

LE NORME IN MATERIA DI PERSONALE E LE NOVITA' IN TEMA DI INCARICHI E CONSULENZE (NELLA LEGGE N. 133/2008)

Prof. Avv. Francesco Astone*

1. Premessa - 2. Un quadro d'insieme - 3. Turn over, programmazione, dotazioni organiche e stabilizzazioni (art. 66 legge n. 133/2008) - 4. Il reclutamento di personale nelle società pubbliche (art. 18 legge n. 133/2008) - 5. Le modifiche alla disciplina dell'orario di lavoro (art. 41 legge n. 133/2008) - 6. Il part time (art. 73 legge n. 133/2008) - 7. I permessi retribuiti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 71 legge n. 133/2008) - 8. Le assenze per malattia dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 71 legge n. 133/2008) - 9. Controlli su incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi (art. 47 legge n. 133/2008) - 10. Norme in materia di contrattazione integrativa e di controllo dei contratti nazionali ed integrativi (art. 67 legge n. 133/2008) - 11. Lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni (art. 49 legge n. 133/2008) - 12. Riduzione delle collaborazioni e consulenze nelle pubbliche amministrazioni (art. 46 legge n. 133/2008).

I. PREMessa

La legge 6 agosto 2008, n. 133 avente ad oggetto "*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto 2008 - Suppl. Ordinario n. 196, come avviene per ogni manovra finanziaria da qualche anno a questa parte, contiene una serie di misure dedicate al pubblico impiego. Più in particolare, la manovra incide per un verso su normative esistenti, ma ormai divenute poco efficaci; ma anche, introduce nuove norme dirette a meglio garantire i valori "costituzionali" dell'efficienza e dell'economicità dell'organizzazione amministrativa. Se molte di queste norme, soprattutto quelle di nuovo conio e maggiormente rigorose, hanno presentato fin da subito problemi interpretativi all'atto pratico della loro applicazione, va tuttavia rilevato che, a confronto delle precedenti manovre finanziarie e agli interventi legislativi in materia di pubblico impiego che si sono succeduti a ritmo incalzante negli ultimi anni, le nuove disposizioni presentano una peculiarità, per così dire di contesto (normativo) in quanto trovano il loro "background" nella più ampia azione riformatrice, annunciata dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, che ha trovato una sua prima configurazione nel disegno di legge delega per la modifica della disciplina del rapporto dei dipendenti pubblici, rispetto al quale le disposizioni in esame si pongono quasi come una doverosa premessa, dettata da motivi di necessità e urgenza.

* Relazione al Convegno "*Le novità introdotte dalla recente manovra finanziaria del Governo: sviluppo economico, semplificazione, competitività, stabilizzazione della finanza pubblica e perequazione tributaria*", organizzato dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale, Messina, 23 settembre 2008.

2. UN QUADRO D'INSIEME

Il “Piano industriale” della pubblica amministrazione, elaborato da Palazzo Vidoni, muove essenzialmente dall’assunto che il tema della modernizzazione della Pubblica Amministrazione è cruciale per il Paese nel suo complesso, non solo per le rilevanti dimensioni “quantitative” in gioco in un momento di evidente e grave gracilità competitiva del sistema economico, ma anche per la speciale configurazione dei caratteri dominanti dell’impresa privata italiana, che rende strategico il ruolo dei beni e servizi pubblici offerti, in termini di quantità, qualità e costo.

Per tracciare le linee guida di un rapido ed efficace programma di risanamento, ristrutturazione e rilancio della macchina pubblica italiana, occorre quindi muovere, secondo quanto esposto nel piano, da alcuni presupposti condivisi: la dotazione di capitale umano della nostra pubblica amministrazione; i livelli retributivi allineati al settore privato; la produttività media dei dipendenti pubblici e l’efficienza media delle organizzazioni pubbliche; il *deficit* competitivo; la mancanza della figura del datore di lavoro al pari del settore privato.

Le misure proposte dal Ministero per avviare la riforma della pubblica amministrazione sono ancora esposte in stato di sintesi ed in progress e solo alcune di esse hanno trovato un primo recepimento legislativo appunto nella manovra d’estate, come è stata definita la legge n. 133 del 2008 di conversione del d.l. n. 112 del 2008. Tra esse vi sono: l’enunciazione della necessità di un passaggio dalla cultura del procedimento a quella del provvedimento, oltre che dall’adempimento al risultato; l’annotazione dell’indispensabile utilizzo in via primaria e fondamentale della risorsa umana, delle sue competenze professionali e delle capacità relazionali e organizzative. Non manca, poi, la previsione di un aumento della produttività dei dipendenti pubblici attraverso il riconoscimento del merito individuale, al fine di favorire la convergenza del mercato del lavoro pubblico verso concetti, indirizzi e pratiche analoghi a quelli presenti nel settore privato.

Tralasciando in questa sede di scendere nel merito delle criticità che il Piano presenta, possiamo, perlomeno, rilevare come la legislazione, la contrattazione collettiva, la dottrina e la giurisprudenza di questi ultimi anni sono coerenti con molte delle enunciazioni in esso contenute. Il problema è, semmai, capire perché i criteri generali di riforma dell’organizzazione pubblica ripresi e rilanciati nel piano non abbiano funzionato nel passato, in maniera tale da comportare una evoluzione in positivo della produttività dell’amministrazione pubblica.

Le norme in materia di personale costituiscono, dunque, uno dei punti focali della manovra del Governo. Esse sono assai rilevanti per le conseguenze pratiche che determinano nella organizzazione delle amministrazioni pubbliche e per il fatto di costituire il primo “step” di un processo di riforma che si annuncia vigoroso in quanto diretto, soprattutto, a determinare un cambiamento di mentalità tra i dipendenti pubblici.

Le norme di maggiore rilievo sono quelle in materia di controlli sulla contrattazione collettiva decentrata integrativa. E’ questo un punto su cui occorre richiamare la massima attenzione da parte degli operatori: ad oggi, infatti, la gran parte dei contratti decentrati integrativi non risponde minimamente ai requisiti dettati dalla normativa e dagli stessi contratti nazionali. La scelta legislativa di imporre la trasmissione dei contenuti più importanti della contrattazione decentrata alla Corte dei Conti ed alla Ragioneria Generale dello Stato pone tali Istituzioni in una posizione privilegiata per tenere sotto controllo la condizione contrattuale di tutte le pubbliche amministrazioni.

Le disposizioni su cui più si è incentrata l'attenzione dei mass media e della opinione pubblica sono, tuttavia, quelle che privano i dipendenti, per i primi 10 giorni di ogni periodo di assenza per malattia, di tutte le forme di trattamento economico accessorio. Queste norme nascono dalla constatazione che il tasso di assenteismo dei dipendenti pubblici è generalmente molto superiore a quello che si registra tra i dipendenti privati.

Di grande impatto sono ancora le nuove regole che sono state dettate per la spesa del personale. Esse sono ispirate dalla volontà di raggiungere concreti risultati di contenimento di questi oneri e, a tal fine, prevedono nuovi limiti alle assunzioni a tempo indeterminato.

Altrettanto interessanti sono le disposizioni dettate per le assunzioni flessibili ed il ricorso agli incarichi di collaborazione e consulenza. Vengono superate le drastiche limitazioni introdotte dalla legge finanziaria 2008 alle assunzioni a tempo determinato e alle altre forme di flessibilità, ritornando sostanzialmente alla condizione precedente.

Accanto a queste appena citate, la normativa contiene numerose altre disposizioni, che ci accingiamo ad esaminare, tra cui quelle dettate per le assunzioni delle società a capitale pubblico locale, quelle che modificano il *part time* e l'orario di lavoro, nonché quelle riguardanti i controlli sulle incompatibilità.

Ma vediamo più dettagliatamente le singole norme di cui mi è stato affidato l'esame.

3. TURN OVER, PROGRAMMAZIONE, DOTAZIONI ORGANICHE E STABILIZZAZIONI (art. 66 legge n. 133/2008)

Il riferimento legislativo è costituito dall'art. 66 della l. n. 133/2008 a norma del quale le amministrazioni pubbliche dovranno provvedere, entro il 31 dicembre 2008, a rideterminare la programmazione triennale del fabbisogno di personale in relazione alle misure di razionalizzazione, di riduzione delle dotazioni organiche e di contenimento delle assunzioni previste dalla stessa legge, secondo il seguente cronoprogramma:

- per l'anno in corso possono procedere ad ulteriori assunzioni di personale a tempo indeterminato, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, nel limite di un contingente complessivo di personale corrispondente ad una spesa annua lorda pari a 75 milioni di euro a regime;

- per l'anno 2009, l'articolo 66 consente loro di procedere, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 10% di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente. In ogni caso il numero delle unità di personale da assumere non può eccedere, per ciascuna amministrazione, il 10 per cento delle unità cessate nell'anno precedente. Le amministrazioni interessate potranno, inoltre, procedere alla stabilizzazione di personale in possesso dei requisiti richiesti dalla legge (articolo 1, comma 526, della Legge Finanziaria 2007) nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 10 per cento di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente. Anche per le stabilizzazioni, così come per le assunzioni, il numero delle unità di personale da stabilizzare non potrà in ogni caso eccedere, per ciascuna amministrazione, il 10 per cento delle unità cessate nell'anno precedente: l'omogeneizzazione della percentuale di stabilizzazioni con quella relativa alle assunzioni è connessa al rispetto del principio dell'adeguato accesso dall'esterno;

- per gli anni 2010 e 2011 le amministrazioni potranno procedere, per ciascun anno, previo effettivo svolgimento delle procedure di mobilità, ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 20 per cento di quella relativa al personale cessato nell'anno precedente. In ogni caso il numero delle unità di personale da assumere non può eccedere, per ciascun anno, il 20 per cento delle unità cessate nell'anno precedente;
- per l'anno 2012 la percentuale del 20 per cento è elevata al 50 per cento.

Va segnalato, a conferma del carattere più stringente della normativa in esame, che i limiti sopra indicati sono in prima battuta riferiti a un contingente di personale complessivamente corrispondente a una spesa pari ad una data percentuale di quella relativa alle cessazioni avvenute nell'anno precedente (ad esempio, il 10 per cento per il 2009), fermo restando però che la norma chiarisce subito dopo come, in ogni caso, il numero delle unità di personale da assumere o stabilizzare non può eccedere, per restare all'esempio dell'anno 2009, per ciascuna amministrazione, il 10 per cento delle unità cessate nell'anno precedente, al di là dunque della spesa che quelle assunzioni o stabilizzazioni comportano. In altri termini, un limite riferito solo alla spesa avrebbe potuto condurre a tetto meno rigoroso, nel numero delle assunzioni, essendo evidente che le nuove assunzioni costano, per unità lavorativa, significativamente meno di quanto costano le unità lavorative che cessano dal servizio: con ciò si spiega l'imposizione del doppio limite, sia con riferimento al costo delle assunzioni rispetto alle economie dei cessati, sia al numero delle unità da assumere rispetto alle unità cessate nell'anno precedente.

