

UNIONCAMERE

NEWSLETTER N. 3 del 30 SETTEMBRE 2008

GIURISPRUDENZA

❖ **La frequenza di un corso di formazione non può giustificare il trasferimento del dipendente**

La sezione lavoro della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 16035 del 13 giugno 2008 ha rigettato il ricorso di un dirigente medico che pretendeva venisse riconosciuta l'illegittimità della condotta di una A.S.L. che aveva negato la sua richiesta di trasferimento giustificata dalla finalità di frequentare, presso la sede richiesta, un corso di una scuola di specializzazione.

Secondo la Suprema Corte, infatti, il trasferimento di un pubblico dipendente deve essere *in primis* funzionale agli interessi datoriali, ex art. 97 Cost., e, come tale, non può essere meramente condizionato dal perseguimento delle esigenze di formazione del lavoratore.

La diversa esigenza di riconoscere al dirigente medico un incarico attinente alle attitudini ed alle capacità professionali nonché alle conoscenze specialistiche dallo stesso possedute avrebbe, al più, potuto rilevare ai fini individuazione della migliore sede lavorativa in funzione di una formazione già compiuta.

❖ **Posizione organizzative e riparto giurisdizionale**

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 16540 del 18 giugno 2008, in sede di risoluzione di un conflitto negativo di giurisdizione avviato dal ricorso di un responsabile del servizio legale di un'amministrazione comunale che aveva invano richiesto il riconoscimento del diritto all'attribuzione della cd. posizione organizzativa (propria delle figure professionali che, in posizione di elevata responsabilità, svolgano compiti di direzione, tecnico - scientifici e di ricerca, ovvero che comportino l'iscrizione ad albi professionali) di cui all'art. 89 CCNL Enti Locali, ha affermato che il conferimento di tale posizione al personale non dirigente delle pubbliche amministrazioni inquadrato nelle aree, la cui definizione è demandata dalla legge alla contrattazione collettiva, esula dall'ambito degli atti amministrativi autoritativi e si iscrive nella categoria degli atti negoziali, assunti dall'Amministrazione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, a norma dell'art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001.

Pertanto, nell'applicazione della disposizione contrattuale, l'attività dell'Amministrazione non si configura come esercizio di un potere di organizzazione, ma come adempimento di un obbligo di ricognizione e di individuazione degli aventi diritto, con conseguente devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle relative controversie, non ostandovi l'esistenza di atti amministrativi presupposti e potendo al riguardo operare la disapplicazione dell'atto ai sensi dell'art. 63, co. 1, del decreto da ultimo richiamato.

❖ **Retribuzione utile ai fini del calcolo della buonuscita**

Il Tribunale di Benevento, con sentenza n. 1633 del 29 aprile 2008, in relazione alla retribuzione utilmente valutabile per il calcolo dell'indennità di buonuscita maturata da un pubblico dipendente che aveva svolto mansioni proprie di un inquadramento superiore rispetto a quello di formale assegnazione, ha ritenuto, rifacendosi all'orientamento della Corte Costituzionale, che, a tal fine, dovesse intendersi rilevante anche la retribuzione in tal senso

erogata al medesimo dipendente ai sensi dell'art. 52, co. 5, D.Lgs. n. 165/2001 in ragione dell'espletamento continuativo per un determinato periodo di tempo di mansioni superiori.

Nella base contributiva da prendere in considerazione, ai sensi dell'art. 3 D.P.R. n. 1032/1973, ai fini del calcolo della buonuscita, rientra, infatti, l'ottanta per cento dell'ultimo stipendio o dell'ultima paga o retribuzione integralmente percepiti.

❖ **Rapporto di pubblico impiego e prestazioni di fatto**

Il T.A.R. Campania, Napoli, con sentenza n. 6117 del 22 maggio 2008, ha statuito – con riferimento ad una controversia in cui un prestatore d'opera impegnato nell'esecuzione di più contratti di appalto di pulizia in favore di un'amministrazione comunale aveva richiesto nei confronti di quest'ultima il riconoscimento della natura subordinata del proprio rapporto di lavoro e l'inserimento in pianta organica all'interno della medesima amministrazione – che, alla luce del principio ormai consolidato in giurisprudenza per cui, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro come di pubblico impiego, non possa considerarsi possibile prescindere dalla formale qualificazione ad esso attribuita negli atti costitutivi del rapporto stesso, in mancanza di uno specifico atto formale ed autoritativo di nomina costitutivo del rapporto di pubblico impiego, la presenza di uno o più indici sintomatici della subordinazione non può, di per sé, divenire rivelatrice dell'esistenza di un rapporto di tale natura. Tale assunto, tuttavia, non confligge con il riconoscimento in favore del ricorrente delle differenze retributive tra quanto percepito in esecuzione dei suddetti contratti di appalto ed il trattamento economico astrattamente spettante in favore dei dipendenti comunali, nonché di tutti gli altri diritti connessi al rapporto di lavoro, ivi compresi quelli previdenziali e pensionistici a fronte delle prestazioni lavorative concretamente eseguite e documentate.

Come più volte affermato in giurisprudenza, infatti, il rapporto di lavoro avente le caratteristiche del pubblico impiego, costituito in contrasto con le norme imperative che disciplinano le assunzioni della P.A., 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.

❖ **Diritto di accesso ai pareri legali**

Con sentenza n. 7930 del 27 agosto 2008, il T.A.R. Lazio, Roma, si è pronunciato sulla legittimità del provvedimento di diniego con cui una A.S.L. aveva rigettato una richiesta di accesso agli atti amministrativi, tra cui un parere legale, inoltrata da un dirigente medico della stessa Azienda. Nel caso di specie, in particolare, il Giudice amministrativo ha ordinato alla P.A. in questione di esibire al ricorrente la documentazione richiesta, dal momento che quest'ultima e, in particolare, i pareri del Servizio Attività Legale della medesima A.S.L. (inerenti il fondamento delle doglianze precedentemente avanzate dallo stesso dirigente per contestare il mancato riconoscimento di permessi retribuiti, pur ammessi dalla normativa di settore, e la rigidità dell'orario di lavoro impostogli) sarebbero stati richiesti in una fase endoprocedimentale, quindi solo prodromica all'adozione di un provvedimento amministrativo. Di contro - è stato ancora chiarito in sentenza - il vincolo di segretezza, connesso allo svolgimento di attività professionale, avrebbe diversamente potuto rilevare ai fini del rigetto della richiesta di accesso solo qualora i pareri legali fossero stati resi dopo l'avvio di un procedimento contenzioso (giudiziario, arbitrale, od anche meramente amministrativo), oppure dopo l'inizio di tipiche attività precontenziose, quali la richiesta di conciliazione obbligatoria che precede il giudizio in materia di lavoro.

PRASSI

❖ **Chiarimenti in ordine alla mobilità**

Con la circolare n. 4 del 18 aprile 2008, il Dipartimento della Funzione Pubblica si è espresso in ordine alla disciplina della mobilità nel pubblico impiego, enfatizzando la rilevanza del principio del "previo esperimento delle procedure di mobilità", che richiede che venga

privilegiata l'acquisizione di risorse umane tramite la mobilità rispetto alle ordinarie misure di reclutamento. Tale principio, inoltre, secondo quanto si ricava dall'atto amministrativo succitato, può affiancarsi ai principi generali indicati dall'art. 1, co. 1, lett. a), b) e c), nonché dall'art. 6, co. 1, del D.Lgs. n. 165 del 2001, cui debbono conformarsi le Pubbliche Amministrazioni in termini di efficienza, razionalizzazione del costo del lavoro, migliore utilizzazione delle risorse umane.

Con riferimento alla mobilità di personale tra amministrazioni appartenenti a comparti diversi (c.d. mobilità "intercompartimentale"), in particolare, è stato evidenziato che le camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura possono derogare all'obbligo del previo esperimento delle procedure di mobilità e quindi procedere ad effettuare nuove assunzioni, sempre che operino, ai sensi dell'articolo 3, comma 116, della L. n. 244 del 2007, "*entro limiti puntualmente individuati dalla norma con riferimento alle risultanze degli indici di equilibrio economico-finanziario*", ossia, per ciascuno degli anni 2008 e 2009, "*potranno procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, secondo le modalità di seguito indicate:*

a) nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 70 per cento di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente, ove l'indice di equilibrio economico-finanziario risulti inferiore a 35;

b) nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 35 per cento di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente, ove l'indice di equilibrio economico-finanziario risulti compreso tra 36 e 45;

c) nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 25 per cento di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente, ove l'indice di equilibrio economico-finanziario risulti superiore a 45".

❖ **Aspettativa di diritto e incompatibilità**

Con circolare n. 6 del 30 aprile 2008, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha fornito rilevanti chiarimenti in ordine alla disciplina della aspettativa di diritto prevista, con finalità di contenimento della spesa pubblica, dalla Legge Finanziaria per il 2008 (art. 3, co. 43-53, L. n. 244/2007) per coloro che sono legati da un rapporto di lavoro con organismi pubblici anche economici ovvero con società a partecipazione pubblica o loro partecipate, collegate e controllate e che, al tempo stesso, risultano componenti degli organi di governo o di controllo dell'organismo o società con cui è instaurato un rapporto di lavoro.

Tali soggetti, senza margini di discrezionalità all'organismo o alla società interessati, sono "*collocati di diritto in aspettativa senza assegni e con sospensione della loro iscrizione ai competenti istituti di previdenza e di assistenza*", così da impedire cumuli di posizioni retributive, nonché ingiustificati aggravii per l'erario relativamente agli oneri connessi al trattamento previdenziale degli interessati.

Secondo quanto chiarito nella medesima circolare, inoltre, la norma sopra illustrata "*riguarda soggetti pubblici e privati, fra cui le società se partecipate direttamente o indirettamente da pubbliche amministrazioni, prescindendo dalla tipologia di attività – economica o non economica svolta. In base all'ampia dizione utilizzata per individuare la categoria dei soggetti datori di lavoro, che è quella degli "organismi pubblici", e alla ratio della normativa, debbono considerarsi inclusi nel campo di applicazione tutti quei soggetti diversi dalle persone fisiche al cui finanziamento concorrono pubbliche amministrazioni o altri organismi pubblici*".

A seguito del collocamento in aspettativa, i soggetti sopra individuati perdono la copertura previdenziale ed assicurativa in atto, salva la verifica dell'eventuale sussistenza dei "*presupposti per l'applicazione di un diverso regime previdenziale*".

Sul punto, peraltro, viene significativamente aggiunto che, qualora i soggetti coinvolti non dovessero risultare assicurati presso altre forme pensionistiche obbligatorie a seguito dell'imposizione dell'aspettativa di diritto, l'aliquota da applicare nei loro confronti in costanza di esecuzione di un eventuale contratto di collaborazione coordinata e continuativa sarà, per tutto il 2008, pari al 24,72%.

Sempre nella circolare n. 6/2008, il Dipartimento di cui sopra ha ancora fornito puntuali indicazioni in ordine alla regolamentazione del regime di incompatibilità dei pubblici dipendenti ai sensi dell'art. 53, D.Lgs. n. 165/2001 in caso di svolgimento di incarichi retribuiti, anche occasionali. In tal senso ha richiamato le singole amministrazioni, ai fini del rilascio delle previste autorizzazioni atte a superare l'eventuale divieto, a predeterminare *"criteri oggettivi, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione"*.

Altri chiarimenti, infine, sono stati definiti con riferimento agli obblighi di pubblicità (anche sul web) e di comunicazione degli atti delle P.A. comportanti spesa in ordine agli emolumenti, ai rapporti ed ai destinatari percettori delle situazioni che comportano il superamento dei tetti fissati legislativamente. In proposito, inoltre, è stato precisato, ai fini della corretta applicazione delle norme a tutela della privacy, che *"l'adempimento agli obblighi di pubblicità e di comunicazione previsti dalla legge non comporta la necessità per i soggetti privati obbligati di acquisire il consenso dell'interessato. (...) Pertanto, in presenza di diniego espresso dell'interessato, in virtù di quanto previsto dal quarto periodo del menzionato art. 3, comma 44 (ndr. L. n. 244/2007), non si può dar luogo al pagamento"*.

❖ **Stabilizzazione del personale precario e criteri da osservare**

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, pronunciandosi con il parere n. 48 del 16 luglio 2008, in ordine ad una richiesta di chiarimenti sulla stabilizzazione del personale precario regolata dall'art. 1, co. 519, L. n. 296/2006, ha fornito le seguenti indicazioni di carattere generale:

1. la programmazione triennale del fabbisogno non costituisce un mero adempimento prescritto dalla legge, ma uno strumento gestionale di risorse e di visione delle politiche del personale indispensabile per ogni amministrazione. Conseguentemente, *"in nessun caso sono ammesse assunzioni in soprannumero ovvero in assenza di posti disponibili nella dotazione organica"*;
2. *"in una corretta programmazione triennale del fabbisogno, i posti disponibili in dotazione organica possono essere utilizzati nel rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno, in misura non inferiore al 50%"*, potendo la restante parte essere, invece, ripartita tra progressioni verticali e stabilizzazioni;
3. il personale a tempo determinato utilizzato per sviluppare progetti finanziati con risorse di enti terzi e non per lo svolgimento di compiti rientranti nel fabbisogno ordinario dell'amministrazione datrice di lavoro non dovrebbe essere interessato da percorsi di stabilizzazione, *"considerato che tutte le assunzioni a tempo indeterminato, e quindi anche quelle mediante procedure speciali, vanno necessariamente riferite ad esigenze permanenti dell'ente"*;
4. *"la stabilizzazione non rappresenta un obbligo per l'Amministrazione, ma soltanto uno strumento per reclutare personale con un criterio che dà prevalenza alla valorizzazione dell'esperienza professionale acquisita, nel rispetto di un'esigenza funzionale reale e concreta di acquisizione di risorse che viene espressa nella programmazione triennale del fabbisogno"*.

❖ **Chiarimenti ministeriali in ordine al ricorso alle tipologie contrattuali flessibili**

In relazione alle modifiche normative apportate all'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 dall'art. 49, D.L. n. 112/2008, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha chiarito, con il parere n. 49 del 17 luglio 2008, che, salvo il principio generale per cui il rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato costituisce il modello standard del pubblico impiego, *"l'elemento di caratterizzazione del settore pubblico è il fabbisogno ordinario che si concretizza, attraverso la dotazione organica, in un valore quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali ovvero delle funzioni ordinarie dell'amministrazioni. Ne deriva che le esigenze di copertura della dotazione organica, intese come esigenze di carattere continuativo e duraturo e quindi permanente, devono trovare soddisfazione esclusivamente con le assunzioni a tempo indeterminato"*.

Nel medesimo parere, inoltre, il suddetto Dipartimento ha avuto modo di precisare che il ricorso alle tipologie di lavoro flessibile, anche se riconducibile ad esigenze di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo connesse all'ordinaria attività (cfr. art. 1, D.Lgs. n. 368/2001), richiede sempre che si tratti di esigenze caratterizzate dalla temporaneità e dalla eccezionalità, dovendosi per quest'ultima qualità farsi riferimento alla nozione di straordinarietà piuttosto che di imprevedibilità.

Inoltre, rispetto alla necessità di contrastare ogni forma di abuso nel ricorso continuativo al lavoro flessibile, sempre interpretando il novellato art. 36 anzi richiamato, con particolare riferimento al comma terzo (divieto di utilizzare il medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio), il Dicastero della Funzione Pubblica ha ritenuto opportuno evidenziare che *"per il calcolo del triennio si prendono a riferimento i periodi di vigenza dei contratti e si sommano in termini di mesi. I resti di giorni concorrono a formare un mese se la sommatoria è pari a 30. Il raggiungimento di 12 mesi va a realizzare un anno. Per quanto riguarda le tipologie contrattuali cui si fa riferimento sono tutte quelle poste in essere dal medesimo datore di lavoro con lo stesso lavoratore rispettando tanto i limiti temporali di ciascun contratto quanto quello generale del triennio nel quinquennio"*.

❖ **Chiarimenti sul trattamento delle assenze per malattia**

Dopo il clamore suscitato dalle disposizioni di cui all'art. 71, D.L. n. 112/2008, convertito con L. n. 133/2008, relative al trattamento delle assenze per malattia dei pubblici dipendenti, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha emanato un'ulteriore circolare di chiarimenti, la n. 8 del 5 settembre 2008.

Con particolare riferimento alla decurtazione del trattamento accessorio disposto dalla medesima disposizione di legge, è stato così precisato che *"la trattenuta opera per ogni episodio di assenza (anche di un solo giorno) e per tutti i dieci giorni anche se l'assenza si protrae per più di dieci giorni. Pertanto, nel caso di assenza protratta per un periodo superiore a dieci giorni (ad esempio per undici giorni o più) i primi dieci giorni debbono essere assoggettati alle ritenute prescritte mentre per i successivi occorre applicare il regime giuridico-economico previsto dai CCNL ed accordi di comparto per le assenze per malattia"*.

Diversamente, in relazione alle assenze per visite specialistiche, terapie e accertamenti diagnostici, secondo quanto chiarito dal Ministero, le stesse dovranno continuare ad essere imputate alle m motivazioni giustificative utilizzate anche in passato (permessi brevi; permessi per documentati motivi personali; malattia; altri permessi per ciascuna specifica situazione previsti da leggi o contratti; ferie). Pertanto, qualora l'assenza per effettuare visite specialistiche, cure o esami diagnostici dovesse essere imputata a malattia, dovrà trovare applicazione il regime di certificazione introdotto dal D.L. n. 112/2008, per cui, qualora l'assenza venga a coincidere con il terzo o successivo evento nell'arco dell'anno solare ovvero l'assenza per malattia si protragga oltre il decimo giorno, il dipendente che si sottoporrà ad una prestazione specialistica presso una struttura privata *"dovrà produrre, unitamente all'attestazione da quest'ultima rilasciata, la relativa prescrizione effettuata da una struttura pubblica o del medico convenzionato con il S.S.N."*.

Nella medesima circolare, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha inoltre illustrato la disciplina dei permessi retribuiti da riconoscere in favore dei portatori di handicap grave e dei loro assistenti ai sensi della L. n. 104 del 1992, come modificata dal D.L. n. 112/2008. In ogni caso, le assenze dovute alla fruizione di tali permessi non potranno essere *"equiparate alla presenza in servizio ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa"*.

Infine, in relazione ai permessi per donazioni di sangue e midollo osseo, il citato Dipartimento ha chiarito che le previgenti disposizioni che regolamentavano quest'ultimi permessi non sono state espressamente abrogate o modificate dal D.L. n. 112/2008, e, considerata la rilevanza e la delicatezza della materia in questione, ha ulteriormente aggiunto di volere *"promuovere delle iniziative normative per evitare discriminazioni o compromissioni alle importanti attività in questione che sono il frutto di ammirevoli atti di solidarietà"*.