

CICLO DI SEMINARI SU "PUBBLICO IMPIEGO PRIVATIZZATO E 'COLLEGATO LAVORO' (L.4.11.2010, N.183)"

Venerdì 25.2.2011

Le ulteriori innovazioni alla disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze della P.A. recate dalla L. n. 4.11.2010 n. 183

SOMMARIO 1.Modifiche in tema di rapporto di lavoro a tempo parziale(art.16) 2.Modifiche in materia di adempimenti di carattere formale(art.5) 3.Modifiche all'istituto dell'aspettativa(art.18) 4.Misure in tema di pari opportunità e di tutela antidiscriminatoria(art.21) 5.Misure in materia di trattamento dei dati personali dei pubblici dipendenti(art.14)

La legge 183 del 2010, oltre a disposizioni di applicazione generale(estese anche al settore pubblico in virtù del generale principio enunciato dall'art.2, d.lgs. 165 del 2001), contiene anche diverse modifiche in materia specifica di pubblico impiego; si tratta di disposizioni che riguardano, con incidenza di portata diversa, alcuni aspetti rilevanti del rapporto di lavoro del dipendente pubblico.

Tra queste, in particolare, quelle relative al rapporto di lavoro a tempo parziale e all'introduzione di una nuova fattispecie di aspettativa non retribuita, appaiono coerenti con gli orientamenti adottati in questa legislatura (in particolare) e finalizzati alla

limitazione del turn over e alla conseguente diminuzione complessiva degli organici, mentre le norme dettate in materia di adempimenti formali appaiono tese a semplificare gli obblighi comunicativi rispetto a quelli previsti per il settore privato.

Altre innovazioni, invece, incidono su alcuni aspetti rilevanti dello status del dipendente pubblico(in particolare, in materia di protezione dei dati personali e di tutela antidiscriminatoria) con disposizioni che appaiono di carattere sostanzialmente correttivo rispetto alle importanti riforme adottate nel corso della medesima legislatura(in particolare con la l.15 del 2009 e il successivo d.lg. 150 del 2009), volte invece ad attribuire più marcati caratteri di specialità rispetto al settore privato.

1)MODIFICHE IN TEMA DI RAPPORTO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE(ART.16)

Già antecedentemente rispetto alla prima disciplina organica del rapporto di lavoro a tempo parziale nel settore privato(intervenuta con la l.863 del 1984), il pubblico impiego conosceva ipotesi specifiche di tale tipologia di contratto, pur se lessicalmente definite sotto la categoria del rapporto a "tempo definito"¹; la prima disciplina di carattere generale è stata quindi rappresentata dalla l.29.12.1988, n.554, il cui art.7 autorizzava le pubbliche amministrazioni al ricorso a tale tipologia di rapporto definendo criteri di massima(tra cui la limitazione di tale facoltà al solo personale di qualifica non superiore alle settima), demandando una regolamentazione organica ad un decreto del presidente del consiglio da emettere previo concerto con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

La relativa delega venne attuata con il d.P.C.M. 17.3.1989, n.117 disponente, tra l'altro, la quota massima di personale da destinare al part time(20%, art.2) e dettando altresì i

¹ Ad esempio si pensi al d.P.R. 130 del 1969, che consentiva ai medici ospedalieri di optare per un rapporto dalla durata settimanale di 30 ore(con facoltà di esercizio della libera attività professionale), al d.P.R. 191 del 1979 per il personale degli enti locali, al d.P.R. 509 del 1979 per il personale del parastato(che demandava alla contrattazione collettiva la delimitazione dei posti in organico da ricoprire con assunzione per un tempo non inferiore a 20 ore settimanali), al d.P.R. 348 del 1983 per il personale delle Unità Sanitarie locali

criteri di valutazione e di priorità per la trasformazione del rapporto, in un senso ovvero nell'altro(art.7)².

Proprio il profilo relativo alla trasformazione del rapporto è stato quello interessato dai successivi interventi legislativi sul tema(tra cui quello in esame); in particolare, la l.23.12.1996, n.662, ha introdotto un'importante disposizione al c.58 dell'art.1, prevedendo che il dipendente potesse trasformare il rapporto da tempo pieno a tempo parziale "automaticamente"³, fatta solo salva la facoltà per l'amministrazione, nel caso in cui il dipendente dichiarasse di voler intraprendere altra attività di tipo autonomo o subordinato, di negare tale trasformazione in ipotesi di "conflitto di interessi" con l'amministrazione medesima ovvero di differirla(ma per un periodo non superiore ai sei mesi) in caso di valutazione di carattere funzionale.

In termini generali, favorendo la trasformazione automatica del rapporto, la disposizione si poneva come funzionale ad un'ottica di contenimento della spesa pubblica; sul piano delle generali categorie privatistiche, la disposizione contenuta nel c.58 attribuiva al dipendente pubblico(il cui rapporto di lavoro era stato sottoposto alle disposizioni applicabili al settore privato già in forza dell'art.2, c.2, del d.lg. 29 del 1993) una situazione soggettiva che, apparentemente, poteva essere qualificata sotto il profilo del diritto potestativo(a propria volta strumentale rispetto ad un'opzione costituita *ex lege* o comunque contrapposto ad un obbligo legato unilaterale a contrarre) ma, in realtà, più agevolmente inquadrabile, vista comunque la facoltà dell'amministrazione di negare o differire la trasformazione(sia pure per i soli motivi indicati nella normativa), nell'ambito dello schema ordinario proposta/accettazione, con la funzionalizzazione predeterminata di quest'ultima al perseguimento di sole finalità predeterminate in via imperativa.

