Cassazione - sezione Lavoro - sentenza n. 3659 del 12 febbraio 2021)

Pena patteggiata per l'ex assessore comunale, legittimo il suo licenziamento

Sotto i riflettori la condotta tenuta dall'uomo durante il suo periodo come amministratore della cosa pubblica. Il patteggiamento in ambito penale ha però uno strascico anche nel contesto lavorativo in cui egli è rientrato dopo il periodo di 'aspettativa' concessogli per portare avanti la propria esperienza da assessore. (Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza n. 4195/21; depositata il 17 febbraio) Pena patteggiata per l'oramai ex assessore comunale, ritenuto colpevole di concussione a sfondo sessuale. Legittimo, però, secondo i Giudici, anche il licenziamento deciso dall'Azienda sanitaria dove l'uomo è tornato...

Accessi non giustificati al protocollo informatico del Comune: licenziata la dipendente

Inutili le obiezioni proposte dalla lavoratrice. Ella deve dire addio al proprio impiego. Evidente, secondo i Giudici, la gravità della condotta da lei tenuta. (Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza n. 3819/21; depositata il 15 febbraio) Sacrosanto il licenziamento della dipendente comunale che accede ripetutamente al protocollo informatico dell'ufficio per conoscere atti che non rientrano in quelli di competenza del suo settore (Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza n....)

PRIMA CASA, NUOVO SÌ DELLA CASSAZIONE AL SEQUESTRO PER I REATI TRIBUTARI

In presenza di reati tributari può essere sequestrata a fini della successiva confisca la prima casa dell'imprenditore. La previsione contenuta nella normativa sulla riscossione infatti non si applica ai provvedimenti di tipo penale. Cassazione, Sentenza 5608/21, depositata il 12/02/21.

AGENZIA DELLE ENTRATE: DAL 1° MARZO ACCESSO AI SERVIZI ONLINE CON SPID, CIE E CNS

SPID, Carta d'identità elettronica e Carta nazionale dei servizi. Dal 1° marzo saranno queste le tre chiavi che i cittadini potranno utilizzare per accedere ai servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate. In linea con quanto previsto dal Decreto Semplificazione (DL n. 76/2020), infatti, dal 1° marzo non sarà più possibile ottenere le credenziali di Fisconline, cioè quelle proprie dell'Agenzia, e nei prossimi mesi quelle già in uso verranno progressivamente dismesse. Sarà quindi necessario dotarsi di una delle tre modalità di identificazione e autenticazione, SPID, CIE o CNS, riconosciute per i servizi on line di tutte le Pubbliche amministrazioni e che sono già utilizzabili per accedere ai servizi delle Entrate. Tutte le modalità per poter ottenere Spid sono disponibili sul sito <https://www.spid.gov.it/richiedi-spid>.

DIRITTO ALLA DISCONNESSIONE: VERSO LA DEFINIZIONE EUROPEA

In data 21/01/21, il Parlamento UE ha approvato una Risoluzione recante raccomandazioni alla Commissione UE sulla proposta di Direttiva sul diritto alla disconnessione. La proposta di Direttiva rappresenta il primo tentativo di definire a livello comunitario un diritto alla disconnessione, inteso come diritto sociale fondamentale dei lavoratori, in quanto strettamente collegato al loro benessere e alla loro salute fisica e mentale. La proposta di Direttiva sembra quindi annoverarsi tra i numerosi interventi UE in tema di salute e sicurezza sul lavoro. Risoluzione del Parlamento europeo del 21 gennaio 2021 - (2019/2181 INL).

Il coordinamento territoriale