

STUDIO LEGALE SALONIA E ASSOCIATI

00197 ROMA – LARGO L. FREGOLI, 8 – TEL. 06.8075580 – FAX 06.8075655 – VIDEOCONF. 06.8074601
20122 MILANO – VIA VISCONTI DI MODRONE, 21 TEL. 02.76318308 – FAX 02.76318034 – VIDEOCONF. 02.76001687

UNIONCAMERE

NEWSLETTER N. 4 del 27 OTTOBRE 2008

GIURISPRUDENZA

- **Tutela dell'economicità dell'azione della P.A. e giurisdizione della Corte dei Conti**

Con la sentenza n. 18757 del 9 luglio 2008, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dichiarando la piena giurisdizione della Corte dei Conti che si era precedentemente pronunciata sulla responsabilità amministrativa dei componenti del Consiglio di amministrazione di un ente pubblico che avevano approvato spese (incarico conferito ad un'associazione umanitaria per l'organizzazione di una serata di gala) per finanziare attività non congrue rispetto alle finalità istituzionali del medesimo ente (l'incremento, il recupero, la promozione dell'attività ippica), hanno precisato che *"la Corte dei Conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico"*.

Secondo la Suprema Corte, infatti, *"l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi ai criteri di economicità e di efficienza, che costituiscono specificazione del più generale principio sancito dall'art. 97 Cost."*, così che la verifica della legittimità della medesima attività non possa prescindere dalla valutazione del rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti.

- **Diritto allo studio e la fruizione dei permessi previsti dalla contrattazione collettiva**

Interpretando l'art. 15 (diritto allo studio) del CCNL per il personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie Locali del 14 settembre 2000, la Corte di Cassazione – accogliendo con la sentenza n. 10344 del 22 aprile 2008 il ricorso dell'Amministrazione comunale/datore di lavoro della dipendente che, in primo grado, aveva ottenuto l'annullamento di provvedimento disciplinare per assenza ingiustificata, nonché la condanna della medesima amministrazione al pagamento delle retribuzioni dovute per i giorni di permesso per motivi di studio goduti anche per le attività propedeutiche al superamento di esami – ha evidenziato che la disposizione collettiva anzi richiamata deve essere interpretata nel senso che i permessi straordinari retribuiti possono essere concessi soltanto per frequentare i corsi indicati dalla clausola in orari coincidenti con quelli di servizio, non per le necessità connesse all'esigenza di preparazione degli esami, ovvero per altre attività complementari (come, ad esempio, i colloqui con i docenti o il disbrigo delle pratiche di segreteria).

- **Danno da disservizio e onere probatorio**

La Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di Basilicata, con la sentenza n. 213 del 3 settembre 2008, pronunciandosi in ordine al comportamento fraudolento di un dipendente regionale che, rivestendo nel medesimo periodo la carica di sindaco di un comune, era risultato (a seguito degli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza) essersi spesso assentato dal lavoro in modo illegittimo ed ingiustificato e, allo stesso, aver goduto impropriamente e al di fuori dei presupposti di legge dei permessi e delle indennità di missione asseritamente connesse all'incarico elettorale ricoperto, ha parimenti preso in esame la figura del "danno da disservizio". Tale figura di danno, di regola, si caratterizzerebbe *"per*

l'inosservanza di doveri del pubblico dipendente con conseguente diminuzione di efficienza complessiva dell'apparato pubblico anche elettivo: esso è intrinsecamente connesso ad un pubblico servizio, e si verifica allorquando lo stesso è desostanziato, per l'utenza delle sue intrinseche qualità, in una valutazione attuata secondo i parametri dell'efficienza e della efficacia". Nel caso di specie, in cui il dipendente è stato condannato al risarcimento del danno economico causato alla Regione/datore di lavoro ed alla Amministrazione comunale di cui era sindaco, non è stata però riconosciuta la sussistenza anche del suddetto "danno da disservizio" che, secondo la giurisprudenza della Corte, richiede una prova rigorosa quanto al suo verificarsi in termini di dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale, prova questa che non sarebbe stata adeguatamente esperita né in citazione, né in occasione dell'intervento in udienza.