Va segnalato che, per gli anni presi in considerazione, viene specificato che le disposizioni riguardano anche il personale in regime di diritto pubblico, in disparte però il personale di magistratura, secondo quanto di recente disposto con il decreto legge c.d. mille proroghe. Le disposizioni di contenimento trovano inoltre applicazione, nel rispetto della specifica autonomia, anche nei confronti delle Università. Mentre per gli enti di ricerca, in relazione alla valenza strategica del settore per l'innovazione e lo sviluppo, le assunzioni sono consentite semplicemente nel limite delle cessazioni avvenute nell'anno precedente. Deroghe permangono per le assunzioni del personale appartenente alle categorie protette e per quelle nelle forze armate, rimesse queste ultime alla speciale disciplina di settore.

4. IL RECLUTAMENTO DI PERSONALE NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE (art. 18 legge n. 133/2008)

In qualche modo collegata a quella sul *turn over*, e contenuta nel capo VI della legge rubricato «*Liberalizzazioni e deregolazione*», è l'articolo 18, in tema di reclutamento del personale nelle società pubbliche.

Il rilievo giuridico della disposizione risiede nella previsione per cui le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi, nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001. In altri termini, alle assunzioni di dipendenti (sia a tempo indeterminato che determinato) e al conferimento di incarichi a soggetti esterni, nelle società di proprietà degli enti locali si applicano ora le regole dettate per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, anziché quelle proprie del diritto privato finora seguite.

Quanto poi alle altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (che non gestiscono cioè servizi pubblici locali, ma altri servizi), esse adottano, con propri

provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

Le uniche società pubbliche cui non si applicano queste norme sul reclutamento del personale sono le società quotate sui mercati regolamentati.

Come è già stato rilevato dai primi commentatori della disposizione, la norma in esame mira a evitare forme di aggiramento dei vincoli dettati per le assunzioni nel pubblico impiego e per il conferimento di incarichi di collaborazione, in quanto, nonostante le norme finanziarie hanno più volte frenato le spese di personale, soprattutto per gli enti locali, le stesse, comunque, aumentavano nelle società partecipate.

Seppure con una lieve differenziazione tra le varie tipologie, le società soggette al controllo pubblico vedono quindi introdotti criteri e modalità più stringenti e rigidi, rispetto agli attuali, in materia di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi, secondo i principi che presidiano l'analoga materia con riferimento alle amministrazioni pubbliche proprietarie.

E' bene rammentare quale è il contenuto prescrittivo del comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001, relativamente alle procedure di reclutamento del personale:

a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;

b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;

c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;

d) decentramento delle procedure di reclutamento;

e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni e organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

Bisogna poi sottolineare come l'espressione società a partecipazione pubblica totale o di controllo, contenuta nel comma 2 dell'articolo 18, non è del tutto chiara e si presta a possibili dubbi interpretativi. Nel caso di società interamente pubbliche, ancorché caratterizzate da una compagine proprietaria articolata, non si pongono dubbi interpretativi, perché si tratta, comunque, di società a partecipazione pubblica totale e, quindi, assoggettate alla norma in commento. Altresì, nel caso di società miste, pubblico-private, a prevalente capitale pubblico, in cui un socio pubblico detenga la maggioranza del capitale sociale ed eserciti quindi il controllo sulla società non si pongono dubbi interpretativi: si tratta, infatti, di società a partecipazione pubblica di controllo. Il problema si pone, invece, nel caso di società miste la cui compagine proprietaria veda la presenza di uno o più soggetti privati detentori di quote di minoranza e di una pluralità di soggetti pubblici nessuno dei quali detenga una partecipazione di maggioranza e, quindi, di controllo; in questo caso non si tratta né di società a partecipazione pubblica totale, né, necessariamente, di società a partecipazione pubblica di controllo: in tal caso, in assenza di norme statutarie o pattizie che

evidenzino la presenza del controllo pubblico, tale caratteristica non essendo formalizzata può dare origine a incertezze interpretative.

L'obbligo, per le società interessate, di adottare i richiamati principi e di impiegarli nell'ambito delle procedure di reclutamento e di conferimento degli incarichi decorre dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge n. 133 del 2008. Questa soluzione, che differisce di alcuni mesi l'effettiva applicazione dei principi introdotti, risulta opportuna per consentire alle aziende interessate di approntare le condizioni necessarie.

Sul punto ha avuto modo di pronunciarsi, in passato, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 29 del 2006, che ha dichiarato legittima una legge della Regione Abruzzo, che aveva obbligato le società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizi pubblici, a rispettare le procedure di evidenza pubblica per l'assunzione di personale dipendente. La Corte, infatti, chiarisce che una previsione di tal fatta non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al fondamentale principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, essendo a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad un ente pubblico.

5. LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELL'ORARIO DI LAVORO (art. 41 legge n. 133/2008)

L'esame della manovra prosegue con il commento ad una serie di norme che vanno ad innovare in punto di orario, assenze, permessi e organizzazione del lavoro.

Quanto all'art. 41 della legge di conversione, rubricato "*Modifiche alla disciplina in materia di orario di lavoro*", le previsioni in esso contenute prevedono una serie di importanti novità. E' opportuno sottolineare come la disciplina degli orari di lavoro nel settore pubblico necessiterebbe di un approfondimento specifico, poiché appaiono applicate solo in parte le condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato, come invece è richiesto dall'ultima riforma del lavoro nelle amministrazioni pubbliche (c.d. seconda privatizzazione). Pertanto, occorre sempre tenere presenti le diversità regolamentari del lavoro pubblico e le relative ragioni giustificatrici, pur considerando che, oramai, la disciplina privatistica ha preso il sopravvento ed è fuor di dubbio l'applicabilità al settore pubblico delle regole che concernono la durata massima della prestazione lavorativa, nonché la disciplina sul lavoro notturno.

Viene abrogato l'obbligo di comunicare alla Direzione Provinciale del Lavoro che in una settimana uno o più dipendenti abbiano superato il tetto delle 48 ore di lavoro. Conseguentemente all'abrogazione dell'obbligo, viene disposta anche l'abrogazione delle sanzioni per i soggetti inadempienti.

Viene, altresì, abrogato l'obbligo di informazione annuale della effettuazione di lavoro notturno.

Tutti i dipendenti hanno diritto ad almeno 11 ore al giorno di riposo consecutivo. Le attività connesse al regime di reperibilità non interrompono il riposo giornaliero, confermando che tali fasi non sono da considerare attività di lavoro.

Il vincolo di un riposo minimo settimanale di almeno 24 ore consecutive, di norma la domenica, deve essere rispettato non più necessariamente ogni sette giorni, ma può essere calcolato anche come media in un periodo non superiore a quattordici giorni.

Vengono, inoltre, ritoccate le sanzioni irrogate a chi viola le norme sull'orario di lavoro.

Infine, l'art. 41 modifica la disciplina in materia di orario di lavoro dettata dal decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, stabilendo, per quanto attiene al personale delle aree dirigenziali degli Enti e delle Aziende del Servizio sanitario nazionale, l'inapplicabilità della normativa generale in tema di durata massima dell'orario di lavoro e di riposo giornaliero.

La dirigenza delle strutture sanitarie, dunque, in ragione della qualifica posseduta e della necessità di conformare l'impegno di servizio al pieno esercizio della responsabilità propria dell'incarico dirigenziale affidato, non resta assoggettata al limite delle 48 ore, straordinario compreso, della durata media dell'orario di lavoro per ogni periodo di sette giorni, né all'obbligo di godimento di 11 ore di riposo consecutivo ogni 24 ore.

La contrattazione collettiva dovrà però definire le modalità atte a garantire a questi dirigenti condizioni di lavoro che consentano una protezione appropriata ed il pieno recupero delle energie psicofisiche.

6. IL PART TIME (art. 73 legge n. 133/2008)

L'articolo 73 della normativa in esame interviene sulla disciplina del *part time*, apportando modifiche al previgente testo dell'articolo 1, comma 58 della legge n. 662 del 1996 (Finanziaria 1997). La disposizione da ultimo citata stabiliva che la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale avvenisse automaticamente entro 60 giorni dalla domanda dell'interessato, con l'indicazione dell'eventuale attività di lavoro subordinato o autonomo che il dipendente intendesse svolgere.

L'importanza dell'argomento impone alcuni brevi cenni sull'istituto riformato.

Quanto alla disciplina posta in sede di contrattazione collettiva, è utile ricordare che il CCNL per il personale non dirigente del comparto Regioni ed Autonomie Locali successivo a quello dell'1.4.1999 disciplina, agli articoli da 4 a 6, i rapporti di lavoro a tempo parziale, specificando che esso può essere:

a) orizzontale, con orario normale giornaliero di lavoro in misura ridotta rispetto al tempo pieno e con articolazione della prestazione di servizio ridotta in tutti i giorni lavorativi (5 o 6 giorni);

b) verticale, con prestazione lavorativa svolta a tempo pieno ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese, dell'anno e con articolazione della prestazione su alcuni giorni della settimana, del mese, o di determinati periodi dell'anno, in misura tale da rispettare la media della durata del lavoro settimanale prevista per il tempo parziale nell'arco temporale preso in considerazione (settimana, mese o anno);

c) con combinazione delle due modalità indicati nelle lettere a) e b).

Per tutto quanto non disciplinato dalle clausole contrattuali, in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale si applicano le disposizioni contenute nel D.lgs. n.61/2000.

La norma chiave dalla quale occorre partire, per identificare le coordinate legislative che regolamentano il *part time* dei dipendenti pubblici, è, quindi, quella contenuta nel d.lgs. n. 61/2000, vale a dire l'art. 10, il quale ha operato un'unificazione parziale delle regole tra lavoro privato e pubblico, escludendo dall'applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni alcune disposizioni e conservando, al contempo, la disciplina speciale emanata tra il 1994 e il 1999, senza, tuttavia, conferire alla stessa il carattere dell'inderogabilità da parte della contrattazione

collettiva. Tale regime differenziato attiene ad un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, alcune norme sono escluse dall'applicazione a causa della particolarità della disciplina sul reclutamento del personale nelle amministrazioni pubbliche che, anche per il *part time*, richiede lo svolgimento di procedure selettive (v. artt. 35 e 36 d.lgs. n. 165/2001). Quindi, non può applicarsi la trasformazione del rapporto come conseguenza della violazione degli oneri formali o procedurali. In secondo luogo, le altre norme sono escluse, e la disciplina speciale è conservata, per incentivare fortemente il *part time* nelle amministrazioni pubbliche al fine di ridurre il costo del personale e renderne più efficiente l'utilizzazione consentendo lo svolgimento di una seconda attività nel tempo libero.

