

CONCORSO  
**ASMEL**  
negli **ENTI LOCALI**  
per **vari profili**

**MANUALE**  
con **MATERIE COMUNI**

# Capitolo 9

## IL RAPPORTO DI IMPIEGO ALLE DIPENDENZE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

### SOMMARIO:

---

1. Il dipendente pubblico e i caratteri del rapporto con la P.A. - **1.1.** Rapporto di impiego e rapporto onorario. - **2.** La c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego. - **2.1.** Atti di macro-organizzazione e categorie sottratte alla privatizzazione. - **3.** I rapporti tra legge e contrattazione nella disciplina del rapporto di lavoro: evoluzione. - **3.1.** Ambito soggettivo di applicabilità della contrattazione collettiva. - **3.2.** La disciplina speciale di stampo pubblicistico. Abuso di contratti a tempo determinato. - **4.** L'accesso all'impiego pubblico. - **4.1.** Le stabilizzazioni. - **4.2.** Modalità di svolgimento dei concorsi pubblici: le novità del Decreto c.d. PNRR 2 (d.l. 30 aprile 2022, n. 36). Portale unico di reclutamento. - **4.3.** Tipologie di concorsi. Concorsi interni. - **4.4.** Scorrimento della graduatoria. - **5.** Le mansioni. Mansioni superiori e demansionamento. - **6.** Le vicende del rapporto di lavoro. Mobilità, sospensione, estinzione. - **6.1.** Mobilità. Le modifiche introdotte nel 2022. - **6.2.** Sospensione. Aspettativa, disponibilità, comando, distacco, collocamento fuori ruolo, assenza per malattia. - **6.3.** La prestazione dell'attività lavorativa "a distanza" e lo *smart working*. - **6.4.** L'estinzione del rapporto di pubblico impiego. - **7.** La dirigenza. - **7.1.** La responsabilità dirigenziale. - **7.2.** Conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali. - **7.3.** Lo spoils system. - **7.4.** La dirigenza degli enti locali. - **7.5.** Il Direttore generale. - **8.** I diritti e i doveri del lavoratore pubblico. Codice di comportamento e *whistleblowing*. - **8.1.** Esclusività e Codice di comportamento. - **8.2.** *Whistleblowing*.

---

## 1. Il dipendente pubblico e i caratteri del rapporto con la P.A.

Il **rapporto di impiego** lega alla Pubblica Amministrazione i dipendenti pubblici, così inseriti nella struttura organizzativa.

A caratterizzare il rapporto sono i tratti della:

- **stretta personalità**, essendo lo stesso costituito *intuitu personae*. È infatti determinante la *fiducia* dell'ente nei confronti del proprio dipendente, nelle sue capacità intellettive e nelle sue abilità tecniche;
- **volontarietà**, essendo richiesta per la sua costituzione la *volontà dei due soggetti coinvolti*;
- **sinallagmatico**, la prestazione lavorativa del dipendente e la retribuzione a lui dovuta dall'ente essendo legate da un *nesso di reciprocità*;
- **subordinazione**, il dipendente dovendo svolgere la sua prestazione *alle dipendenze della P.A.*

### ► 1.1. Rapporto di impiego e rapporto onorario

---

Dal **rapporto di impiego** va distinto il **rapporto onorario**. Si differenziano:

- nella *natura*, il primo presuppone un rapporto di impiego, il secondo un *incarico*;
- nelle modalità di *accesso*, al primo si accede mediante *concorso*, al secondo in ragione di *incarico assegnato sulla base di una scelta politico-discrezionale*;
- nella *durata*, è *indeterminata* nel primo, *a termine* nel secondo;
- nella *professionalità*, solo il primo è svolto in modo *esclusivo*, nel secondo tale requisito manca;
- nel *corrispettivo*, nel primo caso assume le forme della *retribuzione*, nel secondo caso, dell'*indennizzo*.

## 2. La c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego

Il rapporto di impiego, tradizionalmente sottoposto ad una *disciplina di diritto pubblico ed instaurato mediante provvedimento amministrativo*, è oggi prevalentemente *costituito mediante contratto di diritto privato* e regolato, salvo che per alcune categorie di dipendenti pubblici, dalle *norme del codice civile* e dalle norme sul lavoro subordinato, incluse quelle *della contrattazione collettiva*. È questo l'esito del c.d. **processo di privatizzazione della disciplina dell'impiego alle dipendenze della P.A.** che, iniziato con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, e culminato nell'attuale disciplina, contenuta nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ha portato ad una *tendenziale parificazione* della disciplina del rapporto dei dipendenti dell'Amministrazione pubblica a quella dei lavoratori privati. L'art. 5, co. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, prevede infatti che le determinazioni relative alla organizzazione e alla direzione del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione sono assunte con la **capacità e i poteri del privato datore di lavoro**.

