

UNIONCAMERE

NEWSLETTER N. 5 del 17 NOVEMBRE 2008

GIURISPRUDENZA

1. Demansionamento e subordinazione gerarchica

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza n. 8740 del 4 aprile 2008, si sono pronunciate in ordine al preteso demansionamento di un dipendente comunale che si lamentava di essere stato privato delle sue mansioni di capo dell'ufficio tecnico del Comune dal momento che la medesima Amministrazione, pur mantenendo il posto di tecnico ricoperto del ricorrente, aveva al contempo istituito un posto di tecnico laureato al vertice del medesimo settore, così che il ricorrente era venuto a trovarsi in posizione subordinata rispetto a quest'ultimo.

Come già nelle precedenti fasi di merito, anche in sede di legittimità la richiesta di demansionamento è stata riconosciuta priva di fondamento poiché, anche a seguito della modifica dell'organico effettuata dall'amministrazione resistente, peraltro giudicata pienamente legittima dalla giustizia amministrativa, il ricorrente ha comunque mantenuto mansioni congrue rispetto al proprio livello di inquadramento, in piena conformità all'art. 52, D.Lgs. n. 165/2001.

2. Divieto di cumulo tra pensione di anzianità e incarichi di consulenza

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 20523 del 28 luglio 2008, si è espressa in ordine al divieto di conferimento di incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca a coloro che, nei cinque anni precedenti, avessero intrattenuto con l'amministrazione conferente rapporti di lavoro o di impiego, ed avessero volontariamente lasciato il servizio a seguito della maturazione dei requisiti per il pensionamento di anzianità (art. 25, L. n. 724/1994).

Nel caso di specie, è stata così riconosciuta la legittimità del provvedimento amministrativo con cui è stata disposta, nei confronti di una dirigente amministrativa di un ospedale lombardo precedentemente collocata a riposo, la cessazione dal incarico di direttore amministrativo del medesimo presidio sanitario dalla stessa successivamente ricoperto.

Peraltro, l'incarico di direttore amministrativo sarebbe perfettamente rientrato nell'ambito di applicazione della disposizione sopra richiamata dal momento che si trattava di *"un incarico di lavoro autonomo indubbiamente connotato dalla prestazione di un'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, ossia un tipo di rapporto che il legislatore (art. 409 c.p.c.) riconduce fra quelli di collaborazione"*.

3. Patto di prova nel pubblico impiego

Nel pubblico impiego privatizzato, il periodo di prova è espressamente regolato da norme di legge (artt. 17 e 28, D.Lgs. n. 165/2001) secondo cui le assunzioni alle dipendenze delle P.A. devono essere assoggettate all'esito positivo del medesimo periodo.

Secondo quanto deciso dalla Corte di Cassazione, nella sentenza n. 21586 del 13 agosto 2008, a fronte di una simile previsione normativa, *"l'autonomia contrattuale è abilitata esclusivamente alla determinazione della durata del periodo di prova, ma tale abilitazione è data dalle norme esclusivamente alla contrattazione collettiva, restando escluso che il contratto individuale possa discostarsene. Ed anche questa regolamentazione conduce ad*

escludere che il contratto individuale possa validamente stabilire i contenuti del patto di prova".

Con tali argomentazioni, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso di un lavoratore che sosteneva che la propria assunzione si fosse già positivamente definita per effetto dell'atto formale di nomina, contenente tutti gli elementi del contratto, e dell'accettazione implicita nell'esecuzione della prestazione e, conseguentemente, contestava la legittimità del recesso disposto dall'amministrazione comunale di appartenenza per mancato superamento del periodo di prova, nonostante il medesimo lavoratore fosse stato adibito ai compiti propri del profilo professionale della categoria di assunzione.

Nella stessa pronuncia, inoltre, richiamando il proprio costante insegnamento, la Corte ha ulteriormente precisato che *"anche nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di pubblica amministrazione, il recesso del datore di lavoro nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione, fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza; cosicché non sarebbe configurabile un esito negativo della prova ed un valido recesso qualora le modalità dell'esperimento non risultassero adeguate ad accertare la capacità lavorativa del prestatore in prova, ovvero risultasse il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite, ma è sul lavoratore che incombe l'onere di dimostrare la contraddizione tra recesso e funzione dell'esperimento".*

4. Anche gli interessi sui buoni fruttiferi acquistati per investire gli accantonamenti del TFR devono essere assoggettati a tassazione separata

La sezione tributaria della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22234 del 3 settembre 2008, si è pronunciata sull'impugnazione, accolta in sede di appello, del silenzio rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta di rimborso delle ritenute alla fonte operate dal CNR sull'indennità di buonuscita corrisposta al contribuente, parzialmente investita in Buoni Postali Fruttiferi, nella parte costituita dagli interessi maturati su tali titoli.

La Suprema Corte, accogliendo il ricorso dell'Agenzia delle Entrate, ha rilevato che, *"in tema di imposte sui redditi, i buoni fruttiferi e i relativi interessi (...) corrisposti dal CNR (...) al termine del rapporto di lavoro e a titolo di trattamento di fine rapporto sono assoggettati alla relativa tassazione stabilita dagli artt. 16 e 17 D.P.R. n. 917 del 1986 . Infatti, ai sensi di tali disposizioni, il trattamento di fine rapporto e le indennità equipollenti, comunque denominati, comunque denominate, sono soggetti, con tassazione separata, all'imposta sul reddito delle persone fisiche, applicabile anche quando detto trattamento non venga corrisposto interamente in denaro ma, anche solo in parte, attraverso la consegna di buoni postali fruttiferi (con i relativi interessi) nei quali il datore di lavoro abbia investito i contributi accantonati per il trattamento di quiescenza del personale dipendente, al fine di conservare il potere di acquisito delle somme a tale scopo destinate".*

5. Reato di falso in sede di certificazione delle presenze sul lavoro

Disconoscendo la argomentazioni dei ricorrenti che pretendevano che i fogli di presenza che attestano l'orario di inizio e fine dell'attività lavorativa non avrebbero potuto essere considerati atti pubblici, la Corte di Cassazione, sezione penale, con la sentenza n. 35058 del 10 settembre 2008, ha confermato le precedenti sentenze di merito con cui gli operai di un consorzio di bonifica erano stati condannati per falso e per truffa per avere fatto risultare, in concorso o inducendo in errore i caposquadra, la propria presenza sul posto di lavoro mentre, invece, si trovavano altrove.

Secondo la Suprema Corte, infatti, gli imputati avrebbero concorso nel reato di falso ideologico *"commesso dai soggetti ai quali la Pubblica Amministrazione ha affidato la funzione di attestare l'orario di lavoro dei dipendenti. L'atto in cui si è concretizzato il fatto reato pertanto, sia per la qualifica del soggetto che lo ha posto in essere, che con riferimento alla sua natura, è atto pubblico".* In effetti, dunque, deve considerarsi pacifica la differenza *"tra l'atto autocertificatorio posto in essere dal dipendente e quello, riportabile alla volontà della*

Pubblica Amministrazione ed avente funzione di attestazione, posto in essere dal soggetto al quale la amministrazione pubblica affida compiti di controllo del lavoro dei dipendenti".

6. I riposi giornalieri per allattamento spettano anche al padre lavoratore

Secondo il Consiglio di Stato deve considerarsi legittima la pretesa di un pubblico dipendente al riconoscimento dei periodi di riduzione dell'orario di servizio per allattamento in qualità di lavoratore padre, con relativo trattamento economico, sino al compimento di un anno di età delle proprie figlie. L'Amministrazione di appartenenza aveva rigettato la richiesta in tal senso formulata dal dipendente sostenendo che la sostituzione nella fruizione dei permessi sarebbe stata permessa *"solo qualora la madre sia lavoratrice autonoma e non anche nel caso che la madre sia casalinga"*. Nella sentenza n. 4293 del 9 settembre 2008, il Consiglio di Stato, confermando la decisione del TAR Toscana, ha evidenziato che, nel caso di specie, ricorressero i presupposti di cui all'art. 6 *ter* della L. n. 903/1977 (i periodi di riposo di cui all'art. 10, L. n. 1204/1971 e i relativi trattamenti economici *"sono riconosciuti al padre lavoratore: c) nel caso in cui la madre non sia lavoratrice dipendente"*), dal momento che questa fattispecie può dirsi comprensiva anche della lavoratrice casalinga e, come tale, non avente diritto ai permessi per l'allattamento in quanto lavoratrice *"non dipendente e pur tuttavia impegnata in attività che la distolgano dalla cura del neonato"*.

7. Efficacia delle circolari amministrative

Con sentenza n. 4524 del 19 settembre 2008, il Consiglio di Stato, rigettando l'eccezione di mancata tempestiva impugnazione di una interpretazione relativa ad un termine di prescrizione contenuta in una circolare di un'amministrazione regionale, ha ribadito, *incidenter tantum*, che le circolari amministrative non hanno *"alcuna idoneità a determinare effetti nei confronti dei soggetti estranei all'Amministrazione"*.

8. Vessazioni ai danni di una dirigente e configurazione del reato di abuso di ufficio

Secondo la Corte di Cassazione, la condotta del Sindaco e di alcuni componenti della Giunta comunale, che avevano posto in essere una serie di atti, in palese violazione di legge, finalizzati a danneggiare una dirigente della medesima amministrazione, ad esonerarla dalle funzioni esercitate e ad assegnarla ad un ufficio studi istituito d'urgenza e rimasto sostanzialmente inoperativo, deve considerarsi integrativa del reato di abuso d'ufficio, dal momento che gli stessi atti avrebbero nascosto *"di fatto la volontà di allontanare anche fisicamente dal palazzo comunale la funzionaria, senza con ciò mirare al raggiungimento di un fine di pubblico interesse, essendo stato conseguito con tale scelta l'esatto contrario in termini di pubblica utilità"*.

In particolare, nella sentenza n. 37354 del 1° ottobre 2008, la Suprema Corte ha ulteriormente evidenziato, ai fini della configurazione del reato di abuso di ufficio, che gli imputati, nel caso di specie, posero in essere una serie di violazioni di legge, *"con l'unico intento, concretamente conseguito, di emarginare la detta funzionaria che, per il suo spirito di indipendenza da qualsiasi pressione politica, non era gradita all'organo esecutivo del comune e al segretario generale che affiancava ed ispirava l'azione del primo"*.

9. Dipendenti pubblici negli uffici stampa delle amministrazioni

Il Tribunale di Napoli, con sentenza n. 16266 del 19 giugno 2008, ha rigettato le pretese di due dipendenti provinciali che, addette all'Ufficio stampa della Provincia di Napoli, avevano richiesto, in virtù del possesso del titolo di abilitazione proprio dei giornalisti professionisti, l'applicazione del CCNL dell'Area separata dei giornalisti e il riconoscimento dell'inquadramento nella qualifica di vice-capo redattore.

Nel caso di specie, il Giudice ha evidenziato che l'art. 9, co. 5, L. n. 150 del 2000 (laddove è previsto che *"Negli uffici stampa l'individuazione e la regolamentazione dei profili professionali"*

sono affidate alla contrattazione collettiva nell'ambito di una speciale area di contrattazione, con l'intervento delle organizzazioni rappresentative della categoria dei giornalisti") non avrebbe potuto trovare applicazione dal momento che l'ARAN e le OO.SS. non avevano sul punto definito alcuna intesa. Conseguentemente, nessuna posizione giuridica soggettiva, qualificabile come diritto soggettivo pieno ed assoluto, avrebbe potuto essere utilmente rivendicata dalle ricorrenti.

Allo stesso tempo, non sarebbe stato possibile per il Giudice adottare provvedimenti sostitutivi giusta la sovranità dell'autonomia contrattuale collettiva nella materia così delegata.

E' stata, infine, ritenuta infondata anche la richiesta avanzata delle medesime dipendenti per il risarcimento del danno connesso alla mancata applicazione della citata L. n. 150/2000 dal momento che non è stata rilevata in concreto alcun inadempimento colpevole imputabile alla Provincia resistente.

PRASSI

10. Conflitto tra rispetto del patto di stabilità e dovere di nomina del medico competente

Con il parere n. 52 del 29 settembre 2008, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha chiarito che un'amministrazione comunale che non abbia rispettato il patto interno di stabilità nella precedente annualità può comunque assumere, ai sensi dell'art. 18, co. 1, lett. a), D.Lgs. n. 81/2008, un dipendente con la qualifica di medico competente, dal momento che la norma che, in tal ipotesi, impone il divieto di assunzione di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa e di somministrazione, deve considerarsi di rilevanza minore rispetto a quella che, proprio mediante la nomina del medico competente, permette di soddisfare la finalità, di rilevanza costituzionale, di tutela della salute e sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori nei luoghi di lavoro, così garantendo l'uniformità della tutela medesima sul territorio nazionale attraversino il rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Il medesimo Dipartimento, peraltro, non ha mancato di osservare che, alle medesime conclusioni, si dovrà pervenire qualora, sempre in presenza della violazione del patto di stabilità, un'amministrazione intenda procedere alle assunzioni di soggetti appartenenti a categorie protette ai fini del rispetto della quota di riserva. L'obbligo di assunzione per facilitare l'inserimento e l'integrazione delle persone disabili persegue, infatti, anche in questo caso, una finalità prevalente rispetto al divieto sanzionatorio di assumere.