- **Svolgimento di funzioni dirigenziali e conseguenze giuridiche**

Pronunciandosi in ordine alla fondatezza delle pretese di un funzionario ministeriale di nono livello che, dopo avere svolto continuativamente per otto anni funzioni dirigenziali in assenza del titolare del medesimo ufficio, aveva richiesto le connesse differenze retributive, la Suprema Corte, con la sentenza n. 22932 del 9 settembre 2008, richiamando la propria giurisprudenza consolidata, ha ribadito, accogliendo il ricorso del medesimo funzionario, che deve ritenersi applicabile anche nel pubblico impiego l'art. 36 Cost., *"nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato"*.

Inoltre, in ordine alla contestata riconducibilità della reggenza delle funzioni dirigenziali alla declaratoria propria del funzionario di nono livello in applicazione dell'art. 20 del D.P.R. n. 266/1987, nella stessa sentenza è stato affermato, accogliendo le argomentazioni del funzionario, che *"la reggenza costituisce una specificazione dei compiti di sostituzione del titolare assente o impedito, contrassegnata dalla straordinarietà e temporaneità, con la conseguenza che a tale posizione può farsi luogo in virtù della suddetta specifica norma regolamentare, senza che si producano gli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, solo allorquando sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura, cosicché, al di fuori di tale ipotesi, la reggenza dell'ufficio concreta svolgimento di mansioni dirigenziali"*.

- **Svolgimento mansioni superiori e differenze retributive**

Con la sentenza n. 4345 dell'11 settembre 2008, il Consiglio di Stato, pronunciandosi in ordine agli effetti conseguenti allo svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego, ha statuito, discostandosi dall'orientamento della Corte di Cassazione teso a riconoscere la natura retroattiva alla modifica di cui al D.Lgs. n. 387/1998 (cfr. art. 52, D.Lgs. n. 165/2001), che *"il diritto del dipendente pubblico alle differenze retributive spettanti per lo svolgimento di mansioni superiori può essere riconosciuto in via generale solo a decorrere dalla data di entrata in vigore"* del suddetto decreto (22 novembre 1998), in quanto il riconoscimento legislativo di siffatto diritto possiede evidente carattere innovativo e non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse.

- **Condotta antisindacale della P. A. nella gestione di risorse la cui destinazione avrebbe dovuto essere determinata dalla contrattazione collettiva**

Con decreto del 16 luglio 2008, il Tribunale di Verbania ha riconosciuto la condotta antisindacale di un ente locale che aveva conferito nuove posizioni organizzative rinvenendo le risorse economiche per la copertura dei costi connessi alla loro istituzione in un fondo collettivo disponibile per tutti i dipendenti, con conseguente diminuzione del salario accessorio a tal fine disponibile.

La natura non sindacale della condotta contestata è stata desunta in virtù della previsione collettiva, di cui all'art. 4, co. 2, lett. a) del CCNL del Comparto Regione ed Autonomie locali, secondo cui la ripartizione e la destinazione delle risorse finanziarie di cui al fondo individuato

all'art. 15 del medesimo CCNL avrebbe dovuto essere individuata con un preventivo ed obbligatorio accordo definito in sede di contrattazione collettiva decentrata.

Nel caso di specie, è stato espressamente accertato che, alla data di deposito dei ricorsi giurisdizionali, nessuna contrattazione per l'utilizzazione del fondo 2008, nemmeno formalmente costituito, era stata ancora avviata tra le parti.

- **Danno esistenziale e da perdita di professionalità ed onere probatorio**

Il TAR Lazio, con la sentenza n. 7972 del 1° settembre 2008, ha deciso una controversia avviata da un giudice di pace che, dopo avere ottenuto l'annullamento del provvedimento di mancata conferma per un secondo mandato, aveva richiesto in un separato giudizio il risarcimento del danno patrimoniale subito, commisurato ai compensi che avrebbe presuntivamente percepito ove avesse potuto continuare ad esercitare le funzioni precedentemente ricoperte, nonché del danno esistenziale dovuto allo stato patologico di stress indotto dal ripetuto allontanamento dall'ufficio, ed ancora del danno per la perdita di professionalità e delle ridotte possibilità di svolgimento della sua personalità umana e professionale.

Nella fattispecie, in particolare, il Giudice amministrativo, rifacendosi al restrittivo orientamento della Corte di Cassazione in tema di onere probatorio dei danni ulteriori e diversi da quelli consistenti nella mera perdita di compensi, ha stabilito che gli stessi non avrebbero potuto trovare riconoscimento perché il ricorrente non aveva fornito compiuta e specifica allegazione di elementi probatori in ordine alla alterazione della propria sfera esistenziale (da intendersi quale pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile, provocato sul fare areddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte diverse quanto alla espressione e realizzazione della personalità nel mondo esterno).