### ► 2.1. Atti di macro-organizzazione e categorie sottratte alla privatizzazione

Fanno eccezione gli atti di c.d. **macro-organizzazione** con i quali sono definite le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuati gli uffici di maggiore importanza e i modi con cui conferire la titolarità degli incarichi, oltre che le dotazioni organiche complessive. Questi atti sono infatti adottati nell'esercizio di *poteri pubblicistici* (non con gli ordinari poteri del datore di lavoro privato), con veri e propri *provvedimenti amministrativi*, come tali *impugnabili innanzi al giudice amministrativo*.

Sono rimasti, in ogni caso, **assoggettati alla disciplina pubblicistica e sottratti, quindi, alla privatizzazione alcune categorie di dipendenti pubblici**, in particolare magistrati ordinari, amministrativi e contabili, avvocati e procuratori dello Stato, personale militare e delle forze di polizia di Stato, personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, dipendenti della Banca d'Italia, della CONSOB e dell'Autorità *antitrust*, dell'Autorità per i servizi di pubblica utilità e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, professori e ricercatori universitari, personale del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, personale del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, personale dirigenziale penitenziario.

Sul **versante processuale**, la privatizzazione della disciplina sostanziale del rapporto di impiego ha comportato l'**attribuzione al giudice ordinario** del relativo contenzioso con sottrazione dello stesso, quindi, alla giurisdizione del giudice amministrativo, salvi alcuni aspetti. È rimasto, in particolare, attratto alla cognizione del giudice amministrativo il **contenzioso sulle modalità di selezione dei dipendenti pubblici**, che riguarda, quindi, una fase che precede l'instaurazione del rapporto.

## 3. I rapporti tra legge e contrattazione nella disciplina del rapporto di lavoro: evoluzione

L'art. 2, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 prevede espressamente che i rapporti individuali di lavoro sono **regolati contrattualmente**.

La disciplina del rapporto di pubblico impiego privatizzato è passata attraverso **quattro successive fasi**:

- in origine era demandata **esclusivamente alla legge e ad atti regolamentari**;
- successivamente, il **contratto**, individuale e collettivo, è diventato la **fonte privilegiata** di disciplina del rapporto di lavoro pubblico, affiancandosi alla legge e ai poteri riconosciuti al datore di lavoro dall'art. 2086 c.c.;
- con la cd. riforma Brunetta (l. 4 marzo 2009, n. 15) il rapporto tra legge e

contrattazione è cambiato nuovamente. La disciplina di **fonte normativa** del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato diviene **prevalente** su quella di fonte contrattuale, anche se quest'ultima è successiva, e le disposizioni poste da atti normativi **possono essere derogate dalla contrattazione successiva soltanto nel caso in cui la legge espressamente lo prevede**. La riforma Brunetta ha quindi rimesso al legislatore la competenza esclusiva ad "autorizzare" volta per volta le deroghe, "rilegificando" la materia del pubblico impiego in controtendenza rispetto al processo di "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico avviato negli anni Novanta.

- con il successivo **d.lgs. n. 75 del 2017**, è stato tuttavia modificato nuovamente il ruolo della contrattazione collettiva nazionale: si prevede, infatti, che le disposizioni poste da atti normativi **possono essere derogate dalla contrattazione successiva nelle materie espressamente affidate alla contrattazione di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001**. La riforma del 2017 ha quindi "riespanso" gli spazi rimessi alla contrattazione collettiva, introducendo una sorta di "autorizzazione preventiva" alla deroga in relazione a specifici ambiti. L'art. 40, co. 1, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 75/2017, quanto al **campo di applicazione oggettivo** dei contratti collettivi, lo estende "*alla disciplina del rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali*". Nel dettaglio, resta **devoluta alla contrattazione collettiva** la disciplina della struttura contrattuale, dei rapporti fra i diversi livelli e della durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, nonché la competenza a determinare i trattamenti economici; nella materia della responsabilità disciplinare ed in quella della valutazione ai fini del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva può invece intervenire **nei limiti stabiliti dalle norme di legge**. Sono, invece, **escluse** le materie inerenti all'organizzazione degli uffici, i compiti e i poteri dei dirigenti, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle già riservate alla legge in occasione della c.d. prima privatizzazione.