11. Requisiti per il conferimento di incarichi di lavoro autonomo

Come noto, con recenti provvedimenti normativi sono stati irrigiditi i requisiti, previsti all'art. 7, co. 6, D.Lgs. n. 165/2001, per il conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo di natura occasionale oppure di natura coordinata e continuativa.

A tal proposito, in ordine al quesito formulato da un'amministrazione comunale circa la possibilità del conferimento di incarichi a esperti in possesso della sola laurea triennale o della laurea triennale e di un master di primo livello, ovvero a professionisti non laureati iscritti in ordini o albi, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha espresso precise indicazioni con il parere n. 51 del 14 ottobre 2008.

In tale parere – di cui si riporta un estratto per maggiore chiarezza – è stato evidenziato, anche ripercorrendo la *ratio legis* delle modifiche legislative sul punto introdotte dalla L. n. 133/2008, che *"quando si tratta di conferire incarichi individuali nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri il possesso del titolo di studio non è requisito necessario ma occorre accertarsi che il soggetto abbia maturato un'esperienza nel settore che possa garantire l'adempimento della prestazione richiesta. E' evidente che nella circostanza si giustifica la deroga al titolo di studio nella misura in cui l'incarico da conferire inerisce inequivocabilmente ad una prestazione rientrante nei campi considerati, senza possibilità, pertanto, di interpretazioni estensive. Analogo discorso vale nei casi in cui un soggetto è iscritto in ordini o albi professionali. L'iscrizione all'albo attesta, ai fini del conferimento dell'incarico, una specializzazione di per sé idonea allo svolgimento dell'incarico medesimo consentendo di prescindere dal possesso tanto della laurea magistrale quanto di quella triennale, laddove è accertata la maturata esperienza nel settore. Rimane ferma, in relazione alla specificità della prestazione, la facoltà dell'amministrazione di preferire il professionista provvisto di specializzazione universitaria. Si conclude, inoltre, sottolineando che al di fuori delle deroghe descritte riprende pienamente vigore il principio della specializzazione universitaria secondo cui, la sola laurea triennale non è sufficiente ad integrare il requisito essendo a tal fine necessario il possesso della laurea magistrale o del titolo equivalente".*

12. L'indennità di amministrazione spetta anche per il periodo di convalescenza post ricovero

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, con il parere n. 53 del 4 novembre 2008, ha evidenziato come l'art. 71 del D.L. n. 112/2008 faccia salvo, nel caso di ricovero ospedaliero, il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore. Secondo il medesimo Dipartimento, tale principio deve estendersi anche all'eventuale previsione di un trattamento più favorevole disciplinato per i periodi di assenza post ricovero. Esemplificativamente, a fronte di quanto concordato nel CCNL del Comparto Ministeri può così precisarsi che ai lavoratori assenti durante il periodo di ricovero ospedaliero e di convalescenza dovrà essere integralmente erogata l'indennità di amministrazione.

Con riferimento, invece, alle modalità di certificazione dell'assenza per ricovero in una struttura privata, nel parere di cui sopra è stato ribadito che *"nel caso di assenze superiori a dieci giorni e dopo il secondo evento di malattia nel corso dell'anno solare l'assenza debba essere giustificata mediante certificazione di struttura sanitaria pubblica o dal medico convenzionato con il SSN"*.

13. Cessazione dell'incarico dirigenziale e riassunzione in servizio

Nel comparto Regioni ed Enti Locali, il dipendente di un'amministrazione comunale, il cui rapporto di servizio si risolva di diritto a seguito dell'accettazione di un incarico dirigenziale conferitogli da una diversa amministrazione, può, al termine del medesimo incarico, richiedere, ai sensi dell'art. 110, D.Lgs. n. 165/2001, la riassunzione alla propria amministrazione di provenienza entro i 30 giorni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato o alla data di disponibilità del posto in organico.

Come osservato dal Dipartimento della Funzione Pubblica nella nota del 4 novembre 2000, tale fattispecie deve intendersi autonoma rispetto a quella connessa alle dimissioni volontarie, di cui all'art. 26 del CCNL 14 settembre 2000, laddove viene assicurata al pubblico dipendente dimissionario la possibilità di richiedere la ricostituzione del rapporto di lavoro entro cinque anni dalla formulazione delle stesse dimissioni e che comporta l'applicazione della disciplina del preavviso di cui all'art. 39 del CCNL del personale non dirigenziale del comparto Regioni - Enti locali del 6 luglio 1995.

Questo più vantaggioso termine quinquennale, pertanto, non può trovare applicazione per la ricostituzione del rapporto di impiego risolto *ex lege* ai sensi del citato art. 110, D.Lgs. n. 267/2000.