Nella disciplina speciale vi sono elementi che divergono molto dalla impostazione privatistica: anzitutto la trasformazione del rapporto da *full time* a *part time*, che costituisce un vero e proprio diritto del dipendente. Essa infatti avveniva, di regola, *automaticamente* entro 60 giorni dalla richiesta del lavoratore (art. 1, c. 58, l. n. 662 del 1996).

Tranne l'ipotesi di conflitto di interessi tra la specifica attività svolta dal dipendente e l'eventuale ulteriore lavoro svolto nel restante tempo a sua disposizione, in cui l'amministrazione può *negare* la trasformazione del rapporto, questa può, con provvedimento motivato, soltanto *essere differita* per non più di 6 mesi, nel caso in cui la stessa comporti, in relazione a mansioni e posizione organizzativa ricoperte dal dipendente, grave pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione stessa (art. 1, c. 58, l. n. 662 del 1996). Tuttavia, nel 1997, in base anche agli scarsi risultati della politica incentivante, sono state introdotte misure ancor più agevolanti al riguardo (v. art. 1, c. 58-bis, l. n. 662/1996, aggiunto dall'art. 6, c. 3, d.l. n. 79/1997 conv. in l. n. 140/1997; art. 39, c. 25, l. 449/1997).

In secondo luogo, l'art. 6, c. 4, d.l. n. 79/1997 stabilisce che i dipendenti, che trasformano il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, hanno diritto di ottenere il ritorno al tempo pieno alla scadenza di un biennio dalla trasformazione, nonché alle successive scadenze previste dai contratti collettivi; la trasformazione del rapporto a tempo pieno avviene anche in sovrannumero, riassorbibile con le successive vacanze. In altri termini nelle amministrazioni pubbliche, per incentivare il ricorso al *part time*, è assicurato al dipendente, che intende ritornare a tempo pieno, qualcosa di più: non la precedenza, ma *il diritto al ritorno al full time*. La misura è tanto incentivante quanto contraddittoria però rispetto all'obiettivo di riduzione del personale: ne è un esempio l'art. 39, c. 25, l. n. 449/1997, che introduce, come ulteriore misura di incentivazione, la possibilità per la contrattazione collettiva di prevedere che «i trattamenti accessori collegati al raggiungimento di obiettivi o alla realizzazione di progetti, nonché ad altri istituti contrattuali non collegati alla durata della prestazione lavorativa siano applicati in favore del personale a tempo parziale anche in misura non frazionata o non direttamente proporzionale al regime orario adottato», sempre che il beneficio, in ogni caso, «non si ripercuota negativamente sulla funzionalità degli enti pubblici con un basso numero di dipendenti, come i piccoli comuni e le comunità montane»; e soprattutto l'art. 39, c. 27, l. n. 449/1997, secondo cui le disposizioni dell'art. 1, c. 58 e 59, l. n. 662/1996 «si applicano al personale dipendente delle regioni e degli enti locali finché non diversamente disposto da ciascun ente con proprio atto normativo», rendendo sussidiario, dunque, il quadro normativo nazionale.

Le suddette disposizioni legislative hanno indotto la Corte costituzionale, in diverse occasioni, a pronunciarsi sulla disciplina del *part time*, la quale non l'ha

bocciata, ritenendo che la predetta disciplina si colloca in un ampio ed incisivo disegno riformatore della amministrazioni pubbliche, teso ad omologare la disciplina del rapporto di lavoro pubblico a quello privato. Mentre l'autonomia delle Regioni e degli enti locali è stata, dunque, salvaguardata dal legislatore, a lungo l'obiezione più grave nei confronti di tale disciplina si è sostanziata, nella parte in cui la stessa prevede un vero e proprio diritto per i pubblici dipendenti a fruire della possibilità di trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, imponendo le proprie scelte all'amministrazione anche relativamente alla collocazione e distribuzione dell'orario di lavoro, che sembra porsi in contrasto con i principi di ragionevolezza organizzativa e di buon andamento (oltre che con il principio privatistico del consenso, che il legislatore ha compresso fortemente).

In verità, a ben riflettere, un effetto controbilanciante alla disciplina speciale sul *part time*, avrebbe potuto rinvenirsi, sempre nell'ambito della normativa pubblicistica speciale, che fissa limiti massimi di personale da destinare a tempo parziale (il c.d. contingentamento), in seguito alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. Ma tale disciplina deve considerarsi oramai inapplicabile al rapporto di lavoro pubblico "privatizzato". Essa, infatti, deve ritenersi abrogata a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 61/2000. In primo luogo, perché l'art.1, c. 1, d.lgs. n. 61/2000, applicabile anche alle amministrazioni pubbliche, ammette alla pari sia il tempo pieno, sia il tempo parziale, escludendo per l'uno e per l'altro un *favor* particolare, che comporterebbe solo limiti per il diritto al lavoro.

La disciplina speciale del *part time* nelle amministrazioni pubbliche, ad eccezione di Regioni ed autonomie locali, è rimasta a lungo, pertanto, fortemente squilibrata, essendo venuto meno il bilanciamento del "contingentamento" previsto dalla legislazione speciale.

E proprio in questa direzione si inserisce l'intervento riformatore di cui all'art. 73, il quale, come anticipato, esclude il richiamato automatismo, potendo la trasformazione del rapporto essere concessa o meno dall'amministrazione di appartenenza del dipendente interessato. La trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, già oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo da parte del dipendente, è ora quindi subordinata alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, effettuata in relazione alle esigenze dei servizi. L'amministrazione, entro i ricordati 60 giorni, nega la trasformazione del rapporto nel caso in cui l'attività lavorativa di lavoro autonomo o subordinato comporti un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente ovvero, nel caso in cui la trasformazione comporti, in relazione alle mansioni e alla posizione organizzativa ricoperta dal dipendente, un pregiudizio (non è più necessario che questo pregiudizio sia grave, come prima prescritto dalla norma) alla funzionalità dell'amministrazione stessa.

Scompare, inoltre, la possibilità, innanzi riconosciuta all'amministrazione, di differire con provvedimento motivato la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale per un periodo non superiore a sei mesi.

Rimane, invece, la regola per cui la trasformazione non può essere comunque concessa qualora l'attività lavorativa di lavoro subordinato debba intercorrere con un'amministrazione pubblica. Il dipendente è tenuto, inoltre, a comunicare, entro quindici giorni, all'amministrazione nella quale presta servizio, l'eventuale successivo inizio o la variazione dell'attività lavorativa. Ai sensi della legge n. 662 del 1996 (sul punto confermata dalle norme di riforma in esame), i risparmi di spesa derivanti dalla trasformazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni da

tempo pieno a tempo parziale costituiscono per il 30 per cento economie di bilancio. Una quota, ora pari al 70 per cento dei predetti risparmi (in luogo del 50 per cento innanzi previsto), è destinata, giusta quanto dispone la novella in esame, secondo le modalità e i criteri stabiliti dalla contrattazione integrativa, a incentivare la mobilità del personale esclusivamente per le amministrazioni che dimostrino di aver provveduto ad attivare piani di mobilità e di riallocazione mediante trasferimento di personale da una sede all'altra dell'amministrazione stessa. In precedenza, invece, la quota in questione (peraltro prima della riforma pari, come si è già ricordato, al 50 per cento) poteva essere utilizzata per incentivare la mobilità del personale delle pubbliche amministrazioni, ovvero, esperite inutilmente le procedure per la mobilità, per nuove assunzioni. È infine ovviamente soppressa la previgente disposizione che destinava la restante quota del 20 per cento (che appunto oggi non residua più) al miglioramento della produttività individuale e collettiva. Le disposizioni introdotte non sono derogabili da accordi e contratti collettivi.

7. I PERMESSI RETRIBUITI DEI DIPENDENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI (art. 71 legge n. 133/2008)

Altro punto di intervento è quello dei permessi retribuiti. Anche in questo caso il Governo si è mosso in direzione del contenimento delle necessità del dipendente con le esigenze di servizio. In particolare, viene stabilito che i permessi per particolari motivi familiari o personali introdotti dalla contrattazione collettiva, nonché quelli previsti dalla normativa a tutela delle persone portatrici di handicap grave, previsti dall'articolo 33 della legge n. 104/1992, attualmente fruiti alternativamente in giorni o in ore, possano essere goduti soltanto a ore, fermi restando i tetti massimi già previsti dalle normative di settore. La norma dispone, inoltre, che l'assenza va computata sul monte ore a disposizione del dipendente, per ciascuna tipologia, con riferimento all'orario di lavoro che il medesimo avrebbe dovuto osservare nella giornata di assenza. Ma il ricorso ai permessi retribuiti viene disincentivato anche sul piano più strettamente economico, atteso che le nuove disposizioni stabiliscono che dette assenze dal servizio rilevano in negativo ai fini della distribuzione delle somme dei fondi per la contrattazione integrativa. Fanno eccezione le assenze per congedo di maternità, compresa l'interdizione anticipata dal lavoro, e per congedo di paternità, le assenze dovute alla fruizione di permessi per lutto, per citazione a testimoniare e per l'espletamento delle funzioni di giudice popolare, nonché le assenze per gravi e documentati motivi familiari, e per i soli dipendenti portatori di handicap grave, i permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della legge 5 febbraio 1992 n. 104. Tutte le disposizioni recate dall'articolo 71 in esame costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi.

Una norma di difficile lettura, dunque, soprattutto nei suoi risvolti operativi, in particolare per stabilirne la immediata operatività: siamo, infatti, dinanzi ad un intervento che vuole giungere ad una forma di razionalizzazione della materia, impedendo gli abusi che spesso vi si riscontrano. Sul punto è intervenuta la Circolare n. 7 del 17 luglio 2008 del Dipartimento della Funzione pubblica la quale spiega che la norma risponde all'evidente esigenza di impedire distorsioni nell'applicazione delle clausole e delle disposizioni che prevedono permessi retribuiti, evitando che i permessi siano chiesti e fruiti sempre nelle giornate in cui il dipendente dovrebbe recuperare l'orario. Tale disposizione è dettata come norma di principio per la contrattazione collettiva. Ma, dice la circolare, "lì dove i contratti collettivi vigenti prevedono

l'alternatività tra la fruizione a giornate e quella ad ore dei permessi, fissando già il monte ore, le amministrazioni sono tenute ad applicare direttamente” le nuove regole, cioè ad applicare queste nuove disposizioni.