Sempre in termini generali, va altresì ricordato che l'art.10 del d.lg.25.2.2000, n.61, contenente la nuova disciplina organica del rapporto a tempo parziale(in attuazione dell'accordo quadro recepito nella direttiva comunitaria 97/81), aveva espressamente esteso l'applicazione di tale fonte al rapporto di lavoro pubblico, fatte salve le discipline

² Nell'ambito del regolamento veniva altresì previsto che, nell'ambito delle tipologie del part time verticale, orizzontale e misto, la durata complessiva dell'orario non potesse essere inferiore al 50% di quello corrispondente al tempo pieno(salve deroghe previste per esigenze eccezionali di servizio)

³ Con le sole esclusioni previste per il personale indicato al c.57(militari, polizia, vigili del fuoco) e demandando, allo stesso c.58, ad un d.P.C.M. l'individuazione dei limiti percentuali massimi per alcuni settori specifici(giustizia, difesa, ordine e sicurezza pubblica, sicurezza dello Stato)

speciali in materia previste dalla stessa l.662/96 e dalle successive fonti in materia di finanza pubblica.

La disciplina contenuta nell'art.1 della l.662 del 1996 è stata quindi fatta oggetto di un rilevante intervento innovativo ad opera del d.l. 25.6.2008, n.112(convertito, con modificazioni, nella l.6.8.2008, n.133), a propria volta funzionale alle esigenze di contenimento del turn over dei dipendenti pubblici, secondo le modalità stabilite dall'art.66 dello stesso testo normativo.

L'art.73, con una tecnica tipica della legislatura in corso, è intervenuto tramite interpolazione delle disposizioni contenute nell'art.1 della l.662 del 1996 e, in particolare, al c.58, ha sostituito le parole "*avviene automaticamente*" con la locuzione "*può essere concessa dall'amministrazione*"; mediante tale innovazione, è stato quindi negato ogni carattere automatico alla trasformazione del rapporto, altresì prevedendosi che le amministrazioni abbiano la facoltà generalizzata di "concedere" o meno la trasformazione medesima; contemporaneamente è stato espunto il riferimento alla facoltà di differire la trasformazione per un periodo di sei mesi, stabilendosi inoltre che la trasformazione possa essere negata in ogni caso di solo pregiudizio(non più "grave") per le esigenze dell'amministrazione, ipotesi peraltro prima collegata alla sola fattispecie specifica di differimento della trasformazione.

Il testo, risultante dall'interpolazione, continua ad inquadrare la trasformazione del rapporto sotto il medesimo schema prima riassunto(proposta/accettazione, con quest'ultima funzionalizzata al perseguimento di finalità predeterminate) ma ha definito le motivazioni poste alla base della facoltà di rifiuto della proposta in capo all'amministrazione sotto categorie generali di tale ampiezza(ovvero il solo "pregiudizio" alla funzionalità dell'amministrazione medesima)⁴ da renderne assai difficilmente ipotizzabile un eventuale sindacato giurisdizionale.

L'innovazione contenuta nell'art.16 della l.183 del 2010 si inserisce in continuità con la *ratio* che aveva ispirato la l.133 del 2008 e, in particolare, con l'esigenza di contenimento delle nuove assunzioni nel settore pubblico.

⁴ In quanto disposizione speciale, deve ritenersi tuttora vigente l'art.10-bis del d.lgs. 61/2000(inserito dalla l.247 del 2007, art.1, c.44), il quale prevede il diritto alla trasformazione in rapporto a tempo parziale per i lavoratori affetti da gravi patologie invalidanti

In particolare, con scarna formulazione, la norma prevede che *“in sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte dall’art.73 del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n.133, le amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165 e successive modificazioni, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, possono sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati dalla data di entrata in vigore del citato decreto legge....”*

Pertanto il legislatore, rilevato che dall’entrata in vigore della l.133 del 2008 la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale risulta sottoposta al più restrittivo regime prima delineato, consente alle amministrazioni di “sottoporre a nuova valutazione” tutti i provvedimenti di concessione adottati in precedenza, implicitamente autorizzando il datore di lavoro a disporre una nuova trasformazione del rapporto, in senso inverso, fatto salvo il rispetto dei canoni di correttezza e buona fede e peraltro entro il limitato spazio temporale di sei mesi dall’entrata in vigore della legge.

Va quindi rilevato che il riferimento alle clausole generali di correttezza e buona fede non appare frutto di una felicissima tecnica legislativa.

A tale proposito, è ben noto l’utilizzo che delle suddette clausole generali(valutate sotto il profilo di fonte di integrazione eteronoma del contenuto contrattuale, ai sensi dell’art.1375 c.c.) è stato operato in materia di rapporto di lavoro subordinato; in particolare, il richiamo alla suddetta clausola è stato alla base di relevantissime elaborazioni giurisprudenziali in tutta la materia relativa alla valutazione giudiziale dell’utilizzo dei poteri discrezionali facenti capo al datore di lavoro⁵.

D’altra parte, in relazione all’espresso disposto dell’art.1337 c.c., la clausola generale di buona fede(anche qui da intendersi in senso oggettivo e quindi come regola di condotta) viene imposta alle parti in sede di trattative finalizzate al perfezionamento del contratto.

Peraltro, a differenza dell’originaria formulazione contenuta nell’art.1 della l.662 del 1996, anche come modificata dall’art.73 della l.133 del 2008, la disposizione contenuta

⁵ Si pensi alla materia relativa all’applicazione delle sanzioni disciplinari(in relazione al disposto dell’art.7 della l.300 del 1970), alle tematiche relative alla promozione(o mancata promozione) a qualifiche superiori ovvero all’esercizio dello *ius variandi*

nell'art.16 della l.183 del 2010 non regola una trasformazione del rapporto(in questo caso, da tempo parziale a tempo pieno) conseguente allo schema proposta/accettazione.

Difatti, la pur scarna formulazione legislativa sembra fare riferimento alla facoltà, per le amministrazioni, di disporre una trasformazione del rapporto mediante una determinazione unilaterale che non appare inquadrabile nello schema negoziale e cui va invece attribuita la natura di provvedimento amministrativo.

Pur se la norma fa riferimento, in senso atecnico, ad una revisione di precedenti "concessioni" aventi ad oggetto la trasformazione del rapporto, sulla base delle considerazioni suddette(in base alle quali la trasformazione medesima avveniva all'esito di atti unilaterali qualificabili sotto la *species* della proposta e dell'accettazione), va ritenuto che gli atti con i quali l'amministrazione si determini a disporre la trasformazione in senso inverso non vadano quindi ad incidere su precedenti provvedimenti amministrativi.

Di conseguenza, sul piano dogmatico, appare problematico qualificare il relativo provvedimento sotto la *species* della revoca(da adottare in relazione all'interesse pubblico desumibile dal combinato dell'art.73 della l.133 del 2008 e dall'art.16 del "collegato"); più adeguata appare invece la qualificazione del provvedimento sotto il profilo delle c.d. ablazioni obbligatorie⁶ in relazione, in particolare, a quei procedimenti volti a conformare autoritativamente il contenuto di un rapporto contrattuale già concluso secondo gli ordinari schemi privatistici.

Rilevata quindi la carenza di una vera e propria contrattazione finalizzata alla trasformazione del rapporto e qualificata sotto la *species* dell'attività provvedimentale l'attività di revisione riservata alla pubblica amministrazione, ne consegue che il riferimento ai canoni civilistici di buona fede e correttezza risulta improprio; pertanto, l'affidamento della parte privata dovrà evidentemente essere tutelato attraverso le norme dettate dalla legge n.241 del 1990 in tema di partecipazione del privato al procedimento amministrativo, mentre la valutazione in ordine al corretto uso del potere andrà operata

⁶ Per una definizione della categoria, si veda ancora la trattazione di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, pag.1201 e segg.

in riferimento agli interessi pubblici deducibili, come detto, dal disposto dell'art.73 della l.133 del 2008.

D'altra parte, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, il provvedimento stesso potrà essere sindacato dal giudice munito di giurisdizione ovvero, per il personale contrattualizzato, dal giudice del lavoro; difatti, viene qui in applicazione il principio dettato dall'art.63, c.1, del d.lg. 165 del 2001, il quale consente il sindacato anche sugli atti amministrativi "presupposti".⁷

Certamente, in riferimento a tale formulazione (ma anche in relazione al testo dell'art.1, c.58 della l.662 del 1996, nel testo modificato dall'art.73 della l.133 del 2008), può anche porsi (sia pure in termini evidentemente problematici) un problema di compatibilità della normativa con la fonte comunitaria di riferimento, rappresentata in particolare dalla citata direttiva 1997/81 (recettiva dell'accordo quadro del 6.6.1997).

Difatti, la clausola 1 dell'accordo impone agli Stati di "*facilitare lo sviluppo del lavoro a tempo parziale su base volontaria e di contribuire all'organizzazione flessibile dell'orario di lavoro*" mentre appare problematica anche la conciliabilità di una disciplina che consente una trasformazione unilaterale del rapporto con il principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo parziale enunciato alla clausola 4, comma 1, dell'accordo oltre che con quello enunciante il dovere di eliminare gli ostacoli di natura "giuridica e amministrativa" che possono limitare la facoltà di accesso al tempo parziale (clausola 5, comma 1).