- **Rilevanza del bando di concorso e annullamento delle procedure di selezione**

Un dipendente regionale, dopo avere partecipato alla selezione interna per la copertura di alcuni posti in Area C, pos. econ. C1 (oggi, Terza area, fascia retributiva F1), non è stato utilmente collocato in graduatoria e ha proposto ricorso al TAR Lazio chiedendo l'annullamento del provvedimento di dichiarazione dei vincitori delle procedure concorsuali, nonché dell'accordo sindacale che aveva consentito la partecipazione alla medesima selezione anche a soggetti privi dell'anzianità di servizio richiesta nel bando medesimo.

Il Giudice amministrativo, con la sentenza n. 8511 del 24 settembre 2008, accogliendo il ricorso del dipendente, ha rilevato che, costituendo il bando di concorso *lex specialis* che l'amministrazione si autovincola ad osservare anche nel caso in cui lo stesso dovesse essere illegittimo e che la Commissione giudicatrice deve osservare senza poterlo disapplicare, l'amministrazione stessa avrebbe potuto annullare la procedura di concorso, ma "*non poteva ammettere alla stessa soggetti sprovvisti dei requisiti previsti dal bando*".

Nel caso di specie, è stato così statuito l'annullamento degli atti impugnati e la riformulazione della graduatoria con l'esclusione dalla stessa dei soggetti privi dei requisiti di ammissione individuati nel bando.

- **Collaborazioni a soggetti esterni e rispetto delle procedure concorsuali**

Nell'ambito di una controversia avviata da un medico veterinario contro il rigetto della sua domanda di partecipazione ad un Master Universitario di II livello, esprimendosi in ordine alla legittimità delle procedure per il conferimento da parte di Pubbliche Amministrazioni di incarichi a soggetti esterni (nel caso di specie, i componenti del Comitato scientifico del Master), il TAR Piemonte, con la sentenza n. 2106 del 29 settembre 2008, dopo avere richiamato i più recenti chiarimenti amministrativi del Dipartimento della Funzione Pubblica in proposito e l'art. 7, co. 6 bis, D.Lgs. n. 165/2001, ha statuito che "*qualsivoglia pubblica amministrazione può legittimamente conferire ad un professionista esterno un incarico di collaborazione, di consulenza, di studio, di ricerca o quant'altro, mediante qualunque tipologia*

di lavoro autonomo, continuativo o anche occasionale, solo a seguito dell'espletamento di una procedura comparativa previamente disciplinata ed adottata e adeguatamente pubblicizzata, derivandone in caso di omissione l'illegittimità dell'affidamento della prestazione del servizio (...). Si impone pertanto il rispetto di una procedura comparativa di valutazione di diverse proposte, ovviamente preceduta dalla pubblicazione di un avviso, valutazione da esternare con una motivazione assistita dai consueti attributi dell'adeguatezza e della congruità".

PRASSI

- Codice disciplinare e sua pubblicità

Nella circolare n. 41 del 12 giugno 2008, il Dipartimento della Funzione pubblica ha fornito alle Pubbliche Amministrazioni istruzioni in ordine alla pubblicità del codice disciplinare, alla sua diffusione ed ai termini per lo svolgimento del procedimento disciplinare.

Dopo avere richiamato le norme legislative di riferimento (art. 2106 c.c., art. 7, commi 1, 5 e 8, L. n. 300/1970), applicabili anche ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni privatizzate, nella stessa circolare è stato precisato che, per questi ultimi soggetti, *"i doveri sono espressi nel codice di comportamento, gli illeciti disciplinari, le relative sanzioni e le procedure sono fissate dai contratti collettivi (che per le procedure operano in maniera integrativa rispetto alla legge)".*

In particolare, con riferimento alla pubblicità del codice di comportamento mediante la sua affissione in un luogo accessibile a tutti, il Dipartimento ha specificato che le norme in materia *"perseguono la finalità di consentire a tutti i lavoratori di avere contezza dei propri doveri, delle infrazioni, delle sanzioni collegate e delle procedure per la loro applicazione. Esse assolvono poi anche ad un'altra funzione, corrispondente soprattutto all'interesse del datore di lavoro, di impedire in via preventiva determinati comportamenti dei lavoratori".*

Infine, con riferimento ai termini per lo svolgimento delle procedure disciplinari, è stato segnalato come la maggior parte dei contratti collettivi definiti a partire dalla tornata 2002/2005 abbiano innovato la pertinente disciplina, individuando come perentoria la natura non solo del termine finale, ma anche di quello iniziale.

- Incarichi dirigenziali e requisiti necessari per il concorso per dirigente di II fascia

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, con parere n. 47 del 17 luglio 2008, ha fornito un importante chiarimento in ordine alla natura degli incarichi (dirigenziali o) equiparati in Amministrazioni Pubbliche per un periodo non inferiore a 5 anni necessari, ai sensi del comma secondo dell'art. 28 del D.Lgs. n. 165/2001, ai fini della partecipazione al concorso per esami per dirigente di seconda fascia.

Secondo il Dipartimento, con riferimento al caso di un soggetto a cui erano stati conferiti due incarichi quadriennali di componente del Consiglio tecnico-scientifico degli esperti presso il Dipartimento del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze, non ricorrerebbero i presupposti necessari alla suddetta equiparazione; quest'ultima, infatti, non può essere il risultato di un'analisi interpretativa, *"dovendo piuttosto derivare da previsioni esplicite contenute in specifiche fonti legislative o regolamentari. E' l'esigenza di certezza del diritto e di garanzia del rispetto dei principi di imparzialità a richiedere che l'equiparazione agli incarichi dirigenziali sia preventivamente e chiaramente definita da apposita disposizione normativa in assenza della quale si rimetterebbe ad una valutazione discrezionale e soggettiva, emessa di volta in volta dalla singola amministrazione, la decisione sull'ammissione o meno di un candidato ad una procedura concorsuale con i rischi di disparità di trattamento e di arbitrarietà che ne potrebbero derivare".* Nel medesimo parere, infine, il Dipartimento ha ulteriormente chiarito che *"quando si parla di equiparazione con incarico dirigenziale è altresì necessario specificare che tale può ritenersi solo quella riferita tanto al*

profilo giuridico quanto a quello economico. Un'equiparazione normativa solo sotto il punto di vista del trattamento economico non sarebbe di per sé sufficiente a rendere l'incarico corrispondente anche sul piano giuridico con quello richiesto dal legislatore ai fini dell'accesso ai ruoli della dirigenza".

- **Ferie maturate e non godute in costanza di mobilità volontaria**

La Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, nella deliberazione n. 61 del 22 luglio 2008, ha precisato che il *"Comune istante non è legittimato alla richiesta di conseguire il rimborso degli oneri derivanti dalla fruizione delle ferie da parte di un dipendente trasferito da altro Ente, benché maturate e non godute anteriormente al trasferimento, nell'epoca in cui era alle dipendenze dell'Ente di provenienza"*, dal momento che, ai sensi dell'art. 30, D.Lgs. n. 165/2001, in caso di mobilità volontaria si realizza una cessione del contratto che determina la prosecuzione, in capo al nuovo datore di lavoro, del rapporto incardinato nel precedente.

Ne consegue che *"il dipendente che ha chiesto e ottenuto il trasferimento, recherà nell'Ente destinatario la situazione giuridica ed economica maturata presso il primo Ente, ferie comprese"*.

- **Validità dei contratti assicurativi contro i danni causati dai pubblici dipendenti**

Il pubblico dipendente o l'amministratore di un ente pubblico possono stipulare un contratto di assicurazione per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica ricoperta e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile, a condizione che l'onere finanziario di simili contratti non si ripercuota o non venga iscritto a bilancio della amministrazione di appartenenza; diversamente, infatti, il contratto stipulato dovrà ritenersi nullo.

In tal modo, richiamandosi all'art. 3, co. 59, L. n. 244/2007 ed al costante indirizzo della Corte dei Conti, si è espresso il Dipartimento della Funzione Pubblica nel parere del 16 ottobre 2008 richiesto da un'Amministrazione comunale, precisando che *"scopo del legislatore sembra essere proprio quello di salvaguardare i bilanci pubblici e far sì che il danno, causato dal comportamento del dipendente con dolo e colpa grave, vada ad incidere nella sfera patrimoniale del dipendente che lo ha cagionato"*.