

## Il DPR 13 giugno 2023, n. 81 e le modifiche al codice di comportamento dei dipendenti pubblici

di F. Chietera - 2 Dicembre 2024

**Sommario.**1. I codici di comportamento: nascita, evoluzione, problemi risolti e no. –2. La legge 190/2012 e il rilievo disciplinare dei codici di comportamento. – 3. Il DPR 81/2023 e la sua complicata gestazione. – 4. Le modifiche al DPR 62/2103: **4a)** L’art. 11 *bis* sull’utilizzo delle tecnologie informatiche; **4b)** L’art. 11 *ter* sull’utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media; **4c)** Le ulteriori modifiche. – 5. Conclusioni.

### 1. I codici di comportamento: nascita, evoluzione, problemi risolti e no.

Il pubblico dipendente, in quanto affidatario di funzioni pubbliche, soggiace alle disposizioni costituzionali di cui agli artt. 54 comma 2, 97, comma 2 e 98 della Costituzione. Di conseguenza, ha il dovere di adempiere al proprio compito con disciplina ed onore (art.54), di garantire il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97, comma 2) e di svolgere la sua funzione al servizio nell’interesse esclusivo della nazione (art. 98). Trattasi di obblighi di *status*, correlati al ruolo di funzionario pubblico, che può anche prescindere da un rapporto di servizio, di impiego ovvero onorario.

L’introduzione dei codici di comportamento, finalizzati a codificare un *minimum* di regole etiche e deontiche per i pubblici dipendenti, ha originato da subito un vivace dibattito, con opposte opinioni e sotto molteplici profili, molto spesso segnando una netta divaricazione tra la dottrina giuspubblicistica e quella lavoristica.

La prima fa leva sulla “*irriducibilità della figura del funzionario nelle maglie di una dimensione esclusivamente privatistica*” (così CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell’imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013,383), sul presupposto che “*i doveri del pubblico dipendente non consistono semplicemente nel fornire prestazioni a un datore di lavoro, ma nello svolgere una funzione nei confronti di due distinti principali: l’amministrazione e la collettività dei cittadini*” (così MATTARELLA, *Le regole dell’onestà. Etica, politica e amministrazione*, Bologna, 2009, 132; ritiene conciliabili, anche all’esito della privatizzazione, le finalità pubblicistiche di valenza costituzionale proprie dell’attività del dipendente pubblico, che si aggiungono agli obblighi afferenti alla prestazione contrattuale TENORE, *Lo stato dell’arte sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo le più recenti riforme*, in *LDE*, 2021,4,20).

La seconda, viceversa, passa da una prospettiva più radicale, secondo cui del codice di comportamento “*si sarebbe potuto fare a meno senza danni*” (così BARBIERI, *La nuova legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in CARINCI (diretto da), *I contratti collettivi di comparto*, Commentario, Giuffrè, Milano, 1997,561), a posizioni meno nette ma comunque critiche (GRANDI, *Il codice di condotta dei dipendenti pubblici. Alcune riflessioni a margine*, in *RGL*, 1994,I,365; VALLEBONA, *Il codice di condotta dei dipendenti pubblici ed i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione*, in *RGL*, 1994, I, 381; CESTER, *Brevi osservazioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *RG*, 1994,I,377; RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *LPA*, 2002,89; GREGORATTI e NUNIN, *Il codice di comportamento*

*dei dipendenti pubblici tra deontologia ed esigenze disciplinari*, in CARINCI e D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, II ed., 2000, II, 1626).

Al netto dell'interrogativo di fondo, relativo alla necessità o meno di codificare norme che riguardano il "foro interno" di ciascuno, anche ove rivolte a chi eserciti una funzione pubblica, ci si è chiesti, preliminarmente, se le disposizioni contenute nei codici di comportamento valessero ad ampliare il debito contrattuale del dipendente pubblico, o se dovessero ritenersi circoscritte ad una sfera, quella dell'*ethos* del prestatore, estranea al sinallagma contrattuale.

Di conseguenza, ci si è interrogati sulle conseguenze connesse alla violazione dei doveri contenuti nei codici di comportamento ed in particolare se dette violazioni dovessero rilevare o meno ai fini disciplinari ovvero riguardassero solo la sfera morale del dipendente pubblico.

Da ultimo, si è discusso in ordine alle modalità di formazione dei codici di comportamento, inizialmente adottati con decreto ministeriale (il primo codice di comportamento, cd. "Codice Cassese", è stato adottato con decreto del Ministro della Funzione Pubblica del 31 marzo 1994 ed il secondo, cd. "Codice Bassanini", con decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 28 novembre 2000) ed in generale sulla tenuta di un sistema regolativo, in materia disciplinare, particolarmente ibridato, in quanto costituito da fonti equiordinate di diversa formazione (normativa, regolamentare, contrattuale), il cui spazio di regolazione, per ciascuna fonte, ha conosciuto nelle varie stagioni di riforma del lavoro pubblico ampliamenti o restringimenti a seconda dei governi in carica e della visione che ciascuno di essi ha avuto della figura del dipendente pubblico (MILITELLO: *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?*, in *Quaderni DLM*, n. 7/2019) e del ruolo da assegnare al potere pubblicistico all'interno del rapporto di lavoro.

## **2. La legge 190/2012 e la valenza disciplinare dei codici di comportamento.**

La legge n. 190/2012 (art. 1, comma 44) ha modificato l'art. 54 del d.lgs. 165/2001 prevedendo espressamente che la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. Lo stesso articolo dispone che violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'art. 55 *quater*, comma 1 (licenziamento disciplinare). Viene quindi normativamente risolto il problema della valenza disciplinare dei codici di comportamento che, pur individuando "doveri a monte" del pubblico dipendente, anteposti rispetto alle dinamiche negoziali, possono generare responsabilità disciplinare.

Con la legge anticorruzione cambiano anche le modalità di formazione del codice di comportamento; se in precedenza, come innanzi detto, i codici di comportamento venivano adottati con decreto ministeriale, con la riforma dell'art. 54 del testo unico sul pubblico impiego ad opera della legge n. 190/2012 si prevede che il codice è approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di conferenza unificata; il codice di comportamento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione.

Altra novità importante introdotta dalla legge Severino riguarda l'obbligo, per ciascuna amministrazione, di definire, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento, che integra e specifica il codice di comportamento adottato mediante DPR.

Tale previsione nasce dalla necessità di conformare doveri e comportamenti del pubblico dipendente, stabiliti in via generale dal regolamento contenuto nel decreto del Presidente della Repubblica, allo specifico contesto della singola amministrazione, in ragione della sua peculiare attività e delle esigenze comportamentali ad essa connesse; se la finalità di tali codici di secondo livello è quella di “*cucire addosso*” (così TENORE, *op. cit.*, 20) alla singola amministrazione gli obblighi di comportamento dei suoi dipendenti, il relativo contenuto non può risolversi – come accade di frequente – in una mera riproduzione di quello di valenza generale contenuto nei d.P.R. n. 62/2013 e n. 81/2023 (come ribadito dall'ANAC nel Regolamento 9 settembre 2014).

In applicazione dell'art. 54 del TU n. 165/2001 è stato quindi emanato il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, entrato in vigore il 19 giugno 2013, contenente il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che trova applicazione, oltre che in favore dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2 del d.lgs. 165/2001, anche in favore di tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione.

Dal 2012, con la riforma dell'art. 54 del testo unico sul pubblico impiego, rimane quindi stabilito in via definitiva che la violazione del codice di comportamento assume valenza disciplinare; acclarato detto principio, non può tuttavia dirsi concettualmente risolto il problema della natura dei doveri inseriti nel codice di comportamento; se trattasi di *boni morse* che connotano il corredo valoriale del pubblico dipendente, ovvero se gli stessi vadano ad allargare il debito contrattuale del dipendente pubblico, ampliandone gli obblighi.

A tale aspetto si collega la questione delle fonti regolative in materia disciplinare, rispetto al quale abbiamo assistito, nel corso del tempo, ad interventi sempre più pervasivi della legge, con conseguente restrizione dell'ambito di operatività della contrattazione collettiva.

Sul delicato equilibrio tra fonte legale e fonte contrattuale, virato in favore della prima all'esito della riforma Brunetta, si innesterebbe l'ulteriore fonte regolamentare (e quindi unilaterale) relativa ai codici di comportamento (prospettiva ritenuta “*inquietante*” da GARGIULO, in *Il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in LPA, 2012, I, 763, in quanto “*scardina il principio di remissione della materia disciplinare alla contrattazione collettiva*”), non contemplata dall'art. 55, comma 2 del d.lgs. 165/2001, secondo cui, salvo quanto previsto dalla legge, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi.

Omissione che, pur sanata dai contratti collettivi che ai codici di comportamento rinviano, ribadendone la valenza disciplinare, non esclude in ogni caso il rischio di sovrapposizioni o di interferenze tra le varie fonti (TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP. CSDLE, “Massimo

*D'Antona*”, 229/2014), ferma peraltro la difficoltà, per il dipendente inciso da provvedimenti disciplinari, di censurare in sede di legittimità in via diretta i codici di comportamento, in ragione della loro natura regolamentare (Cass., 13 aprile 2022 n. 12038).

### **3. Il DPR 81/2023 e la sua complicata gestazione.**

Il d.P.R. 81/2023 nasce sulla scorta della delega conferita dal decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, convertito dalla legge 29 giugno 2022, n. 79, recante misure urgenti per l’attuazione del PNRR, come è noto, incentrato su milestone e target, che descrivono l’avanzamento ed i risultati delle riforme e degli obiettivi previsti dal piano.

L’art. 4 della legge n. 79/2022 ha ulteriormente modificato l’art. 54 del T.U. sul pubblico impiego, inserendo il comma 1 bis, che prevede l’obbligo di introdurre nel codice di comportamento una sezione dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e *social media* da parte dei dipendenti pubblici, anche al fine di tutelare l’immagine della pubblica amministrazione.

Si prevede poi che le pubbliche amministrazioni debbano prevedere lo svolgimento di un ciclo formativo obbligatorio, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente, sui temi dell’etica pubblica e sul comportamento etico.

Secondo quanto previsto dalla legge delega il codice di comportamento avrebbe dovuto essere aggiornato entro il 31 dicembre 2022. L’*iter* di approvazione del d.P.R. n. 81/2023 ha presentato tuttavia caratteri del tutto singolari (FIACCAVENTO, *Le modifiche al codice di comportamento dei dipendenti pubblici: tra perplessità del Consiglio di Stato e necessari ammodernamenti*, in LPO, 2023,7-8,522), che lasciano alquanto perplessi sia, in generale, in ordine al mancato rispetto della funzione consultiva esercitata dal Consiglio di Stato nei procedimenti di formazione di atti normativi del Governo, sia, nel caso specifico, in ordine alle modalità di formazione del testo regolamentare approvato con il d.P.R. n. 81/2023.

Lo schema di decreto è stato inviato al Consiglio di Stato, per il prescritto parere, il 28 dicembre 2022, a distanza di soli quattro giorni dalla scadenza prevista dalla legge delega per la sua emanazione. Lo schema di decreto contiene, peraltro, una serie di previsioni che esulano completamente dalla fonte primaria che, come innanzi detto, si limitava unicamente a stabilire che il codice di comportamento dovesse essere integrato con una sezione dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e che la pubblica amministrazione dovesse attivare corsi formativi sull’etica pubblica.

Lo schema di decreto, viceversa, si allarga a dismisura: si prevede, ad esempio, che il pubblico dipendente contribuisca sul luogo di lavoro al contenimento dei consumi energetici e in generale delle risorse e dei materiali di consumo forniti dall’amministrazione ed alla raccolta differenziata dei rifiuti, nonché l’obbligo di astenersi da azioni discriminatorie o lesive dell’integrità psichica e fisica degli altri dipendenti e degli utenti.

Il debordare dello schema di decreto dai limiti posti dalla legge delega è stato oggetto di puntuali rilievi da parte del Consiglio di Stato, che, con il parere n. 93 del 12 gennaio 2023, nel sospendere la pronuncia, ha invitato il mittente a fornire un testo aderente alle previsioni

della legge delega, evidenziando come anche la parte relativa all'utilizzo delle tecnologie informatiche e all'utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media, il testo proposto contenesse una pluralità di regole *“connotate da un elevato dettaglio casistico, ma al contempo da una indeterminatezza delle condotte sanzionabili, favorita anche dall'utilizzo di espressioni linguistiche, molte delle quali tratte dal linguaggio tecnico e lasciate prive di definizioni atte a esplicitarne il significato”*.

Lo schema di decreto emendato non è in realtà mai pervenuto, ed al suo posto è giunta da parte dell'Ufficio Legislativo del Ministero per la pubblica amministrazione una nota di chiarimenti (Nota ULM FP -0000180 – P- dell'1 marzo 2023), in cui si evidenziava che le previsioni eccedenti la delega potessero comunque essere giustificate per motivi legati a specifiche contingenze o emergenze, in ragione dell'esercizio del generale potere regolamentare attribuito al Governo dalla legge n. 400 del 1988; in particolare, le disposizioni riguardanti l'obbligo del dipendente di contribuire sul luogo di lavoro al contenimento dei consumi energetici e in generale delle risorse e dei materiali di consumo forniti dall'amministrazione ed alla raccolta differenziata dei rifiuti veniva giustificato (in maniera in realtà abbastanza creativa) dalle esigenze legate al conflitto russo/ucraino, mentre le disposizioni riguardanti l'uso dei *socialnetwork* si ritenevano da collegare alla necessità individuare un nuovo equilibrio tra la libertà di manifestazione del pensiero del lavoratore, più nello specifico nella sua forma del diritto di critica, da un lato, e il potere datoriale di controllo, dall'altro, anche in ragione delle sollecitazioni espresse in materia dalla Commissione Europea e dall'ANAC; in ogni caso, con la predetta nota, si rappresentava una sorta di impegno *pro futuro* a tener conto dei rilievi critici evidenziati dal Consiglio di Stato nel parere n. 93/2023.

Il Consiglio di Stato, nel prendere atto delle buone intenzioni del Governo, non può tuttavia esimersi dal rilevare *“la peculiarità dell'iter seguito dal Ministero riferente che sottopone nuovamente a parere il medesimo testo già oggetto di parere interlocutorio”*; ribadendo le osservazioni già rese, evidenzia, con riferimento alle disposizioni – eccedenti la norma primaria – riguardanti il rispetto dell'ambiente ed il rispetto della persona, con il correlato divieto di discriminazioni, come appaia quanto meno illogico procedere nello stesso momento alla novella del medesimo testo sulla base di fonti deleganti diverse.

In ogni caso, il Consiglio di Stato rende il parere richiesto (parere 14 aprile 2023, n. 584), nei termini di cui in motivazione, anche in considerazione della volontà espressa dal Ministero proponente di sottoporre le osservazioni espresse, sia nel parere interlocutorio che in quello definitivo, al vaglio del Consiglio dei ministri.

Facendo tesoro di quanto osservato dal Consiglio di Stato, pur nella dichiarata difficoltà di esprimere parere su uno schema di decreto non fornito ai fini del relativo esame, viene quindi promulgato il DPR 13 giugno 2023 n. 81 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 29 giugno 2023, n.150), entrato in vigore il 14 luglio 2023, recante modifiche al d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62, nel quale pur non comparando le disposizioni *“extra ordinem”* censurate per eccesso di delega, riguardanti sia i consumi energetici e la raccolta differenziata che l'obbligo di astenersi da azioni discriminatorie, permangono comunque una serie di criticità, sicuramente foriere di contenzioso.

Per concludere, va infine evidenziato che i rilievi espressi dal Consiglio di Stato sono stati riproposti dinanzi al Tar Lazio dalla Federazione Lavoratori della Conoscenza, aderente alla

CGIL, che ha impugnato il d.P.R. n. 81/2023 con plurimi motivi, riguardanti, oltre che il mancato recepimento delle osservazioni del Consiglio di Stato (in violazione dell'art. 17 della legge n. 400/1988), l'assoluta genericità ed indeterminatezza degli obblighi contenuti artt. 11 bis e 11 ter (in violazione dell'art. 54, comma 1 *bis* del T.U. n. 165/2001), nonché la violazione dei precetti costituzionali di legalità (art. 25), di libertà di manifestazione del pensiero (art. 21), di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97).

Il Tar Lazio ha dichiarato tuttavia il ricorso inammissibile (Tar Lazio, sez. IV *ter*, 27 ottobre 2023, n. 15978), per carenza originaria di interesse a ricorrere, ritenendo le disposizioni di cui al d.P.R. n. 81/2023 non immediatamente lesive. Secondo la prospettazione del giudice amministrativo, il codice di comportamento contenuto nel d.P.R. n. 62/2013, come integrato dal d.P.R. n. 81/2023, costituirebbe, testualmente, un mero atto di “volizioni preliminari”-destinato ad essere successivamente integrato e specificato da parte delle singole amministrazioni – contenente statuizioni di carattere generale, astratto e programmatico, come tali non idonee a produrre una immediata incisione della sfera giuridica dei destinatari.

La riconduzione operata dal giudice amministrativo dei codici di comportamento disciplinati dai d.P.R. n. 62/2013 e n. 81/2023 alla categoria degli atti regolamentari di volizione preliminare, non immediatamente impugnabili a differenza degli atti regolamentari cosiddetti di “volizione – azione” (Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4464; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 450) lascia perplessi (cfr. Aiello e Capitelli, *Le modifiche al codice di comportamento dei dipendenti pubblici non ledono i diritti dei dipendenti*, in *Labor*, 5 gennaio 2024), nella misura in cui i doveri del pubblico dipendente ivi contenuti – indipendentemente dall'adozione del “successivo” codice di comportamento da parte di ciascuna amministrazione – risultano immediatamente cogenti ed in quanto tali fonte di responsabilità disciplinare.

L'eventuale violazione, ad esempio, del divieto di effettuare qualsivoglia commento o intervento che possa nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine dell'amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione in generale, previsto dall'art. 11 *ter* innanzi richiamato, da un lato non può ritenersi che non abbia autonoma valenza cogente e dall'altro, per la sua specificità, non pare possa ritenersi abbinabile di ulteriori integrazioni da parte della singola amministrazione, se non in ragione della sua specifica attività.

Peraltro, seguendo l'iter logico seguito dal Tar Lazio, ove la singola amministrazione non adotti un proprio codice – fenomeno per la verità non infrequente – le previsioni di cui ai d.P.R. n. 61/2013 e n. 81/2023 resterebbero di fatto inapplicabili, in contrasto con la ratio che ne ha originato l'emanazione e con conseguente violazione dell'art. 54, comma 3 del TU, a mente del quale la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento (senza alcuna specificazione se di “primo” o di “secondo livello”) è fonte di responsabilità disciplinare.

#### **4. Le modifiche al DPR 62/2013**

##### **4a) L'art. 11 bis sull'utilizzo delle tecnologie informatiche**

L'art. 1 del d.P.R. n. 81/2023 modifica il d.P.R. n. 62/2013, introducendo l'art. 11 *bis*, riguardante l'utilizzo delle tecnologie informatiche.

In via preliminare, si prevede che l'amministrazione, attraverso i propri responsabili di struttura, abbia la "facoltà" di svolgere gli accertamenti necessari e di adottare ogni misura atta a garantire la sicurezza e la protezione dei sistemi informatici, delle informazioni e dei dati.

Le modalità di svolgimento di tali accertamenti sono stabilite mediante linee guida adottate dall'Agenzia per l'Italia Digitale, sentito il Garante per la protezione dei dati personali.

La disposizione desta qualche perplessità nella parte in cui prevede che detti accertamenti siano oggetto di una facoltà e non di un obbligo della pubblica amministrazione, considerata la natura cogente della normativa in materia di sicurezza e di protezione dei sistemi informatici, delle informazioni e dei dati contenuta nella normativa in tema di *privacy*.

Si prevede poi che l'utilizzo di *account* istituzionali è consentito per i soli fini connessi all'attività lavorativa o ad essa riconducibili e non può in alcun modo compromettere la sicurezza o la reputazione dell'amministrazione.

Correlativamente, l'utilizzo di caselle di posta elettronica personale è di norma evitato per attività o comunicazioni afferenti al servizio, salvi i casi di forza maggiore dovuti a circostanze in cui il dipendente, per qualsiasi ragione, non possa accedere all'*account* istituzionale.

Il dipendente è comunque responsabile del contenuto dei messaggi inviati e deve uniformarsi alle modalità di firma dei messaggi di posta elettronica di servizio individuate dall'amministrazione di appartenenza. Ciascun messaggio in uscita deve consentire l'identificazione del dipendente mittente e deve indicare un recapito istituzionale al quale il medesimo è reperibile.

Una disposizione particolare, sicuramente foriera di contenzioso, riguarda l'utilizzo degli strumenti informatici forniti dall'amministrazione, consentito per poter assolvere ad incombenze personali senza doversi allontanare dalla sede di servizio e "*purché l'attività sia contenuta in tempi ristretti e senza alcun pregiudizio per i compiti istituzionali*".

La disposizione, per come formulata, pare legittimare, da parte del dipendente pubblico, l'utilizzo degli strumenti informatici forniti dall'amministrazione per poter assolvere ad incombenze personali, non meglio identificate, sul posto di lavoro: unica limitazione prevista è che il disbrigo delle incombenze personali sia contenuta "in tempi stretti", non meglio temporalmente definiti, e comunque senza pregiudizio per i compiti istituzionali.

La norma regolamentare, di contenuto estremamente generico, parte da un dato di fondo opinabile, nella misura in cui si ritiene che il dipendente pubblico, durante l'orario di lavoro, possa occuparsi di incombenze personali, peraltro di carattere non urgente, utilizzando strumenti informatici forniti dall'amministrazione.

Può quindi trattarsi di incombenze personali di vario genere, delle quali non si comprende per quale ragione il pubblico dipendente debba occuparsi durante l'orario di lavoro, peraltro utilizzando gli strumenti informatici di proprietà dell'amministrazione assegnati in dotazione; né vale, ad escludere l'eccentricità della disposizione, la limitazione prevista dalla norma, secondo cui dette incombenze personali debbano essere soddisfatte senza allontanarsi dalla sede di servizio, posto che il pubblico dipendente non può scegliere liberamente di allontanarsi dal posto di lavoro in assenza di preventiva autorizzazione; sul posto ed in orario

di lavoro il dipendente pubblico ha l'obbligo di prestare attività lavorativa e l'obbligo di rendere la prestazione lavorativa in orario di lavoro evidentemente collide con la facoltà di svolgere, sul posto (o fuori) ed in orario di lavoro, attività di natura personale, peraltro non specificata nei contenuti ed in assenza di qualsivoglia autorizzazione. Diverso sarebbe stato ove la norma avesse collegato tale facoltà a gravi esigenze di carattere straordinario, delle quali viceversa non vi è traccia.

Da ultimo, la norma prevede il divieto di inviare messaggi di posta elettronica, all'interno o all'esterno dell'amministrazione, che siano oltraggiosi, discriminatori o che possano essere in qualunque modo fonte di responsabilità dell'amministrazione.

Il divieto si pone in termini assoluti, inibendo l'invio di messaggi oltraggiosi, discriminatori o che possano essere in qualunque modo fonte di responsabilità dell'amministrazione, sia all'interno che all'esterno dell'amministrazione.

Se la disposizione può comprendersi con riferimento all'invio di messaggi di posta elettronica che siano fonte di responsabilità per l'amministrazione, qualche perplessità sorge con riferimento a quelli (oltraggiosi o discriminatori) che – oltre a trovare autonomi divieti e sanzioni in sede sia civile che penale – andranno necessariamente valutati, sotto il profilo disciplinare, tenendo conto dei riflessi che detti comportamenti possono generare, anche in via potenziale, sulla funzionalità del rapporto.

#### **4b) L'art. 11 ter sull'utilizzo dei mezzi di informazione e dei social media**

L'art. 11 *ter* disciplina viceversa l'utilizzo dei mezzi di informazione e dei *social media*.

La norma prevede che il dipendente utilizza ogni cautela affinché le proprie opinioni o i propri giudizi su eventi, cose o persone, non siano in alcun modo attribuibili direttamente alla pubblica amministrazione di appartenenza. La disposizione certamente più problematica è quella contenuta nel comma 2 dell'art. 11 *ter*, laddove si prevede che in ogni caso il dipendente è tenuto ad astenersi da qualsiasi "*intervento o commento*" che possa nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine dell'amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione.

Il che pare significare che, ad esempio, un dipendente ministeriale che incappi in un episodio di malasanità, non potrà in alcun modo esprimere il suo giudizio negativo sulla struttura sanitaria pubblica con cui ha malauguratamente interagito, perché le sue esternazioni potrebbero nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine di una pubblica amministrazione di cui non fa parte e che del tutto legittimamente può criticare, in quanto le sue esternazioni, via social o meno, potrebbero condurlo a subire un procedimento disciplinare.

La previsione, per come formulata, appare pacificamente illegittima, in quanto di fatto azzerà il diritto di critica del dipendente pubblico, ponendosi in aperto contrasto con l'art. 21 della Costituzione, secondo cui tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione; con l'art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, ma anche con l'art. 1 dello Statuto dei Lavoratori, secondo cui i lavoratori, senza distinzioni di opinioni politiche, sindacali e di fede religiosa, hanno diritto,

nei luoghi di lavoro dove prestano la loro opera, di manifestare liberamente il proprio pensiero, ovviamente nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme statutarie.

Il divieto generalizzato ed assoluto, nei termini sopra riportati, di effettuare interventi o commenti via *social* che possano potenzialmente portare pregiudizio all'amministrazione appare peraltro inutile, posto che la giurisprudenza, sia nell'impiego privato che in quello pubblico, ha da tempo ha circoscritto il perimetro entro il quale tale diritto può essere correttamente esercitato, ancorandolo agli obblighi discendenti dall'art. 2105 c.c. , ed in generale agli obblighi di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 c.c., anche in assenza di specifiche disposizioni del codice di comportamento. Sul tema, la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che l'esercizio del diritto di critica del lavoratore nei confronti della parte datoriale ovvero di un superiore gerarchico deve ritenersi legittimo, a condizione che rispetti i limiti interni di continenza sostanziale – intesa come congruenza dei fatti rispetto alla verità – e formale – intesa quale rispetto della forma civile di esposizione dei fatti medesimi (Cass., 31 maggio 2022, n. 17689; Cass., 13 ottobre 2021, n. 27939; Cass., 18 gennaio 2019, n.1379; Cass., 18 luglio 2018, n. 19092; Cass., 6 giugno 2018, n. 14527; Cass., 8 luglio 2009, n. 16000; Cass., 10 dicembre 2008, n. 29008).

Peraltro, la disposizione introdurrebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra il dipendente pubblico e quello privato, non sussistendo per quest'ultimo limiti ulteriori rispetto a quelli di continenza innanzi richiamati.

A monte, non è superfluo evidenziare che il decoro e l'immagine della pubblica amministrazione non si cautelano imbavagliando i dipendenti, che viceversa hanno tutto il diritto di esprimere le loro opinioni, anche di dissenso, nei confronti sia della pubblica amministrazione di appartenenza che di altre pubbliche amministrazioni in generale, nel rispetto dei limiti sia formali che sostanziali del diritto di critica.

La manifesta esigenza di tutelare il prestigio, il decoro e l'immagine dell'amministrazione in senso ampio, a discapito del legittimo esercizio di critica da parte del dipendente, si ricava, altresì, dalla modifica dell'art. 12 del d.P.R. n. 62/2013, che disciplina l'obbligo del dipendente pubblico, fatto salvo il diritto di esprimere valutazioni e diffondere informazioni a tutela dei diritti sindacali, di astenersi da dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti dell'amministrazione.

Il d.P.R. n. 81/2023 ha modificato la disposizione aggiungendo una ulteriore ipotesi di obbligo di "astensione" del pubblico dipendente, non solo con riferimento alle dichiarazioni pubbliche offensive, ma anche a dichiarazioni che "possano nuocere al prestigio, al decoro o all'immagine dell'amministrazione di appartenenza o della pubblica amministrazione in generale".

Sotto altro profilo, le disposizioni in tema di divieto di interventi o commenti lesivi della pubblica amministrazione paiono porsi in frontale contrasto con la normativa, di derivazione europea, che viceversa incentiva il dipendente (pubblico o privato) che denunci violazioni di disposizioni normative nazionali o unioniali che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato, delle quali lo stesso sia venuto a conoscenza in un contesto lavorativo sia pubblico che privato.

Il sistema di riservatezza e di protezione previsto dal decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24 a tutela del segnalante (ad esempio con il divieto di atti di ritorsione conseguenti alla segnalazione, ivi compresi licenziamenti, provvedimenti disciplinari, retrocessioni di grado o mancate promozioni modifica dell'orario di lavoro e qualsivoglia provvedimento datoriale di contenuto negativo che sia conseguente alla segnalazione) incentiva quindi un comportamento attivo e collaborativo del dipendente, a tutela dell'interesse pubblico o dell'integrità della p.a., sicuramente in antitesi con il divieto di esprimere opinioni pubbliche o mediante social che possano ledere il decoro o l'immagine della pubblica amministrazione.

Al fine di garantirne i necessari profili di riservatezza le comunicazioni, afferenti direttamente o indirettamente il servizio non si svolgono, di norma, attraverso conversazioni pubbliche mediante l'utilizzo di piattaforme digitali o *social media*. Sono escluse da tale limitazione le attività o le comunicazioni per le quali l'utilizzo dei *social media* risponde ad una esigenza di carattere istituzionale. È consentito alle amministrazioni di dotarsi di una "*social media policy*" per ciascuna tipologia di piattaforma digitale; detta *policy* deve individuare, graduandole in base al livello gerarchico e di responsabilità del dipendente, le condotte che possono danneggiare la reputazione delle amministrazioni. Fermi restando i casi di divieto previsti dalla legge, i dipendenti non possono divulgare o diffondere per ragioni estranee al loro rapporto di lavoro con l'amministrazione e in difformità alle disposizioni di cui al decreto legislativo 13 marzo 2013, n. 33, e alla legge 7 agosto 1990, n. 241, documenti, anche istruttori, e informazioni di cui essi abbiano la disponibilità.

#### **4c) Le ulteriori modifiche**

Il d.P.R. n. 81/2023 reca poi ulteriori disposizioni di modifica del d.P.R. n. 62/2013.

In particolare, viene modificato l'art. 12 del d.P.R. n. 62/2013, riguardante la disciplina dei rapporti del pubblico dipendente con il pubblico, prevedendo che il comportamento del pubblico dipendente, informato a spirito di servizio, correttezza, cortesia e disponibilità e nel rispondere alla corrispondenza, a chiamate telefoniche o ai messaggi di posta elettronica, debba operare nella maniera più completa e accurata possibile, "*in ogni caso orientando il proprio comportamento alla soddisfazione dell'utente*".

Viene anche modificato l'art. 13 del d.P.R. n. 62/2013, riguardante disposizioni particolari per i dirigenti, specificando che il comportamento esemplare allo stesso richiesto debba declinarsi in "*termini di integrità, imparzialità, buona fede e correttezza, parità di trattamento, equità, inclusione e ragionevolezza*".

Le ulteriori modifiche riguardano sempre la figura dei dirigenti, per i quali è previsto uno specifico obbligo di curare la crescita professionale dei collaboratori favorendo le occasioni di formazione e promuovendo opportunità di sviluppo interne ed esterne alla struttura di cui è responsabile (art. 4 *bis*). Da ultimo, viene modificato integralmente il comma 5 dell'art. 13 del d.P.R. n. 62/2013, prevedendo che il dirigente cura, compatibilmente con le risorse disponibili, il benessere organizzativo nella struttura cui è preposto, favorendo l'instaurarsi di rapporti cordiali e rispettosi tra i collaboratori nonché di relazioni, interne ed esterne alla struttura basate su una leale collaborazione e su una reciproca fiducia e assume iniziative finalizzate alla circolazione delle informazioni, all'inclusione e alla valorizzazione delle differenze di genere, di età e di condizioni personali.

Tra dette attività sono inclusi cicli formativi sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico, da svolgersi obbligatoriamente, sia a seguito di assunzione sia in ogni caso di passaggio a ruolo o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, la cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità. La norma primaria poneva questo obbligo in maniera generica in capo alle pubbliche amministrazioni; il codice di comportamento invece pone l'obbligo in capo al dirigente, tra i cui compiti, finalizzati alla realizzazione del benessere dei dipendenti, rientra quello di curarne la formazione etica, sia in fase di costituzione del rapporto di lavoro che nel successivo svolgimento, mediante specifica formazione tarata, quanto a contenuti e durata, in relazione al grado di responsabilità connesso con le mansioni da svolgere.

Il compito di formare i dipendenti rispetto al tema dell'etica è quindi affidato al dirigente, quale soggetto deputato ad assumere le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro (art. 5, comma 2 del d. lgs. N. 165/2001): anche l'innalzamento del livello etico dei dipendenti si ritiene possa servire a realizzare un contesto di benessere lavorativo quale *“precondizione e conseguenza della virtuosa micro-organizzazione e gestione del personale”* (NICOSIA, *La ricerca della felicità: aspettativa o diritto al benessere nel lavoro pubblico?* in *W.P. CSDLE “Massimo D’Antona, 543-2022*).

Le ambiziose attività di formazione e crescita etica del dipendente pubblico paiono tuttavia essere fortemente depotenziate dalla disposizione di chiusura del decreto, laddove si prevede espressamente che alle attività di cui al decreto le amministrazioni provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza ulteriori oneri a carico della finanza pubblica.

A ribadire il concetto del “costo zero” dell'operazione, il d.P.R. n. 81/2023 si chiude con l'art. 2, recante una clausola di invarianza finanziaria di carattere generale, a mente del quale dall'attuazione del decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, sicché le amministrazioni interessate provvedono alle attività previste dal decreto medesimo mediate l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Grandi propositi, quindi, che tuttavia cadono rovinosamente leggendo le disposizioni di chiusura del decreto, che pongono un limite di invarianza finanziaria, prevedendo che con riferimento a tutte le attività previste dal decreto le amministrazioni provvedono con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o ulteriori oneri a carico della finanza pubblica. Trattasi al solito delle grandi riforme a costo zero e tale previsione evidentemente depotenzia, se non azzerà, i grandi propositi di formazione sull'etica pubblica nella pubblica amministrazione.

## **5. Conclusioni.**

In conclusione, non può non evidenziarsi come in tema di etica del pubblico dipendente si registri un quadro abbastanza confuso, se non schizofrenico, che impedisce di cogliere a pieno quali obiettivi ci si prefigga di raggiungere rispetto al tema. Se da un lato, infatti, con il d.lgs. n. 24/2023 si spinge per realizzare un dipendente pubblico (e privato) collaborativo e responsabile, attribuendo valore civico e sociale alla iniziativa di denuncia di fenomeni devianti nella pubblica amministrazione, dall'altra si vieta allo stesso dipendente, pena la sua re-

sponsabilità disciplinare, di esprimere liberamente il suo pensiero in termini di dissenso nei confronti dell'amministrazione di appartenenza ovvero della pubblica amministrazione in generale.

Gli obiettivi di etica pubblica da perseguire con ed attraverso il personale vanno evidentemente chiariti a monte, come pure vanno disciplinate con coerenza le modalità con cui si ritiene di coinvolgere sotto il profilo etico il pubblico dipendente nell'espletamento della sua attività lavorativa, non potendosi al contempo da un lato invogliarlo a denunciare comportamenti di *malamministrazione* dall'altro inibirgli di esprimere liberamente le sue opinioni anche di dissenso nei confronti dell'amministrazione di appartenenza ovvero di altre amministrazioni, ovviamente nel rispetto dei limiti formali e sostanziali che accompagnano il diritto di critica, poiché frenato dal timore di iniziative disciplinari.

Ancora più a monte, occorre comprendere quale ruolo debba assumere, in tale percorso di crescita dell'etica collettiva, lo Stato. La sensazione che si ricava, allo stato, è quella di un arretramento della presenza dello Stato, sotto tale profilo dimostrata, ad esempio, dalle recenti proposte di alleggerimento dei reati contro la pubblica amministrazione ed addirittura di eliminazione del reato di abuso di ufficio, disciplinato dall'art. 323 c.p., che punisce il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che nello svolgimento delle funzioni o del servizio e in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previsti dalla legge e da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto.

L'art. 323 c.p. non può considerarsi una norma avulsa dal contesto dell'impiego pubblico, essendo viceversa servita nel tempo per scardinare fenomeni di malcostume sin dall'instaurazione del rapporto di lavoro, per esempio con riferimento all'inveterato fenomeno delle raccomandazioni o delle segnalazioni o pressioni nei concorsi pubblici, volte a far vincere parenti e amici e non i più meritevoli, come impone l'art. 97 della Costituzione.

Il fenomeno sempre attuale delle raccomandazioni nei concorsi, ed in generale di clientelismo, nepotismo e favore politico, con l'abolizione del reato di abuso di ufficio non sarebbe più punibile, avendo la giurisprudenza escluso che tali comportamenti possano rientrare in altre norme incriminatrici (Cass. pena., 16 giugno 2023, n. 26225), quale ad esempio nel reato di turbata libertà di incanti (di cui all'art. 353 c.p.), in quanto i concorsi per l'accesso ai pubblici impieghi ovvero le procedure di mobilità del personale non rientrano nel concetto di gara di cui all'art. 353 c.p., essendo quest'ultima limitata solo a procedure volte all'acquisizione di beni o servizi.

Peraltro, la questione non riguarda unicamente la fase di reclutamento del personale pubblico, potendosi estendere a tutta una serie di atti o comportamenti datoriali (Cass. pena., 18 febbraio 2016, n. 6665, che ha ritenuto integrato il reato di abuso di ufficio nelle ipotesi in cui lo stesso sia esercitato non in funzione dell'interesse pubblico ma per motivi pretestuosi e sorretti da un intento ritorsivo; Cass. pen., 22 aprile 2021, n. 27399 in tema di revoca di incarichi dirigenziali), ad esempio in materia di trasferimenti, mobbing, assegnazione o revoca di funzioni, licenziamenti, rispetto ai quali, in presenza di un evidente vuoto normativo, i

comportamenti abusanti non troverebbero sanzioni, a tutto vantaggio di coloro che scientemente abusano della pubblica funzione per fini privati o comunque illeciti.

Solo con uno sforzo sinergico tra Stato e cittadino (lavoratore dipendente o meno, pubblico o privato) potrà viceversa essere realizzato l'obiettivo di implementare la schiera degli "*onesti per abitudine mentale, condizionamento caratteriale, tic nervoso*" di calviniana memoria (CALVINO, *Apologo sull'onestà nel paese dei corrotti*, in *la Repubblica* del 15 marzo 1980), sia dentro che fuori della pubblica amministrazione.

Francesca Chietera, avvocatessa in Matera