E' ovvio che una valutazione relativa all'impatto, sia pure temporalmente limitato, della disposizioni andrà operata sulla base dell'analisi dei provvedimenti concretamente adottati dalle amministrazioni.⁸

⁷ D'altra parte, attesa l'incidenza diretta del provvedimento (come sopra definito) sulla situazione soggettiva del lavoratore, è ovviamente da escludere che si verta nelle ipotesi (come tipizzate dalla giurisprudenza) dei c.d. atti di macroorganizzazione, il cui sindacato è da considerarsi sottoposto alla giurisdizione amministrativa (in giurisprudenza, tra le altre, Cass.SS.UU., ord.3052/09, Cass.SS.UU. ord.21592/05).

⁸ Tra i primi provvedimenti adottati, di rilievo è la circolare del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria del Ministero della giustizia (del 24.11.10); la stessa rimette ai responsabili della gestione del personale la valutazione in ordine alla necessità di provvedere alla revoca del part time, individuando tre situazioni di fatto ipotizzabili, ovvero la revoca estesa a tutto il personale di un ufficio impiegato con tale tipologia di contratto, di revoca limitata ad una sola parte di essi o ad uno o più settori dell'ufficio e, infine, quello in cui alcuna revoca si renda necessaria.

2)MODIFICHE IN MATERIA DI ADEMPIMENTI DI CARATTERE FORMALE(ART.5)

Con l'art.5 del "collegato" il legislatore è intervenuto in materia di obblighi formali imposti alle pubbliche amministrazioni in sede di instaurazione e cessazione del rapporto di lavoro.

La disciplina generale sul punto era precedentemente contenuta nell'art.9-bis del d.l. 1.10.1996, n.510(convertito con modificazioni nella l.28.11.1996, n.608) il quale, in termini generali, aveva sancito il passaggio da un sistema di assunzioni fondato sul principio della richiesta nominativa al competente ufficio per il collocamento, al sistema di assunzione diretta(fatto salvo il settore delle assunzioni obbligatorie), comportante a sua volta il solo obbligo di successiva comunicazione.

In particolare, il citato art.9-bis, nel testo risultante all'esito delle modifiche apportate, prevedeva che tutti i datori di lavoro fossero tenuti a dare comunicazione dei dati ivi previsti al Servizio per l'impiego territorialmente competente entro il giorno antecedente all'"instaurazione" del rapporto(e non dalla data di assunzione, come desumibile in via logica anche dalla norma che prevede i dati da indicare nella comunicazione, tra cui figura appunto la data di conclusione del contratto), termine differibile sino a cinque giorni dall'instaurazione del rapporto in caso di necessità legate ad esigenze produttive, fermo restando l'obbligo di comunicare entro il giorno antecedente la data di inizio della prestazione e le generalità del lavoratore.

Per effetto del testo modificato, da ultimo, dalla l.27.12.2006, n.296(art.1, c.1180) tali obblighi erano stati espressamente estesi anche alle pubbliche amministrazioni, in un ambito applicativo non più limitato al rapporto di lavoro subordinato ma esteso espressamente anche ai rapporti "*di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche nella modalità a progetto, di socio lavoratore di cooperativa e di associato in partecipazione con apporto lavorativo*", oltre che a tutte le forme di tirocinio professionale⁹.

⁹ L'obbligo di comunicare anche trasformazione, proroga e cessazione del rapporto(entro il termine di cinque giorni) era stato previsto espressamente dal d.lg.297/2002, che aveva inserito l'art.4-bis nella l.181/2000; per effetto della modifica apportata a tale norma dall'art.5, c.4, del collegato l'obbligo di comunicazione di tali eventi è ora previsto solo per i soggetti privati e gli enti pubblici economici(sempre nel testo previgente) mentre per le amministrazioni pubbliche il

L'art.5 della l.183 del 2010 ha quindi operato una revisione relativa all'ampiezza e alle modalità di adempimento dei predetti obblighi di comunicazione; in particolare, il legislatore ha espunto le amministrazioni pubbliche dal novero dei soggetti sottoposti al regime generale e ha aggiunto al c.2 dell'art.9-bis cit. un periodo in base al quale le stesse amministrazioni pubbliche sono tenute a comunicare all'ufficio competente l'assunzione, la proroga, la trasformazione e la cessazione del rapporto di lavoro entro il giorno venti del mese successivo ai medesimi.

In tal modo, il legislatore ha inteso applicare alle pubbliche amministrazioni il medesimo regime che, in via speciale, era stato previsto(nel precedente testo dell'art.9-bis, c.2, cit., per effetto della modifica introdotta dall'art.1, c.1180, della l.296 del 2006) alle sole Agenzie di lavoro temporaneo¹⁰.

La *ratio* della normativa(confermata anche dal c.2 dello stesso art.5, che ha aggiunto il c.1-bis all'art.21 della l.18.6.2009, n.69, disponendo l'invio delle predette comunicazioni per via telematica) è evidentemente costituita dall'esigenza di semplificare gli obblighi comunicativi delle pubbliche amministrazioni, consentendone l'adempimento unitario entro una scadenza prefissata; d'altra parte, rispetto ai datori di lavoro privati e agli enti pubblici economici, il predetto obbligo viene imposto a seguito della data di assunzione e non in relazione a quella di instaurazione del rapporto¹¹.

Parallela a tale disposizione e rispondente alla medesima *ratio* è quella contenuta nel.3 dello stesso art.5 del "collegato" il quale prevede che l'obbligo informativo imposto dal d.lg. 26.5.1997, n.152 debba essere adempiuto non più all'atto dell'assunzione ma al momento dell'instaurazione del rapporto(con disposizione applicabile anche ai datori di lavoro privati) e che il datore di lavoro pubblico possa adempiervi anche mediante consegna, entro il giorno venti del mese successivo alla data di "assunzione", della copia

relativo obbligo discende dal testo novellato dell'art.9-bis della l.608 del 1996, entro il differente termine dei giorni venti del mese successivo

¹⁰ Peraltro già il precedente art.4-bis della l.181/2000, inserito dal d.lg. 297/2002, aveva previsto tale regime per le "imprese fornitrici di lavoro temporaneo"

¹¹ Va ricordato che un regime speciale era previsto per il personale scolastico, in relazione al quale l'art.2, c.4, della l.25.10.2007, n.176 aveva consentito agli istituti di posticipare la comunicazione al decimo giorno successivo all'instaurazione del rapporto(con disposizione la cui applicazione era stata estesa alle scuole private)

della comunicazione di instaurazione o mediante consegna di copia del contratto individuale¹².

3)MODIFICHE ALL'ISTITUTO DELL'ASPETTATIVA(ART.18)

L'art.18 ha introdotto nell'ordinamento del lavoro pubblico una nuova tipologia di aspettativa non retribuita.

Come è noto, la materia dell'aspettativa nel pubblico impiego, già regolata in termini generali nel T.U. emesso con d.P.R. 10 gennaio 1957, n.3, è attualmente affidata in larga parte alla contrattazione collettiva; nel regime antecedente alla privatizzazione del rapporto, in particolare, era previsto il particolare istituto dell'aspettativa per motivi di famiglia, durante il quale l'impiegato pubblico non aveva diritto ad alcun assegno(e il cui relativo periodo non era computabile né a fini pensionistici né ai fini della progressione retributiva), contrassegnata dal carattere discrezionale sia del provvedimento di concessione che di quello di eventuale revoca, in ambo i casi in relazione alla valutazione delle esigenze di servizio.

Nella prassi, il carattere indeterminato della previsione legislativa in ordine ai motivi condizionanti l'accoglimento della richiesta, unita alla mancanza di oneri per l'amministrazione concedente(se non quelli legati al procedimento intrapreso per l'eventuale copertura del posto temporaneamente vacante), aveva consentito un utilizzo sostanzialmente applicabile a esigenze personali di vario tipo¹³.

L'innovazione contenuta nell'art.18 consente ai dipendenti pubblici di fruire di un periodo massimo di dodici mesi di aspettativa "anche" per avviare attività professionali e imprenditoriali, previa valutazione delle esigenze organizzative, senza diritto ad assegni e senza decorrenza dell'anzianità di servizio; d'altra parte, viene fatta salva l'applicazione della speciale disposizione contenuta nell'art.23-bis del d.lg. 165 del 2001 il quale prevede, per i dirigenti e per altre categorie di personale non contrattualizzato(con le

¹² Obbligo comunque dichiarato espressamente non sussistente per il personale in regime di diritto pubblico

¹³ Significativamente, la vigente contrattazione collettiva menziona, tra le causali giustificanti il collocamento in aspettativa non retribuita, oltre alle esigenze familiari anche quelle genericamente "personali"(si veda, tra le altre, il testo vigente dei CCNL per il settore dei ministeri, della scuola e degli enti locali)

espresse esclusioni dettate dal c.9¹⁴), il collocamento in aspettativa per lo svolgimento di attività presso organismi pubblici e privati anche operanti in sede internazionale, sempre condizionata alla generale valutazione delle esigenze organizzative(fatti salvi gli specifici motivi ostativi previsti dal c.5).

Il relativo provvedimento viene emesso tenendo conto delle esigenze organizzative dell'amministrazione e previo esame della documentazione prodotta dall'interessato.

La *ratio* dell'innovazione normativa appare da ravvisare nella volontà di favorire un'osmosi tra settore pubblico e attività imprenditoriale e libero-professionale rilevandosi evidentemente che, anche in relazione alla politica complessiva di limitazione del turn over, il legislatore non guarda certo con sfavore rispetto all'esodo di dipendenti dalla pubblica amministrazione antecedentemente al momento del collocamento in quiescenza.

D'altra parte, tale *ratio* appare avvalorata anche dal disposto del c.2, in base al quale, nel periodo di collocamento in aspettativa, per i dipendenti pubblici non si applicano le disposizioni dettate dall'art.53 del d.lg. 165 del 2001 in materia di incompatibilità(norma a propria volta facente riferimento, tra le altre fonti, al regime già previsto dall'art.60 del d.P.R. 3 del 1957¹⁵).

