



Nota interpretativa

Le disposizioni del D.L. n. 112/2008 in materia di personale degli Enti Locali: il ricorso al lavoro flessibile, il conferimento degli incarichi esterni, il regime di contenimento delle spese.

Il DL n. 112/2008, la cui legge di conversione è in attesa di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ha introdotto importanti novità nella disciplina del personale degli enti locali:

1. Novità riguardanti l'assetto ordinamentale e normativo: a) è stata eliminata la nuova formulazione dell' art. 36 del D. Lgs n. 165/2001 dettata dalla Finanziaria 2008, ed è stata, quindi, ripristinata la possibilità di utilizzare il lavoro flessibile secondo un ragionevole quadro di regole; b) il legislatore ha rivisto la normativa dettata dalla Finanziaria 2008 in materia di ricorso agli incarichi esterni, introducendo importanti correttivi.

2. Novità riguardanti le regole per il contenimento della spesa per il personale: il legislatore ha introdotto un regime più restrittivo rispetto al quadro delineato dalla Finanziaria 2008.

La presente nota intende fornire chiarimenti in merito alle principali problematiche applicative poste dalle disposizioni in oggetto, analizzando, in particolare, le norme concernenti:

- il ricorso alle forme contrattuali flessibili nella pubblica amministrazione;
- il conferimento degli incarichi esterni;
- il contenimento delle spese di personale negli Enti Locali.

a) Il lavoro flessibile

L'articolo 49 del DL riscrive nuovamente l'articolo 36 del D. Lgs n. 165/2001, cancellando le modifiche introdotte dalla Finanziaria 2008 in merito al regime del ricorso al lavoro flessibile e ripristinando, con qualche variazione, il previgente regime.

In particolare, si conferma la possibilità di ricorrere alle forme di lavoro flessibile - previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa -, per esigenze temporanee ed eccezionali, secondo la vigente disciplina e demandando ai CCNL l'individuazione dei contingenti di personale utilizzabile mediante il rapporto a tempo determinato, il contratto di formazione lavoro e la somministrazione di lavoro.

Pertanto, negli Enti Locali trova applicazione la disciplina prevista dal CCNL del 14.09.00, conformemente alle disposizioni dettate:

- dal d.lgs n. 2001, n. 368/2001 e successive modifiche ed integrazioni per quanto riguarda il lavoro a termine;
- dall'articolo 3 del del d.l. n. 726/1984, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 863/1984 e art. 16 del d.l. n. 299/1994, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 451/1994, per quanto riguarda il contratto di formazione lavoro;
- dal d.lgs n. 276/2003 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile.

La norma, poi, espressamente prevede che non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

Al fine di evitare abusi, il comma 3 pone un limite generale: ciascun lavoratore non potrà essere utilizzato, con più tipologie contrattuali, per periodi superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

In merito sembrerebbe potersi ritenere che il divieto di utilizzo del medesimo lavoratore riguardi l'utilizzo mediante forme contrattuali flessibili di natura subordinata, che rientrano espressamente nel campo di applicazione dell'art. 36; pertanto, quindi, non dovrebbero essere computati, ai fini del raggiungimento dei tre anni, i periodi svolti con incarico di lavoro autonomo.

Gli incarichi di lavoro autonomo, infatti, il cui conferimento è motivato e legittimato da esigenze completamente diverse rispetto all'assunzione con contratto di lavoro flessibile, non rientrano

nel campo di applicazione dell'art. 36 ma sono oggetto di una disciplina distinta (dettata dall'art. 46 del DL in commento), la cui violazione viene espressamente e diversamente sanzionata dal legislatore.

Si ritiene poi che sia comunque consentito l'utilizzo di uno stesso lavoratore per più di tre anni nell'arco del quinquennio, laddove ciò derivi dallo svolgimento di procedure concorsuali diverse, in considerazione del fatto che la partecipazione ad un pubblico concorso, in ossequio al dettato costituzionale, prevale rispetto al limite temporale del triennio.

Per quanto riguarda le modalità di calcolo del quinquennio, si ritiene che lo stesso debba essere computato a ritroso, ossia, per ciascun lavoratore - da assumere o assunto dopo il 25 giugno u.s. - occorre computare i periodi di lavoro svolti con contratti di lavoro flessibile nel precedente quinquennio presso l'Ente che intende assumere.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di calcolo del triennio, si ritiene opportuno che lo stesso venga calcolato in mesi - 36 mesi di lavoro - e per i periodi inferiori al mese di lavoro, occorre computare i giorni, fino alla formazione della mensilità.

Si ritiene infine che non dovrebbero rientrare nel limite di cui al comma 3 gli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 110 del D. Lgs n. 267/2000.

Tali incarichi, infatti, sono disciplinati da normativa speciale ed autonoma dettata nel testo unico delle leggi per gli enti locali; disciplina che non può essere implicitamente "compresa", in quanto l'art. 1, comma 4, del medesimo d.lgs. n. 267/2000 espressamente sancisce che: *"Ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni."*

In ogni caso si tratta di incarichi per loro stessa natura limitati nel tempo e caratterizzati da temporaneità.

Resta da chiarire, invece, l'applicabilità del comma 3 in oggetto agli incarichi conferiti per la costituzione degli uffici di staff posti alle dirette dipendenze del Sindaco (ex art. 90 del TUEL).

Sembrerebbe tuttavia che anche questa particolare tipologia di incarichi, caratterizzati dall'elemento fiduciario e dalla necessaria connessione con la durata del mandato elettorale, possa escludersi, anche in assenza di una espressa previsione legislativa, dalle limitazioni temporali poste dal comma 3.

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio connesso alla violazione delle norme relative al ricorso al lavoro flessibile, viene eliminata la sanzione, prevista nella previgente disciplina, relativa al divieto di assunzione per un triennio a carico delle amministrazioni che violano il disposto di cui all'art. 36.

In ogni caso, si prevede che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, 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.

Viene poi inasprito il regime sanzionatorio a carico dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di cui all'art. 36; si prevede infatti che gli stessi sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21 del dlgs n. 165/2001, che configura la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o per inosservanza delle direttive impartite, con conseguente impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente, ai sensi dell'art. 5 d.lgs n. 286/1999, che disciplina, come noto, la valutazione del personale con incarico dirigenziale.

b) Il conferimento di incarichi esterni

L'art. 46 del DL. N. 112/2008 riscrive nuovamente il comma 6 dell'art. 7 del D. lgs n. 165/2001 introducendo significativi correttivi alla disciplina dettata dalla legge Finanziaria 2008.

Innanzitutto la norma in commento prevede che per l'affidamento degli incarichi esterni è necessario il possesso, da parte dell'affidatario, di una "particolare e comprovata specializzazione *anche* universitaria".

Pertanto, mentre secondo la previgente disciplina la specializzazione universitaria costituiva un requisito imprescindibile per il legittimo affidamento dell'incarico, secondo il disposto del novellato comma 6 in commento non necessariamente la specializzazione richiesta all'affidatario, comunque comprovata e particolare, scaturisce dalla formazione universitaria.

Pertanto, quindi, gli Enti valuteranno caso per caso in relazione alla tipologia di incarico da affidare il tipo di formazione adeguata da richiedere, ferma restando l'assoluta inderogabilità del requisito della particolarità della specializzazione medesima.

Il comma 1, poi, stabilisce che certamente si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti d'opera per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri artigianali, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.

Si introduce, poi, una precisa responsabilità amministrativa per i dirigenti che ricorrono a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o utilizzano i collaboratori come lavoratori subordinati.

Per quanto concerne, specificamente, gli Enti Locali, vengono sostituiti i commi 55 e 56 dell'articolo 3 della Finanziaria 2008.

Alla luce di tali modifiche, quindi, viene meno l'obbligo di inserire gli incarichi esterni in uno specifico programma di approvazione del Consiglio, ma si stabilisce che tutti gli incarichi possono essere affidati solo in relazione alle attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nei programmi consiliari, approvati ai sensi dell'articolo 42, comma 2 del D. Lgs n. 267/2000.

Pur restando fermo l'obbligo di adottare uno specifico Regolamento di Giunta che definisca i criteri e le modalità procedurali per l'affidamento degli incarichi esterni, non sussiste più l'obbligo di inserire il limite di spesa per gli incarichi autonomi in tale Regolamento; il novellato comma 56, infatti, stabilisce che il limite di spesa annuale dovrà essere fissato nel bilancio preventivo dell'Ente (e dunque il Consiglio interviene specificamente sulla materia degli incarichi in sede di approvazione del Bilancio).

Si consiglia dunque all'Ente una revisione ed un adeguamento delle norme regolamentari già adottate alle nuove più flessibili prescrizioni di legge; in particolare si consiglia di disciplinare in maniera attenta i casi in cui la particolare natura e specializzazione dell'incarico rende comunque imprescindibile il possesso della preparazione universitaria da parte del soggetto affidatario.

Si rammenta agli Enti che restano ferme le disposizioni di cui ai commi 18 e 54 della Finanziaria 2008 concernenti gli adempimenti connessi alla pubblicazione sul sito web dell'Amministrazione dei provvedimenti di affidamento degli incarichi ai soggetti esterni.

In particolare, procedendo con ordine, secondo il disposto di cui al comma 18: *"I contratti relativi a rapporti di consulenza con le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono efficaci a decorrere dalla data di pubblicazione del nominativo del consulente, dell'oggetto dell'incarico e del relativo compenso sul sito istituzionale dell'amministrazione stipulante"*.

Il successivo comma 54, poi, modifica l'articolo 1, comma 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, prevedendo che le pubbliche amministrazioni *"sono tenute a pubblicare sul proprio sito web i relativi provvedimenti completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato. In caso di omessa pubblicazione, la liquidazione del corrispettivo per gli incarichi di collaborazione o consulenza di cui al presente comma costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale del dirigente preposto"*

Per quanto riguarda le modalità di pubblicazione sul web, si consiglia agli Enti, considerando anche la rilevanza delle sanzioni connesse al mancato adempimento dell'obbligo, di garantire la massima trasparenza e consultabilità delle informazioni.

c) Il regime di contenimento delle spese di personale

Il DL n. 112/2008 ha introdotto significative novità in materia di contenimento delle spese di personale negli Enti Locali, mantenendo tuttavia inalterata la distinzione tra gli Enti sottoposti e gli Enti non sottoposti al patto di stabilità.

Per quanto riguarda gli Enti con popolazione superiore ai 5000 abitanti, ossia gli Enti tenuti al rispetto delle regole del patto di stabilità, resta in vigore quanto disposto dal comma 557, così come integrato dal comma 120 dell'art. 3 della legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008), in virtù del quale è possibile derogare all'obbligo di riduzione della spesa del personale nel rispetto dei parametri ivi definiti.

Il legislatore puntualizza e chiarisce i criteri di computo delle spese di personale ai sensi del comma 557 della Finanziaria 2007.

In particolare, al comma 1 dell'art. 76, il legislatore prevede che debbono essere considerate, tra le spese di personale, quelle sostenute per:

- i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa;
- la somministrazione di lavoro;
- il personale di cui all'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267;
- tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente.

In riferimento a quest'ultima voce, si ritiene che in tutti i casi in cui non vi sia un definitivo trasferimento di personale (in mobilità) presso altre strutture ed organismi, connesso, evidentemente, al trasferimento di funzioni, l'Ente è tenuto a contabilizzare le spese sostenute per il personale assegnato ai suddetti organismi.

Ovviamente, poiché in molti casi l'Ente trasferisce all'organismo assegnatario del personale una quota di risorse onnicomprensiva, occorre scorporare, ai fini del computo ai sensi del comma 557, solo la quota parte di risorse effettivamente destinate alla retribuzione del personale assegnato.

Al fine di garantire l'omogeneità e quindi la confrontabilità dei dati di riferimento, occorre calcolare nuovamente la spesa per il personale, con riferimento ai criteri di cui al comma 1, non solo per il 2008 ma anche relativamente alle precedenti annualità.

Per quanto riguarda gli Enti non sottoposti al Patto di stabilità, il comma 2 interviene apportando notevoli modifiche al quadro delineato dalla Finanziaria 2008.

Come noto, il comma 121 dell'art. 3 della Finanziaria 2008, integrando il comma 562 della Finanziaria 2007, aveva introdotto la possibilità di derogare al rispetto del vincolo di spesa al 2004 e del limite di copertura del turn over, per quanto riguarda le assunzioni a tempo indeterminato, nel rispetto dei parametri definiti dal medesimo comma 121.

Il comma 2 dell'art. 76 in commento prevede che solo per gli Enti con un numero di dipendenti a tempo pieno pari o inferiore a 10 continui ad applicarsi il disposto di cui al comma 121 e dunque la relativa possibilità di derogare al comma 562.

Per tutti gli altri Enti è disapplicato il comma 121 e dunque tali enti sono assoggettati alla disciplina di cui al comma 562.

Per quanto riguarda i bandi emanati in applicazione del comma 121 le cui relative procedure concorsuali non siano state terminate alla data di entrata in vigore del DL in oggetto, si ritiene che alle fasi procedimentali ancora in itinere si applichi, così come chiarito dalla giurisprudenza (cfr. TAR Lazio n. 7047/2002, Consiglio di Stato, sez. V – Sentenza 22 aprile 2002 n. 2177), lo *jus superveniens*.

Pertanto non è possibile portare a compimento dette procedure, così come non è possibile portare a compimento le procedure relative alle assunzioni per mobilità, salvo il principio della intangibilità delle situazioni giuridiche ormai consolidate.

Il comma 4 dell'art. 76 reintroduce la sanzione connessa al mancato rispetto del Patto di stabilità interno nell'esercizio precedente, prevedendo per gli Enti non rispettosi, il divieto di procedere ad *“assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione continuata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. E' fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione”*.

Pertanto, per gli Enti che non hanno rispettato il Patto di stabilità 2007, è fatto divieto di procedere ad assunzioni, anche con riferimento alle assunzioni le cui procedure sono già state avviate in vigenza delle precedenti disposizioni e non portate a compimento. Ovviamente restano validi i contratti già stipulati e sottoscritti alla data di entrata in vigore del DL n. 112/2008.

Si ritiene che siano comunque escluse da tale divieto le assunzioni effettuate in ottemperanza a quanto disposto dalla legge n. 68/1999, in considerazione della finalità sociale sottesa a tali assunzioni ed anche in considerazione delle rilevanti responsabilità poste in capo al dirigente in caso di mancato adempimento (cfr. art. 15 della legge n. 68/1999).

Sembrerebbe potersi escludere dal divieto, inoltre, l'affidamento di incarichi esterni di studio, ricerca e consulenza, atteso che questi non si configurano come assunzione di personale e atteso che il legislatore vieta espressamente solo i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Ovviamente tali incarichi debbono essere conferiti per lo svolgimento di funzioni non ordinarie dell'Amministrazione e comunque previa verifica dell'assenza di personale interno avente professionalità adeguate allo svolgimento delle attività oggetto dell'incarico medesimo.

Desta qualche perplessità la portata applicativa dell'ultimo capoverso, laddove si specifica il divieto di stipulare *“contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione”*, posto che nel precedente periodo il legislatore ha già chiarito che rientra nel divieto di assunzione anche la stipula di contratti di somministrazione che, nell'ordinamento vigente, costituiscono l'unica forma ammessa e legittima di contratto di servizio per il reclutamento di personale.

Una lettura restrittiva della norma potrebbe indurre a ritenere che per contratti di servizio con società private *“che si configurino come elusivi della presente disposizione”* si intenda qualunque affidamento all'esterno, a società private, della prestazione di servizi.

Non sembra plausibile tuttavia l'introduzione di un divieto generalizzato di affidare all'esterno qualsiasi servizio, divieto che andrebbe ben oltre i vincoli in materia di reclutamento di personale.

Verosimilmente, quindi, il legislatore ha inteso vietare l'utilizzo di società private per la gestione di servizi che fino a prima dell'entrata in vigore del DL erano gestiti direttamente dall'ente con personale proprio, laddove tale affidamento all'esterno sia motivato non da ragioni organizzative ma dalla sottesa volontà di aggirare il vincolo di cui al comma 4.

Il comma 5 poi, sembra prevedere l'introduzione di un ulteriore divieto in capo agli Enti sottoposti al Patto di stabilità, già assoggettati al regime di cui al comma 557 e successive integrazioni.

Il comma 5 infatti prevede che tali Enti *“assicurano la riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti, con particolare riferimento alle dinamiche di crescita della spesa per la contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali”*.

La norma appare di difficile coordinamento con il quadro vigente dettato dal comma 557, secondo il quale gli Enti sono già tenuti a ridurre la spesa di personale, sempre che non rientrino nei parametri di virtuosità stabiliti dal comma 120.

Se si ritenesse la norma di immediata applicazione si determinerebbe una abrogazione implicita del comma 557, ma ciò contrasta palesemente con la volontà di mantenere in vigore il comma 557, già espressa dal legislatore che ne ha chiarito, al comma 1, i termini applicativi.

Alla luce di ciò, quindi, si ritiene che la norma vada letta in combinato disposto con quanto chiarito dal successivo comma 6 che prevede l'emanazione di un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del DL, previo accordo tra governo, regioni e autonomie locali da concludersi in sede di conferenza unificata, nell'ambito del quale saranno definiti parametri e criteri di virtuosità, con correlati obiettivi differenziati di risparmio, tenuto conto delle

dimensioni demografiche degli enti, delle percentuali di incidenza delle spese di personale attualmente esistenti rispetto alla spesa corrente e dell'andamento di tale tipologia di spesa nel quinquennio precedente. In tale sede sono altresì definiti:

- a) criteri e modalità per estendere la norma anche agli enti non sottoposti al patto di stabilità interno;
- b) criteri e parametri - con riferimento agli articoli 90 e 110 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e considerando in via prioritaria il rapporto tra la popolazione dell'ente ed il numero dei dipendenti in servizio - volti alla riduzione dell'affidamento di incarichi a soggetti esterni all'ente, con particolare riferimento agli incarichi dirigenziali e alla fissazione di tetti retributivi non superabili in relazione ai singoli incarichi e di tetti di spesa complessivi per gli enti;
- c) criteri e parametri - considerando quale base di riferimento il rapporto tra numero dei dirigenti e dipendenti in servizio negli enti – volti alla riduzione dell'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico.

E' in tale sede, quindi, in un'ottica di revisione complessiva dei criteri di governo delle spese di personale negli EELL, che dovrebbe declinarsi la portata applicativa del comma 5, in coerenza con la definizione di un nuovo quadro normativo, che sostituirà, evidentemente, l'attuale regime dettato dai commi 562 e 557 della Finanziaria 2007, come successivamente modificati ed integrati dalla Finanziaria 2008 e dalla norma in commento.

Infine, il comma 7 pone un divieto specifico a carico degli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50% delle spese correnti; a tali Enti fino all'emanazione del DPCM è fatto divieto di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale.