

Il Rapporto di pubblico impiego

Avv. Raffaele Putortì

Sommario: 1. Premessa. - 2. Costituzione e pubblico impiego. - 3. La privatizzazione del pubblico impiego. - 4. La contrattazione nel pubblico impiego. - 5. L'accesso, la fuoriuscita e la mobilità nel pubblico impiego. - 6. Diritti del pubblico dipendente. - 7. Doveri del pubblico dipendente. - 8. Il riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego. -9. Lo svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego

1. Premessa.

La natura e la disciplina del rapporto di pubblico impiego sono state modificate dalla complessiva riforma conosciuta sotto il nome di privatizzazione del pubblico impiego; ai sensi dell' art. 2, comma 2 del D. Lgs. N. 29/1993 , e successivamente dall'art. 2, comma 2 del D. Lgs. N. 165/2001, il rapporto di pubblico impiego, in generale, è disciplinato dal Capo I, Titolo II del Libro V del codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nello stesso decreto e con l'eccezione di specifici rapporti di pubblico impiego sottratti alla privatizzazione (magistrati, professori e ricercatori universitari, personale della carriera diplomatica e prefettizia e personale che svolge la sua attività nel campo della tutela del mercato, del risparmio e della borsa).

Si caratterizza per la prestazione volontaria di un servizio durevole e continuativo a favore dello Stato o di un ente pubblico non economico ed avente per oggetto una delle attività istituzionali dell'amministrazione presso la quale esso viene espletato.

Gli elementi essenziali, che caratterizzano detto rapporto di pubblico impiego, sono: la costituzione e la disciplina del rapporto mediante contratto; la natura pubblica dell'ente datore di lavoro, l'adibizione a compiti che attengano ai fini istituzionali dell'ente datore di lavoro e l'assunzione per prestazioni continuative e durevoli.

Il rapporto di pubblico impiego, può essere considerato, come un rapporto personale che si fonda sulle caratteristiche personali dell'impiegato pubblico e comporta diritti e obblighi specifici tra le parti. La sua peculiarità è quella della subordinazione gerarchica e disciplinare dell'impiegato pubblico.

Con riferimento alla giurisdizione, il D. Lgs. N. 2480 del 1923 aveva previsto una giurisdizione esclusiva in favore del GA che aveva, dunque, giurisdizione anche con riferimento ai profili patrimoniali (risultavano escluse dalla devoluzione al GA solo le questioni relative al risarcimento danni).

Proprio negli ultimi anni, il pubblico impiego ha conosciuto una nuova stagione di cambiamenti , inaugurata dalla legge 124 del 2015, c.d. riforma Madia, che ha preso il nome del ministro proponente.

Proprio in attuazione di tale riforma, il Consiglio dei ministri ha infatti emanato, tra gli altri, due importanti decreti legislativi che hanno comportato delle significative novità nell'ambito del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: il d.lgs. n. 74/2017 e il d.lgs. n.

75/2017. Essi rilevano in particolare per aver modificato la disciplina della valutazione delle performance, delle assunzioni (attraverso l'introduzione del piano triennale dei fabbisogni), delle azioni disciplinari, della valorizzazione dell'esperienza professionale, dell'integrazione dei disabili e dell'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo.

Il legislatore riconosce alle pubbliche amministrazioni la facoltà di avvalersi delle forme contrattuali flessibili. Al riguardo, occorre segnalare che, a seguito dei recenti interventi legislativi (D.L. 112/2008), è stato modificato l'art. 36 del Testo unico, che disciplina, appunto, il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni, ed è stato sancito il principio generale in virtù del quale le pubbliche amministrazioni, per soddisfare le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, assumono -esclusivamente- con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo, per converso, avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali. Proprio al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni non potranno ricorrere all'uso del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio. Diversamente dalla disciplina privatistica, tuttavia, nell'ipotesi di violazione di tale normativa, non è prevista la conversione automatica dei rapporti di lavoro flessibili in rapporti di lavoro di natura subordinata a tempo indeterminata con le medesime pubbliche amministrazioni; a tal riguardo, infatti, il lavoratore interessato ha diritto, unicamente, al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

2. Costituzione e pubblico impiego.

Le disposizioni più significative nella costituzione, che toccano la materia del pubblico impiego sono l'art. 97, che al secondo comma dispone che: " i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione"; mentre il quarto comma stabilisce che: "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

Anche il successivo art. 98 interviene in ambito di pubblico impiego, statuendo, al primo comma, che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, disponendo al comma successivo che, se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità, mentre il terzo comma stabilisce delle limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per talune categorie di dipendenti pubblici, particolarmente sensibili con riferimento all'esercizio di pubblici poteri (magistrati, militari di carriera in servizio attivo, funzionari ed agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari all'estero).

Altre disposizioni collegate al tema del pubblico impiego, sono l'art. 51, il quale detta specifiche prescrizioni in capo al legislatore, per l'accesso agli uffici pubblici, nel senso che tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge e prescrivendo alla Repubblica di promuovere con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini.

Infine, va menzionato è l'art. 28 della Costituzione, in tema di responsabilità dell'amministrazione, si riferisce anche ai funzionari e ai dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, individuati, quali direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti, con responsabilità che si estende allo Stato e agli enti pubblici.

Inoltre va sottolineato, come, la materia del pubblico impiego strettamente intesa, in quanto riconducibile all'ambito dell'ordinamento civile, è pacificamente attribuita alla potestà legislativa statale dall'art. 117, secondo comma, lettera l della Costituzione; con riferimento alla potestà regionale residua la potestà esclusiva residuale per quegli aspetti che, più che rientrare nell'ambito del pubblico impiego quale esplicazione dell'ordinamento civile, rientrano nell'ambito dell'organizzazione amministrativa. Infine, anche altre disposizioni costituzionali, che a prima vista sembrerebbero soltanto ambire il pubblico impiego, ad un esame approfondito lo investono sensibilmente: si pensi ai temi dei vincoli finanziari, relativamente ai quali il coordinamento della finanza pubblica è riservata allo Stato ai sensi dell'art. 117, terzo comma, della Costituzione.

3. Privatizzazione del pubblico impiego.

Il processo di privatizzazione di pubblico impiego è scandito da alcuni passaggi particolarmente rilevanti. La fase di apertura della privatizzazione del pubblico impiego è segnata dall'emanazione della legge delega n. 421 del 23 ottobre 1992 che conferiva all'organo esecutivo il potere di emanare uno o più decreti legislativi in materia di razionalizzazione del pubblico impiego.

La delega è stata esercitata dal Governo con il D. Lgs. N. 29 del 3 febbraio 1993, con il quale viene concretamente sancita la privatizzazione del pubblico impiego e la parificazione della disciplina giuridica dell'impiego pubblico con quella dell'impiego privato.

Un ulteriore impulso alla privatizzazione del pubblico viene dato, negli anni successivi, dalla stipula dei primi contratti collettivi nominativi quadriennali. In tema di contrattazione collettiva e di rappresentatività, debbono essere ricordati il D.Lgs. N. 396 del 4 novembre 1997 ed il n. 80 del 31 marzo 1998. Il D.Lgs. n. 267/200 (T.U.E.L.) ha curato, agli artt. 88 e ss., l'estensione della normativa in tema di privatizzazione del pubblico impiego agli enti locali.

La logica della privatizzazione, è stata quella di introdurre nel contesto pubblico, regole giuridiche e di condotta proprie dei lavoratori operanti nel campo privato.

Gli effetti principali della privatizzazione del pubblico impiego sono stati: la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego, l'assoggettamento alla normativa di diritto privato, l'immediata vincolatività dei contratti collettivi senza la necessità di una fonte regolamentare di recepimento, la natura privatistica di tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro con esclusione dei c.d. atti di macro organizzazione ex art. 2 del D.Lgs. n. 165 del 2001, attinenti all'individuazione degli indirizzi generali dell'amministrazione e delle linee organizzative fondamentali compresa la pianta organica; atti che, anche dopo la

privatizzazione, restano di natura autoritativa con la possibilità, però, di un sindacato incidentale e disapplicazione da parte del GO.

Deve evidenziarsi come, secondo una certa giurisprudenza amministrativa (CdS, Ad. Gen., 10 giugno 1999, n.9), anche con riferimento agli atti di micro organizzazione, il dipendente pubblico avrebbe la possibilità di esperire, in alternativa al ricorso al GO, il ricorso straordinario al Capo dello Stato che, tuttavia, non escluderebbe la possibilità di esperire anche il ricorso al GO.

La privatizzazione sostanziale della disciplina del rapporto di impiego ha comportato, a mente dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, la devoluzione del relativo contenzioso al GO che potrà, nelle materie devolute alla sua competenza, disapplicare eventuali atti amministrativi autoritativi presupposti illegittimi, sui quali si fondono gli atti gestionali a valle.

Parte della dottrina, sul rilievo della funzionalizzazione degli atti privatistici della PA al perseguimento del pubblico interesse, ha ritenuto che il sindacato del GO si estenderebbe alla verifica del corretto perseguimento di tali interessi (tale tesi non è stata accolta dalla Suprema Corte che ha ritenuto l'applicabilità, tra le disposizioni della Legge n. 241 del 1990, della sola normativa in materia di accesso ai documenti amministrativi).

Completato il processo di privatizzazione del pubblico impiego, dunque, i rapporti alle dipendenze della PA possono costituirsi solo con contratto di diritto privato (diversamente dal passato allorché la disciplina del rapporto trovava la fonte in un atto unilaterale della PA) ed il contratto di diritto privato deve osservare il principio di parità di trattamento ed i minimi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva.

La privatizzazione del pubblico impiego ha, dunque, comportato l'integrale contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego (con l'eccezione dei settori esclusi dall'art. 2 del D. Lgs. N. 165/2001), con la conseguenza che la definizione del rapporto, sia sotto il profilo normativo che economico, viene demandata al contratto individuale d'assunzione e alla contrattazione collettiva di settore che, come detto è vincolante per la parte pubblica e per il privato dipendente in forza del richiamo contenuto nel contratto individuale di assunzione.

4. La contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

Il D.Lgs. n. 165/2001 ha previsto e disciplinato organicamente i livelli e gli effetti della contrattazione collettiva nel pubblico impiego.

A mente dell'art. 40 del sopracitato decreto, esistono due livelli di contrattazione nel pubblico impiego: la contrattazione di comparto e la contrattazione integrativa relativa alla singola pubblica amministrazione.

Il successivo art 41 prevede un terzo livello di contrattazione cui è, innanzitutto, demandata la definizione dei comparti e che individua istituti e detta discipline comuni a più comparti. Per ogni funzione inerente o connessa a tale terzo livello di contrattazione è competente un organismo di coordinamento dei comitati di settore.

Ai fini della contrattazione collettiva nel pubblico impiego, assume un ruolo fondamentale l'ARAN ossia l'Agenzia per la rappresentanza negoziale della pubblica amministrazione. L'ARAN ha la rappresentanza legale delle PA, esercita, per suo conto, ogni attività inerente le relazioni sindacali, la contrattazione collettiva, nonché funzioni consultive in materia di interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego e funzioni di raccolta dei dati in materia di voti e deleghe ai sindacati che debbono essere ammessi alla contrattazione. E' possibile, per le PA, avvalersi dell'assistenza anche per ciò che concerne la contrattazione integrativa. L'ARAN ha anche la possibilità di intervenire nelle vertenze lavorative dei pubblici impiegati al fine di garantire l'esatta interpretazione dei contratti del pubblico impiego.

I contratti collettivi del pubblico impiego devono essere preventivamente sottoposti, ai fini della certificazione, al controllo della Corte dei Conti che si deve pronunciare sulla compatibilità economico finanziaria nei successivi 40 giorni. In mancanza di un espresso pronunciamento della Corte, i contratti collettivi divengono, in ogni caso, efficaci decorso il termine dei 40 giorni (termine che può essere procrastinato di ulteriori 15 giorni in caso di motivate esigenze istruttorie da parte del Consiglio dei Ministri).

Ulteriore aspetto concernente la contrattazione del rapporto di impiego pubblico riguarda la vincolatività. Per la PA nulla quaestio in quanto la vincolatività della contrattazione collettiva è prescritta direttamente dal D.Lgs. n. 165/2001 agli artt. 40 e 45, sia per ciò che concerne gli aspetti normativi, sia per quel che concerne il rispetto dei minimi retributivi.

Con riferimento agli impiegati pubblici non aderenti alle associazioni sindacali stipulanti, la vincolatività, invece, è assicurata dal rinvio alla contrattazione presente nel contratto individuale (indicativa sul tema, la sentenza n. 309 del 16 ottobre 1997 della Corte Costituzionale).

5. L'accesso, la fuoriuscita e la mobilità nel pubblico impiego.

L'art. 97 Cost. stabilisce che, salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'accesso al pubblico impiego avvenga tramite concorso. Analogamente l'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2001 prevede che l'accesso al debba avvenire tramite procedure selettive.

Le procedure selettive per l'accesso, devono, in forza del citato art. 35, garantire imparzialità, efficacia e celerità innanzitutto attraverso un'adeguata pubblicità della selezione e delle sue modalità di svolgimento.

Le procedure per l'accesso al pubblico impiego possono, inoltre, prevedere meccanismi preselettivi e devono, in ogni caso, contemplare meccanismi oggettivi e trasparenti idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti. Ulteriori criteri cui devono essere improntate le procedure per l'accesso sono: 1) la composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza; 2) il decentramento delle procedure di reclutamento.

Tutta la materia relativa all'espletamento della prova concorsuale sino all'approvazione della graduatoria finale, non rientra nell'ambito della giurisdizione del GO ex art. 63 del D.Lgs. n.

165 del 2001. Tutti gli atti successivi all'approvazione della graduatoria, anche se meramente attuativi dei risultati della precedente fase concorsuale, rientrano nella giurisdizione del GO che può, incidentalmente, disapplicare atti di tale fase ove ne ravvisi l'illegittimità.

In ogni caso, successivamente all'esaurimento della fase concorsuale ed all'approvazione della graduatoria, l'atto d'assunzione, di natura privata ha la forma del contratto individuale con l'obbligatorio rinvio al CCNL applicabile le cui disposizioni, per tale via, diventano vincolanti anche per l'impiegato non aderente alle associazioni sindacali stipulanti. L'accesso al pubblico impiego può anche avvenire mediante collocamento obbligatorio in favore delle vittime di terrorismo e della criminalità organizzata, dei loro familiari.

I requisiti per l'accesso sono indicati dal D.p.r. n.487 del 1994 che trova applicazione in quanto compatibile con l'art. 35 del D.Lgs. n. 165/2000. Tali requisiti sono la cittadinanza italiana, i requisiti fisici, il godimento dei diritti politici e il titolo di studio a seconda della tipologia di impiego. A decorrere dal 1.01.2000, inoltre, i bandi per l'accesso devono prevedere la conoscenza delle apparecchiature per l'uso del computer ed almeno una lingua straniera.

Relativamente alla **fuoriuscita dall'impiego** (vuoi sotto forma di destituzione, di recesso, di licenziamento, ecc.), quando non dipenda da altre cause quali il mutuo consenso, il compimento del limite massimo di età, le dimissioni del dipendente o il suo decesso, non può avvenire ad nutum, ossia sulla base di una determinazione arbitraria dell'amministrazione, bensì impone inderogabilmente la sussistenza di presupposti ben definiti, la cui carenza comporta l'invalidità dell'atto espulsivo con applicazione generalizzata della c.d. tutela reale (ossia la reintegrazione nel posto di lavoro).

Per quanto riguarda la disciplina dell'istituto del licenziamento disciplinare, con riferimento ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il legislatore è nuovamente intervenuto, nel corso del 2016, ad integrare la disciplina legislativa del licenziamento disciplinare, già oggetto di corposa "rilegificazione" da parte del d.lgs. 27.10.2009, n. 1501. L'intervento – operato con il d.lgs. 20.6.2016, n. 116, sulla base della delega contenuta nell'art. 17, co. 1, lett. s) della l. 7.7.2015 n. 124 (l. delega in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni, cd. "legge Madia") – mira a rendere più celeri i tempi del procedimento disciplinare, e più certi gli esiti concreti.

In particolare il Governo, nell'attuazione della delega, ha focalizzato l'attenzione sulla sola fattispecie della falsa attestazione della presenza in servizio, che già ai sensi della disciplina previgente costituiva uno dei casi individuati direttamente dal legislatore cui si applicava "comunque" la sanzione del licenziamento disciplinare (art. 55 quater, co. 1, lett. a del d.lgs. 30.3.2001, n. 165) senza preavviso (co. 3 del medesimo articolo).

Di tale fattispecie è stata delineata una più ampia nozione, volta a ricomprendere «qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso», di cui risponde anche chi l'abbia agevolata (co. 1-bis, art. 55 quater del d.lgs. n. 165/2001, come introdotto dal d.lgs. n. 116/2016).

La falsa attestazione (qualora accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione delle presenze) determina ora l'immediata sospensione dal servizio (fatto salvo l'assegno alimentare), va disposta comunque entro quarantotto ore dalla conoscenza del fatto (co. 3-bis), ed attiva un procedimento destinato a concludersi entro 30 giorni (co. 3-ter). In assenza di un giustificato motivo, la mancata attivazione del procedimento disciplinare, nonché l'omessa sospensione cautelare, rendono passibili di licenziamento anche i dirigenti (ovvero i responsabili di servizio competenti, negli enti privi di qualifiche dirigenziali) che abbiano avuto conoscenza della falsa attestazione, e di tali omissioni è data notizia all'autorità giudiziaria, ai fini dell'accertamento di eventuali reati (co. 3-quinquies).

Infine, la condotta fraudolenta de qua va denunciata al pubblico ministero entro 15 giorni dall'avvio del procedimento disciplinare, e segnalata entro il medesimo termine alla Corte dei Conti che – qualora ne ricorrano i presupposti – dovrà procedere, entro tre mesi dalla conclusione del procedimento disciplinare, per danno all'immagine della p.a.

Altre fattispecie che integrano l'istituto del licenziamento disciplinare sono: il rifiuto ingiustificato del trasferimento per motivate esigenze di servizio, la reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive, moleste, minacciose, ingiuriose o lesive dell'onore o della dignità personale, l'essere intervenuta sentenza penale definitiva con previsione dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, all'insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa.

Da ultimo un breve cenno circa l'istituto della **mobilità** nel pubblico impiego. Nell'ambito della , migliore allocazione delle risorse, il tema della mobilità ha avuto un notevole impulso con la privatizzazione e con i provvedimenti normativi successivi ad essa.

In termini generali, può distinguersi una mobilità volontaria, una mobilità collettiva, in caso di eccedenza del personale ed in via concordata con le organizzazioni sindacali, nonché una mobilità tra pubblico e privato.

Con la locazione mobilità nel pubblico impiego intende definirsi quel fenomeno per effetto del quale, attraverso la cessione di un contratto di lavoro in essere con un'amministrazione statale, un'altra amministrazione pubblica può ricoprire un posto vacante in organico a condizione che si tratti della medesima qualifica che il lavoratore interessato dalla cessione presti il suo consenso al trasferimento.

La mobilità nel pubblico impiego è espressamente prevista dall'art. 30, comma 1 del D.Lgs. n. 165/2001 ed è stata rafforzata ed incentivata da provvedimenti normativi successivi- Con la legge n. 246/2005 è stato modificato il comma 2 dell'art. 30 del D.Lgs n. 165/2001 prevedendo la nullità delle clausole dei contratti collettivi che prevedono il ricorso al reclutamento esterno prima di valutare, ai fini della copertura dei posti vacanti in organico, la possibilità di ricorso alla mobilità.

6. Diritti del pubblico dipendente.

Il rapporto di pubblico impiego è di tipo bilaterale: da questo, infatti, deriva una serie di doveri e diritti sia per il lavoratore che per il datore di lavoro.

I diritti dell'impiegato si possono distinguere a seconda che abbiano un contenuto patrimoniale o non patrimoniale.

A) I diritti patrimoniali

Tra i diritti patrimoniali il più importante è quello alla retribuzione. Il trattamento economico dell'impiegato pubblico deve essere determinato in maniera proporzionale alla quantità e qualità del suo lavoro nonché avere una misura tale da assicurare all'impiegato e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.). Il trattamento economico dovuto al pubblico dipendente remunera, ex art. 45 D.Lgs. 165/2001, tutte le prestazioni lavorative inerenti ai doveri del pubblico impiego, con esclusione delle prestazioni rese al di fuori del rapporto di lavoro (tale è il cd. principio di onnicomprensività della retribuzione).

Il principio di onnicomprensività della retribuzione del pubblico dipendente

Il pubblico dipendente non può ricevere compensi ulteriori per svolgere compiti e mansioni compresi nelle mansioni dell'ufficio ricoperto: si tratta del principio di onnicomprensività del trattamento economico. Tale onnicomprensività remunera completamente ogni incarico conferito al dipendente in ragione dell'ufficio ricoperto o, comunque, che sia collegato alla rappresentanza degli interessi dell'ente.

Questa regola trova applicazione anche per i dirigenti. Il principio dell'onniconcomprensività può essere derogato nei casi tassativamente ed espressamente stabiliti dalla legge nonché per particolari categorie di lavoratori, in ragione della loro qualificazione professionale oppure per specifiche attività non rientranti nel novero di quelle ordinarie (così Corte dei conti, sez. contr. Campania, parere 11-12-2014, n. 247).

La retribuzione si articola nel modo che segue:

Trattamento fondamentale:

- a) stipendio tabellare;
- b) retribuzione individuale di anzianità, comprensiva di maggiorazione per esperienza professionale (ove prevista);
- c) indennità integrativa speciale;
- d) sviluppo economico interno all'area funzionale.

Trattamento accessorio:

- 1) indennità di amministrazione;
- 2) compensi eventualmente spettanti dall'utilizzo del fondo unico di amministrazione;
- 3) compensi per lavoro straordinario, ove spettanti;
- 4) altre indennità previste da specifiche disposizioni di legge.

A queste voci vanno, infine, aggiunti la tredicesima mensilità (art. 7, D.Lgs.C.p.S. 25- 12-1946, n. 263) e l'assegno per nucleo familiare, ove spettante (L. 13-5-1988, n. 153).

I contratti collettivi definiscono, in coerenza con le disposizioni legislative vigenti, trattamenti economici accessori collegati:

- a) alla performance individuale;
- b) alla performance organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione;
- c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute.

B) Diritti non patrimoniali

1) Il diritto all'ufficio

Il cd. diritto all'ufficio consiste nell'aspettativa di non essere rimosso dal proprio ufficio se non nei casi previsti dalla legge o dai contratti collettivi.

Non si deve confondere il diritto all'ufficio con il diritto a non essere spostato da una sede, da una stanza o da un servizio specifico; quest'ultimi, difatti, non sono diritti, ma meri interessi, peraltro contraddetti dal principio sempre più affermato della rotazione dei servizi.

Vi sono, inoltre, alcune categorie di impiegati che, godendo di un diritto incondizionato all'ufficio, sono definiti inamovibili. Per questi impiegati (magistrati, professori universitari) la cessazione del rapporto non solo può avvenire per le sole cause tassativamente indicate dalla legge, ma altresì su parere conforme di un corpo collegiale eletto dagli stessi impiegati (ad es. Consiglio Superiore della Magistratura).

2) Il diritto allo svolgimento delle mansioni ed alle progressioni

Il cd. diritto alla funzione consiste nel diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla propria qualifica. L'art. 52 D.Lgs. 165/2001 (come novellato dal decreto Brunetta) prevede che il prestatore di lavoro può essere adibito:

- alle mansioni per le quali è stato assunto;
- alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'art. 35, comma 1, D.Lgs. 165/2001.

È poi possibile l'adibizione del lavoratore, in casi specificamente individuati, a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore, per le quali, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Al di fuori di esse, si ricordi che è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore.

Le progressioni, invece, sono dei mutamenti nella posizione contrattuale del lavoratore, che si differenziano, come già visto, in economiche e di carriera, e che, alla luce della riforma Brunetta, sono strettamente collegate ai risultati raggiunti dal dipendente.

3) Il diritto alla riservatezza

Le pubbliche amministrazioni sono tenute ad osservare particolari cautele nel trattamento dei dati personali dei privati, in tal caso, dei propri dipendenti.

Il Codice della privacy (D.Lgs. 196/2003) impone, infatti, il rispetto di particolari condizioni per il trattamento da parte di soggetti pubblici di dati sensibili, tra cui un posto di preminenza spetta ai dati idonei a rivelare lo stato di salute.

Con riferimento, in particolare, al trattamento dei dati idonei a rivelare lo stato di salute contenuti nei certificati di malattia dei dipendenti, il Garante della privacy, con provvedimento del 30 ottobre 2008, ha affermato che il datore di lavoro pubblico non è legittimato a raccogliere certificati medici con l'indicazione della diagnosi.

Pertanto, in assenza di specifiche disposizioni, il lavoratore assente per malattia deve presentare un certificato contenente esclusivamente la prognosi con la sola indicazione dell'inizio e della durata dell'infermità.

4) La parità di genere e le pari opportunità nel rapporto di lavoro

Il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.Lgs. 11-4-2006, n. 198), che si applica sia al settore privato che a quello del lavoro pubblico, costituisce una normativa ad ampio raggio finalizzata alla prevenzione e alla rimozione di ogni forma di discriminazione fondata sul sesso in tutti i campi della vita civile, sociale, economica etc.

Si tratta di un principio che discende direttamente da quello di eguaglianza ex art. 3 della Costituzione, e che impone alle amministrazioni di svolgere un ruolo propositivo e propulsivo ai fini della completa attuazione di questo, attraverso la rimozione di forme esplicite o implicite di discriminazione tra donne e uomini sui luoghi di lavoro (art. 57 D.Lgs. 165/2001).

Il Jobs Act (L. 183/2014), conformemente alla più recente legislazione ed in coerenza con lo spirito che sottende il provvedimento, prevede la semplificazione e la razionalizzazione degli organismi, delle competenze e dei fondi che operano in materia di parità e pari opportunità nel lavoro, nonché il riordino delle procedure in materia di promozione delle azioni positive. A tale previsione è stata data attuazione con il D.Lgs. 151/2015.

Un'apposita disposizione del D.Lgs. 198/2006, Codice pari opportunità, (art. 31) sancisce espressamente il divieto di discriminazione nell'accesso.

Il D.Lgs. 198/2006 evidenzia l'illiceità delle discriminazioni tra uomo e donna (artt. 25 e 26). Costituisce discriminazione anche «ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità, anche adottive, ovvero in ragione della titolarità e dell'esercizio dei relativi diritti».

Il lavoratore può agire in giudizio per l'eliminazione delle discriminazioni poste in essere in violazione dei divieti (art. 36 D.Lgs. 198/2006).

5) La salute e la sicurezza dei lavoratori

Tematica di crescente rilevanza è quella della tutela della sicurezza e della salute del lavoratore nel luogo di lavoro.

La disciplina, contenuta in normative specifiche (in primis, il D.Lgs. 626/1994 e succ. mod. e integraz.) è la stessa per impiego privato e pubblico.

In tale contesto va evidenziato che l'amministrazione ha il potere di accertare che i neoassunti godano dello stato di salute richiesto per il lavoro da svolgere. D'altro canto, anche in un successivo momento il lavoratore che lamenti particolari patologie può essere sottoposto ad indagini mediche volte ad accertare la sua infermità e la possibilità di essere adibito ad altri tipi di mansioni.

Inoltre, per garantire la salute dei lavoratori, costoro possono essere sottoposti a visite mediche (tendenzialmente annuali) di controllo in relazione allo specifico rischio al quale sono esposti (es. movimentazione di carichi, videoterminali etc.).

Con L. 3-8-2007, n. 123 è stata conferita delega al Governo per la formulazione del Testo Unico in materia di igiene e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro (art. 1), con contestuale emanazione (artt. 2-12) di disposizioni immediatamente cogenti in materia di valutazione dei rischi specifici e connessi poteri dei sindacati e del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, nonché in tema di maggiore sicurezza e trasparenza nei lavori e nei cantieri già dalla fase delle contrattazioni, con pregnanti poteri degli ispettori del lavoro e, infine, in tema di responsabilità penale e patrimoniale per i danni subiti dai lavoratori.

Tale delega ha trovato applicazione con il D.Lgs. 9-4-2008, n. 81, finalizzato al riassetto e alla riforma delle norme vigenti in materia di salute e sicurezza delle lavoratrici e dei lavoratori nei luoghi di lavoro, mediante il riordino e il coordinamento delle medesime in un unico testo normativo.

Con il D.Lgs. 81/2008 fa esplicito ingresso nel nostro ordinamento il concetto di «stress da lavoro» (art. 28). Questo, infatti, è stato inserito tra i rischi che il datore di lavoro è tenuto a sottoporre a valutazione per la salute e la sicurezza dei lavoratori.

In realtà, già il previgente D.Lgs. 626/1994, oggi abrogato, prendeva in considerazione tutti i rischi, compresi quelli aventi natura psichica e sociale.

L'art. 28 cit. dispone, invero, che detta valutazione deve riguardare tutti i rischi, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004.

Lo stress, nell'Accordo 2004, viene definito, in genere, quale stato che si accompagna a malessere e disfunzioni fisiche, psicologiche o sociali e che consegue dal fatto che le persone non si sentono in grado di superare i gap rispetto alle richieste o alle attese nei loro confronti. L'individuazione di una situazione di stress da lavoro, in particolare, può avvenire attraverso un'analisi di fattori quali l'organizzazione e i processi di lavoro (pianificazione dell'orario di lavoro, grado di autonomia, grado di coincidenza tra esigenze imposte dal lavoro e capacità/conoscenze dei lavoratori, carico di lavoro etc.), le condizioni e l'ambiente di lavoro (esposizione ad un comportamento illecito, al rumore, al calore, a sostanze pericolose etc.), la comunicazione (incertezza circa le aspettative riguardo al lavoro, prospettive di occupazione, un futuro cambiamento etc.) e i fattori soggettivi (pressioni emotive e sociali, sensazione di non poter far fronte alla situazione, percezione di una mancanza di aiuto etc.). Anche le condizioni di «superlavoro» e di lavoro ripetitivo possono creare stress, che va

attentamente considerato dal datore di lavoro (Cass., sez. lav., 8-5-2014, n. 9945 e Cass., sez. IV penale, 8-3-2013, n. 11062).

Se il problema di stress da lavoro è identificato, bisogna agire per prevenirlo, eliminarlo o ridurlo. Viene ribadito che la responsabilità di stabilire le misure adeguate da adottare spetta al datore di lavoro.

Sulla scorta dell'Accordo citato, si colloca il D.Lgs. 81/2008, nel quale, in correlazione con la nuova accezione del termine «salute» (quale stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità), l'art. 28 introduce una complessiva valutazione dei rischi per i lavoratori e, conseguentemente, una tutela maggiormente incisiva (soprattutto se si pensa che, prima della entrata in vigore del D.Lgs. 81/2008, lo stress da lavoro veniva tutelato solo attraverso l'art. 2087 c.c., ai sensi del quale «L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»).

L'obbligo di valutazione dello stress lavoro-correlato decorre dal 31 dicembre 2010 e riguarda tutti i datori di lavoro, pubblici e privati.

6) I diritti sindacali

L'art. 51 D.Lgs. 165/2001 estende a tutte le pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti, lo Statuto dei lavoratori (L. 20 maggio 1970, n. 300).

L'art. 42, comma 1, D.Lgs. 165/2001 conferma l'applicazione delle norme dello Statuto che assicurano il rispetto della libertà (artt. 14-18) e dell'attività sindacale (artt. 19-27).

In ciascuna amministrazione, ente o struttura amministrativa, le organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 43 (v. infra) possono costituire rappresentanze sindacali aziendali (RSA: si tratta dell'organismo attraverso il quale è garantita la presenza del sindacato in azienda) (art. 42, comma 2, D.Lgs. 165/2001). Presso ogni P.A., inoltre, deve essere costituito un organismo di rappresentanza unitaria del personale mediante elezioni a cui è garantita la partecipazione di tutti i lavoratori (RSU) (art. 42, comma 3, D.Lgs. 165/2001).

Ai fini della costituzione delle RSU viene garantita la partecipazione del personale in servizio presso le rappresentanze diplomatiche e consolari nonché presso gli istituti italiani di cultura all'estero; di questi soggetti si tiene anche conto per il calcolo della rappresentatività sindacale (artt. 42, comma 3bis, D.Lgs. 165/2001, inserito ex art. 1, L. 22-3-2012, n. 38).

Il successivo art. 43 disciplina la rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva; a quest'ultima sono ammesse le organizzazioni sindacali che abbiano, nel comparto o nell'area, una rappresentatività non inferiore al 5% (considerando la media tra il dato associativo e quello elettorale).

Per garantire l'esercizio delle libertà sindacali e delle attività collegate nel pubblico impiego, la contrattazione collettiva, inoltre, disciplina ulteriori prerogative, fra cui il diritto al distacco sindacale, a permessi retribuiti, ad aspettative non retribuite e a permessi non retribuiti.

L'articolo 50 D.Lgs. 165/2001 stabilisce che, ai fini del contenimento, della trasparenza e della razionalizzazione delle aspettative e dei permessi sindacali nel settore pubblico, la

contrattazione collettiva ne determina i limiti massimi in accordo specifico tra ARAN e confederazioni sindacali rappresentative (comma 1).

Alla stessa contrattazione collettiva è demandata la gestione dell'accordo menzionato, comprese le modalità di utilizzo e distribuzione delle aspettative e dei permessi sindacali tra le confederazioni e le organizzazioni sindacali aventi titolo sulla base della loro rappresentatività e con riferimento a ciascun comparto e area separata di contrattazione.

Ai fini del monitoraggio delle aspettative e permessi rilasciati, le amministrazioni pubbliche sono tenute a fornire alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica il numero complessivo ed i nominativi dei beneficiari dei permessi sindacali nonché gli elenchi nominativi, suddivisi per qualifica, del personale dipendente collocato in aspettativa per motivi sindacali.

L'art. 50 cit. trova applicazione anche per il personale in servizio presso le rappresentanze diplomatiche e consolari e presso gli istituti di cultura italiana all'estero (art. 50bis D.Lgs. 165/2001, introdotto dalla L. 38/2012).

7. Doveri del pubblico dipendente.

I doveri del dipendente, in particolare, possono essere raggruppati in due ampie tipologie: l'una di stampo prettamente pubblicistico, riconducibile al dovere di fedeltà alla Repubblica, sancito dall'art. 51 Cost., ai principi di imparzialità e buon andamento, ex art. 97 Cost., e al carattere democratico della Repubblica (art. 1 Cost.), che impone di favorire rapporti di fiducia fra amministrazione e cittadino.

L'altra tipologia si richiama, invece, ai doveri di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti, come per il rapporto di lavoro privato, dagli artt. 2104 e 2105 c.c.

La definizione dei doveri del dipendente compete in genere ad un codice di comportamento «uniforme» valevole per tutte le amministrazioni pubbliche, nonché ai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni, contenenti eventuali integrazioni e specificazioni al codice generale resi necessarie in seguito a verifica di applicabilità.

Il codice di comportamento, a sua volta, viene recepito in allegato ai contratti collettivi e coordinato con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare.

Nel campo del pubblico impiego si sono susseguiti tre codici di comportamento "generali": il D.M. 31-3-1994, approvato all'indomani della privatizzazione; il D.M. 28-11-2000, che per primo definiva con puntualità gli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità della condotta del pubblico dipendente; infine, il D.P.R. 16-4-2013, n. 62, adottato in base alla L. 190/2012, cd. legge anticorruzione e che ha sostituito il previgente del 2000.

Questo nuovo codice costituisce ad oggi il punto di riferimento fondamentale per delineare il sistema dei doveri (e delle responsabilità) dei pubblici dipendenti e si inserisce in un contesto

di riforma della P.A. nella direzione del recupero della legalità, della trasparenza e della democraticità dell'azione amministrativa.

I doveri degli impiegati trovano precisa enunciazione anche nella contrattazione collettiva, le cui disposizioni vanno sempre coordinate con la legislazione ordinaria.

La disciplina pattizia, in particolare, detta in maniera puntuale i doveri e gli obblighi dei pubblici dipendenti (cfr., a titolo esemplificativo, il CCNL Comparto Ministeri). In particolare, il dipendente deve:

a) collaborare con diligenza, osservando le norme del contratto collettivo, le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'amministrazione, anche in relazione alle norme in materia di sicurezza e di ambiente di lavoro;

b) rispettare il segreto d'ufficio;

c) non utilizzare a fini privati le informazioni di cui disponga per ragioni d'ufficio;

d) nei rapporti con il cittadino, fornire tutte le informazioni cui abbia titolo, nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di accesso all'attività amministrativa previste dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e dai regolamenti attuativi della stessa vigenti nell'amministrazione, nonché attuare le disposizioni in tema di autocertificazione;

e) rispettare l'orario di lavoro, adempiere alle formalità previste per la rilevazione delle presenze e non assentarsi dal luogo di lavoro senza l'autorizzazione del dirigente del servizio;

f) durante l'orario di lavoro, mantenere nei rapporti interpersonali e con gli utenti una condotta uniformata a principi di correttezza ed astenersi da comportamenti lesivi della dignità della persona;

g) non attendere ad occupazioni estranee al servizio e ad attività, che ritardino il recupero psicofisico, in periodo di malattia o infortunio;

h) eseguire gli ordini inerenti all'espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori. Se ritiene che l'ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne rimostranza a chi l'ha indicato.

8. Il riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego

La difesa in giudizio dei dipendenti nel settore del pubblico impiego presenta alcune particolarità che è bene tenere presenti.

Sino ad una quindicina di anni or sono, le difese dei dipendenti erano affidate al Giudice amministrativo (i TAR).

La trasmigrazione del contenzioso avanti al giudice ordinario del lavoro non è stata facile ed il processo è ancora in pieno corso.

Nei primi tempi ha influito sulla gestione delle cause la pressoché generale (con poche lodevoli eccezioni) inesperienza dei giudici del lavoro in una materia ostica, complessa ed intricata, che presentava caratteristiche del tutto diverse dai rapporti di lavoro privati, dove le contrapposizioni tra datori di lavoro e prestatori erano più definite, conosciute e rese

rassicuranti dalla presenza di una copiosa giurisprudenza a cui attingere le informazioni necessarie.

In questa situazione si è sovrapposta una speculare inesperienza del libero foro. Da un lato, gli avvocati che seguivano il diritto del lavoro privato poco capivano del settore pubblico e delle sue regole particolari, talvolta astruse; dall'altro i difensori che avevano seguito sino ad allora i pubblici dipendenti erano sostanzialmente amministrativisti, sicché il passaggio repentino dalla difesa degli interessi legittimi alla difesa dei diritti e dalla impostazione dei ricorsi di struttura prettamente impugnatoria alla predisposizione di atti di natura più civilistica, ha comportato notevoli difficoltà e altrettante incomprensioni, aggravando la confusione dei giudici del lavoro.

In materia di pubblico impiego, il quesito che più di frequente si pone nelle aule giudiziali riguarda la corretta individuazione del giudice competente a decidere le controversie tra pubblico dipendente e Pubblica amministrazione datrice di lavoro.

Sono almeno quattro le ragioni che alimentano i dubbi interpretativi che si pongono in tema di riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego:

1. in primo luogo, la oggettiva complessità della disciplina di riferimento, contenuta sostanzialmente nell'art. 63 del T.U. del Pubblico Impiego;
2. in secondo luogo, il fatto che all'attenzione dell'Autorità giudicante si affacciano, ancora oggi, questioni di diritto intertemporale, in quanto relative al periodo precedente il 30 giugno 1998;
3. in terzo luogo, l'incerto confine che a volte si pone tra concorso interno e concorso esterno;
4. in quarto luogo, il fatto che, talvolta, risulta complesso accertare se tra le parti in causa sia davvero configurabile, o meno, un rapporto di pubblico impiego.

Il presente studio si propone di studiare il modo in cui la giurisprudenza degli ultimi anni ha affrontato (e quindi risolto) le quattro problematiche innanzi paragrafate.

La disciplina del riparto della giurisdizione in materia di pubblico impiego è contenuta nell'art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001.

Nel distinguere la competenza del G.O. da quella del G.A. (e salvi i casi di giurisdizione esclusiva dello stesso G.A.), il legislatore fa sostanzialmente leva sulla distinzione tra:

- a) atti di micro-organizzazione, vale a dire quegli atti organizzativo-gestionali aventi natura privatistica, comprensivi, oltre che degli atti di gestione in senso stretto del singolo rapporto (la sanzione disciplinare, i trasferimenti, l'assegnazione delle mansioni, il licenziamento), anche degli atti di organizzazione minore, adottati dai dirigenti, al pari degli atti di gestione dei rapporti, nell'esercizio della capacità e dei poteri del privato datore di lavoro, nell'ambito e sulla base degli atti organizzativi di carattere generale;
- b) atti di macro-organizzazione pubblicistici, la cui adozione ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, D.Lgs. n. 165/2001, è rimessa agli organi di indirizzo politico-amministrativo (si pensi alla fissazione delle linee fondamentali di organizzazione, all'individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e alla determinazione delle dotazioni organiche complessive).

Ebbene, basandosi sul suddetto impianto, ed ereditando l'impostazione già segnata per effetto del D.Lgs. n. 80/1998, l'art. 63 delinea un rapporto genus-species in virtù del quale alla "generale" giurisdizione del Giudice Ordinario nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, fa eccezione la "speciale" giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Più nel dettaglio, la norma stabilisce che:

- sono devolute alla cognizione del Giudice Ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione di quelle relative agli atti di macro-organizzazione, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi (comma 1). In merito ai poteri in questo caso riconosciuti al G.O., poi, la norma precisa che il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro;

- sono invece devolute alla cognizione del Giudice Amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro del "Personale in regime di diritto pubblico" (di cui all'art. 3 del T.U. Pubblico Impiego), ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi (comma 4).

Interpretando il dato normativo di riferimento, con sentenza Cons. Stato, sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5104 i Giudici di Palazzo Spada hanno affermato che, "In materia di lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario anche se vengono in questione atti amministrativi presupposti e quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, giacché in tal caso il giudice li disapplica ove illegittimi: tale principio trova applicazione anche nel caso in cui l'amministrazione revochi anticipatamente l'incarico dirigenziale a tempo determinato attribuito al lavoratore, venendo in considerazione un atto di gestione del rapporto di lavoro rispetto al quale l'amministrazione opera con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro, senza che assuma rilievo, attesa l'incidenza solo mediata sulla naturale prosecuzione del rapporto, che la revoca consegua all'istituzione di un nuovo posto cui successivamente il dipendente sia stato destinato.

Tra gli atti di macro-organizzazione la cui cognizione è attribuita, ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, al giudice amministrativo, rientrano quelli recanti la definizione delle linee fondamentali di organizzazione degli uffici, tra cui anche l'istituzione o l'accorpamento di uffici dirigenziali, i modi di conferimento della loro titolarità, la determinazione delle dotazioni organiche".

Due i principali casi in cui all'attenzione dei Giudici è stata posta la questione della mera applicazione della regola esplicita dall'art. 63 cit.:

- l'istituzione e la soppressione di incarichi dirigenziali;
- le controversie di lavoro (rimasto) "pubblicistico",

Con riferimento alla prima fattispecie, con la citata sentenza n. 5104/2013 il Consiglio di Stato ha affermato che "l'istituzione – come la soppressione – di uffici dirigenziali è da ricondursi agli atti di macro-organizzazione impugnabili dinanzi al G.A. per far valere lo scorretto esercizio della discrezionalità amministrativa: tuttavia, ciò non toglie che, affinché sussista un interesse a ricorrere, l'atto deve avere prodotto in via diretta una lesione attuale della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio dal dipendente, il quale in quest'ipotesi è tenuto ad impugnare immediatamente l'atto, senza attendere l'emanazione di ulteriori atti di gestione, aventi natura meramente esecutiva dell'atto di macro-organizzazione. Quando, per converso, l'atto di macro-organizzazione non spieghi direttamente i propri effetti lesivi nella sfera giuridica del dipendente, ma questi vadano ricondotti esclusivamente a provvedimenti ulteriori di micro-organizzazione, la controversia, concernente il rapporto di lavoro e la lesione di posizioni di diritto soggettivo, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario, cui potrà essere richiesta la disapplicazione dell'atto di macro-organizzazione presupposto".

In senso analogo, con sentenza Cass. civ., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21671, le Sezioni Unite hanno chiarito che "la controversia avente origine nella domanda di un dipendente della P.A. tendente - in conseguenza dell'espletamento di procedura pubblica concorsuale - all'accertamento del suo diritto all'assunzione nel ruolo del personale dirigenziale e alla stipulazione del relativo contratto di lavoro, con la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, esula dall'ambito di quelle inerenti la suddetta procedura del pubblico concorso e, perciò, ai sensi dell'art. 63, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001, la sua cognizione spetta alla giurisdizione del giudice ordinario".

Con riguardo alla giurisdizione esclusiva del G.A. nelle controversie di lavoro (rimasto) "pubblicistico", invece, si segnala la sentenza Cass. civ., sez. un., 27 febbraio 2013, n. 4850, con cui le Sezioni Unite hanno chiarito che "sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione ad una controversia in materia di rapporto alle dipendenze delle forze di polizia dello Stato: ciò vale anche relativamente alle azioni risarcitorie del dipendente che trovano il proprio titolo in una responsabilità contrattuale dell'Amministrazione, posto che questo non si pone in contrasto con l'assetto della giurisdizione quale delineato dalla Costituzione e fondato sulla regola della giurisdizione dell'AGO nelle controversie attinenti i diritti, vertendosi in una materia nella quale coesistono e si intrecciano posizioni giuridiche riconducibili tanto al diritto soggettivo quanto all'interesse legittimo, che appunto per questo giustifica la deroga. Il rapporto di impiego dei dipendenti delle forze di polizia dello Stato rientra nella categoria di quelli che, a norma dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 80/1998 (trasfuso nell'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001), restano sottratti alla c.d. contrattualizzazione: per tale rapporto, rimasto disciplinato dal diritto pubblico, è stata pertanto conservata inalterata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo

quanto disposto dall'art. 29 del D.Lgs. n. 80/1998 (trasfuso nell'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001)".

9. Lo svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego

L'espletamento di mansioni superiori rispetto al livello di inquadramento, nell'ambito del pubblico impiego, è disciplinato dall'art. 56 del d.lgs. 29/1993 (come modificato dal d.lgs. 387/1998) e poi sostituito dall'art. 52 del T.U.P.I., che stabilisce che "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave."

Tale disposizione ha recepito il principio, ormai consolidato nella giurisprudenza del S.C. (Cass., sez. unite, n. 25837/2007; Cass., sez. lav., n. 16078/2003), che il pubblico dipendente al quale siano assegnate di fatto mansioni superiori rispetto alla qualifica di inquadramento ha diritto, ai sensi dell'art. 36 Cost. al riconoscimento delle differenze retributive corrispondenti alla quantità e soprattutto alla qualità del lavoro prestato (cfr sul punto Corte Cost. n. 57 del 1989; n. 296 del 1990, n. 101 del 1995).

Una siffatta conclusione, tuttavia, presuppone che il Giudicante affronti l'indagine necessaria ad appurare l'espletamento, da parte del lavoratore pubblico, in via prevalente sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri delle mansioni superiori. Occorre

dunque passare, esattamente come nell'impiego privato, attraverso tre fasi: l'accertamento delle mansioni effettivamente espletate, l'individuazione delle declaratorie contrattuali (o di diversa fonte) corrispondenti alle mansioni assegnate per contratto e a quelle effettuate, il raffronto tra i risultati delle due indagini. (Cass., sez. lavoro, 22/8/2007 n. 17896; id, 12/5/2006 n. 11037).

Affinché il Giudice possa affrontare l'iter logico descritto traendone le conclusioni, è necessario che il lavoratore, nell'atto introduttivo del giudizio, abbia adempiuto l'onere di allegare compiutamente i fatti costitutivi del diritto vantato, descrivendo puntualmente le mansioni disimpegnate, indicando quelle spettanti in base alla qualifica riconosciuta per contratto e individuando precisamente le declaratorie contrattuali corrispondenti della qualifica oggetto di pretesa.

Applicando i principi generali in tema di ripartizione dell'onere della prova, se è vero che spetta al datore di lavoro – debitore provare di avere adempiuto l'obbligo contrattuale di fonte legale di adibire il lavoratore alle mansioni corrispondenti alla categoria assegnata, è altrettanto vero che grava sul lavoratore – creditore l'onere di allegazione dell'inesatto adempimento. Detto onere, come ripetutamente affermato dal S.C., si atteggia nel senso che grava sul lavoratore ricorrente l'onere di indicare esplicitamente quali siano i profili caratterizzanti le mansioni della qualifica pretesa, raffrontandoli altresì espressamente con quelli concernenti le mansioni che egli deduce di aver concretamente svolto. (Cass., sez. lavoro, 24.10.2005, n. 20523; Cass., sez. lavoro, 21.5.2003, n. 8025).

Peraltro, onde effettuare l'operazione di raffronto, è bene sottolineare come l'art. 56 cit. disponga espressamente che "si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni".

Resta da ricordare come nel pubblico impiego, al contrario che nell'ambito del lavoro privato, l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

Non esiste, dunque, un diritto del pubblico dipendente a conservare l'inquadramento relativo alle mansioni superiori concretamente espletate.