### ► 3.1. Ambito soggettivo di applicabilità della contrattazione collettiva

Sul **versante soggettivo**, l'applicabilità dei contratti è **generalizzata**, sia rispetto alla sfera del **singolo lavoratore** che a quella del **datore di lavoro pubblico**, a prescindere dal recepimento dei contratti da parte dell'amministrazione.

Per il singolo lavoratore, infatti, il vincolo di efficacia del contratto collettivo trova fondamento nel rinvio operato dal comma 3 dell'art. 2 al menzionato principio di **parità di trattamento** e di **inderogabilità in pejus** del contratto collettivo da parte del contratto individuale previsto dal comma 2 dell'art. 45, che impegna le amministrazioni a garantire, in ogni caso, trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi.

Con riferimento all'**efficacia dei contratti collettivi nei confronti delle PP.AA.**, l'art. 40, co. 3-*quinquies*, impone alle stesse di adempiere agli obblighi assunti con i contratti collettivi nazionali o integrativi, assicurandone l'osservanza nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti; a sua volta, l'art. 45, co. 2, impegna le stesse a garantire la parità di trattamento contrattuale e, in ogni caso, trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi; l'art. 46, co. 1, infine, attribuendo all'**ARAN** (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni) la rappresentanza legale obbligatoria delle amministrazioni pubbliche, vincola queste ultime all'applicazione dei contratti collettivi siglati.

### ► 3.2. La disciplina speciale di stampo pubblicistico. Abuso di contratti a tempo determinato

Come si è detto, principale fonte del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica amministrazione diventa la disciplina giuridica di tipo privatistico largamente intesa, comprensiva

delle disposizioni contenute nel codice civile e delle disposizioni contenute nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (in tal senso l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001).

Permane, tuttavia, una significativa specialità di disciplina rispetto all'ordinario regime di diritto privato, ben giustificabile in presenza di ragioni inerenti all'organizzazione della P.A.

Regole speciali sono dettate, tra l'altro, in tema di:

- **mansioni** (dettata dall'art. 52, d.lgs. n. 165 del 2001, anziché dall'art. 2103 c.c.: cfr. *infra*, § 5;
- **contratti a termine**, atteso che ai sensi dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001 (a differenza che nel settore privato) l'abuso di tale forma contrattuale "*non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*" in ragione del principio del pubblico concorso (in tema, Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, secondo cui, al fine di assicurare attuazione al diritto dell'Unione Europea, "*nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una p.a. il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al risarcimento del danno*"; in termini, Cass. civ., Sez. lav., 11 maggio 2022, n. 15027).

#### 4. L'accesso all'impiego pubblico

Ai sensi dell'art. 97, co. 4, Cost., agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante **concorso**, salvo i casi stabiliti dalla legge. La regola è volta, da un lato, ad assicurare la selezione dei profili più adeguati, dall'altro, ad evitare favoritismi destinati a compromettere sin dall'instaurazione del rapporto di impegno la fondamentale esigenza di imparzialità del funzionario pubblico.

Sulla base dell'art. 35, co. 1, d. d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le procedure di reclutamento devono rispondere alle seguenti caratteristiche:

1. **adeguata pubblicità** della selezione;
2. adozione di **meccanismi oggettivi e trasparenti**;
3. rispetto delle **pari opportunità** tra lavoratrici e lavoratori, imposto dall'art. 51, co. 1, Cost.;
4. **decentramento** delle procedure di reclutamento;
5. composizione delle **commissioni** esclusivamente con **esperti di provata esperienza**.

La regola del pubblico concorso si estende anche alle ipotesi di passaggio da un'area funzionale all'altra ed alle progressioni di carriera; pertanto, sono da considerarsi illegittime le progressioni di carriera che si discostano dal modello del pubblico concorso, salvo limitate eccezioni.

Ai sensi dell'art. 51, co. 1, Cost., l'accesso ai pubblici uffici è garantito ai cittadini italiani.

E per i **cittadini di Paesi dell'Unione europea**?