Il vincolo posto dall'art. 71, sembra riferirsi principalmente alla fruizione dei permessi previsti dalla legge n. 104/1992 per il personale gravemente disabile o per l'assistenza ai congiunti nelle stesse condizioni, norme per le quali sono previste in alternativa o tre giorni di assenza al mese o 18 ore mensili.

8. LE ASSENZE PER MALATTIA DEI DIPENDENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI (art. 71 legge n. 133/2008)

La disposizione che ha maggiormente interessato l'opinione pubblica riguarda la nuova disciplina, fortemente limitativa, delle assenze per malattie. Essa nasce dalla constatazione che il tasso di assenteismo dei dipendenti pubblici è generalmente molto superiore a quello che si registra tra i dipendenti privati. Secondo la circolare n. 8/2008 del Dipartimento della Funzione pubblica, infatti, la materia è di estrema delicatezza e di assoluta rilevanza, in quanto riguarda sia la sfera privata dei dipendenti pubblici, sia la correttezza dei loro rapporti con l'amministrazione, con i colleghi e con i cittadini. Per contenere questo fenomeno e, conseguentemente, per raggiungere risultati di contenimento della spesa, si dispone che ai dipendenti pubblici non debba essere corrisposta per i primi 10 giorni di ciascuna malattia alcuna forma di trattamento economico accessorio, fermo restando il diritto al trattamento economico fondamentale. Ed ancora si stabilisce l'ampliamento della fascia entro cui i lavoratori possono ricevere la visita fiscale, che le amministrazioni devono di regola richiedere a partire dalla prima giornata di assenza per malattia. Viene inoltre previsto che la certificazione medica deve essere rilasciata necessariamente da una struttura pubblica per le assenze superiori a 10 giorni e per quelle successive alla seconda nel corso di un anno. Le disposizioni sono contenute nell'articolo 71 ed il Dipartimento della Funzione Pubblica, con le Circolari nn. 7 e 8/2008, ha già fornito al riguardo numerosi ed importanti chiarimenti.

Occorre preliminarmente evidenziare che siamo dinanzi ad una materia disciplinata dalla contrattazione collettiva la cui disciplina viene sostituita da quella legislativa, con la previsione espressa che le disposizioni di legge non sono derogabili da parte dei contratti collettivi. La disposizione non richiede agli Enti alcun recepimento, in quanto è immediatamente operativa.

Si stabilisce, anzitutto, che nei primi 10 giorni di ogni assenza per malattia ai dipendenti pubblici non debba più essere corrisposta nessuna forma di trattamento economico accessorio. Queste disposizioni non si applicano alle assenze per malattia dovuta ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio, al ricovero ospedaliero, anche in *day hospital*, e alle assenze per le c.d. terapie salva vita. In sede di conversione è stato previsto che le nuove regole non si applichino alle assenze per malattia dovute a lesioni riportate in attività operative o addestrative nei comparti della sicurezza e delle forze armate. Ovviamente questa deroga non è in alcun modo estensibile in via analogica alla polizia locale.

Si deve subito ricordare che queste disposizioni si applicano per ogni periodo di assenza, quindi non per i primi 10 giorni nel corso dell'anno, ma per i primi 10 giorni di ogni singolo periodo di assenza. Sulla base di questo principio, ogni qual volta tra un periodo di assenza ed un altro vi è una interruzione ed il dipendente rientra in servizio maturano le nuove forme di ritenuta, mentre il prolungarsi di un periodo ininterrotto di assenza per malattia, anche con la produzione di nuova certificazione e senza che la

assenza sia stata interrotta dalla presenza in servizio, non fa scattare nuove ritenute. In altre parole, quanto all'individuazione del "*periodo superiore a dieci giorni*", la fattispecie si realizza sia nel caso di attestazione mediante un unico certificato dell'intera assenza, sia nell'ipotesi in cui in occasione dell'evento originario sia stata indicata una prognosi successivamente protratta mediante altro/i certificato/i, sempre che l'assenza sia continuativa ("*malattia protratta*"). Si chiarisce che, in base alla norma, nella nozione di "*secondo evento*" rientra anche l'ipotesi di un solo giorno di malattia successivo ad un precedente e distinto "*evento*" di un solo giorno.

Il Dipartimento della Funzione Pubblica (circolare n. 7/2008) ha fornito chiarimenti per la identificazione delle voci che sono oggetto di ritenuta. Sono da considerare soggette alla ritenuta la indennità di comparto per tutti i dipendenti degli enti locali, le indennità di posizione dei dirigenti e le indennità di posizione dei titolari di posizione organizzativa. Ed ancora la indennità per specifiche responsabilità, quella di vigilanza ed i compensi per il personale educativo e docente. Ovviamente continuano a non potere essere corrisposte quelle indennità che già la contrattazione collettiva ha subordinato alla effettiva presenza in servizio, come ad esempio il turno, il maneggio valori, il rischio ed il disagio. Sono escluse dalla ritenuta solo le seguenti voci: lo stipendio tabellare, la posizione di progressione economica conseguita, la eventuale retribuzione individuale di anzianità e gli eventuali assegni *ad personam*.

E' inoltre previsto che tutte le amministrazioni pubbliche debbano disporre visite di controllo anche nel caso di assenze per malattia di un solo giorno, "tenuto conto delle esigenze funzionali ed organizzative": tale vincolo può essere cioè derogabile in presenza di specifiche ragioni. In questo senso, il dirigente competente potrebbe disporre di non effettuare il controllo per quei dipendenti che fino a quel momento non hanno abusato di questo istituto ovvero in presenza di una situazione contingente per cui l'ASL non possa garantire tempestività nella effettuazione dei controlli. In altri termini, le amministrazioni devono ritenere una eccezione, da motivare, la mancata richiesta del controllo. Ha molto rilevanza concreta l'ampliamento della fascia oraria entro cui i dipendenti devono essere reperibili presso il proprio domicilio per ricevere la visita di controllo. Essa copre il periodo dalle ore 8 alle 13 e dalle 14 alle 20 di tutti i giorni, compresi quelli feriali non lavorativi, le domeniche e gli altri giorni festivi.

Il comma 5 prevede la impossibilità di equiparare le assenze, siano esse per malattia che per qualunque altra ragione, a presenze ai fini della distribuzione delle incentivazioni previste dalla contrattazione collettiva. Come evidenziato dalla Circolare n. 7/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica la nuova disposizione impone di escludere i periodi di assenza dal computo delle giornate utili ai fini della erogazione del compenso stesso.

I risparmi devono entrare nelle disponibilità dell'ente, che a tal fine deve prevedere una specifica voce nel proprio bilancio. Tali entrate devono contribuire al miglioramento dei saldi, quindi devono avere una chiara finalizzazione all'obiettivo di assicurare la effettiva parità tra le entrate e le uscite. Viene posto un assoluto divieto di utilizzazione di queste risorse per aumentare i fondi destinati alla contrattazione decentrata integrativa.

E' previsto che le assenze per malattia di durata superiore a 10 giorni e quelle successive alla seconda nel corso di uno stesso anno possano essere giustificate solo attraverso una certificazione rilasciata da "struttura sanitaria pubblica". La valenza restrittiva di questa disposizione è stata sostanzialmente attenuata dalla interpretazione fornita dal Dipartimento della Funzione Pubblica (vedi la circolare n. 7/2008) per cui

anche i medici di famiglia, convenzionati con il SSN, sono abilitati a rilasciare questa certificazione: di fatto sono escluse solo le certificazioni prodotte dai medici liberi professionisti. La circolare della Funzione pubblica 7/2008 ,inoltre, ricorda il principio di carattere generale posto a tutela della privacy, per cui le amministrazioni non possono richiedere che sulla certificazione medica sia indicata la malattia, ma esclusivamente la prognosi (si veda in proposito anche la Delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 14 giugno 2007, relativa a “*Linee guida in materia di trattamento di dati personali di lavoratori per finalità di gestione del rapporto di lavoro in ambito pubblico*”, pubblicata nel Supplemento ordinario della G.U. del 13 luglio 2007, n. 161).

Numerosi ed importanti chiarimenti sulle assenze per malattia e sui permessi retribuiti, in particolare per quelli goduti ai sensi della legge n. 104/1992 per i dipendenti portatori di gravi handicap e/o per i dipendenti che assistono familiari e congiunti che sono portatori di gravi handicap, sono contenuti nella circolare del Ministro della Funzione Pubblica n. 8/2008 “*Decreto legge n. 112 del 2008 convertito in legge n. 133 del 2008 – “Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria” – art. 71 – assenze dal servizio dei pubblici dipendenti – ulteriori chiarimenti*”. La circolare si caratterizza anche per l’invito rivolto a tutte le Pubbliche Amministrazioni a collaborare con il monitoraggio dell’applicazione della legge n. 104/1992 che lo stesso Dipartimento ha avviato. Il monitoraggio si rende necessario per verificare i reali effetti determinati dalla norma che concede speciali benefici ai lavoratori portatori di gravi handicap o che assistono congiunti che versano in tali condizioni.

Viene inoltre chiarito che la decurtazione per i primi 10 giorni di ogni periodo di assenza per malattia (e non solo per i primi 10 giorni di assenza per malattia nel corso dell’anno) si deve sommare a quelle previste dai contratti collettivi nazionali, riduzioni che rimangono cioè pienamente in vita. In altri termini, e secondo i consolidati orientamenti della magistratura contabile (es.: Corte dei conti, Sez II centrale, sent. n. 44 del 2003), nell’erogazione dei compensi incentivanti deve essere esclusa ogni forma di automatica determinazione del compenso o di “erogazione a pioggia”.

Non vi sono effetti delle nuove disposizioni sul *part time* per i dipendenti che lo chiedono in conseguenza della sottoposizione a terapie salvavita, che determinano una riduzione della capacità lavorativa. In questi casi continuiamo ad essere in presenza di un vero e proprio diritto soggettivo del dipendente. Parimenti invariate sono rimaste le ragioni di precedenza nella concessione del *part time* per i dipendenti che assistono i malati oncologici o soggetti riconosciuti inabili al lavoro e per i genitori di figli conviventi di età minore di tredici anni o portatori di handicap.

Viene inoltre ricordata la necessità che i dipendenti rispettino pienamente le disposizioni contrattuali che impongono loro la comunicazione tempestiva delle assenze e la produzione della certificazione medica.

Si raccomanda, infine, ai dirigenti competenti di ciascuna amministrazione di verificare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dei permessi, di chiedere e di verificare la documentazione a supporto per la fruizione dei permessi stessi (ove previsto dalla normativa vigente) e a giustificazione dell’assenza. Sarà cura inoltre dei dirigenti competenti organizzare l’attività lavorativa in maniera tale da evitare che le assenze giustificate del personale possano andare a detrimento della funzionalità e dell’offerta di servizi. In quest’ottica, è particolarmente rilevante l’attività di programmazione da parte del dirigente anche relativamente alle presenze e alle assenze

dal servizio; quindi dovranno essere date chiare indicazioni ai dipendenti affinché nei limiti del possibile le richieste di permesso siano presentate con congruo anticipo.

9. CONTROLLI SU INCOMPATIBILITÀ, CUMULO DI IMPIEGHI E INCARICHI (art. 47 legge n. 133/2008)

Oltre che sui permessi retribuiti e le assenze per malattia, un'altra stretta del provvedimento legislativo in parola riguarda le incompatibilità e il cumulo di impieghi e incarichi da parte dei dipendenti pubblici.

La manovra non incide sulla disciplina sostanziale dettata dall'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, bensì istituisce con l'aggiunta del comma 16 *bis* un sistema di controlli particolarmente rigorosi.

Ricordiamo che l'art. 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 detta appunto una disciplina ulteriore rispetto a quella già disposta all'articolo 60 e seguenti del Testo unico degli impiegati civili dello Stato.

Le pubbliche amministrazioni non possono conferire ai dipendenti incarichi, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, che non siano espressamente previsti o disciplinati da legge o altre fonti normative, o che non siano espressamente autorizzati.

A tal fine, ciascuna amministrazione deve adottare appositi regolamenti, che individuino gli incarichi consentiti e quelli vietati e nel caso in cui i regolamenti non siano emanati, l'attribuzione degli incarichi è consentita nei soli casi espressamente previsti dalla legge o da altre fonti normative.

In ogni caso, il conferimento operato direttamente dall'amministrazione, nonché l'autorizzazione all'esercizio di incarichi che provengano da amministrazione pubblica diversa da quella di appartenenza, ovvero da società o persone fisiche, che svolgano attività d'impresa o commerciale, sono disposti dai rispettivi organi competenti secondo criteri oggettivi e predeterminati, che tengano conto della specifica professionalità, tali da escludere casi di incompatibilità, sia di diritto che di fatto, nell'interesse del buon andamento della pubblica amministrazione.

Sono considerati incarichi retribuiti tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso.

Rimangono esclusi i compensi derivanti:

- a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;
- b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;
- c) dalla partecipazione a convegni e seminari;
- d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;
- e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;
- f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita;
- f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione.

Al di fuori di queste ipotesi, i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza.

In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Le pubbliche amministrazioni, dal canto loro, non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti di altre amministrazioni pubbliche senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. Salve le più gravi sanzioni, il conferimento dei predetti incarichi, senza la previa autorizzazione, costituisce in ogni caso infrazione disciplinare per il funzionario responsabile del procedimento e il relativo provvedimento è nullo di diritto. Anche in tal caso l'importo previsto come corrispettivo dell'incarico, ove gravi su fondi in disponibilità dell'amministrazione conferente, è trasferito all'amministrazione di appartenenza del dipendente ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti.

Anche gli enti pubblici economici e i soggetti privati non possono conferire incarichi retribuiti a dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza dei dipendenti stessi. L'autorizzazione relativa all'incarico deve essere richiesta all'amministrazione di appartenenza del dipendente dai soggetti pubblici o privati, che intendono conferire l'incarico o direttamente dal dipendente interessato. L'amministrazione di appartenenza deve pronunciarsi sulla richiesta di autorizzazione entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta stessa. Decorso il termine per provvedere, l'autorizzazione, se richiesta per incarichi da conferirsi da amministrazioni pubbliche, si intende accordata; in ogni altro caso, si intende definitivamente negata.

E veniamo al sistema dei controlli.

Già con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, in legge 4 agosto 2006, n. 248, il legislatore ha previsto che le amministrazioni pubbliche, oltre a dover comunicare al Dipartimento della funzione pubblica, entro il 30 giugno di ciascun anno, i compensi percepiti dai propri dipendenti anche per incarichi relativi a compiti e doveri d'ufficio e a dover comunicare semestralmente l'elenco dei collaboratori esterni e dei consulenti, sono tenute a rendere noti, mediante inserimento nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica (e dunque mediante pubblicazione sul sito internet dell'ente), gli elenchi dei propri consulenti indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico, a pena di pesanti sanzioni, tra cui la nullità dello stesso atto di conferimento dell'incarico e la conseguente responsabilità amministrativa in capo al soggetto conferente.

Questo adempimento risulta preordinato ad uno ulteriore da parte del Dipartimento della Funzione pubblica, che, entro il 31 dicembre di ciascun anno, deve riferire al Parlamento sui dati raccolti.

Competente all'accertamento delle violazioni e all'irrogazione delle sanzioni è il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi della Guardia di finanza. In caso di inosservanza di tali disposizioni si applica, oltre alle sanzioni per le eventuali violazioni tributarie o contributive, una sanzione pecuniaria pari al doppio degli emolumenti corrisposti sotto qualsiasi forma a dipendenti pubblici.

La norma della manovra finanziaria posta alla nostra attenzione inasprisce il sistema dei controlli stabilendo non solo che il Dipartimento della funzione pubblica può disporre le verifiche relative al rispetto della disciplina delle incompatibilità per il tramite dell'Ispettorato per la funzione pubblica, ma che lo stesso Ispettorato, previa

stipula di apposite convenzioni coi servizi ispettivi delle diverse amministrazioni, si può altresì avvalere della Guardia di Finanza, collaborando con il Ministero dell'economia e delle finanze al fine dell'accertamento della violazione connesse al regime delle incompatibilità e al divieto di cumulo degli incarichi.

10. NORME IN MATERIA DI CONTRATTAZIONE INTEGRATIVA E DI CONTROLLO DEI CONTRATTI NAZIONALI ED INTEGRATIVI (art. 67 legge n. 133/2008)

Le competenze della contrattazione collettiva, declinate dal d.lgs. n. 165 del 2001, sono sintetizzate nell'ampia formula dell'art. 40, ai sensi del quale *“La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali”*.

Tale competenza appare effetto diretto della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico che importa una generale competenza della contrattazione collettiva nella materia del rapporto di lavoro, con esclusione della stessa dal campo dell'organizzazione amministrativa, che rimane dominio della potestà unilaterale pubblicistica (regolazione con legge o sulla base della legge, ovvero nell'ambito dei principi posti dalla stessa legge).

Va, in ogni caso, considerato che il principio della privatizzazione, pur prevedendo la competenza della contrattazione collettiva nella materia del rapporto di lavoro, non esclude la possibilità che la legge delinea un quadro di riferimento normativo che circostanzi l'operatività delle stesse norme collettive.

Se è vero che il personale pubblico è stato oggetto di una delle riforme più radicali che abbiano investito il nostro ordinamento amministrativo, rimane la necessità che l'esercizio del pubblico potere, o meglio della *“capacità e i poteri del privato datore del lavoro”*, come recita l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, rimanga un potere funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse.

D'altra parte anche nel lavoro privato una serie di principi ed un quadro di regole generali sono ricavabili non solo dal codice civile ma anche dalla legislazione ordinaria.

Su questa base agiscono le linee programmatiche sulla riforma del pubblico impiego.

La riforma della contrattazione collettiva nei progetti del Ministero della Funzione pubblica prevede:

- una riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione delle amministrazioni centrali;
- la revisione della durata dei contratti collettivi;
- l'allineamento tra regolamentazione giuridica e regolamentazione economica.

Innova, inoltre, la contrattazione di secondo livello collegandola alla situazione economica e finanziaria dell'ente, che viene inviata alla Corte dei Conti per un controllo complessivo della spesa.

Ed è proprio quest'ultimo punto che è stato subito realizzato, mediante il suo inserimento nella manovra d'estate. Tuttavia, questo intervento ha un carattere transitorio, essendo strettamente collegato alla suindicata riforma delle procedure delle relazioni sindacali nel settore pubblico, contenuta nel disegno di legge delega approvato contestualmente al varo del d.l. n. 112/2008.

Alla base di tale scelta legislativa vi sono una serie di fattori. Anzitutto, dal punto di vista economico, è stato calcolato che i costi dei contratti di secondo livello sono arrivati addirittura al doppio di quanto previsto a livello nazionale sforzando i limiti

di spesa fissati, come dimostrato dal diniego alla certificazione opposto in più occasioni da parte della magistratura contabile. Inoltre, sul piano sostanziale, gran parte dei contratti decentrati integrativi hanno disatteso le logiche ispiratrici della contrattazione nazionale in punto di incentivazione all'applicazione concreta delle forme di flessibilità e di meritocrazia, arrivando ad invadere materie a essi precluse, con disposizioni perciò stesso illegittime.

Le disposizioni della legge n. 133/2008 rafforzano le norme della legge finanziaria del 2002, che hanno previsto una serie di controlli realizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze sull'andamento dei costi della contrattazione decentrata integrativa, attraverso le segnalazioni effettuate dalla Corte dei Conti e dall'Aran.

Con la disposizione recata dall'articolo 67 della legge in esame, il Governo ha sostanzialmente inteso contenere le risorse destinate alla contrattazione integrativa delle amministrazioni dello Stato, delle agenzie, incluse le Agenzie fiscali, degli enti pubblici non economici e delle Università, in attesa di un generale riordino della materia, operando, nel frattempo, un intervento mirato con riguardo a una serie di disposizioni che prevedono assegnazioni di risorse, aggiuntive rispetto a quelle preordinate dai rinnovi contrattuali di comparto, direttamente in favore dei fondi destinati al finanziamento della contrattazione integrativa.

Le amministrazioni pubbliche, in specie quelle locali, devono prestare una particolare attenzione agli effetti che derivano dall'applicazione dell'articolo 67 in esame, effettuando, prima della trasmissione di una copia dei contratti stessi, un controllo dei contenuti della contrattazione decentrata integrativa e, in particolare, delle clausole di dubbia legittimità. Ricordiamo infatti che, per espressa indicazione del DLgs n. 165/2001 ripetuta nello stesso CCNL 1.4.1999, la contrattazione decentrata è gerarchicamente subordinata a quella nazionale e, di conseguenza, le clausole dei contratti decentrati che sono in contrasto con quelle nazionali o che disciplinano materie ad esse non rimesse o che dispongono spese aggiuntive sono nulle e non possono essere applicate: tale formula in particolare sottolinea l'elevata responsabilità che è posta in capo agli amministratori, ai segretari, ai dirigenti ed ai responsabili.

Nel dettaglio l'articolo prevede tagli alle risorse che le norme di legge destinano al finanziamento della contrattazione decentrata integrativa del personale delle amministrazioni statali. Viene previsto che la erogazione di queste risorse sia sospesa nell'anno 2009 e che dall'anno 2010 gli importi siano ridotti del 20 per cento. Ed ancora si dispone, sempre per le amministrazioni statali ed a partire dall'anno 2009, il taglio del 10 per cento delle risorse complessivamente destinate alla contrattazione decentrata integrativa. I risparmi conseguiti attraverso l'applicazione di queste disposizioni affluiscono al bilancio dello Stato. Questa norma ha una duplice importanza per gli enti locali. In primo luogo costituisce una disposizione di principio; ma, sulla base delle previsioni espressamente contenute nell'articolo 76 della stessa manovra, queste norme sono utilizzabili per raggiungere l'obiettivo di contenere la spesa per la contrattazione integrativa e ridurre l'incidenza degli oneri per il personale sul complesso della spesa corrente.

In termini più strettamente giuridici, è di rilievo la previsione che introduce il principio del carattere impeditivo della certificazione non positiva della Corte dei Conti sui contratti decentrati integrativi.

A tal fine sono preordinati una serie di adempimenti che passeremo in rassegna.

Il comma 8 obbliga tutte le pubbliche amministrazioni, entro il 31 maggio di ogni anno, ad inviare alla Corte dei Conti, tramite la Ragioneria Generale dello Stato,

specifiche informazioni sulla contrattazione decentrata integrativa. Tali informazioni devono essere certificate da parte degli organi di controllo interno, cioè nei Comuni e nelle Province da parte dei revisori dei conti, secondo un modello che sarà definito dalla Corte dei Conti, d'intesa con la Ragioneria Generale dello Stato e con il Dipartimento della Funzione Pubblica.

La norma di legge individua in particolare tre ambiti su cui i modelli di trasmissione delle informazioni si dovranno analiticamente soffermare: la costituzione del fondo per le risorse decentrate, il loro andamento nel corso degli anni e le clausole dei contratti decentrati che danno attuazione ai principi di valorizzazione del merito, in particolare nella produttività e nelle progressioni orizzontali.

Viene inoltre previsto che queste informazioni siano pubblicate da ciascuna amministrazione sul proprio sito internet, con modalità che devono consentire un immediato accesso. La mancata applicazione di questo vincolo viene sanzionata con il divieto di integrare le risorse destinate alla contrattazione decentrata integrativa e gli organi di revisione sono impegnati a vigilare sulla corretta applicazione di queste disposizioni.

Queste informazioni saranno utilizzate dalla magistratura contabile per monitorare l'andamento della contrattazione nei vari comparti e proporre le modifiche che si giudicheranno necessarie, in particolare attraverso il referto sul costo del lavoro pubblico che essa deve presentare annualmente al Parlamento. Ma, sulla base della norma, da parte della Corte dei Conti possono essere segnalate anomalie e proposti interventi correttivi anche a livello di singole amministrazioni. In questo caso matura per gli enti l'obbligo di sospendere l'applicazione delle clausole di cui è stata segnalata la illegittimità e, con la prima contrattazione successiva, di recuperare quanto indebitamente erogato, rimanendo, comunque, ferma la eventuale responsabilità amministrativa in capo al presidente ed ai componenti la delegazione trattante di parte pubblica, ai dirigenti o ai responsabili che hanno dato attuazione a queste clausole, al segretario e agli amministratori che hanno autorizzato la sottoscrizione del contratto.

Infatti, l'articolo in esame, sostituendo il sesto comma dell'articolo 47 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, stabilisce che in caso di certificazione non positiva della Corte dei conti le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo. Il presidente dell'Aran, sentito il comitato di settore e il Presidente del Consiglio dei ministri, provvede alla riapertura delle trattative e alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo adeguando i costi contrattuali ai fini della certificazione. In seguito alla sottoscrizione della nuova ipotesi si riapre la procedura di certificazione. Nel caso in cui la certificazione non positiva sia limitata a singole clausole contrattuali l'ipotesi può essere sottoscritta definitivamente, ferma restando l'inefficacia delle clausole contrattuali non positivamente certificate. Altro punto di interesse è quello concernente la certezza dei tempi, essendo ora stabilito che, decorsi 15 giorni dalla data di trasmissione della relazione tecnica da parte dell'Aran, il parere del comitato di settore e del Governo, espresso previa deliberazione del Consiglio dei ministri, si intendono resi favorevolmente, così consentendosi alla procedura di proseguire l'iter con l'inoltro dell'ipotesi di accordo alla Corte dei conti. Non solo, ma è anche stabilito, attese le difficoltà riscontrate in sede di applicazione della procedura attuale, che tutti i termini indicati dalla disposizione si intendono riferiti a giornate lavorative.

Da evidenziare che l'esperienza ci dice che negli ultimi anni la gran parte dei contratti nazionali non ha ricevuto una certificazione positiva da parte della Corte dei Conti, il che deve indurre ad una riflessione sul loro concreto contenuto.

11. LAVORO FLESSIBILE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI (art. 49 legge n. 133/2008)

La disciplina del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni rappresenta di certo la materia sulla quale la schizofrenia legislativa si è espressa al meglio.

Con l'articolo 49 della l. n. 133/2008 vengono, infatti, modificate per l'ennesima volta, le norme per le assunzioni flessibili, sostanzialmente ritornando alle disposizioni precedenti a quelle introdotte dalla legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008). Anche in questo caso lo strumento utilizzato è la riscrittura dell'articolo 36 del d.lgs. n. 165/2001: rispetto ai vincoli introdotti dalla legge Finanziaria 2008 si deve sottolineare la scomparsa delle drastiche limitazioni imposte in termini di durata massima dei contratti di lavoro flessibile, le amministrazioni vengono impegnate a motivare adeguatamente il ricorso a questi strumenti, mentre viene eliminata la preferenza accordata in passato al contratto di somministrazione.

Occorre innanzitutto precisare cosa debba intendersi per assunzioni flessibili.

L'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 disciplina le forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, demandando alla contrattazione collettiva la regolamentazione dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione delle leggi in vigore nel settore privato, senza, tuttavia, voler attribuire alla contrattazione collettiva il ruolo di fonte esclusiva della disciplina dei rapporti flessibili. La funzione dei contratti collettivi in materia di rapporti flessibili, dunque, è quella di integrare e completare la disciplina legale, sempre, però, entro i limiti fissati dalle leggi che regolamentano i singoli istituti. Ne consegue, pertanto, che le pubbliche amministrazioni potrebbero avvalersi delle forme contrattuali flessibili anche in mancanza delle discipline pattizie, in virtù del richiamo di cui all'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 165 del 2001, che rende direttamente applicabili al lavoro pubblico le disposizioni del Codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa.

Il punto di rottura rispetto alla disciplina delle forme contrattuali flessibili nel settore privato è rappresentato, invece, dalla norma che impedisce la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato in conseguenza della violazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori. Il che, in sostanza, sta a significare che tutti i regimi sanzionatori che prevedono la trasformazione di un rapporto flessibile in uno a tempo indeterminato non potranno trovare applicazione nel settore pubblico. Al lavoratore è riconosciuto, in questo caso, soltanto il diritto al risarcimento del danno come specifica il comma 5 dell'art. 36, dopo la novella della manovra d'estate, a tenore del quale: *“in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del*

presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286". Su questi punti è intervenuta anche la Corte costituzionale con sentenza 13 marzo 2003, n. 89, chiamata a pronunciarsi, in particolare, su un caso di mancata trasformazione di un contratto a tempo determinato alle dipendenze della pubblica amministrazione in uno a tempo indeterminato. In quell'occasione, il giudice rimettente ha affermato che, dopo la privatizzazione, il rapporto di lavoro pubblico non può più essere considerato speciale, con la conseguenza che il divieto di trasformazione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato non troverebbe alcuna ragionevole giustificazione. La norma, pertanto, violerebbe il principio di uguaglianza per la palese disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e lavoratori privati. La Corte, però, ha respinto queste argomentazioni, dando credito alla ricostruzione della parte pubblica, in base alla quale, anche dopo la privatizzazione, il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici conserverebbe fondamentali peculiarità tali da renderlo profondamente diverso dal rapporto intrattenuto con datori di lavoro privati. In particolare, la Corte ha collegato l'inapplicabilità del regime sanzionatorio che determina la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato alla necessità di rispettare il principio concorsuale che governa l'accesso al pubblico impiego. L'inesistenza di tale principio nel settore privato non consente di ritenere che la diversa disciplina dei rapporti di lavoro flessibile nel settore pubblico integri una violazione del principio di uguaglianza, proprio perché le situazioni dei due rapporti di lavoro (pubblico e privato) non sono omogenee.

L'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, infatti, subordina l'utilizzo delle forme contrattuali flessibili proprio al rispetto delle altre disposizioni in materia di reclutamento del personale. In generale, anche i titolari di rapporti flessibili devono essere assunti per concorso. Qualche problema potrebbe casomai porsi nelle ipotesi in cui l'instaurazione di tali rapporti sia scaturita da procedure concorsuali semplificate (utilizzate, ad esempio, per il reclutamento di personale con contratto di formazione e lavoro), ma certamente non nei casi in cui le procedure concorsuali sono le stesse che comportano la costituzione di rapporti a tempo pieno e indeterminato.

Tuttavia, l'affermazione della specialità del rapporto di lavoro pubblico non consentirebbe di limitare l'applicazione della disciplina privatistica, per l'espressa previsione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che richiama detta disciplina in via diretta e non per analogia, salvo quanto diversamente disposto dallo stesso decreto. L'affermazione della specialità del rapporto di lavoro pubblico sarebbe, quindi, uno strumento per garantire una più profonda applicazione della normativa privatistica, operando come incentivo per la contrattazione collettiva a predisporre opportuni adattamenti a tutte quelle discipline che, per motivi diversi, non siano state pensate per essere applicate anche alle pubbliche amministrazioni.

Per contratti di lavoro flessibile si devono intendere, sulla base dell'espresso dato legislativo, quelli a tempo determinato, i contratti di somministrazione di lavoro, il telelavoro, nonché il *part time* e, secondo alcuni i contratti di formazione e lavoro. È esclusa dall'ambito della norma la disciplina del lavoro autonomo. Ciò per due ordini di ragioni. Innanzitutto l'art. 36 disciplina storicamente le forme di lavoro flessibile che hanno comunque alla base un rapporto di lavoro subordinato. Inoltre, data la natura di contratto esterno che caratterizza il lavoro autonomo, il legislatore ha previsto per lo stesso una separata collocazione nell'ambito dell'art. 7, comma 6 e seguenti, dello stesso d.lgs. n.165/2001.

Mentre il d.lgs. n. 61 del 2000 ha disciplinato il lavoro *part time* tenendo conto della applicabilità anche al settore pubblico, e così anche per la somministrazione di lavoro consentita nelle amministrazioni pubbliche dall'art. 86, comma 7 del d.lgs. n. 276/2003, lo stesso non è avvenuto in altri casi, per i quali è stata la contrattazione collettiva di comparto a regolare tutte le forme contrattuali flessibili, adattando alle esigenze delle pubbliche amministrazioni quanto disposto dalle varie normative del settore privato. Per quanto riguarda il contratto di lavoro a tempo determinato, il d.lgs. n. 368 del 2001 ha abrogato sia la legge n. 230 del 1962, sia l'art. 23 della legge n. 56 del 1987, insieme a tutte le disposizioni di legge comunque incompatibili e non espressamente richiamate e ha fatto salve, in via transitoria, le clausole dei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, fino alla scadenza dei contratti stessi. L'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 non figura tra le norme abrogate, né è stato considerato incompatibile con quanto previsto dal d.lgs. n. 368 del 2001, perché, come accennato, il richiamo alla contrattazione collettiva non attribuisce a tale fonte l'esclusiva regolamentazione dei rapporti flessibili.

Definire l'obiettivo perseguito dal legislatore con la modifica dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, rappresenta la chiave di lettura principale per indagare sulla sua portata. È utile sottolineare che l'art. 36 si applica a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e quindi anche alle autonomie e agli enti territoriali.

L'ultima riforma di tale disciplina ad opera della Finanziaria 2008 si presentava fortemente restrittiva. Quel regime nasceva come reazione all'abuso del lavoro flessibile, spesso utilizzato anche come strumento per eludere il principio costituzionale della concorsualità, che rappresenta la regola primaria in materia di accesso nella pubblica amministrazione, ricorrendo quindi a forme di reclutamento semplificate senza sufficiente garanzia del rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

A tal fine, l'art. 36 nella sua versione novellata dalla Finanziaria 2008 esordiva affermando che *“Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”*, con ciò volendo riaffermare un principio di carattere generale che vede il rapporto di lavoro a tempo indeterminato come elemento caratterizzante il pubblico impiego.

In coerenza con quanto detto, la norma circoscriveva in maniera rigorosa l'estensione temporale dei suddetti contratti, stabilendo che *“le pubbliche amministrazioni [...] non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali”*.

L'art. 36, modificato dalla legge n. 133 del 2008, dopo aver ribadito la regola del contratto a tempo indeterminato e dell'accesso per pubblico concorso *ex art.* 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, consente ora il ricorso a questi istituti per esigenze temporanee ed eccezionali, mentre lo vieta per le esigenze connesse al fabbisogno ordinario di personale. Dal che ne dobbiamo ricavare la conseguenza che le assunzioni flessibili non possono essere disposte per la copertura di posti vacanti nelle dotazioni organiche, essendo queste esigenze, appunto, di tipo ordinario.

La norma ripropone la necessità di ricorrere, anche per i contratti di lavoro flessibile, a procedure selettive ispirate dai principi di imparzialità e trasparenza. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di

legge, i contratti collettivi nazionali, secondo quanto prevede la norma in esame, provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, con l'espresso limite dell'utilizzo di quest'ultima figura contrattuale per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

Un primo aspetto sottoposto alla nostra attenzione riguarda l'approfondimento di alcune espressioni contenute nell'art. 36 novellato ed in particolare: "fabbisogno ordinario" ed "esigenze temporanee ed eccezionali", per come illustrati dal Parere UPPA n. 49/08.

La *ratio* seguita da quest'ultima novella è, infatti, in parte diversa rispetto a quella della Finanziaria 2008, perseguendo l'obiettivo di conciliare le esigenze di flessibilità delle amministrazioni con:

- i principi inderogabili posti a fondamento di una corretta e razionale organizzazione, riconducibili a quelli indicati dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001;

- le regole preordinate al reclutamento del personale di cui all'art. 97 della Costituzione declinate dall'art. 35 dello stesso decreto legislativo;

- la necessità di prevenire il costituirsi di altre forme di precariato.

In tal senso la norma si sofferma sull'elemento di caratterizzazione del settore pubblico che è il fabbisogno ordinario, che si concretizza, attraverso la dotazione organica, in un valore quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali ovvero delle funzioni ordinarie dell'amministrazione.

Ne deriva che le esigenze di copertura della dotazione organica, intese come esigenze di carattere continuativo e duraturo e quindi permanente, devono trovare soddisfazione esclusivamente con le assunzioni a tempo indeterminato.

Fermo restando quanto sopra, il ricorso alle tipologie di lavoro flessibile è consentito a fronte di esigenze temporanee ed eccezionali. E' senz'altro ammissibile la riconduzione di dette esigenze alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo previste dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, anche riferibili all'ordinaria attività e quindi al fabbisogno ordinario, purché caratterizzate dalla temporaneità. La valutazione sulla temporaneità dell'esigenza rimane facilmente identificabile. Riguardo l'eccezionalità occorre precisare che non va intesa in termini di imprevedibilità quanto piuttosto di straordinarietà. La previsione è di rafforzamento del concetto stesso di temporaneità escludendo che l'esigenza possa avere un carattere riconducibile ad un bisogno permanente. Al fine di dare adeguata evidenza alle esigenze sottese si ritiene applicabile il disposto di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 che prevede di darne specifica nel contratto individuale di lavoro a tempo determinato.

Per quanto riguarda i contratti di formazione e lavoro si intende che per gli stessi, data la loro vocazione ad essere convertiti in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si possa prescindere dall'esigenza temporanea ed eccezionale purché ciò emerga inequivocabilmente dalla programmazione triennale del fabbisogno che dovrà tenere conto della disponibilità delle risorse finanziarie necessarie per procedere a nuove assunzioni a tempo indeterminato.

Dal punto di vista della durata, con un ritorno alle previsioni *ante* Finanziaria 2008, viene vietata la utilizzazione del medesimo lavoratore con diversi istituti contrattuali per un periodo di servizio superiore a 3 anni nel corso dell'ultimo quinquennio, al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile. Il quinquennio va

calcolato a ritroso rispetto alla data di stipula del nuovo contratto. Per il calcolo del triennio si prendono a riferimento i periodi di vigenza dei contratti e si sommano in termini di mesi. I resti di giorni concorrono a formare un mese se la sommatoria è pari a 30. Il raggiungimento di 12 mesi va a realizzare un anno. Sono fatte salve le assunzioni riferite a procedure concorsuali diverse, in quanto la valenza della partecipazione ad un nuovo concorso pubblico, in coerenza con quanto previsto dagli articoli 51 e 97 della Costituzione, prevale rispetto al limite temporale del triennio che può essere superato solo in questa circostanza.

Ancora, si obbligano le amministrazioni pubbliche a trasmettere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

Quanto alle sanzioni, la violazione delle norme sulle assunzioni flessibili, come prima detto, non può dare, in nessun caso, luogo alla assunzione a tempo indeterminato.

In capo al dipendente matura unicamente il diritto al risarcimento dei danni che dimostra di avere subito: se essi sono provocati da dolo o colpa grave del dirigente, questi sarà chiamato a sostenere tali oneri e la sua attività diventa fonte di responsabilità amministrativa e dirigenziale. E' scomparsa però la sanzione del divieto di effettuare assunzioni per un triennio prevista per le amministrazioni inadempienti.

12. RIDUZIONE DELLE COLLABORAZIONI E CONSULENZE NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI (art. 46 legge n. 133/2008)

La legge n. 133 del 2008, per come espressamente indicato nello stesso titolo dell'articolo 46, vuole operare una "riduzione" della possibilità di conferire incarichi di collaborazione. Tale stretta si indirizza, soprattutto, su quelli di collaborazione coordinata e continuativa. L'altra novità di maggiore rilievo è costituita dalla precisazione delle caratteristiche che devono possedere i soggetti a cui possono essere conferiti gli incarichi di collaborazione in questione. Si tratta dell'ennesimo intervento legislativo in materia negli ultimi anni: in particolare, dal d.l. n. 168/2004 in poi, il legislatore è intervenuto ripetutamente in questa materia, sempre con la finalità di restringere il numero degli incarichi e di contenere la relativa spesa. Per quanto riguarda gli enti locali, tuttavia, la Corte Costituzionale ha stabilito la illegittimità delle norme che dettano una limitazione alla spesa, stante l'ampiezza della autonomia loro riconosciuta dalla Costituzione, per cui le norme statali si devono limitare per le regioni e gli enti locali a dettare vincoli di carattere generale e procedurale.

La norma è ispirata a due ragioni di fondo:

- risolvere i problemi applicativi nati a seguito della rigidità dei vincoli dettati dalla legge Finanziaria 2008 in tema di requisiti soggettivi che devono essere posseduti per potere essere destinatari del conferimento di questi incarichi;

- rendere impossibili le interpretazioni estensive fornite da alcune sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti della possibilità di utilizzare gli incarichi di collaborazione coordinata e continuativa.

Il conferimento di incarichi di collaborazione a soggetti esterni deve, come peraltro è richiesto per tutti gli atti amministrativi, essere motivato. Nelle motivazioni si deve in primo luogo dimostrare la necessità di questa scelta, attestare cioè che nell'ente non vi sono o non sono utilizzabili le richieste professionalità. Siamo dinanzi al requisito della assenza soggettiva o della assenza oggettiva. Con la prima formula si intende la mancanza di quella professionalità tra i dipendenti in servizio, formula che di

regola può essere utilizzata dai piccoli comuni, ma che mal si attaglia con le caratteristiche degli enti di media e grande dimensione. Con la formula della assenza oggettiva si intende l'attestazione che quella professionalità esiste tra i dipendenti, ma non è concretamente utilizzabile. Al riguardo soccorrono le considerazioni che le professionalità esistenti nell'ente mancano della necessaria esperienza o di qualche particolare specificazione ovvero che, a causa del carico di lavoro e/o della sua complessità, non possono essere utilizzate. Come evidenziato dalla bozza di regolamento sul conferimento di incarichi esterni predisposta dal Dipartimento della Funzione Pubblica ed allegata alla circolare n. 2/2008, è necessario che l'ente effettui tale verifica in modo analitico e non superficiale, principio che si trae da numerose sentenze della Corte dei Conti. Ed ancora che di questa verifica sia dato pienamente conto nel provvedimento di conferimento dell'incarico.

Per rafforzare il carattere vincolante delle disposizioni è stabilito che esse costituiscano un "presupposto di legittimità" dello stesso conferimento degli incarichi di collaborazione esterna.

Gli incarichi di collaborazione possono essere conferiti unicamente per attività che rientrano nell'ambito delle competenze istituzionali dell'amministrazione conferente. Tale vincolo non determina effetti rilevanti per gli enti locali, visto che tanto i comuni quanto le province sono enti a competenza generale, quindi possono occuparsi di tutto ciò che è di interesse delle comunità locali. Ma per le amministrazioni che hanno compiti istituzionali predeterminati, ciò si traduce in una chiara limitazione.

Da evidenziare che l'oggetto dell'incarico non deve essere generico né riferito alle attività ordinarie, ma ad "obiettivi e progetti specifici e determinati". In altri termini, la norma avvicina sensibilmente il conferimento di incarichi di collaborazione da parte delle pubbliche amministrazioni alle regole in vigore nel settore privato dopo la legge Biagi, cioè le collaborazioni c.d. a progetto. Per cui non si può utilizzare questo istituto per esigenze generiche e ordinarie, ma occorre collegarlo a specifiche iniziative, ulteriori rispetto ai compiti normalmente svolti, ma ovviamente riferibili alle incombenze istituzionali.

Occorre, ed è questo un elemento di novità introdotto dalla manovra in esame, che il conferimento dell'incarico di collaborazione sia "coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente". In altri termini, nella motivazione l'ente deve dimostrare che attraverso il conferimento dell'incarico comunque siano soddisfatte nel modo migliore le necessità dell'ente, effettuando una sorta di analisi dei costi e dei benefici.

Viene richiesto che il soggetto incaricato debba svolgere una prestazione "temporanea ed altamente qualificata". Ricordiamo che attraverso l'incarico di collaborazione, anche se nella forma di co.co.co., non si realizza comunque un incardinamento nella dotazione organica, per cui siamo comunque in presenza di un divieto a svolgere compiti di rappresentanza esterna. La temporaneità può essere soddisfatta o con incarichi meramente occasionali o con incarichi di co.co.co.; per una concreta distinzione tra questi due strumenti il Dipartimento della Funzione Pubblica, già dal 2004, suggerisce di utilizzare gli stessi criteri distintivi previsti dalla legge Biagi, cioè un incarico non può essere considerato di co.co.co. se il professionista è iscritto ad un albo professionale, se è pensionato ovvero se la durata è inferiore ad un mese o il compenso inferiore a €5.000 ovvero, verosimilmente, se è in possesso di una partita Iva.

La disposizione comprende, come appena detto, sia gli incarichi di natura occasionale che quelli di collaborazione coordinata e continuativa; per questi ultimi il testo detta ulteriori pesanti vincoli, il che ne costituisce il tratto caratterizzante di maggiore rilievo. Viene, infatti, completamente vietata la possibilità di conferimento di questi incarichi per lo svolgimento di funzioni ordinarie e i dirigenti che dispongono questo tipo di utilizzazione diventano responsabili in via amministrativa e contabile. La stessa sanzione è irrogata nel caso di utilizzazione impropria dei collaboratori coordinati e continuativi, cioè con le modalità dei lavoratori subordinati. Per eliminare ogni residuo dubbio sulla possibilità di conferire incarichi di co.co.co. per lo svolgimento di funzioni ordinarie viene abrogato il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del d.l. n. 168/2004, il quale subordinava la possibilità di conferire incarichi esterni "in materie e per oggetti rientranti nelle competenze della struttura burocratica dell'ente" all'obbligo della motivazione adeguata, ovvero ai casi previsti per legge ovvero ancora alla presenza di circostanze straordinarie. Con tale abrogazione è chiaro che il conferimento di incarichi di collaborazione deve essere motivato esclusivamente sulla base delle ragioni previste dall'articolo 7, comma 6, del d.gs. n. 165/2001.

Il requisito della natura particolarmente specializzata deve essere messo in relazione con quello della necessità del possesso di una specifica qualificazione professionale. La norma ci dice che il collaboratore deve avere una "particolare e comprovata specializzazione anche universitaria". Tale vincolo è stato introdotto dalla legge Finanziaria 2008 ed è confermato anche da questo più recente intervento legislativo. Su questo punto la manovra riprende le interpretazioni estensive fornite dal Dipartimento della Funzione Pubblica ed offre ad esse un solido terreno normativo. Vengono infatti previste alcune deroghe al possesso della laurea (ricordiamo che l'Ufficio per il Personale delle Pubbliche Amministrazioni ha chiarito che il riferimento deve intendersi alle sole lauree magistrali o specialistiche o del vecchio ordinamento, con esclusione di quelle brevi, tranne che il corso di studi preveda una forma di specializzazione). Si può prescindere dal possesso di questo requisito nei seguenti casi:

- per le attività che richiedono l'iscrizione ad un albo professionale o ad un ordine, ovviamente nei casi in cui possono essere svolte da questi soggetti;
- attività artistiche, di spettacolo o artigianali. In capo agli enti rimane l'obbligo di accertare comunque che il soggetto abbia una "maturata esperienza nel settore".

Come si vede queste interpretazioni consentono alle amministrazioni di avere una platea molto ampia di soggetti a cui potere conferire incarichi di collaborazione: esse hanno comunque un vincolo di cui nella motivazione devono espressamente dare conto, e cioè l'effettiva esperienza in possesso dei soggetti prescelti.

Viene ritoccata anche la norma introdotta dalla legge Finanziaria 2008 e che obbliga a rispettare la preventiva programmazione deliberata da parte del Consiglio. La modifica ammorbidisce il vincolo dettato dal legislatore: è necessario che l'oggetto della prestazione rientri in un programma approvato in modo specifico dal Consiglio, e fin qui non vi sono elementi di sostanziale novità rispetto al testo della legge finanziaria 2008, ovvero che l'oggetto dell'incarico sia ascrivibile "alle attività istituzionali stabilite dalla legge". In altri termini, la preventiva programmazione consiliare non è necessaria nei casi in cui l'ente attesterà che siamo in presenza di una attività connessa allo svolgimento di compiti istituzionali. Come tali possiamo intendere, ad esempio, i compiti previsti espressamente da norme di legge e per il cui svolgimento l'ente non può contare su risorse umane proprie, cioè lavoratori subordinati dipendenti dallo stesso

ente. Tale attestazione deve risultare espressamente nel provvedimento di conferimento dell'incarico.

Viene rafforzato il vincolo alla preventiva adozione di un regolamento, per il quale il soggetto competente è la giunta, fatta ovviamente salva la possibilità per il consiglio di prevedere indicazioni di principio di carattere generale.

Tale regolamento deve disciplinare, in primo luogo, le modalità di conferimento degli incarichi, con particolare riferimento alla valutazione comparativa. Occorre che l'ente dia ampia pubblicità alla volontà di conferire incarichi di collaborazione e che la scelta degli stessi sia effettuata sulla base di criteri selettivi predeterminati. Questa norma deve anche disciplinare i limiti ed i criteri per lo svolgimento delle prestazioni. Non più il regolamento, come previsto dalla legge Finanziaria 2008, ma il Consiglio comunale dovrà fissare il tetto di spesa in sede di bilancio preventivo.

L'inosservanza dei vincoli dettati dal regolamento determina sia un illecito disciplinare che amministrativo: in altri termini i dirigenti che conferiscono incarichi di collaborazione senza rispettare le prescrizioni dettate nel regolamento possono essere oggetto sia di sanzioni disciplinari che di condanna da parte della Corte dei Conti.

La necessità di garantire la massima trasparenza, che vuol dire nella sostanza ampia pubblicità, e comparazione nella scelta dei collaboratori costituiscono principi di carattere generale, nella sostanza, analoghi ai criteri previsti dalla disciplina sugli appalti di servizi al di sotto della soglia comunitaria.

Occorre infine evidenziare che, anche se non formalmente precisato nel testo, le disposizioni si applicano agli incarichi che non hanno natura professionale e non sono quindi compresi nella normativa sugli appalti. Questa notazione deve essere evidenziata perché alla normativa sugli appalti sono allegati tabelle che indicano i servizi inclusi, ma gli incarichi professionali possono essere conferiti anche per altri servizi e qui si aprono i problemi applicativi, tanto più nel caso in cui il soggetto cui l'incarico è conferito abbia la partita Iva e/o sia iscritto ad un albo professionale.

Ben chiara deve essere infine la esclusione dall'ambito di applicazione di queste disposizioni degli incarichi che non sono conferiti a persone fisiche, ma a persone giuridiche: in questi casi si applica la normativa sugli appalti.

La materia delle consulenze e incarichi a soggetti esterni all'amministrazione ha subito, come detto, notevoli limitazioni essendo ormai pacifico il principio che le amministrazioni debbano provvedere alle proprie esigenze organizzative mediante il personale in servizio e pertanto il conferimento di incarichi a soggetti estranei deve porsi come rimedio eccezionale e straordinario e deve essere improntato alla precisa osservanza dei principi costituzionali di buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione e dei principi di derivazione comunitaria di non discriminazione, parità di trattamento, pubblicità e proporzionalità.

L'affidamento di incarichi di studio, ricerca, consulenza e collaborazione in via diretta e senza l'osservanza dei presupposti di cui all'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2000 e l'esperimento di procedure comparative e valutative è stato, quindi, ritenuto illegittimo dalla giurisprudenza (vedi da ultimo Tar Campania n. 4855 del 21 maggio 2008) che ha, inoltre, condannato il comune soccombente alla rifusione delle spese di lite.

Deve, tuttavia, rilevarsi che, già antecedentemente alla nuova disciplina, la giurisprudenza contabile ha considerato connotate da colpa grave le scelte decisionali del sindaco e dei componenti la giunta di un comune consistenti nel conferimento ad uno studio legale esterno di un incarico di consulenza dai contenuti generici e vaghi.