Peraltro, l'innovazione medesima pone anche qualche rilevante problema interpretativo. Innanzi tutto, attraverso l'uso del termine "anche" deve ritenersi che l'avvio di attività professionali o imprenditoriali non sia da considerare come l'esclusiva causale per l'applicazione dell'istituto(il che potrebbe portarne ad un utilizzo, nella prassi, non dissimile da quello dell'istituto dell'aspettativa per motivi di famiglia)¹⁶ anche se il riferimento al necessario previo esame della "documentazione" presentata dall'interessato(esame a propria volta da ritenere strumentale alla valutazione di effettiva serietà dell'attività da intraprendere nel periodo di aspettativa) fa propendere per un'applicabilità dell'istituto solo in correlazione a tali specifiche finalità.

¹⁴ Ovvero militari, polizia e vigili del fuoco

¹⁵ Il cui testo recita "*l'impiegato non può esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, tranne che si tratti di cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente*"

¹⁶ Vedi peraltro la nota 13 in relazione all'esplicito ampliamento dell'applicazione dell'istituto previsto dalla contrattazione collettiva

In ordine alla tipologia dell'atto di concessione dell'aspettativa, similmente a quanto disposto dall'art.69 del d.P.R. 3 del 1957 in materia di aspettativa per motivi di famiglia, il riferimento alle "esigenze organizzative" fa chiaramente ritenere che ci si trovi di fronte ad un provvedimento discrezionale, in cui l'interesse del dipendente viene ritenuto preventivamente recessivo in presenza di preponderanti esigenze di servizio (con quello che ne consegue in ordine alla sindacabilità giurisdizionale dell'atto).

Il punto peraltro maggiormente controverso, come emerge dai primi commenti alla norma, è quello relativo all'effettiva area di applicabilità dell'istituto¹⁷.

Difatti, se è vero che il c.3 dell'art.18 fa salva l'applicazione dell'art.23-bis del d.lg. 165 del 2001, è pur vero che tra i due istituti non appare sussistere alcun profilo di omogeneità; difatti, l'aspettativa regolata dall'art.23-bis si riferisce ad incarichi prestati comunque alle dipendenze di altri soggetti pubblici e privati e volti a valorizzare le particolari competenze professionali dei dirigenti e di altro personale in regime di diritto pubblico.

In effetti, il tenore letterale del c.1 dell'art.18 (che non fa distinzione tra personale contrattualizzato e personale in regime di diritto pubblico) sembrerebbe far ipotizzare un'applicabilità generalizzata dell'istituto a tutti i dipendenti pubblici, mentre il riferimento al disposto dell'art.23-bis del d.lg. 165 del 2001 (come detto, tra l'altro, non applicabile alla generalità del personale non contrattualizzato) potrebbe far ritenere che il collocamento in aspettativa sia soggetto alle disposizioni dettate dagli specifici regimi normativi applicabili ad ognuna delle categorie ivi richiamate (regime che viene espressamente richiamato, per il collocamento in aspettativa previsto dall'art.23-bis, al c.3 dello stesso articolo per il personale di magistratura e dell'avvocatura dello Stato, mentre il c.2 prevede per i dirigenti l'aspettativa debba essere autorizzata dall'amministrazione salvo "motivato diniego")

4) MISURE IN TEMA DI PARI OPPORTUNITA' E DI TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA (ART.21)

¹⁷ Si veda, tra gli altri, il commento di MEZZACAPO nel Dossier di *Guida al diritto*, ottobre-novembre 2010, pagg.103-104

L'art.21 del "collegato" reca un'intestazione particolarmente pregnante, essendo intitolato come "*Misure atte a garantire pari opportunità, benessere di chi lavora e assenza di discriminazioni nelle amministrazioni pubbliche*".

Nel dettaglio, l'art.21 interviene, con i primi due commi, sul testo del d.lg. 165 del 2001; in particolare, il c.1 inserisce nell' c.1, dell'art.1 del d.lg., enunciante gli obiettivi complessivi del testo unico, un nuovo testo della lett.c) in cui, alla già preesistente garanzia delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori, si aggiunge quello relativo all'"assenza" di qualsiasi forma di discriminazione(oltre che di violenza morale o psichica) e quello della garanzia di parità di trattamento con il settore privato¹⁸.

Più ampio è l'intervento sull'art.7 dello stesso d.lg., relativo alle modalità di gestione delle risorse umane, in cui, accanto alla preesistente garanzia della parità di trattamento tra uomini e donne in relazione all'accesso e al trattamento sul lavoro, si rendono le amministrazioni pubbliche anche garanti contro qualsiasi forma di discriminazione, sia diretta che indiretta, in relazione all'età, l'orientamento sessuale, la razza, l'origine etnica, la disabilità, la religione o la lingua.

Si tratta di due disposizioni cui, peraltro, appare problematico attribuire una valenza differente rispetto a quella delle c.d. norme manifesto, in quanto tali inidonee ad attribuire situazioni giuridiche soggettive azionabili in via giurisdizionale.

Infatti, al di là del persistente riferimento alle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori, le due norme aggiungono riferimenti ad altre causali discriminatorie, in relazione alle quali il nostro ordinamento già appresta garanzie assolutamente specifiche.

Si pensi, sul punto, al testo dell'art.15 dello statuto dei lavoratori, come modificato prima dalla l.9.12.1977, n.903 e poi dal d.lg.9.7.2003, n.215, il quale garantisce il lavoratore contro tutte le predette causali di discriminazione e ai due decreti legislativi(215 cit. e 216 del 2003), a propria volta attuativi delle direttive comunitarie 2000/78 e 2000/43¹⁹, applicabili sia al settore privato che a quello pubblico(in relazione tanto alle discriminazioni di carattere diretto che a quelle di carattere indiretto), che hanno

¹⁸ Altro mutamento, che pare di assoluta irrilevanza pratica, è relativo allo sviluppo professionale dei dipendenti, che in base al nuovo testo deve essere "assicurata", mentre nel testo preesistente doveva unicamente essere "curata"

¹⁹ L'art.21 sostituisce altresì il c.2 dell'art.57 del d.lg. 165 del 2001, prevedendo quindi che le amministrazioni sono tenute ad adottare le misure necessarie per attuare le direttive europee, oltre che in materia di pari opportunità tra uomo e donna, anche in relazione al contrasto alle discriminazioni

introdotto anche una forma di tutela giurisdizionale avente carattere di specialità, con particolare riferimento al regime probatorio e all'onere della prova²⁰.

Al di là dei riferimenti, sostanzialmente privi di rilevanza pratica, alle garanzie contro ogni forma di discriminazione, appare curioso l'inciso, contenuto nel novellato art.7 del d.lg. 165 del 2001, alla necessità di predisporre un ambiente di lavoro *"improntato al benessere organizzativo"*, visto logicamente come conseguenza di una situazione di pari opportunità, formulazione che pare riecheggiare il riferimento al *well-being* riportato nella dichiarazione di Filadelfia del 1944, contenente l'enunciazione degli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del lavoro²¹.

Abbastanza curiosa, altresì, è l'enunciazione dell'obiettivo della garanzia di "condizioni uniformi" rispetto al settore privato, proprio in una fase in cui il legislatore (in particolare con la l.15 del 2009 e il d.lg. 150 del 2009) sembra intenzionato a rimarcare il carattere speciale del rapporto di lavoro pubblico, con particolare riferimento al rapporto tra legge e contrattazione collettiva ma anche in relazione allo status del dipendente in relazione alla materia disciplinare.

Di maggiore rilevanza pratica appare l'innovazione apportata all'art.57 del d.lg.165 del 2001, attraverso la quale è stata inserita in tale sede la previsione della costituzione di un "Comitato unico di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", destinato a sostituire i comitati per le pari opportunità e i comitati sul mobbing già costituiti in forza della contrattazione collettiva, con sostanziale svuotamento della stessa in relazione a tale specifica materia; tale organismo andrà costituito su designazione delle amministrazioni e delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative, in modo da garantire la pari rappresentanza di genere.

Le modalità di funzionamento, in relazione ai compiti propositivi, consultivi e di verifica attribuiti dal c.3 del nuovo testo dell'art.57, andranno stabiliti mediante linee guida contenute in un atto amministrativo generale da emettere di concerto tra il Dipartimento della Funzione pubblica e quelle per le pari opportunità

²⁰ Regime probatorio speciale già previsto per le discriminazioni tra uomo e donna, prima dalla l.125/91 e poi dall'art.40 del d.lg. 11.4.2006, n.198

²¹ Cfr.TOPO, *Gli effetti modificativi del collegato lavoro 2010 sulla disciplina del lavoro pubblico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 1/2011, pag.93 e segg.

5) MISURE IN MATERIA DI TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI DEI PUBBLICI DIPENDENTI (ART.14)

Anche questo intervento si riallaccia agli interventi operati sul rapporto di lavoro pubblico per effetto delle riforme del 2009 e, in particolare, a quanto previsto dall'art.4 del d.lg.4.5.2009, n.15 il quale, nel consacrare al c.6 che *"la trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a norma dell' articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione"*, la ha, al c.7 definita come *"accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità"*.

Proprio in attuazione di tali principi, il c.9 aveva dettato una disposizione di immediata efficacia, in particolare aggiungendo un periodo all'art.1, c.1, del d.lg. 30.6.2003, n196("Codice in materia di protezione dei dati personali"), in base al quale *"le notizie concernenti lo svolgimento delle prestazioni di chiunque sia addetto ad una funzione pubblica e la relativa valutazione non sono oggetto di protezione della riservatezza personale"*.

Tale inciso, addirittura posto immediatamente in coda alla norma dettante il principio generale ispiratore del codice della privacy, in base al quale ognuno ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano, poneva peraltro qualche grosso problema interpretativo in quanto, attraverso il chiaro riferimento a "chiunque" fosse investito di una pubblica funzione(anche in qualità di addetto) creava praticamente, tra l'altro nell'ambito di una situazione giuridica espressamente protetta dalle fonti sopranazionali,²² una sorta di status speciale del dipendente pubblico anche in relazione al rispetto dei suoi dati personali.

²² In particolare dall'art.8 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea e, pur se in generale riferimento al rispetto della vita privata e familiare, anche dall'art.8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

L'art.14 del "collegato" è quindi intervenuto abrogando opportunamente la disposizione introdotta dall'art.4, c.9, del d.lg 15 del 2009 e ha contestualmente introdotto un c.3 bis nell'art.19 dello stesso codice della privacy, a propria volta inserito nell'ambito delle disposizioni dettanti gli obblighi per i soggetti pubblici nel trattamento dei dati personali. In particolare, l'art.19 detta i principi cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nel trattamento dei dati diversi da quelli "sensibili" e da quelli giudiziari e l'art.14 del "collegato" vi inserisce un'opportuna differenziazione tra dati attinenti allo svolgimento della prestazione in senso proprio e quelli attinenti il soggetto ad essa addetto.

Si prevede, quindi, che siano liberamente accessibili tutte le notizie attinenti allo svolgimento della funzione pubblica e alla relativa valutazione da parte dell'amministrazione di appartenenza; rimangono invece non ostensibili tutte le notizie riguardanti i dati personali degli addetti all'ufficio, con particolare riferimento a quelli attinenti le infermità e gli impedimenti determinanti l'astensione dal lavoro e a quelli idonei, in qualche modo, anche a determinare la conoscibilità di tutti i dati sensibili, come definiti dall'art.4, c.1, lett.d) del codice della privacy, nonché le "componenti" della valutazione del dipendente medesimo.

L'innovazione normativa pone, evidentemente, qualche conseguente problema interpretativo; in particolare, attraverso il riferimento , non solo alle infermità, ma in generali a tutti gli impedimenti determinanti l'astensione dalla prestazione, deve ritenersi che non possano essere resi conoscibili a terzi tutte le causali che determinano il mancato svolgimento della prestazione stessa(ivi compresi, ad esempio, la fruizione di permessi di studio, l'esercizio del diritto di voto o l'assenza dovuta alla partecipazione ad un procedimento giurisdizionale in qualità di testimone).

In relazione, invece, alla non ostensibilità dei dati riguardanti le "componenti" poste a base della valutazione del pubblico dipendente (da operare attualmente sulla base dei criteri dettati dal titolo II e dall'art.9 del d.lg. 150 del 2009) va rilevato come le stesse non necessariamente interferiscano con l'esistenza di dati di carattere sensibile.

In ogni caso, va ricordato che l'art.11 c.8 del d.lg. 150 cit.(intitolato, appunto, "trasparenza") impone alle pubbliche amministrazioni di rendere comunque conoscibili ai terzi tutti gli aspetti gestionali e organizzatori, attraverso la pubblicazione sul proprio

sito istituzionale tutta una serie di dati(attinenti, in particolare, a curricula, retribuzioni e incarichi dei dirigenti nonché agli incarichi dei dipendenti non collocati in posizione apicale, ivi compresa *“l'analisi dei dati relativi al grado di differenziazione nell'utilizzo della premialità sia per i dirigenti sia per i dipendenti”*) a propria volta suscettibili di costituire componenti , quanto meno presupposti, della valutazione della prestazione del dipendente.

Le ulteriori disposizioni dettate dal “collegato” nell’ambito del lavoro pubblico (e non oggetto di specifica trattazione nell’ambito del presente ciclo di seminari) meritano quindi solo un breve cenno. Tra esse, in particolare, vanno segnalate quelle incidenti in materia di dirigenza, ovvero l’art.15(che detta requisiti soggettivi meno stringenti per il conferimento di incarichi di livello dirigenziale generale. per dirigenti collocati nella seconda fascia in posizione di “prestito”²³), l’art.22, che ha elevato a 70 anni il limite massimo di permanenza dei dirigenti medici del servizio sanitario nazionale(con disposizione che ha già dato luogo a qualche problematica per la sua applicabilità, che il legislatore non fa decorrere dall’entrata in vigore della norma, ma dal 31.1.2010) e l’art.26(che stabilisce che i dirigenti del comparto sicurezza e difesa possano essere destinatari di incarichi anche in amministrazione diverse da quella di appartenenza, purché abbiano collegamenti con la loro “professionalità” e per sole esigenze eccezionali, previo collocamento in aspettativa)

Vanno altresì segnalate alcune disposizioni dettate per il personale non privatizzato, tra cui l’art.19(che rinvia ad una futura disciplina le modalità di riconoscimento del carattere speciale della prestazione degli appartenenti alle Forze armate, alla Polizia e ai Vigili del Fuoco), l’art.27(che detta numerose disposizioni di dettaglio in ordine all’avanzamento di carriera del personale dell’Arma dei Carabinieri e che contiene una delega in materia di trattamento retributivo e previdenziale per il personale dei Vigili del Fuoco) e l’art.28,

²³ In particolare, l’art.15 del collegato prevede la non applicabilità del terzo periodo del c.1 dell’art.23 del d.lg. 165 del 2001(che prevede che i dirigenti di seconda fascia transitino nella prima solo previo svolgimento di incarichi di direzione di livello generale per un periodo di almeno cinque anni)

che fissa l'età minima e massima per il reclutamento di atleti in forza a Esercito, Polizia e Vigili del Fuoco.

Roma, 25.2.2011

Attilio Mari
Magistrato ordinario