In applicazione del principio di libera circolazione delle persone, l'art. 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (c.d. TFUE), dopo aver vietato qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, eccettua *gli* impieghi nella pubblica amministrazione (è la c.d. **riserva di nazionalità** di cui all'art. 45, § 4): secondo l'interpretazione che di tale eccezione è stata fornita dalla costante giurisprudenza dei giudici europei e italiani, un divieto di accesso dei cittadini di altri Paesi europei è da considerare coerente con il principio di libera circolazione solo se riferito a **posti pubblici nei quali sia assolutamente prevalente e costante l'esercizio di poteri di matrice pubblicistica, autoritativa e coercitiva**. In tal senso, l'art. 38, co. 1, d. lgs.

30 marzo 2001, n. 165, stabilisce che i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea possono accedere ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale.

### ESEMPIO

*Possono cittadini di altri Paesi europei concorrere in Italia quali **dirigenti di musei statali**? L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 giugno 2018, n. 9, ha escluso che tutti i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato siano qualificabili sempre e comunque come posti con funzioni di vertice amministrativo, implicanti l'esercizio prevalente di funzioni di stampo autoritativo, come tali ad accesso escluso per i cittadini di altri Paesi europei ai sensi dell'art. 45, § 4, TFUE. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, dall'esame delle attribuzioni dei direttori dei musei statali emerge che le stesse consistono prevalentemente in compiti attinenti ai profili organizzativo-gestionale e di valorizzazione delle risorse, per i quali non è legittimamente apponibile la riserva di nazionalità.*

#### ► 4.1. Le stabilizzazioni

Una deroga alla regola del concorso si ha in caso di c.d. **stabilizzazioni**, coincidenti con le procedure bandite da una pubblica amministrazione con previsione di una riserva di posti a favore del personale in precedenza assunto con contratti a tempo.

La giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 26 maggio 2006, n. 205) ha precisato che la stabilizzazione del personale precario in deroga alla regola del concorso non è legittima incondizionatamente, ma solo in presenza di esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno della P.A., che sole possono giustificare la validità di procedure selettive diverse rispetto al concorso pubblico. È in ogni caso necessario che il principio del buon andamento della P.A. sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti. La fonte primaria, che stabilisca sistemi alternativi di reclutamento, ha il compito di stabilire a tal fine percentuali rigorose e selezionare attentamente la platea di destinatari (es. soggetti che abbiano già dato lunga e reiterata prova di servizio e verso cui finora non v'erano state certi e tempestivi metodi di reclutamento ordinario. Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 dicembre 2020, n. 8275).

#### ► 4.2. Modalità di svolgimento dei concorsi pubblici: le novità del Decreto c.d. PNRR 2 (d.l. 30 aprile 2022, n. 36). Portale unico di reclutamento

Il Decreto c.d. PNRR2 (d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito, con modificazioni, dalla l. 29 giugno 2022, n. 79) ha introdotto una serie di importanti modifiche nel settore dell'impiego pubblico, al fine di realizzare gli obiettivi stabiliti dalla direttiva *Milestone M1C1-56*, che richiede l'entrata in vigore entro il secondo trimestre del 2022 della *enabling legislation* per la riforma del pubblico impiego.

Punti centrali della riforma sono l'innovazione, la digitalizzazione e la valorizzazione delle risorse umane. In particolare, è introdotto il nuovo articolo 35-ter, d.lgs. n. 165 del 2001, relativo all'accesso al pubblico impiego mediante il **Portale unico di reclutamento**, strumento istituito originariamente dalla l. n. 56 del 2019, inserito nel PNRR e disciplinato definitivamente dal d.l. n. 80 del 2021. Il Portale unico (denominato anche "inPA") è un sito *web* nel quale i cittadini potranno caricare il proprio *curriculum vitae*, consultare i concorsi pubblici attivi in Italia, effettuare una ricerca delle opportunità lavorative nella PA secondo criteri geografici, candidarsi *online*, previa registrazione tramite Spid o CIE o CNS. Con la riforma viene stabilito che tutte le assunzioni a tempo determinato e indeterminato nella pubblica amministrazione dovranno essere effettuate attraverso il Portale unico, destinato così a diventare il punto di riferimento per tutto il settore pubblico, sia per le amministrazioni che pubblicano i bandi di concorso sia per chi è alla ricerca di informazioni sulle offerte di lavoro disponibili nella P.A.

#### ► 4.3. Tipologie di concorsi. Concorsi interni

Occorre, a questo punto, dar conto di alcune **ipotesi problematiche** emerse in riferimento al riparto di giurisdizione in tema di concorsi: