

UNIONCAMERE

NEWSLETTER N. 1 del 23 LUGLIO 2008

➤ **Irrilevanza dello svolgimento di mansioni superiori ai fini del riconoscimento della qualifica superiore**

Con riferimento ad una fattispecie in cui un dipendente dell'Agenzia delle Entrate era stato temporaneamente assegnato allo svolgimento di mansioni dirigenziali prima di vedersi, successivamente, attribuire un diverso incarico implicante lo svolgimento di mansioni non dirigenziali, la Suprema Corte, con la sentenza n. 1346 del **22 gennaio 2008**, accogliendo il ricorso dell'Amministrazione, che affermava non esserci stato alcun demansionamento ai danni del proprio dipendente e contestava il risarcimento del danno a tal fine riconosciuto in favore di quest'ultimo nelle precedenti fasi di merito, ha evidenziato l'erronea applicazione dell'art. 2103 c.c.. Nel pubblico impiego privatizzato, infatti, avrebbe dovuto trovare applicazione la ben differente ed alternativa disciplina contenuta all'art. 52, D.Lgs. n. 165/2001, dal momento che *"la riconduzione della disciplina del lavoro alle regole privatistiche del contratto e dell'autonomia privata individuale e collettiva, con conseguente devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario, non elimina la perdurante particolarità del datore di lavoro pubblico che, pur munito nella gestione dei rapporti degli strumenti tipici del lavoro privato, per ciò che riguarda l'organizzazione del lavoro resta pur sempre condizionato da vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse e di compatibilità finanziaria generale"*.

Ragion per cui lo svolgimento per un periodo temporaneo di mansioni dirigenziali, a fronte di un diverso livello formale di inquadramento del suddetto lavoratore, non avrebbe potuto di per sé determinare il riconoscimento dell'inquadramento superiore, diversamente ottenibile solo per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive.

Sul punto, è ulteriormente evidenziato dalla Suprema Corte che *"l'assegnazione a mansioni superiori viene quindi concepita, nel pubblico impiego privatizzato, come intrinsecamente temporanea, escludendo quindi sia il diritto al loro mantenimento oltre il termine fissato all'atto dell'attribuzione, sia il diritto alla acquisizione della qualifica superiore ad esse corrispondente"*. A fortiori, non potendosi maturare alcun diritto in tal senso, non potrà conseguentemente essere riconosciuto un risarcimento del danno in caso sottrazione delle mansioni superiori temporaneamente esercitate e conseguente riassegnazione alle mansioni conformi alla qualifica di assunzione o a quelle considerate corrispondenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi.

➤ **Obbligo di fedeltà e lavoro all'esterno dell'amministrazione di appartenenza**

Con la sentenza n. 3090 dell'**8 febbraio 2008**, la Suprema Corte, confermando la decisione della Corte di Appello, ha ritenuto legittimo il licenziamento disposto da un'azienda ospedaliera ai danni di una propria lavoratrice, infermiera professionale, che aveva prestato, al di fuori del proprio rapporto di lavoro, prestazioni lavorative in favore di una diversa struttura sanitaria privata in violazione dell'art. 1, co. 60-61, L. n. 662/1996 e dell'art. 53, D.Lgs. n. 165/2001 che vietano lo svolgimento di qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo tranne che la legge o altra fonte normativa ne prevedano l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza.

Il comportamento della suddetta infermiera, peraltro in favore di una struttura che abbisognava del servizio infermieristico al pari dell'amministrazione di appartenenza, è stato ritenuto talmente grave, da creare nel datore di lavoro *"una oggettiva sfiducia circa il rispetto"*

dell'obbligo di fedeltà cui il dipendente era tenuto" e, come tale, giustificativo della risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro.

➤ **Mancata assegnazione alle mansioni conseguenti al superamento di un concorso e danno da dequalificazione**

In relazione ad una fattispecie in cui un dipendente di un'azienda municipale di trasporti, vincitore di concorso interno per il passaggio di un livello di inquadramento, non era stato concretamente assegnato allo svolgimento di mansioni confacenti al medesimo livello ma aveva continuato ad essere adibito ad attività attinenti al livello dell'originario inquadramento, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 8439 del **1° aprile 2008**, rigettando le argomentazioni dell'amministrazione ricorrente che sosteneva che per aversi dequalificazione sarebbe stato necessario che il dipendente avesse in concreto svolto mansioni diverse da quelle sempre espletate, ha affermato che *"l'istante avrebbe dovuto ricoprire le mansioni meritate a mezzo concorso e che il permanere, invece, nelle vecchie mansioni, costituisce dequalificazione rispetto alle mansioni assegnate"*.

Peraltro, con riferimento al danno conseguente alla dequalificazione, nella sentenza sopra richiamata è stato puntualizzato che lo stesso debba essere individuato proprio nella mancata acquisizione di una maggiore capacità che essendo, nel caso di specie, relativa ad un concorso per programmatore informatico, doveva ritenersi particolarmente evidente, integrando quest'ultima un'attività soggetta a continua evoluzione e richiedente un continuo aggiornamento tecnico, nonché una pratica costante di impiego di diversi programmi applicativi.

➤ **Scorrimento di graduatoria di concorso e costituzione del rapporto di pubblico impiego**

Le Sezioni Unite, con pronuncia n. 8736 del **4 aprile 2008**, conformandosi al proprio consolidato orientamento (cfr. Sez. UU., n. 6041/2000), hanno ribadito che la giurisdizione residuale del giudice amministrativo concerne, ai sensi del quarto comma dell'art. 63, D.Lgs. n. 165/2001, le procedure concorsuali strumentali all'assunzione, tra cui non rientra l'atto di nomina, successivo alla approvazione della graduatoria di un concorso pubblico, che rimane di competenza del giudice ordinario del lavoro, attenendo alla gestione del rapporto di lavoro ormai formalizzatosi. Analogamente, anche la delibera di ulteriori assunzioni mediante ricorso alla procedura di scorrimento della graduatoria rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perché, una volta che la Pubblica Amministrazione abbia espresso la propria volontà di avvalersi della medesima graduatoria, debitamente approvata e da cui conseguiva l'idoneità dell'aspirante dipendente pubblico, quest'ultimo acquisisce *ex se* il diritto alla costituzione del rapporto di pubblico impiego. Pertanto, una volta adottato il provvedimento amministrativo di copertura di una specifica posizione per cui era stata precedentemente bandito un concorso ed era stata approvata una graduatoria di idonei, *"tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori, ancorché mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario, recante la c.d. lex specialis del concorso, e conclusasi con l'approvazione della graduatoria, che individua i soggetti da assumere"*.

➤ **Incarichi di dirigenza e attività negoziale della P.A.**

Il conferimento, come la revoca, degli incarichi dirigenziali nella P.A., non rientra tra gli atti amministrativi e va ricondotto, secondo quanto previsto agli artt. 2, co.1; 5, co. 2; e 63, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001, tra quelli negoziali, con conseguente sottoposizione alla giurisdizione ordinaria.

Nel caso di specie, deciso dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 9814 del **14 aprile 2008**, una dirigente dell'ufficio ispettivo dell'Agenzia delle Entrate aveva visto revocarsi anticipatamente il proprio incarico a seguito della ristrutturazione di una direzione regionale della medesima amministrazione. L'Agenzia, tuttavia, secondo la Suprema Corte, non ha operato illegittimamente in sede di revoca dell'incarico, quanto, piuttosto, in sede di

conferimento dei nuovi incarichi, atteso che la stessa non ha offerto alcuna prova, neppure in giudizio, circa i criteri seguiti e le motivazioni delle scelte adottate in sede di selezione dei diversi dirigenti ritenuti maggiormente idonei e meritevoli del conferimento dell'incarico precedentemente ricoperto dalla lavoratrice. In tal senso, infatti, non può essere assolutamente trascurato come l'art. 19, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001, richieda che *"per il conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati nella direttiva annuale e negli altri atti di indirizzo del Ministero ..."*. Conseguentemente, laddove non si prendano accuratamente in considerazione questi presupposti e la scelta amministrativa in ordine agli incarichi dirigenziali non venga correttamente procedimentalizzata, la Pubblica Amministrazione pone in essere un inadempimento contrattuale, rispetto a cui può essere chiamata a risarcire il danno conseguente (nel caso di specie, quantificato in misura pari alla conservazione della maggiore retribuzione connessa all'incarico revocato).

➤ **Pretese retributive, prestazioni di mero fatto e riparto di giurisdizione**

Per le controversie in ordine a pretese retributive relativamente ad un rapporto di lavoro sorto prima del 30 giugno 1998 e proseguito successivamente a tale data non più configurarsi la giurisdizione unica del giudice ordinario, ma le pretese devono essere necessariamente frazionate, ai sensi dell'art. 45, co. 17, D.Lgs. n. 80/1998, tra giudice amministrativo e giudice ordinario in relazione al periodo in cui le stesse pretese hanno acquisito rilevanza (cfr. anche Cass. UU., n. 3512/2003).

Così si è espressa la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 10819 del **29 aprile 2008**, in una controversia in cui una infermiera professionale, che aveva lavorato, con rapporto convenzionale, per una ASL dal novembre del 1990 sino al 2001, quando infine era stata assunta con un contratto di lavoro subordinato, aveva richiesto, ex art. 2126 c.c., le differenze retributive alla stessa spettanti per le prestazioni di lavoro subordinato effettivamente svolte, a dispetto dell'inquadramento formale del rapporto di lavoro, nel suddetto periodo.

Nel caso di specie, infatti, è stato evidenziato che il fatto costitutivo (rilevante ai fini del riparto giurisdizionale) dei diritti derivanti, per il lavoratore, *"dallo svolgimento di fatto di un rapporto di lavoro non validamente costituito, è integrato dall'effettiva attuazione nel corso del tempo del rapporto di lavoro e, in particolare, dalla esecuzione delle prestazioni lavorative"*.

In una diversa fattispecie, decisa dal TAR Campania, Napoli, con sentenza n. 3533 del **3 aprile 2008**, il giudice amministrativo, rigettando le pretese di una bidella che aveva richiesto il riconoscimento da parte dell'amministrazione di riferimento della natura subordinata dell'attività lavorativa prestata in una scuola dal 1961 al 1983 (anno di immissione in ruolo) in forza di contratti impropriamente qualificati come di lavoro autonomo (prestazione d'opera, appalto, ecc.), ha comunque riconosciuto in favore della ricorrente il diritto alle differenze retributive e previdenziali tra quanto già percepito ed il trattamento economico riservato ai dipendenti comunali per tutto il tempo in cui la stessa ha svolto l'attività di bidella, oltre a rivalutazione ed interessi. Infatti, secondo quanto statuito dal medesimo Giudice, *"costituisce ius receptum (...) il principio secondo cui il rapporto di lavoro avente le caratteristiche del pubblico impiego, costituito in contrasto con le norme imperative che disciplinano le assunzioni della pubblica amministrazione, è nullo ma rileva come rapporto di mero fatto, per il quale, ai fini retributivi e previdenziali, deve trovare applicazione l'art. 2126 c.c."*.

➤ **Concorsi interni e rilevanza della posizione degli eventuali controinteressati**

A fronte di selezioni concorsuali, nonché di contestazioni sulla legittimità del relativo procedimento avanzate da soggetti che richiedano l'accertamento giudiziale del proprio diritto ad essere inseriti nel novero dei prescelti per il conseguimento di una determinata utilità (promozioni, livelli retributivi, trasferimenti, assegnazione di sedi, ecc.), il giudizio deve

svolgersi in contraddittorio con gli altri partecipanti al concorso coinvolti dai necessari raffronti, e, pertanto, il giudice, ove riscontri la non integrità del contraddittorio, deve ordinarne l'integrazione nei confronti di tutti i controinteressati; tale integrazione non è necessaria, invece, quando l'attore non chieda la dichiarazione di inefficacia della selezione e la riformulazione della graduatoria, ma si limiti a domandare il risarcimento del danno, o comunque faccia valere pretese compatibili con i risultati della selezione, dei quali non deve attuarsi la rimozione.

In tal senso, si è testualmente espressa la Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 14914 del **5 giugno 2008**, ha annullato la precedente decisione di merito in cui il riconoscimento del diritto alla titolarità del posto di responsabile amministrativo/direttore dei servizi generali e amministrativi di un istituto scolastico in favore dell'allora ricorrente era stato disposto senza l'osservanza delle norme sul litisconsorzio necessario. Tale riconoscimento aveva, infatti, inciso, in via immediata e diretta, anche nella sfera giuridica di altri soggetti (partecipanti alla selezione per l'assegnazione del posto rivendicato dalla ricorrente in appello e collocati in posizione utile nella graduatoria concorsuale approvata), portatori di un interesse contrario, in favore dei quali non era stato debitamente integrato il contraddittorio.

➤ **Parità di trattamento nel pubblico impiego**

Con la sentenza n. 16504 del **18 giugno 2008**, la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla validità di una clausola del contratto collettivo Comparto Università, ha statuito che, nel pubblico impiego, il principio di parità di trattamento, affermato all'art. 45, D.Lgs. n. 165/2001, *"vieta trattamenti individuali migliorativi o peggiorativi rispetto a quelli previsti dal contratto collettivo ma non costituisce parametro per giudicare delle eventuali differenziazioni operate in quella sede"*. Rimane, pertanto, rimessa alle parti collettive la facoltà di prevedere trattamenti differenziati in favore di particolari categorie di lavoratori, sempre nel rispetto però delle specifiche previsioni normative volte a sanzionare trattamenti discriminatori (ad es., art. 15 dello Stat. Lav.).

La Suprema Corte ha, inoltre, chiarito che il principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro pubblico debba essere inteso non solo come obbligo per il datore pubblico di conformarsi alle previsioni della contrattazione collettiva, ma anche *"come obbligo imposto alle stesse parti sociali cui è demandato il compito di definire mediante il contratto il trattamento economico fondamentale ed accessorio. Il suddetto principio comporta che nel caso di trattamenti differenziati l'elemento di discriminazione deve risultare in concreto idoneo a giustificare una disciplina diversa. Ne deriva, per quanto attiene all'inquadramento, che a parità di mansioni svolte deve corrispondere la stessa qualifica, a meno che vi sia una ragione idonea a giustificare la differenza"*.

➤ **Rilevanza degli atti di micro-organizzazione sul rapporto di pubblico impiego**

Con la sentenza n. 3065 del **19 giugno 2008**, il Consiglio di Stato, affermando la competenza del giudice ordinario, ha evidenziato come gli atti di micro-organizzazione, pur insistendo sul *lato esterno* dell'organizzazione amministrativa, esercitino comunque efficacia sul rapporto di lavoro.

In particolare, avrebbe dovuto considerarsi tale il provvedimento amministrativo con cui un docente è stato dichiarato soprannumerario rispetto all'organico di un istituto tecnico per un determinato anno, nonché ed il conseguente trasferimento ad altro istituto. Nel caso di specie, peraltro, il provvedimento sopra richiamato non aveva *"natura estesa, sotto il profilo oggettivo, ovvero categoriale"*, quanto piuttosto, risultava limitato e residuale, interessando la posizione di un singolo docente. In particolare, secondo l'Alto Collegio, *"sarebbe arduo individuare un atto non organizzatorio ogniqualvolta l'amministrazione scolastica deliberi in ordine alla posizione di un docente"*. In ogni caso, è stato, inoltre, evidenziato in sentenza come, ai sensi dell'art. 5, D.Lgs. n. 165/2001, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

➤ **Il riconoscimento di posizioni organizzative rientra tra le attività privatistiche della P.A.**

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16540 del 18 giugno 2008, chiamata a pronunciarsi su un conflitto negativo di giurisdizione in materia di riconoscimento del diritto all'attribuzione della posizione organizzativa di cui all'art. 8 del CCNL Enti Locali, ha rilevato che le posizioni di questo tipo – che, ai sensi dell'art. 40, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, possono essere attribuite alle figure professionali di elevata responsabilità che svolgano compiti di direzione, tecnico-scientifici e di ricerca, ovvero che comportino l'iscrizione ad albi professionali – nel comparto degli Enti Locali *"possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, sulla base e per l'effetto di un incarico a termine conferito secondo determinate modalità ..."*.

Ne consegue che il conferimento di tali posizioni al personale non dirigente delle P.A. *"esula dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e si iscrive nella categoria degli atti negoziali, adottati con la capacità e i poteri del datore di lavoro"*, così che le relative controversie non possono che essere devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, *"non ostandovi che vengano in considerazione atti amministrativi presupposti atteso che anche in tal caso con l'instaurazione del giudizio ordinario la tutela del pubblico dipendente è pienamente assicurata mediante la disapplicazione dell'atto (...)"*.

➤ **Giurisdizione in tema di indennità di fine rapporto**

La Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 18038 del **2 luglio 2008**, hanno precisato che la cognizione delle controversie relative alle indennità di fine rapporto, comunque denominate o corrisposte, anche se relative a dipendenti dello Stato o delle Aziende Autonome, non spetta al giudice amministrativo, ma al giudice ordinario quando il diritto fatto valere vada riferito ad un periodo successivo al 30 giugno 1998 che, come noto, rappresenta il *discrimen* temporale con riferimento al passaggio al giudice ordinario delle controversie in materia di pubblico impiego privatizzato.

Nel caso di specie, peraltro, è stata affermata l'abrogazione per incompatibilità con la successiva normativa sul pubblico impiego privatizzato di una disposizione legislativa (l'art. 6, L. n. 75/1980) che incardinava, invece, la giurisdizione in materia di indennità di buonuscita e di cessazione del rapporto degli impiegati dello Stato e delle Aziende Autonome in capo ai Tribunali Amministrativi Regionali.

➤ **Diritto di accesso agli atti di una procedura concorsuale**

Con sentenza n. 6450 dell'**8 luglio 2008**, il TAR Lazio, Roma, ha annullato il provvedimento amministrativo assunto dal Ministero delle Infrastrutture che aveva rigettato la richiesta di accesso ai documenti di un concorso per il conferimento di quattro posti di dirigente sul presupposto che l'accesso agli elaborati degli altri partecipanti al concorso, al fin di eseguire un esame comparativo degli stessi, avrebbe potuto essere *"consentito solamente dopo che fosse stata data opportuna comunicazione ai diretti interessati, consentendo, quindi, agli stessi di potere opporsi motivatamente a tale richiesta"*. Il Giudice amministrativo ha, invece, affermato che chi partecipa ad un concorso ha un interesse qualificato e differenziato alla regolarità della pertinente procedura e, come tale, risulta titolare del diritto all'accesso degli atti amministrativi, come riconosciuto all'art. 22, L. n. 241/1990. Di contro non può rilevare a tal fine un contrapposto diritto alla riservatezza, impediente la visione degli elaborati e delle schede di valutazione, a tutela degli altri concorrenti che, prendendo parte alla selezione, *"hanno evidentemente acconsentito a misurarsi in una competizione di cui la comparazione dei valori costituisce l'essenza. Tali atti, quindi, una volta acquisiti alla procedura, escono dalla sfera personale dei partecipanti che, pertanto, non assumono la veste di controinteressati in senso tecnico (...)"* e non possono nemmeno opporsi all'esibizione dei documenti concretamente richiesti dal ricorrente per valutare la legittimità della procedura concorsuale e, se del caso, tutelare i propri interessi in sede giurisdizionale.