



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Bruno Caruso

La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico
nella l. 133/08
(quando le oscillazioni del pendolo
si fanno frenetiche)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 79/2008



© Bruno Caruso 2008
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania (I)
bcaruso@lex.unict.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico
nella l. 133/08
(quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)**

**Bruno Caruso
Università di Catania**

1. Da Hamlet a Faust.....	3
2. Il contesto.....	4
3. La "buona" amministrazione e il paradigma efficientista.	5
4. Il lavoro flessibile	9
4.1 Il contratto a termine	11
4.2 La somministrazione.....	16
4.3 Il contratto di formazione e lavoro.....	18
5. Il part time.....	19
6. Il regime di incompatibilità.	20
7. I contratti di lavoro autonomo occasionale e di collaborazione coordinata e continuativa nelle pubbliche amministrazioni.....	21
7.1 Le disposizioni specifiche per gli enti locali.....	22
8. Le malattie dei dipendenti pubblici e la "guerra" all'assenteismo.	24
9. L'orario di lavoro.	27

9.1 Le disposizioni specifiche in materia di orario della dirigenza medica e sanitaria.	28
10. Assunzioni presso le società controllate.....	30
11. Modifiche del sistema di contrattazione collettiva.....	31

1. Da Hamlet a Faust.

Ci si poteva aspettare che il governo espresso dalla XVI legislatura, appena insediatosi, avrebbe messo mano alla materia del lavoro, e del lavoro pubblico in particolare, ma la rapidità e quasi la frenesia "efficientista" della nuova compagine, e dei suoi ministri più alacri, non possono non destare un ammirato stupore anche tra i suoi critici preconcepiuti. Per chi si era pigramente assuefatto ai difficili, amletici e rallentati partiti legislativi della precedente compagine, lo shock non è stato da poco.

I commentatori, che ancora si ostinano ad usare la penna, avevano appena finito di asciugare l'inchiostro delle proprie chiose ai provvedimenti dell'ultima finanziaria e della legge sul welfare, e invece il faustiano *Streben* (lo "sforzo di tentare") della nuova "squadra" - condito dai quattro termini, «volontà, capacità, entusiasmo e slancio» - li ha costretti ad occuparsi già a Giugno del nuovo decreto n. 112 del 25 giugno 2008, poi convertito in legge n. 133 del 21 agosto 2008; tutto ciò senza dubbio a beneficio dell'aumento della produttività del lavoro di chi commenta le leggi; se poi il beneficio tocchi pure coloro che ne subiscono gli effetti, è tutto da verificare.

I provvedimenti sono inseriti in una classica legge omnibus che anticipa la manovra finanziaria di dicembre dove, insieme a disposizioni che impongono draconiani tagli alle spese dei ministeri, alla scuola, alle università, agli enti locali e ai relativi servizi pubblici, ma anche alla carta (ci va di mezzo la gloriosa G.U. versione cartacea che nessuno o quasi usava più, ma anche i giornalini dei carabinieri e della guardia di finanza); insieme a tagli a leggi già abrogate e a vari enti nei cui confronti generazioni di forbici affilate hanno rovinato il proprio profilo, si collocano importanti provvedimenti sul lavoro pubblico e privato, concernenti la flessibilità, ma non solo.

Per quanto riguarda la materia del lavoro alcuni interventi riguardano, soltanto il lavoro pubblico (per es. le innovazioni in materia di part time, le disposizioni in materia di malattia, di contrattazione collettiva, di incompatibilità); altre solo il lavoro privato (il ripristino in due mesi di alcune disposizioni della legge Biagi che la precedente legislatura ci aveva messo due anni ad abrogare: per esempio, il lavoro intermittente, ma non viene ripristinata la somministrazione a tempo indeterminato). Altre disposizioni si applicano sia al lavoro pubblico sia al lavoro privato, ma sono fatte salve alcune disposizioni speciali per i lavoratori pubblici (per esempio in materia di contratto a termine, dove le disposizioni del decreto legislativo n. 368/01 sono per così dire adattate).

2. Il contesto

E' bene ricordare brevemente il contesto culturale e politico in cui si colloca questo intervento. E' possibile farlo seguendo anche l'ambiziosa titolazione dei capi della legge.

Le disposizioni sul lavoro pubblico dovrebbero costituire il primo atto del famoso piano industriale annunciato, quasi all'indomani del proprio insediamento, dal ministro Brunetta e alcuni titoli della legge sono dedicati proprio al tale piano; ma tra le disposizioni così intitolate, viene inserita la norma sulle consulenze che a rigore dovrebbe stare nel capitolo sulla riduzione dei costi¹.

Al di là delle formali collocazioni che nulla cambiano rispetto al contenuto delle disposizioni, qualcosa ci sarebbe da dire sulle finalità c.d. piano industriale che, negli obiettivi e negli strumenti genericamente proposti, non si differenzia molto da passate dichiarazioni di intenti, persino da quelle contenute nel famoso memorandum governo/sindacati del gennaio 2007².

Addirittura in alcuni tratti ricalca temi su cui si ritorna - ormai quasi stancamente - dalla riforma del 1993 (il passaggio dalla cultura del procedimento a quella degli obiettivi, da quella dell'adempimento a quella del risultato ed altro).

Questo non significa declassare la valenza delle novità delle riforme proposte nel piano e calate già nel disegno di legge delega di riforma del TUPI (d. lgs. n. 165/01) in discussione presso le commissioni parlamentari³; l'esperienza delle riforme e delle mancate riforme del lavoro pubblico insegna, tuttavia, che è meglio concentrare l'attenzione su quello che è già realizzato - che già in sé ha intrinseci elementi di volatilità - piuttosto che su quello che si programma e si progetta. Il motto "di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno", si addice, infatti, notoriamente alle riforme del lavoro pubblico.

¹ La disposizione sulla malattia (art. 71) è inserita nel capitolo sulla riduzione dei costi mentre a rigore dovrebbe servire a ingenerare maggiore efficienza ed aumentare la produttività (anche se nella scheda di presentazione vengono riportate cifre sul risparmio dei costi previsti nel triennio); la disposizione (art. 18) che regola il reclutamento del personale delle società pubbliche (un provvedimento a rigore di ri-regolazione) viene inserito nel capo intitolato a liberalizzazioni e de-regolazione, con una evidente discrasia concettuale (se si ri-regola e si irrigidisce il meccanismo delle assunzioni certamente non si liberalizza né si deregolamenta).

² *Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche. Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, 17 gennaio 2007.

³ DdL presentato dal Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione di concerto con il ministro delle finanze "Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione delle produttività nel lavoro pubblico", Atti Senato n. 847.

Su gran parte delle analisi riguardo i mali che affliggono la pubblica amministrazione italiana, che sono snocciolati nel piano industriale, c'è quasi un consenso *bipartisan*: sulla cruciale questione dei "fannulloni" bisognerebbe capire, infatti, se Pietro Ichino sia più soddisfatto per aver aperto la strada, o contrariato per palese violazione del suo *copyright*.

E, in effetti, per misurare l'effettiva portata delle innovazioni legislative che si intendono attuare, più che al Piano industriale si dovrebbe far riferimento al citato disegno di legge delega e, ora, anche alle disposizioni contenute nel disegno di legge di accompagnamento della finanziaria 2009, ove alcune disposizioni riguardano pur esse il TUPI⁴, che in tal modo più che un testo unico finisce per diventare una sorta di blocco di plastilina.

Allo stato attuale del piano industriale, e dei suoi ambiziosi obiettivi, rimangono solo le disposizioni inserite nella legge n. 133/08 e su quelle è bene riflettere. Anche se l'attuale compagine al governo, per i suoi trascorsi, non può certo essere accusata di non aver fatto seguire i fatti alle intenzioni e fa del decisionismo cesarista un suo punto di forza, pare opportuno che i giuslavoristi in una fase di forte sommovimento si attengano a riflettere sull'ampio materiale *de iure condito* che questa legislatura promette di produrre e tralasci l'ancor più ampio materiale, *de iure condendo*, che viene contemporaneamente annunciato.

Le disposizioni attualmente contenute nella l. 133/08, più che di un piano, hanno l'aspetto di interventi raddomantici. Alcune disposizioni (quelle sui controlli sull'incompatibilità dei pubblici dipendenti), sembrano avere più la funzione di norme-monito o, al più, simboliche; altre sono in linea di continuità con il recente passato (le disposizioni sulle consulenze); altre, effettivamente innovative (le disposizioni antiassenteismo).

3. La "buona" amministrazione e il paradigma efficientista.

Un'ultima notazione di carattere generale prima di passare all'analisi delle disposizioni. Già parlare di piano industriale, a proposito di pubbliche amministrazioni, non può dirsi costituisca una mistificazione, ma sicuramente suona molto retorico e un po' roboante.

Nel piano industriale di Brunetta l'identificazione pubblica amministrazione/impresa è portata sino alle sue estreme conseguenze, al

⁴ Si veda il DDL n. 1441 quater in discussione alla Camera in particolare gli artt. 37 che riguarda la territorializzazione delle procedure concorsuali in modifica dell'art. 35 del TUPI e l'art. 38, mobilità nelle pubbliche amministrazioni.

punto che si prefigurano, anche per le pubbliche amministrazioni, dinamiche analoghe a quelle del fallimento per il datore di lavoro privato⁵.

Questa meccanica e ricorrente identificazione tra impresa e pubblica amministrazione appartiene allo schematismo tipico del paradigma efficientista che contraddistingue l'approccio Brunetta. Siamo di fronte al riproporsi di un moto pendolare nell'approccio alla riforma del pubblico impiego e della pubblica amministrazione che ha qualcosa di politicismo e ideologismo e quindi di eccessivamente semplificatore. Dopo il ritorno a vecchi schemi organizzativi, all'insegna dello slogan "rigido è bello" nelle ultime due leggi finanziarie, ecco la riproposizione del nuovo approccio per cui pubblico è sinonimo di inefficienza e solo le regole e le logiche dell'impresa, introdotte nelle pubbliche amministrazioni, possono garantire funzionalità. Da uno schematismo all'altro, da un ideologismo al suo opposto⁶.

Se si leggono le affermazioni del piano Brunetta e le norme del disegno di legge delega oggi in discussione presso le commissioni parlamentari⁷ ci si avvede che c'è poco di nuovo rispetto a quando circolava un po' ovunque alla fine degli anni '90: si tratta della riproposizione delle ricette del *New Public Management*⁸ che persino nei paesi che ne hanno visto la genesi, come gli Usa e la GB, sono oggi riconsiderate.

Come è riconosciuto un po' ovunque dagli studiosi, il paradigma efficientista, con la sua meccanica identificazione tra impresa privata e pubblica amministrazione, sottovaluta, infatti, la diversa *mission* del settore pubblico: le pubbliche amministrazioni, al contrario delle imprese, pongono al centro della propria azione non un cliente, un

⁵ Si vedano la slide 9 del Piano, la relazione illustrativa del DdL delega e l'art. 1 lett a).

⁶ Cfr. B. Caruso, *La regolazione a "doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in questa Rivista, 2008, p. 221

⁷ Delega al governo finalizzata all'ottimizzazione delle produttività del lavoro pubblico atto senato n. 847

⁸ Si veda - soltanto scorrendo alcuni tra gli interventi più recenti - T. Entwistle - M. Marinetto - R. Ashworth, *New Labour, the new public management and changing forms of human resource management*, in *Int. Jour. Hum. Resource Management*, 18, 9, 2007, pp. 1569-1574; T. Christensen, P. Lægreid, *Transcending New Public Management*, Ashgate, 2007; F. Anechiarico, *The New Public Management at Middle Age: Critiques of the Performance Movement*, *Public Administration*, 67, 4, pp. 783-786; E. Vigoda-Gadot- S. Meiri, *New Public Management: Values and Person-organization Fit: a Socio-psychological Approach and Empirical Examination among Public Sector Personnel*, in *Public Administration - Oxford*, 1, 86, 2008, pp. 111-132; per l'Italia, A. Di Paolo, *L'introduzione del New Public Management e della Balanced Scorecard nel processo di riforma della amministrazione pubblica italiana*, in *Economia pubblica*, 3-4, 2007 p. 155 ss.;

consumatore qualunque, ma il cittadino, con tutte le implicazioni etiche, di valore e diritti soggettivi che tale nozione implica⁹.

Questo spiega la differenziazione e la diversa complessità di governance, di strumenti operativi e di logiche di azione delle pubbliche amministrazioni rispetto all'impresa¹⁰; quel che i giuristi intendono con la nozione di vincolo di scopo, salvo ovviamente mettersi d'accordo sul contenuto dello stesso. A prescindere dal risalente dibattito¹¹ sul fatto che tale vincolo operi su singoli atti, ovvero sul risultato complessivo della gestione, l'attività - la nozione sintetica di funzionalizzazione -, pare, oggi, importante tornare a riflettere sulle "radici" funzionali e concettuali del lavoro pubblico, che è il modo migliore per intendere, razionalizzare e programmare le riforme legislative. Non è questa ovviamente la sede.

Può solo dirsi che il paradigma efficientista, sia nella versione pan amministrativa, che si concentra sul buon andamento e l'imparzialità condizionando anche la "struttura" dei singoli atti di microrganizzazione; sia nella versione pan privatistica - che, equiparando la struttura degli atti a quella del datore di lavoro privato, si concentra sulla valutazione dei risultati finali, ma anche in questo caso in termini di astratta efficienza e produttività -, finisce per identificare l'interesse generale (astratto) perseguito dalle pubbliche amministrazioni, con un altrettanto astratta e algida nozione di buon andamento (art. 97 Cost.), disancorandolo dall'interesse concreto e situato del cittadino.

⁹ Si rinvia allo studio di G. Nicosia, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona amministrazione"*, in corso di pubblicazione sul numero monografico dei QDLRI a cura di Zoli; si v. l'analisi di ARENA, *Cittadini attivi*, Laterza, 2006.

¹⁰ Si v. ora Corte Cost. 16 maggio 2008, n. 146: *"Malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privati, sussistono ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee. Per tale motivo è da ritenere ammissibile una disciplina differenziata del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali. La pubblica amministrazione, infatti, conserva pur sempre - anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato - una connotazione peculiare, essendo tenuta al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa"*.

¹¹ Sui cui ora M. Rusciano, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, DP, 2008, p. 59 ma; ma già sul tema v. amplius gli scritti di A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di lavoro d'impiego con enti pubblici*, DLRI, 1993, p. 460 ss; A. Orsi Battaglini - A. Corpaci, *Commento sub art. 4*, in NLCC, 1999, p. 1096 ss; M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1997a oggi 2000, n. 4, 35-73, oggi in B. Caruso - S. Sciarra (a cura di), *Opere*, vol IV, Giuffrè, p. 129 ss.; più di recente v. pure la ricostruzione di M. Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro all'indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, in Galgano F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, 2005, Cedam.

Con la conseguente impossibilità di dare risposte ai dilemmi ricorrenti nella letteratura che si occupa di servizi pubblici: un ospedale è efficiente quando rispetta il budget che gli è imposto, ovvero quando diminuiscono le statistiche di mortalità, ovvero, ancora, quando è garantito anche il benessere psicologico dei ricoverati in carne e ossa, attraverso specifici interventi sull'organizzazione del servizio, sulla qualità della prestazione del personale, oltre che interventi infrastrutturali e architettonici?

Vuol dirsi che il paradigma efficientista, importato di peso dalle imprese - dove si sostanzia di una connotazione unitaria e omogenea, assumendo, come unico parametro e indicatore di riferimento, il mercato, se non il profitto - e imposto, addirittura per legge, alle pubbliche amministrazioni e alla loro specifica e cangiante organizzazione del lavoro, finisce per sottovalutare almeno due fattori che ogni riformatore di pubbliche amministrazioni, dovrebbe tener nella dovuta considerazione:

- a) il fattore complessità e differenziazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni, in ragione delle diversità dei servizi e delle funzioni pubbliche che ognuna di esse eroga; e in ragione della articolazione delle domande collettive, diffuse e individuali cui devono dare risposte, con refluenze sui modelli di governance e, in parte, sui modelli e le metodologie di gestione delle risorse umane e delle relazioni sindacali.
- b) il fattore etico, e la centralità della persona - e non del cliente o del consumatore - che segnano la peculiarità delle pubbliche amministrazioni rispetto all'impresa e che dovrebbero costituire il nuovo paradigma su cui costruire le regole dell'organizzazione amministrativa e del lavoro pubblico.

Per questa ragione proposte di riforme ispirate ad un credo pan efficientista e pan valutativo lasciano perplessi e sanno di *de ja vu*; esse, prefigurano oltretutto cambiamenti governati dal centro e affidati sostanzialmente alla leva legislativa, che è la solita strada in cui si sta muovendo l'attuale governo, trascurando invece gli incentivi a cambiamenti dal basso, poi magari da generalizzare e ratificare in provvedimenti legislativi.

Sul fatto che di maggiore efficienza nelle pubbliche amministrazioni italiane ci sia bisogno, così come è probabile, che occorra portare a termine e perfezionare il disegno del legislatore degli anni '90, si può concordare. Ma che questo sia il punto di arrivo finale, solleva qualche dubbio.

Ma torniamo alle novità della l. n.133/08.

4. Il lavoro flessibile

Poste queste dovute premesse, va detto che gli interventi contenuti nella legge 133 con riguardo alla flessibilità, per quel che riguarda il lavoro pubblico, paiono equilibrati.

Si esplicita¹² quel che, in qualche modo, veniva fuori già dalla finanziaria del 2008 (l. n. 244/2007): le "forme contrattuali flessibili", allo scopo della specifica regolazione nella pubblica amministrazione di cui all'art. 36, sono, in qualche modo, nominate, sostanzialmente il contratto a termine, e la somministrazione a tempo determinato e ora anche il contratto di formazione. Erano queste, per altro, le indicazioni che una circolare ministeriale¹³ facevano proprie dopo la modifica apportata dalla finanziaria 2008 (art. 3, comma 79 l. n. 244/07). Il nuovo comma 2 dell'art. 36, fa ancora genericamente riferimento, nella prima parte, alle "forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro"; ma nella seconda parte, dove si occupa del potere specificativo della contrattazione collettiva, nomina precipuamente le due figure sopra citate e vi aggiunge il contratto di formazione e lavoro.

Come confermato da una circolare all'indomani degli interventi dell'ultima finanziaria del governo Prodi¹⁴, l'intera problematica del lavoro autonomo e parasubordinato transita, invece, sotto l'ombrello regolativo dell'art. 7 comma 6 del TUIPI (che, come è noto, ha subito progressivi rimaneggiamenti¹⁵).

In relazione a queste tipologie di lavoro flessibile si ribadisce, opportunamente, il potere specificativo della fonte negoziale. Ciò al contrario dell'ultima finanziaria dove si introduceva un limite, costituzionalmente dubbio, alla regolazione integrativa della contrattazione collettiva in questa materia¹⁶.

Che si tratti di un potere specificativo, integrativo e non derogatorio è fatto palese dal "vincolo di coerenza" con le disposizioni legali che la norma impone alla contrattazione collettiva¹⁷. Risulta

¹² Art. 49 della l. n. 133/08 che modifica per l'ennesima volta l'art. 36 del TUIPI.

¹³ Circolare n. 3/2008 della Presidenza del Consiglio dei Ministri che escludeva dal ambito di applicazione dell'art. 36 pure il part time, il telelavoro, il lavoro autonomo, il contratto di inserimento per gli enti di ricerca e il cfl dal ambito di applicazione del vecchio articolo 36.

¹⁴ Parere UPPA n. 14/08; Circolare Presidenza del Consiglio dei ministri n.2/08

¹⁵ Si rinvia a G. Ricci., *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*, in questa Rivista, 2008, p. 249

¹⁶ Su questi temi v. B. Caruso, *La regolazione a "doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, cit.

¹⁷ " (...) in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono (...)", art. 49 comma 2 (nuovo art. 36 TUIPI)

evidente che una formula non equivoca, ma comunque ampia, come il "vincolo di coerenza" lascia spazi non illimitati, ma neppure fortemente limitati al potere negoziale delle parti a livello nazionale su queste tipologie (sulle quali sembra escluso l'intervento della contrattazione decentrata).

La disposizione, inoltre, pleonasticamente conferma la competenza della legge a regolare e ri-regolare la materia, anche con riferimento all'individuazione dei contingenti di lavoro a termine utilizzabili.

Nell'ambito delle disposizioni comuni alle diverse tipologie di contratti flessibili va messa subito in rilievo la questione della durata massima del rapporto di lavoro flessibile con le pubbliche amministrazioni (comma 3 dell'art. 49). Nell'ultima finanziaria, come è noto, soprattutto con riferimento al contratto a termine, si era fissato - riformando l'art. 36 del TUIP - il limite trimestrale; limite edulcorato, poi, con un sistema bislacco e poco difendibile di eccezioni per tipologie di enti e categorie di lavoratori¹⁸.

Questo irrazionale meccanismo di contrasto al precariato (si sanava il precariato ma si chiudeva irrazionalmente la porta a qualsiasi uso razionale del lavoro flessibile) è stato opportunamente eliminato, rendendo, come si afferma nei lavori preparatori della l. n.133 del Senato, meno stringenti i precedenti limiti temporali all'utilizzazione del lavoro flessibile¹⁹. Per contrastare il perpetuarsi della piaga del precariato nella pubblica amministrazione (almeno con riferimento a queste tre forme tipizzate di lavoro flessibile), si introduce il vincolo della durata massima del triennio nell'arco del quinquennio cumulando le diverse tipologie.

Tale limite temporale va riferito alla proroga del singolo contratto flessibile e al passaggio da un tipologia di contratto ad un altro: sicuramente dal contratto a termine alla utilizzazione come lavoratore somministrato, ovvero dal contratto a termine, al contratto di formazione. Rimane il dubbio se il termine triennale vada pure riferito al cumulo tra contratto flessibile ex art. 36 e contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa ex art. 7 comma 6 ss del TUIP. La ratio della disposizione (evitare gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile) indurrebbe ad una risposta positiva. Ma in più circolari²⁰, si è ribadito che

¹⁸ Cfr. B. Caruso, op. loc. cit.; pure L. Zappalà, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle p.a.*, in questa Rivista, 2008, p. 277

¹⁹ Schede di lettura, Conversione in legge con modificazioni del D.L. 25 giugno 2009, n. 112, Servizio studi del senato, vol. I, p. 309

²⁰ Circolari citate *supra* alle note 13 e 14.

la regolazione di contratti flessibili riconducibile al tipo della subordinazione, e la regolazione di contratti di lavoro occasionali o parasubordinati, riconducibili al tipo del lavoro autonomo, costituiscono due microsistemi non comunicanti, per cui le disposizioni riferite all'una fattispecie non possono esserlo all'altra. Se così fosse, e non c'è motivo per pensare altrimenti, non è affatto escluso che il lavoratore a termine con contratto triennale (o anche più come vedremo), alla scadenza, possa essere utilizzato con contratto di lavoro parasubordinato, ma giammai essere avviato con la somministrazione di lavoro.

Si aggiunga che nella misura in cui si sancisce l'obbligo generalizzato dell'evidenza pubblica per i contratti flessibili (procedure che rispettino i principi di trasparenza e imparzialità), tutti concordano sul fatto che la norma sull'accesso alla pubblica amministrazione, tramite evidenza pubblica, prevale sul limite temporale: se si rimette a bando la posizione a termine (prescindendo dalla questione della legittimità della causale che dovrebbe essere eccezionale e temporanea) e il titolare del precedente contratto vince la selezione, non c'è limite temporale che possa prevalere sulla regola costituzionale della evidenza pubblica (l'imparzialità e la selezione del migliore). E poiché anche per il ricorso al lavoro autonomo vale la regola della selezione comparativa (art. 7 comma 6 bis TUIPI) – la quale, benché in forma proceduralmente alleggerita, implica pur sempre il rispetto di principi basilari di evidenza pubblica (la scelta del migliore) - l'aver svolto un triennio con contratto a termine non può impedire a chi risulti il migliore nella procedura comparativa di stipulare un contratto di lavoro autonomo con la medesima amministrazione con la quale è già intercorso un periodo triennale (comprensivo di contratto a termine + somministrazione).

Per questo profilo - la durata complessiva dell'utilizzo attraverso forme di lavoro subordinato flessibile e autonomo, il *quando* - la legge n. 133/08 riporta indietro le lancette dell'orologio a prima degli interventi restrittivi dell'ultima finanziaria Prodi. Compensa questa maggiore apertura sulla durata, con una restrizione nelle modalità di utilizzo e di accesso (il *quomodo* e l'*an*). Se questa è stata la reale intenzione del legislatore della n.133/08, non si può non considerare più razionale questo approccio rispetto a quello del legislatore precedente.

Alcune considerazioni sulle singole fattispecie.

4.1 Il contratto a termine

Per quanto concerne il contratto a termine, si conferma la scelta di una regolazione specializzata nell'alveo della regolazione generale costituita da d.lgs. n. 368/01. La differenziazione della regolazione generale, con riguardo al lavoro pubblico, rimane marcata almeno per

due profili, escludendosi la questione della durata massima del contratto di cui si è detto al § precedente.

Per questo ultimo profilo, è da aggiungere che nel lavoro privato ora è concessa la possibilità di deroga contrattuale (a livello nazionale) alla durata massima triennale da parte dei sindacati comparativamente più rappresentativi ²¹; ci sarebbe da discutere se ciò è possibile nel settore pubblico in virtù del rinvio generalizzato alla contrattazione collettiva nazionale di cui al comma 2 del nuovo art. 36 del TUPI.

Nel lavoro pubblico, in effetti, si impone solo il limite di utilizzo triennale (cumulato) nel quinquennio. Non si specifica, per altro, se il limite dei 36 mesi valga solo per le mansioni equivalenti come, invece, nel lavoro privato. Né dalla norma è possibile trarre lumi su una questione interpretativa che riguarda pure l'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. n.368/01 relativo alla durata del primo contratto a termine (il limite dei 36 mesi riguarda solo la successione di contratti o anche il primo?).

Considerato il rinnovato *favor* del legislatore nei confronti del potere di conformazione della contrattazione collettiva - sia con riguardo all'utilizzo del contratto a termine nel lavoro pubblico, sia nel lavoro privato - si potrebbe affermare che la durata ultratriennale, ma nei limiti del quinquennio, del primo contratto a termine, nel settore pubblico, possa ritenersi legittimo. Ciò allorché tale durata è espressamente prevista dai contratti collettivi con riguardo a causali oggettive che giustificano la sua compatibilità con le esigenze temporali ed eccezionali di cui parla la norma; per esempio, lo svolgimento di attività nell'ambito di programmi di ricerca, l'attivazione di strutture tecniche complesse, la realizzazione di specifici progetti di miglioramento dei servizi offerti cui fa riferimento l'art. 6 comma 5 del CCNL comparto università 2005.

Le ulteriori principali differenze con il lavoro privato della regolazione del contratto a termine, nel lavoro pubblico, riguardano:

- a) La causale: nel lavoro privato, sembrerebbe diluirsi il requisito dell'eccezionalità e della temporaneità delle ragioni oggettive che consentono all'imprenditore il ricorso al contratto a termine; ciò avviene mediante la previsione della possibilità che i contratti a termine siano stipulati anche per l'attività di impresa di carattere ordinario (art. 21 che modifica l'art. 1 del d.lgs. n. 368/01); con allineamento alla somministrazione. In tal modo, il legislatore sembrerebbe voler contrastare quella giurisprudenza che, interpretando rigorosamente il requisito della temporaneità, aveva comunque ritenuto illegittimi i contratti a termine stipulati

²¹ Art. 21 comma 2 che modifica l'art. 5 comma 4 bis del d.lgs. n. 368 come modificato dall'art. 1, comma 40, della legge 24 dicembre n. 247

per ragioni tecniche, produttive, organizzative ritenute stabili; in tal modo, il legislatore cerca di rendere meno incerto il ricorso al contratto a termine da parte delle imprese. Nel lavoro pubblico, invece, nella misura in cui si ribadisce esplicitamente (art. 40 comma 1) che i contratti flessibili - e quindi anche il contratto a termine - vadano utilizzati solo per esigenze temporanee ed eccezionali e che per esigenze connesse "con il proprio fabbisogno ordinario" le p.a. assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 36 comma 1), sembrerebbe consolidarsi un maggiore rigore nel possibile ricorso. A guardar bene, la divaricazione delle causali tra lavoro pubblico e lavoro privato non è poi così netta come, invece, sembrerebbe. Nel settore privato è vero che il riferimento all'ordinaria attività di impresa consente di utilizzare il contratto anche con riferimento alla sua normale lavorazione e produzione, ma pur sempre con riferimento a ragioni tecniche, produttive e organizzative o sostitutive, il cui carattere temporaneo ed eccezionale, o almeno straordinario, non può venir meno²². Un preciso segnale normativo in tal senso viene dal fatto che il legislatore della l. n. 133/08 non abroga il comma 01 introdotto dalla l. n. 247/08²³ che, per quanto riduttivamente possa essere interpretato²⁴, implica che le esigenze e le ragioni tecniche non possono essere stabili, pur afferendo ad attività ordinarie. Nel settore pubblico il fatto che si ribadisca che le esigenze debbano essere, comunque, temporanee ed eccezionali (le esigenze sostitutive sono *ipso iure* da considerarsi eccezionali e temporanee) e che per il fabbisogno ordinario (che è concetto diverso da attività ordinaria) sia vietato il ricorso alle fattispecie flessibili, non esclude che l'utilizzo del contratto a termine sia possibile per esigenze temporanee e straordinarie anche riferite all'attività ordinaria²⁵. Il fatto che - al contrario del lavoro privato - nel lavoro pubblico non sia esplicitamente legittimato il riferimento all'attività ordinaria, non significa che sia escluso. E

²² Corte di giustizia, 4 luglio 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG).

²³ "il contratto di lavoro subordinato è stipulato *di regola* a tempo indeterminato". Ciò che non è la regola costituisce l'eccezione.

²⁴ G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*, ora in M. Cinelli – G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività e welfare*, Utet, Torino, 2008, p.73 ss.

²⁵ Se è finanziato un progetto di ricerca molto complesso e impegnativo per un triennio e c'è necessità di un surplus di personale tecnico e amministrativo per porre in essere questa ricerca non si può obiettare che la ricerca è attività ordinaria di un dipartimento universitario, se il finanziamento è eccezionale.

ciò per due ragioni; a) una di interpretazione letterale: il nuovo art. 36 comma 2 fa riferimento alle esigenze (*alias* le ragioni) che devono avere il carattere delle temporaneità ed eccezionalità e non alle funzioni ordinarie. Riferisce poi l'obbligo del ricorso a lavoro a tempo indeterminato al "fabbisogno ordinario" (primo comma dell'art. 36). Ma una cosa è dire: "per l' output necessario e costante di attività – il fabbisogno - non si può utilizzare lavoro flessibile", un'altra è dire (che è quel che è scritto nella norma): "per l'output eccezionale e straordinario di attività, ancorché riferito alla funzione istituzionale che un ente svolge normalmente, si può utilizzare lavoro flessibile". b) Converge con tale interpretazione letterale anche un dato di interpretazione sistematica. Nelle modifiche all'art. 7 comma 6 del TUPI, contenute nell'art. 46, 3° comma, esplicitamente si escludono le COCOCO per lo svolgimento di funzioni ordinarie (introducendosi una specifica responsabilità amministrativa per il dirigente che l' abbia disposto); e, dunque, *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

- b) Una seconda, questa volta, marcata differenza con le disposizioni generali del d.gls n. 368/01 rimane il sistema delle sanzioni; nel caso del contratto a termine viene ribadita la diversità del lavoro pubblico con il lavoro privato (dove la sanzione della convertibilità del contratto per violazione di legge viene sostituita con la sanzione del risarcimento - con disposizione di probabile illegittimità costituzionale²⁶ – soltanto per le cause in corso al momento dell'entrata in vigore della legge); nel pubblico impiego non ci può essere conversione – e su questo la Corte di giustizia avrà sicuramente ancora qualcosa da dire²⁷ – alla luce della confermata differenziazione dell'apparato sanzionatorio. Viene, tuttavia, eliminata la balzana e inapplicabile sanzione del divieto di assunzione per le

²⁶ Piovono di già le questioni pregiudiziali di legittimità sollevate dai giudici di merito per violazione dell'art. 3 e, questione di grande rilievo teorico, dell'art. 117 per violazione delle norme dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento internazionale (la direttiva sul termine, il principio di non regresso e l'art 6 della CEDU, giusto processo), ma anche per violazione degli art. 101, 102 c., 2 e 104 Cost.: si v. Trib. Roma ord. 15.09.09 con ampia e articolata motivazione est. Conte. Pure Trib. Ascoli Piceno, ord. 30.09.2008, est. Boeri; Corte app. Bari ord. 18.9.2009 est. Castellaneta.

²⁷ Si rinvia a M. Militello, *La responsabilità della P.A. per la violazione della disciplina sul contratto a termine*, di prossima pubblicazione in questa Rivista.

amministrazioni che violavano le disposizioni²⁸, prevista nella precedente versione dell'art. 36, introdotta dalla finanziaria 2008, e viene rafforzato, non il dispositivo di risarcimento nei confronti del lavoratore che rimane blando e, comunque, indeterminato nel quantum (la cui specificazione è pertanto di competenza del giudice²⁹). Al contrario, si rende più grave, almeno nelle intenzioni, la responsabilità a carico del dirigente che abbia posto in essere il contratto illegittimo. Si confida, infatti, che l'imputazione della responsabilità erariale - per cui occorre il dolo o la colpa grave - possa essere rafforzata con la specifica previsione di una responsabilità dirigenziale in sede di valutazione di risultato (art. 49, 5° comma ultima parte³⁰). Rispetto a questa novità si può osservare che, in effetti, si appalesa una sorta di stravolgimento della responsabilità dirigenziale e del suo sistema di imputazione. La responsabilità dirigenziale, accertata attraverso il procedimento di valutazione, come è noto, implica il capovolgimento del sistema di responsabilità e di controllo pregressi, sostituendo ad un controllo di mera legittimità formale dei comportamenti dirigenziali, la valutazione in concreto dei risultati dell'operare. La valutazione riferita ai risultati implica, infatti, soprattutto il raggiungimento di obiettivi predeterminati dall'amministrazione politica. Da cui la possibile torsione del sistema di valutazione e, dunque, di responsabilità che potrebbe essere insita nell'innovazione: il sistema di valutazione, in tal caso, servirebbe non tanto a valutare il raggiungimento degli obiettivi e la performance del dirigente ma la legittimità formale del suo comportamento (se abbia violato o meno la legge che regola i rapporti di lavoro flessibili). Per cui il verosimile paradosso di un dirigente che abbia migliorato l'output e l'efficienza del suo settore, "forzando" magari sul ricorso al lavoro flessibile, ma

²⁸ In argomento, cfr. L. Zappalà, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle P.A.*, in questa Rivista, 2008, p. 310-314 e ora M. Militello, *La responsabilità della P.A.*, op. loc. cit.

²⁹ E' d'altro canto da escludere che l'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 fino ad un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto prevista - ora dall'art. 4 bis del d.lgs. 368/2001 come modificato dall'art. 21 della l. n. 133/08 - possa rappresentare parametro di riferimento del giudice. In tal senso, M. Militello, *op. cit.*

³⁰ "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".

“colto in fallo” nella stipula irregolare di un contratto flessibile. La coerenza del sistema, in effetti, può essere salvata, qualora si osservi come operano in concreto i sistemi di valutazione. Solitamente l'indennità di risultato - che della retribuzione accessoria, comprensiva dell'indennità di posizione, costituisce una porzione già ridotta - viene a sua volta suddivisa in due parti: quella riferita al raggiungimento degli obiettivi - di solito preponderante - e quella connessa, invece, con i comportamenti organizzativi e mirata, dunque, a valutare i comportamenti soggettivi dei dirigenti (su cui solitamente confluiscono risorse quantitativamente poco significative). E' evidente, allora, che soltanto per questo limitato segmento del complessivo procedimento di valutazione potrebbe avere rilevanza l'innovazione legislativa³¹. Ma se si considera quanto già rilevato (scarsità delle risorse devolute alla valutazione delle prestazioni), e il giudizio diffuso³² di ineffettività complessiva del sistema di valutazione della dirigenza, pare che possa concludersi che la nuova disposizione sanzionatoria possa avere, nei confronti di comportamenti mirati alla stipula irregolare di contratti flessibili, la medesima efficacia dissuasiva del ruggito del topo. E' probabile allora che il nuovo legislatore, per l'efficacia di questa nuova sanzione, confidi nell'entrata in vigore delle annunciate modifiche in materia di valutazione della dirigenza³³.

4.2 La somministrazione

Due le innovazioni per la somministrazione: essa è esplicitamente vietata per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali; lo impedisce il rapporto di ufficio con connessa rappresentanza esterna del dirigente e del funzionario direttivo, ma pure il vincolo fiduciario che lega le figure apicali all'amministrazione: il lavoratore somministrato, ancorché inserito, nella organizzazione dell'ente, rimane pur sempre un lavoratore dipendente dell'agenzia.

Si registra, tuttavia, una novità di cui non è chiaro se il legislatore della l. n. 133/08 sia pienamente consapevole. Il comma 3 del nuovo articolo 36 del Tupo (art. 39 della l. 133/08), prevede che, allo

³¹ Su questi temi già G. Nicosia, *La dirigenza statale tra fiducia, buona fede ed interessi pubblici*, in DLRI, 2003, spec. p.287.

³² Confermato da diverse analisi sul campo, si veda il documento ANCI, *Qualità del lavoro e buona amministrazione nei comuni, La proposta Anci su valutazione e responsabilità del personale*, Cittalia, ANCI ricerche, Milano, 2007.

³³ Si v. gli artt. 3 e 5 del DdL delega n..847

scopo di evitare abusi "nell'utilizzo di lavoro flessibile", le amministrazioni nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza.

Questa disposizione è esplicitamente riferita a tutte le tipologie di lavoro flessibile di cui si occupa la norma; anzi, volendosene dare un senso, oltre che una rilevanza giuridica, si potrebbe affermare che essa si riferisca precipuamente al lavoro somministrato; era, infatti, già nel sistema che l'assunzione a termine, anche per il contratto di formazione, avvenisse tramite selezione pubblica e non ci sarebbe stato, dunque, bisogno di ribadirlo; oltretutto la norma riferisce i principi di imparzialità e trasparenza genericamente all'"utilizzo" di lavoro flessibile e non specificamente all' "assunzione" (che è la formula che si sarebbe dovuta utilizzare se si fosse inteso escludere l'applicazione dei principi di evidenza pubblica al lavoro somministrato).

Detto questo, pare ovvio che il riferimento ai principi di imparzialità e trasparenza anche (e soprattutto) al lavoro somministrato, non possa significare soltanto ciò che è già insito nel sistema; e, cioè, che la scelta da parte dell'amministrazione dell'agenzia con la quale stipulare il contratto di somministrazione sia sottoposta alle procedure di evidenza pubblica e, dunque, del codice degli appalti. La norma parla di utilizzo del lavoro somministrato non di scelta dell'agenzia (che sarebbe stato, a quel punto, pleonastico).

Se si vuole dare un senso alla norma, altro non può essere che la individuazione, da parte dell'agenzia, dei lavoratori da avviare presso le pubbliche amministrazioni deve "rispettare" i principi di imparzialità e trasparenza. Con la conseguenza che un datore di lavoro privato - nella specie l'agenzia - viene sottoposto ad alcuni principi dell'evidenza pubblica nel momento dell'avviamento alle pubbliche amministrazioni.

Questo ovviamente non significa che l'agenzia del lavoro per avviare i lavoratori alla pubblica amministrazione debba bandire concorsi pubblici, ma neppure concorsi con regole di diritto privato per il relativo reclutamento. L'agenzia deve limitarsi (e la pubblica amministrazione ha un onere di controllo che potrebbe costituire una precisa clausola del contratto di somministrazione) a rispettare un minimo di imparzialità e di trasparenza quando si accinge ad avviare lavoratori alle pubbliche amministrazioni, dopo essersi aggiudicata la gara. Sarebbe pertanto opportuno - per rispettare quanto previsto dalla nuova disposizione - che le pubbliche amministrazioni, che decidessero di utilizzare lavoro somministrato, inserissero nei capitolati di appalto clausole contenenti il nucleo minimo di principi di imparzialità e pubblicità cui le agenzie devono conformarsi nell'avviamento.

Risulta evidente l'obiettivo della nuova disposizione: si cerca di contrastare il fenomeno per cui, attraverso patti sottostanti e occulti, le agenzie si sono rese disponibili alle richieste, provenienti dagli amministratori politici, di avviamento *ad personam*, con sostanziale elusione del vincolo della trasparenza e della imparzialità. Questa prassi ha costituito quasi una clausola non scritta del contratto di somministrazione tra pubblica amministrazione e agenzia. Se è lecito, anzi rientra nelle finalità della somministrazione, che un imprenditore privato segnali all'agenzia il lavoratore da avviare, la medesima prassi, nella pubblica amministrazione, diventa elusiva del principio dell'evidenza pubblica.

Un'ultima notazione, con riferimento a quanto detto nei §§ precedenti sulla durata cumulativa dei contratti di lavoro flessibile e per dare coerenza al sistema. Un lavoratore utilizzato in somministrazione da un pubblica amministrazione può essere assunto con un contratto a termine, se supera la selezione pubblica, anche se il cumulo dei due periodi superi i tre anni nel quinquennio: la selezione pubblica opera come cesura.

Non viceversa; un lavoratore che abbia già cumulato tre anni con contratto a termine nel quinquennio, non può, poi, essere avviato in somministrazione; il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza da parte della agenzia nella procedura di avviamento non può essere equiparato ad un concorso o selezione pubblica e, quindi, non opera come cesura rispetto al cumulo, per cui si incorrerebbe nello stesso e, quindi, nella fattispecie vietata.

4.3 Il contratto di formazione e lavoro

Il secondo comma dell'art. 36 fa pure riferimento al contratto di formazione che è contratto a causa mista e a termine finale utilizzabile dalle pubbliche amministrazioni, nella sua regolazione storica non più applicabile al lavoro privato. A rigore anche questa tipologia contrattuale dovrebbe essere utilizzata per esigenze temporanee ed eccezionali; ma la sua finalizzazione (una forma di contrattuale flessibile di assunzione mirata ad un periodo di formazione e di prova lungo) ne consigliano una interpretazione che adegui la struttura dell'istituto alla sua funzione nel lavoro pubblico. Pur essendo considerato una forma flessibile di impiego, in ragione del suo termine finale, la sua causa formativa (e non potrebbe essere altrimenti) ne consente la utilizzabilità anche per esigenze non eccezionali e temporanee ma per attività ordinarie anche perché finalizzato alla assunzione definitiva (se una pubblica amministrazione assume per formare, investe, ovviamente, anche per il futuro).

5. Il part time.

Significative le novità in materia di part time nella pubblica amministrazione contenute nella l. n.133/08. Come è noto, il part time nel settore pubblico non è considerato un contratto flessibile con riferimento all'orario e all'organizzazione del lavoro, con riferimento alla sua collocazione temporale. Sin dalla sua originaria regolazione - non a caso disgiunta dai provvedimenti generali di riforma del lavoro pubblico (art. 1 commi 58 e 59 l. 23.10.96, n. 662) – il part time è stato considerato un modello contrattuale funzionale a ridurre la spesa per il personale e a consentire una deroga al regime di incompatibilità dei dipendenti pubblici nella assunzione di incarichi con soggetti diversi dall'ente di appartenenza. L'attuale riforma non cambia questa formale finalizzazione dell'istituto, come si evince anche dalla sua collocazione (il part time è inserito sotto il capo II, "*contenimento della spesa per il pubblico impiego*"); e come è reso pure esplicito dai lavoratori preparatori del Senato³⁴.

Questa funzionalizzazione del part time al risparmio di spesa, risalente alla finanziaria 97, si evidenziava con l'attribuire un vero e proprio diritto al pubblico dipendente di richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno in part time, con correlato obbligo di concessione da parte della amministrazione di appartenenza, la quale soltanto in presenza di accertati e motivati "gravi pregiudizi" poteva rinviare ma non negare la concessione.

Questo meccanismo muta con la l. n. 133/08 e per questo aspetto il regime di part time nel lavoro pubblico sembra allinearsi a quello del lavoro privato, secondo, per altro, pregressi auspici dottrinali. Ciò nella misura in cui la concessione del part time, anche nel lavoro pubblico, così come nel lavoro privato, diventa un atto discrezionale.

Questo allineamento, tuttavia, è solo apparente. Il nuovo regime regolativo, che risulta dalla novella del comma 58 dell'art. 1 della l. 23 dicembre 1996, n. 662, attuata con l'art. 73 della l. n. 133/08, consente alla pubblica amministrazione di rifiutare e non, semplicemente, di differire la richiesta di concessione di part time. Il rifiuto è giustificato qualora si accerti l'esistenza di "un semplice" (non più "un grave") pregiudizio alla funzionalità della amministrazione stessa .

Secondo un'interpretazione coerente con i principi generali di correttezza e buona fede - che reggono gli atti anche di diritto privato delle pubbliche amministrazioni - il rifiuto dovrebbe essere motivato

³⁴ Schede di lettura senato vol. II sub art. 73; si veda pure la circolare citata alla nota 14

evidenziando, anche succintamente, il pregiudizio che l'organizzazione del lavoro subirebbe dalla accettazione dell'istanza di trasformazione.

Con questo cambiamento, il legislatore considera il part time, nel lavoro pubblico, un contratto funzionale soltanto all'interesse dell'amministrazione, e non più del dipendente pubblico (anche se la richiesta di trasformazione deve pervenire pur sempre da quest'ultimo). Solo se l'amministrazione considera prevalente l'interesse al risparmio di costo su quello funzionale organizzativo, il part time può essere concesso.

Può, allora, concludersi che la riconsiderazione del part time nel lavoro pubblico, secondo la modifica descritta, si inquadra nell'azione di contrasto generale ai proventi percepiti fuori dal rapporto di lavoro con l'ente di appartenenza, in qualche modo rafforzando la fidelizzazione del lavoratore pubblico (in questo caso forzosa)³⁵.

La disposizione da un lato, dunque, restringe la possibilità di ricorso al part time da parte dei dipendenti. Dall'altro filtra la possibilità di dar luogo a tale rapporto attraverso le esigenze funzionali dell'ente che non può imporre certo il part time, ma, se richiesto, può concederlo solo sulla base di una valutazione di ottimizzazione della prestazione di lavoro part time.

Questo spiega l'affermazione precedente e cioè che l'allineamento del part time al settore privato è, in realtà, solo apparente o limitato. Nel lavoro privato, il part time è funzionale alla flessibilizzazione degli orari e del tempo di lavoro; nel lavoro pubblico, il suo rifiuto, ad un recupero di efficienza e produttività. Con la modifica della regolazione del part time nel pubblico impiego si tende, dunque, ad avvicinare la struttura dell'istituto con la regolazione nel lavoro privato, ne rimane però divaricata la funzione.

6. Il regime di incompatibilità.

La disposizione sull'incompatibilità (art. 46 l. n. 133/08) non introduce un nuovo regime, ma è mirata a rafforzare e rendere effettivo l'esistente regime regolato dal TUPI (art. 53 del d.lgs n.165/2001) con rinvio alla l. n. 3 del 1957 (art. 60).

Essa intende rafforzare il sistema dei controlli sulla base dell'assunto che l'attuale sistema presenti ampie crepe in termini di effettività: sotto questo profilo la disposizione ha più un valore di norma monito (maggiori verifiche da parte del dipartimento della funzione pubblica) e si presenta conformata, per altro, a misura delle amministrazioni statali.

³⁵ Si vedano le schede di lettura senato citate alla nota precedente.

7. I contratti di lavoro autonomo occasionale e di collaborazione coordinata e continuativa nelle pubbliche amministrazioni

Con l'art. 46, che modifica ulteriormente il comma 6 dell'art. 7 del TUPI, si ribadisce l'iter restrittivo sugli incarichi esterni - attraverso formule contrattuali di lavoro autonomo - inaugurato dal legislatore degli ultimi anni³⁶: si conferma che i consulenti delle pubbliche amministrazioni, a qualunque titolo, paiono essere diventati gli untori del secolo XXI. A guardare l'iterazione dei provvedimenti su questa materia, sembrerebbe che tutti i mali delle pubbliche amministrazioni dipendano dai consulenti. Non si può certo sostenere che abusi non ci siano stati, ma la caccia al consulente sembra costituire una sorta di automatica panacea per risolvere tutti i mali delle pubbliche amministrazioni e soprattutto i problemi di deficit.

Quali le novità dell'ultimo giro di vite: viene, intanto, confermata la maggiore enfattizzazione della effettiva utilità dell'incarico di lavoro autonomo. La Corte dei conti ha sempre denunciato non soltanto la genericità delle motivazioni concernenti il ricorso a tali incarichi, ma anche l'effimera leggerezza nella dimostrazione, a consuntivo, essi siano risultati effettivamente utili all'ente pagatore: che i soldi cioè siano stati spesi bene. Sotto questo profilo, dopo l'aggiustamento normativo, nell'atto di conferimento di incarico non sarebbe inopportuna una rapida indicazione dei risultati attesi, così come un atto ricognitivo a consuntivo.

Secondo la Corte dei conti la motivazione di conferimento di incarico dovrebbe essere specifica e non generica, anche con riguardo all'impossibilità soggettiva e oggettiva del personale interno (mancanza di professionalità idonee o saturazione delle maestranze interne).

Una novità riguarda l'alta qualificazione dell'incaricato con "contratto di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa" (si elimina opportunamente la stucchevole differenziazione descrittiva tra consulenze, incarichi di studio e ricerca e si riconduce tutto al tipo giuridico)..

La norma conferma quella che era una condivisibile interpretazione che si era fatta strada all'indomani della finanziaria 2008: si prescinde dal possesso della laurea in quelle fattispecie in cui la professionalità è data dall'iscrizione all'albo o è, per così dire, in *re ipsa* cioè inerente all'incarico conferito (arte, spettacolo e mestieri artigianali). In questo caso (secondo comma dell'art. 46), l'amministrazione deve, comunque, aver accertato la "maturata esperienza nel settore" e si deve

³⁶ Per una chiara ricostruzione si rinvia a G. Ricci, op. loc. cit.

dar luogo ad un contratto d'opera ex art. 2222 o 2230 c.c. per le professioni intellettuali, vale a dire ad una prestazione occasionale e non coordinata e continuativa.

Resta salvo per le amministrazioni, come già previsto dal comma 6 bis introdotto dall'art. 32 del d.l. n.233/06, l'obbligo di avvalersi dei consulenti dopo averli selezionati con non meglio specificate procedure comparative regolate dagli ordinamenti interni.

Su tale questione, rimane fermo quanto chiarito da precedenti circolari e in parte ribadito nei lavori preparatori della l. n.133/08. E cioè che la procedura comparativa sarebbe davvero eccessiva per le collaborazioni occasionali che sono effettivamente tali quando non superano, convenzionalmente, il tetto dei 5000 euro o la durata dei 30 gg. (ma gli ordinamenti interni potrebbero individuare diversi requisiti³⁷). Sono pure fatti salvi i casi regolati da regimi speciali: in materia di progettazione di lavori pubblici (art. 90 d.gls n.163/06 codici dei contratti), per gli addetti stampa e per i singoli incarichi di patrocinio legale; per questi ultimi non occorre la selezione preventiva, trattandosi di incarichi fiduciari, salva l'applicazione della normativa sull'appalto di servizio quando si tratta di affidamento di servizi legali e non di singoli incarichi³⁸. Rimane da chiedersi se anche quando si tratti di prestazioni artistiche e artigianali occorra, comunque, procedere alla selezione comparativa, posto che in tal caso l'*intuitus personae* e l'elemento fiduciario acquisiscono particolare rilievo.

Viene, poi, confermato l'obbligo della preventiva determinazione di durata, luogo e oggetto della prestazione autonoma.

Il legislatore insiste, stavolta prevedendo una non meglio specificata responsabilità amministrativa per il dirigente, sul fatto che non può essere utilizzato il contratto di lavoro autonomo, nella forma della COCOCO (ultimo capoverso del comma 6 dell'art. 7 del TUIPI), per funzioni ordinarie. Su questo si è avuto modo di esplicitare il dissenso³⁹.

7.1 Le disposizioni specifiche per gli enti locali

Viene confermata, a scopo di limitazione, la forte procedimentalizzazione della scelta dell'ente locale di ricorrere al contratto di lavoro autonomo con riguardo sia all'*an* sia al *quomodo*. Con riguardo all'*an*, si allenta la disposizione della finanziaria precedente⁴⁰ nel

³⁷ Si v. la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri n.2/08

³⁸ Si rinvia a G. Ricci op. cit.

³⁹ Si rinvia a B. Caruso op. cit.

⁴⁰ L'art. 46 comma 2 della l. n.133/08 dispone: " L'articolo 3, comma 55, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 è così sostituito: «Gli enti locali possono stipulare contratti di collaborazione autonoma, indipendentemente all'oggetto della prestazione, solo con

senso che i contratti di collaborazione autonoma (nozione onnicomprensiva delle diverse tipologie) non devono essere solo quelli previsti nel programma approvato dal consiglio ma anche quelli più semplicemente riferiti alle attività istituzionali dell'ente, stabilite dalla legge⁴¹.

Sulla base di tale disposto, e considerato che l'attività istituzionale degli enti locali non può essere considerata ontologicamente differente dalle "funzioni ordinarie" per le quali è vietato il ricorso alle altre amministrazioni, si dovrebbe concludere su un'evidente discrasia e disparità di trattamento tra enti locali e tutte le altre amministrazioni. Se, infatti, si interpretasse la disposizione letteralmente non si potrebbero in generale stipulare contratti di collaborazione autonoma di tipo coordinata e continuativa per attività ordinarie, ma gli enti locali potrebbero farlo per le attività istituzionali previste dalla legge (che altro non sono, da loro punto di vista, che le attività ordinarie).

Da questo paradosso (più che un paradosso un'illegittima disparità di trattamento) si esce soltanto suggerendo un'interpretazione sistematica: le funzioni ordinarie di cui parla l'ultimo capoverso del comma 6 dell'art. 7 del TUIP, che sono vietate a pena di una specifica responsabilità del dirigente⁴², andrebbero lette come attività di basso livello professionale, per le quali è vietato il ricorso alle COCOCO; mentre non è escluso il ricorso alla collaborazione occasionale e alle COCOCO di alto profilo professionale, anche per attività ordinarie e fermo restando l'alta specializzazione. A norma dell'art. 7 comma 6 lett.a), infatti, "l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite all'amministrazione conferente", ancorché "per obiettivi specifici e determinati"; tali competenze corrispondono alle attività istituzionali di cui si parla nella norma specifica per gli EELL, vale a dire, le funzioni e le attività ordinarie con esclusione di quelle di basso livello professionale, su cui insiste, per tutte le amministrazioni, lo specifico divieto introdotto con la norma sanzionatoria.

Un'altra novella, riferita sempre agli Enti locali, stabilisce che l'obbligo di inserire il limite di spesa non deve necessariamente essere previsto nel regolamento che definisce i criteri e le modalità procedurali,

riferimento alle attività istituzionali stabilite dalla legge o previste nel programma approvato dal Consiglio ai sensi dell'articolo 42, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267».

⁴¹ In tal senso pure la Circolare Anci del 6 agosto 2008 in *GespeInwes*, contra P. Briguori, *PA, co.co.co. e consulenze a maglie strette*, in *Pubblico impiego*, Il sole 24 ore, n. 9, 2008, p. 25 ss.

⁴² Non a caso la disposizione accomuna questa fattispecie a quella dell'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati.

ma dovrà essere fissato nel bilancio annuale preventivo. L'Anci nella sua circolare consiglia di adattare i regolamenti già emanati a queste più flessibili disposizioni e si può concordare con questa indicazione.

8. Le malattie dei dipendenti pubblici e la "guerra" all'assenteismo.

Il capitolo della legge n. 133/08 sulle malattie dei pubblici dipendenti è, in effetti, quello che più ha segnato la popolarità del ministro Brunetta e che costituisce un'effettiva discontinuità rispetto al passato. L'intervento è da condividere, e anche da ammirare sotto il profilo tecnico perché è un classico uovo di Colombo.

Non ci si sarebbe dovuto sorprendere del fatto che la ricetta "meno soldi meno malati immaginari", avrebbe funzionato per ridurre l'assenteismo almeno quello dichiarato; il provvedimento, come riconosce il Ministro nelle sue ripetute esternazioni, non contrasta certo il fenomeno dell'assenteismo non dichiarato, quello della presenza/assenza simboleggiata dalla famosa giacca sulla sedia di lavoro con il cartello "sto tornando"⁴³.

Lo confermano i dati snocciolati dal ministero e pubblicati nel sito web della funzione pubblica che sembrano un bollettino di guerra vittoriosa a un punto tale di trionfalismo, che il ministro si è pure potuto permettere di organizzare pubblicamente l'autoironia⁴⁴. Il problema semmai sono i malati veri che pagano, come al solito, per chi ha abusato, così come il contribuente onesto si vede vessato in Italia con un'alta tassazione in ragione del comportamento degli evasori.

L'intervento contenuto nell'art. 71 ha richiesto già due circolari interpretative, ma si tratta di chiarimenti che rientrano nell'ordinaria dialettica perché, si ripete, il meccanismo è tecnicamente semplice e ben congegnato.

Nei primi dieci giorni di malattia, e per ogni singolo episodio che si reitera nel corso dell'anno, (ogni episodio di malattia, anche la ricaduta

⁴³ In un suo ultimo intervento sembrerebbe che il Ministro intenda accomunare, almeno con riguardo ai rimedi, il/la pubblico/a dipendente che esce ed entra dall'ufficio con la borsa della spesa al tifoso di calcio. Anche gli uffici delle pubbliche amministrazioni dovrebbero dotarsi, infatti, come gli stadi, di tondelli girevoli. La notizia sul sito web della Repubblica del 5 ottobre 2008.

⁴⁴ Si fa riferimento al concorso - con tanto di premio - pubblicato sul sito del Corriere della sera e sul sito della funzione pubblica sulla più bella vignetta anti brunetta. I dati sulla riduzione dell'assenteismo che starebbero per toccare il traguardo della riduzione del 50% pubblicati sul sito del dipartimento funzione pubblica http://www.funzionepubblica.it/ministro/pdf_home/indagine_pilota.pdf, *Indagine Pilota: Monitoraggio delle assenze per malattia dei dipendenti pubblici*.

nella stessa fa ripartire i dieci giorni) il dipendente ha diritto soltanto al trattamento economico fondamentale.

La prima circolare la n. 7/08 della Presidenza del Consiglio dei ministri chiarisce che le voci del trattamento economico tabellare fondamentale sono costituite dal trattamento iniziale e di sviluppo economico, dalla tredicesima mensilità, dalla retribuzione individuale di anzianità se acquisita, da eventuali assegni ad personam per il comparto ministeri e analoghe voci per il personale dipendente da altri comparti. Altri chiarimenti sono contenuti per la retribuzione dei dirigenti, per cui per l' indennità di posizione, la parte fissa rientrerebbe nel trattamento fondamentale, quella variabile nel trattamento accessorio.

Detto questo resta, tuttavia, un atroce dubbio: che l'effetto dissuasivo della norma sia stata tale (se occorre dare fede - e non c'è motivo per non farlo - ai dati forniti dal dipartimento della funzione pubblica) perché, ancora, gli assenteisti cronici e i malati immaginari non si sono resi del tutto conto che, alla fine, la disposizione promette più di quanto mantiene.

Le indennità e gli emolumenti che vanno "tagliati" sono quelli fissi e continuativi, esclusi quelli fondamentali; oltre che, con formula più generica, ogni altro trattamento accessorio. Orbene, per la dirigenza pubblica *nulla quaestio*: guardando alla struttura della retribuzione di un qualsiasi dirigente pubblico ci si avvede del peso rilevante della retribuzione accessoria su quella fondamentale. Ma si dà il caso che, anche in virtù della maggiore autodeterminazione sul tempo di lavoro, la dirigenza pubblica ricorra con minore frequenza alla assenza per malattia per gestire "il proprio tempo liberato". L'assenteismo per malattia immaginaria è più questione che riguarda, soprattutto, i/le lavoratori/trici del comparto.

Orbene, scorrendo la struttura della retribuzione di quest'ultimi, e le norme contrattuali in materia di assenza per malattia nei vari comparti, ci si avvede che, a prescindere dagli istituti della retribuzione fondamentale, gli istituti di retribuzione ulteriori, fissi e continuativi e i trattamenti accessori, oltre a non essere quantitativamente rilevanti come nella dirigenza, sono già spesso esclusi dalla contrattazione collettiva in caso di malattia ⁴⁵. Per cui la situazione non cambierebbe granché rispetto al passato.

⁴⁵ Si v. ad esempio l'art. 21 comma 7 del CCNL comparto ministeri, personale non dirigente che testualmente prevede "Il trattamento economico spettante al dipendente che si assenti per malattia è il seguente: a) intera retribuzione fissa mensile, con esclusione di ogni compenso accessorio, comunque denominato"; v. anche l'art. 23 comma 6 del comparto sanità; l'art. 26 comma 8 CCNL comparto università.

Si aggiunga, per altro, che molte delle indennità ulteriori rispetto al trattamento fondamentale (i premi collettivi di risultato, l'indennità di ateneo nell'università e simili in altri comparti ecc.), non sono fisse e continuative ma erogate una volta l'anno, per cui le amministrazioni dovrebbero ricorrere a complicati calcoli per decurtarle (in ragione dei giorni di assenza di ogni dipendente); e ciò sempre che tali emolumenti possano essere fatti rientrare nella formula "ogni altro trattamento accessorio" di cui parla la norma, posto che esse non costituiscono indennità o emolumento avente carattere fisso e continuativo. Si aggiunga, infine, che alcune indennità fisse e continuative, ulteriori rispetto al trattamento fondamentale, quali potrebbero essere l'indennità di straordinario o l'indennità di turno, si perderebbero comunque in caso di malattia, per loro intrinseca struttura, a prescindere da ogni previsione di legge.

Se così fosse, ma occorrono verifiche ulteriori, in questo caso non siamo di fronte ad un vero e proprio ruggito del topo, ma a qualcosa che comunque gli assomiglia molto.

Qualcuno⁴⁶ si è posto il dubbio circa la compatibilità di questa disposizione con l'art. 36 (retribuzione sufficiente) e con l'art. 32 (diritto alla salute) della Cost.; dubbio che viene superato considerando il limite temporale della decurtazione che rende la norma comunque ragionevole. Si può concordare con questa posizione. Semmai il problema che potrebbe porsi in astratto è se in questo modo la legge, incidendo sulla retribuzione, finisca per invadere un campo che le disposizioni del TUPI riservano all'autonomia collettiva.

Un giro di vite riguarda anche il meccanismo di controllo con riferimento alla giustificazione della malattia che, in caso di superamento di dieci giorni o dopo il secondo episodio, deve essere certificata esclusivamente mediante attestazione di una struttura sanitaria pubblica.

Il chiarimento ministeriale che considera legittimato anche il medico di famiglia depotenzia l'efficacia di questa disposizione. E' stato notoriamente il medico di famiglia la grande fabbrica di certificati medici non del tutto veritieri (il disegno di legge delega contiene specifiche disposizioni su questo punto⁴⁷). Si esclude pertanto dal potere di rilascio del certificato soltanto il medico libero professionista.

Il giro di vite riguarda anche le fasce di reperibilità estese praticamente all'intera giornata lavorativa e anche oltre, dalle 8 alle 20 con un'ora soltanto di intervallo. Secondo alcuni⁴⁸ questa disposizione

⁴⁶ P. Jori, *La legittimità costituzionale dell'articolo 71 della legge 6 agosto 2008 n. 133*, in LexItalia.it, Rivista internet di diritto pubblico n. 9/2208

⁴⁷ DDL delega n. 857 art. 6 lett. c).

⁴⁸ P. Jori, *op. loc. cit.*

sarebbe irragionevole e quindi costituzionalmente illegittima perché violerebbe eccessivamente la libertà di movimento del lavoratore, oltre il limite del normale orario di servizio. La problematica è indubbiamente da approfondire.

I risparmi così ottenuti servono al risanamento dei conti pubblici e non possono essere re-distribuiti ai dipendenti attraverso l'incremento dei fondi destinati alla contrattazione collettiva.

9. L'orario di lavoro.

Le più importanti modifiche sul regime di orario di lavoro contenute nell'art. 41, che reca modifiche al d.lgs n.66/03, riguardano, di fatto, l'impresa privata e toccano marginalmente le pubbliche amministrazioni. Le nuove disposizioni sono state pensate per le imprese⁴⁹, anche se il d.lgs n. 66/03, salve le eccezioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2, si applica a tutti i settori di attività anche pubblici e, dunque, formalmente anche alle pubbliche amministrazioni (comma 1, art. 2).

Così per quel che riguarda le disposizioni sul lavoratore notturno, sul lavoratore mobile, l'esclusione dei lavoratori della vigilanza dal campo di applicazione del decreto, e altre. Le disposizioni di semplificazione, come le comunicazioni del superamento del limite delle 48 ore settimanali, non dovrebbero riguardare numerose pubbliche amministrazioni, posto che non vi è dato, di norma, riscontrare simili regimi di orario (salvo per funzioni particolari, autisti addetti agli organi di direzione politica, personale di staff ecc.).

Qualche possibilità di applicazione delle nuove disposizioni alle pubbliche amministrazioni riguarda, invece, la norma sul diritto settimanale al riposo: le 24 ore di riposo settimanale, con la nuova disposizione (art. 41 comma 5 che novella l'art. 9 comma 1 del d.lgs n. 66/03), possono essere considerate come media in un periodo non superiore a quattordici giorni. Il datore di lavoro può organizzarsi imponendo di lavorare sette giorni, compresa la Domenica, e far recuperare due giorni di riposo nella settimana successiva. Il riposo settimanale multi periodale potrebbe riguardare specifiche professionalità e funzioni riscontrabili in alcune amministrazioni pubbliche; per esempio, per i servizi assicurati dai vigili urbani, nella sanità e anche in casi particolari: per il lavoro extra in occasione di competizioni elettorali, nei comuni, nelle prefetture, negli uffici giudiziari. In tal caso, piuttosto che ricorrere alla turnazione (con relativa indennità), o allo straordinario

⁴⁹ Si v. M. Tiraboschi, *Il «pacchetto Sacconi» sul lavoro: prima interpretazione*, in *Guida al lavoro*, n. 28, p. 16 ss.

festivo, l'amministrazione potrebbe utilizzare la disposizione in questione, con eliminazione del riposo settimanale, salvo recupero successivo (e fermo restando la maggiorazione per lavoro domenicale).

Su questa disposizione la discussione si è aperta. Da ambienti sindacali se ne contesta la legittimità costituzionale e il contrasto con la Carta di Nizza⁵⁰.

Anche l'art. 41 comma 4 l. n. 133/08, in materia di riposo giornaliero frazionato, che ha degli effetti sui lavoratori coinvolti in regimi di reperibilità, può sicuramente riguardare i lavoratori del comparto sanità e dell'area della dirigenza medica e sanitaria. Ma l'approfondimento porterebbe molto lontano. Ci si limita a segnalare la questione.

9.1 Le disposizioni specifiche in materia di orario della dirigenza medica e sanitaria.

Per il personale delle aree dirigenziali degli Enti e delle aziende del Servizio Sanitario Nazionale, si riscontra una specifica disposizione di rilievo (l'art. 41 comma 13 della l. n. 133/08). Tale disposizione prevede per le dirigenze, tipicamente professionali di quelle aree, l'esclusione dei vincoli relativi alla durata massima dell'orario di lavoro (art. 4 d.lgs n.66/03) e dei riposi giornalieri (art. 7 d. lgs. n.66/03).

La disposizione potrebbe apparire pleonastica perché alla dirigenza del servizio sanitario si sarebbero dovute di già applicare le norme generali in materia di orario che esplicitamente escludono per la dirigenza una serie di disposizioni⁵¹.

A ben guardare, però, l'eccezione contenuta nell'art. 17 citato, fonda la propria ratio sul carattere tendenzialmente "autodeterminato" dell'orario di lavoro dei dirigenti. In linea con il principio di "autogestione" dell'attività da parte del dirigente, nella contrattazione collettiva di categoria (lavoro privato) e di area (lavoro pubblico), generalmente, non si prevede alcuna predeterminazione quantitativa dell'orario di lavoro, limitandosi genericamente i CCNL a fare obbligo al dirigente di garantire la presenza in servizio e di organizzare il tempo di lavoro in modo flessibile, in relazione alle esigenze della struttura cui egli è preposto.

⁵⁰ Nota dell'ufficio giuridico della CGIL del 9 settembre 2008 a firma di A. Allamprese.

⁵¹ Secondo l'art. 17 comma 5 lett. a) del d.lgs. 66/2003) " Nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attività esercitata, non e' misurata o predeterminata o può essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo (...)"

Una consistente eccezione alla deroga alla norma di tutela è rappresentata, nel settore pubblico, dal Contratto collettivo del comparto Sanità - area dirigenziale che, all'art. 14 comma 2, al contrario delle altre dirigenze pubbliche, predetermina la durata dell'orario settimanale dei dirigenti. Il fatto che il Contratto collettivo nazionale predetermini la durata dell'orario di lavoro settimanale di tale categoria di personale, vale a rendere automaticamente inapplicabile la deroga generale di cui all'art. 17, comma 5, d. lgs. n. 66 del 2003⁵². Come si diceva sopra, presupposto giuridico essenziale della deroga è la "non predeterminazione dell'orario di lavoro". Nel caso della dirigenza medica e sanitaria i contratti prevedono, invece, la predeterminazione dell'orario di lavoro, intesa, anche in virtù della giurisprudenza della corte dei conti⁵³, come orario minimo obbligatorio.

Per il profilo dell'orario della dirigenza medica e sanitaria, la disposizione non sembra, dunque, innovare il quadro precedente posto che si occupa invece di orario massimo e di riposo giornaliero. Dove, invece, innova è, appunto, nella previsione della possibilità di deroga, anche per la dirigenza medica e sanitaria, per quel che concerne la durata massima dell'orario di lavoro e i riposi giornalieri, fatto salvo il potere della contrattazione collettiva di definire "le modalità atte a garantire ai dirigenti condizioni di lavoro che consentano una protezione appropriata e il pieno recupero delle energie psicofisiche".

Questa norma non va certamente nel senso di contraddire la configurazione dello status della dirigenza medica e sanitaria (non apicale) come dirigenza professionale (più natura di lavoratore subordinato che di *alter ego* del datore di lavoro), ma conferma che, in ragione della qualifica posseduta, a questa categoria di dipendenti (più in quanto tali che in quanto dirigenti, verrebbe da dire⁵⁴) non si applicano, eccezionalmente, alcune disposizioni legali di tutela in materia di orario di lavoro (orario massimo e riposo giornaliero) rinviando, secondo lo schema tipico della legislazione comunitaria in materia di orario, alla contrattazione collettiva (di livello non specificato) il potere di adattamento della deroga alla norma di tutela.

⁵² Si v. in questo senso la nota del Ministero del lavoro e della previdenza sociale dell' 8.02.2007 prot. n. 25/1/0001741 in risposta all'istanza di interpello avanzata dall'AUSL di Imola.

⁵³ Si v. Corte dei conti, sez. giur. Liguria, sent. n. 460/2008 del 27 luglio 2008, ove rinvio a precedenti conformi.

⁵⁴ Sulla differenziazione delle dirigenze pubbliche si rinvia a G. Nicosia, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona amministrazione"*, op. cit.

10. Assunzioni presso le società controllate

Le società che gestiscono servizi locali a totale partecipazione pubblica si conformano ai principi di assunzione previsti all'art. 35 comma 3 del TUPI⁵⁵ che altro non sono che i principi dell'evidenza pubblica riferiti alle assunzioni nel settore delle pubbliche amministrazioni. Non si applica, tuttavia, l'intero sistema delle assunzioni regolato dal TUPI, per esempio, la nullità del contratto per violazione delle norme sulle assunzioni e la competenza del giudice amministrativo in materia di concorsi⁵⁶.

Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo, che non gestiscono servizi pubblici locali, devono ispirarsi ai principi dell'evidenza pubblica di origine comunitaria (di trasparenza, pubblicità e imparzialità) la cui differenza con quelli di cui al comma 3 dell'art. 35 del TUPI non è data vedere, se non per il fatto che, nel primo caso, si possa considerare dinamico il rinvio all'art. 35 comma 3, che se dovesse cambiare, in ragione delle ulteriori riforme annunciate, influenzerebbe i provvedimenti che le società che gestiscono i servizi locali devono adottare.

Il rischio che la disposizione presenta è di una lettura inerziale del primo comma, e cioè che le società controllate dagli EELL che gestiscono servizi locali, adeguino passivamente i propri regolamenti a quelli degli EELL (in realtà finiscano per adottarli). I regolamenti degli EELL, come è noto, in materia di concorsi pubblici, si ispirano a quelli delle amministrazioni statali, pur potendosene distaccare. Per cui alla fine il rischio è che anche società private, che dovrebbero operare nel mercato, finiscano per dover reclutare, con le regole del concorso pubblico (per esempio con bandi pubblicati nella G.U.) o dell'avviamento tramite servizi pubblici per l'impiego delle basse qualifiche. Questo adeguamento inerziale e passivo non è affatto imposto dalla norma.

⁵⁵ E cioè: a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è 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 ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

⁵⁶ Art. 63 commi 2 e 4 del TUPI.

Conformarsi e rispettare i principi dell'evidenza pubblica non significa adottare le regole del pubblico concorso.

Le procedure, ispirate ai principi dell'evidenza pubblica, non danno ovviamente luogo ad un procedimento amministrativo; la selezione ispirata ai principi dell'evidenza pubblica, posta in essere da una impresa, rimane pur sempre una procedura di diritto privato, che, in quanto tale, è sottoposta al controllo del giudice ordinario (per il rispetto dei principi di correttezza e buona fede; quest'ultimi "colorati per legge" dai principi più specifici dell'evidenza pubblica).

In Sicilia questa disposizione è stata anticipata per le società e le autorità d'ambito⁵⁷, alcune delle quali si sono dotate di regole di diritto privato nelle procedure di reclutamento, rispettose dei principi dell'evidenza pubblica; come avveniva del resto con i concorsi privati negli enti pubblici economici⁵⁸.

11. Modifiche del sistema di contrattazione collettiva

La l. 133./08, all'art. 67, contiene alcune modifiche al sistema di contrattazione collettiva pubblico con riguardo soprattutto, ma non solo, alla contrattazione collettiva integrativa. Poiché nel disegno di legge delega sono annunciate disposizioni di modifica del sistema contrattuale attuale, che vanno nello stesso senso di quelle già contenute nella l. n.133/08⁵⁹, non è chiaro se si tratti di un primo assaggio, o se il governo intende in prosieguo mettere mano più radicalmente alle regole della contrattazione collettiva pubblica, ritornando pure sulle modifiche testé introdotte.

Sulla contrattazione collettiva integrativa, principale imputata non a torto dell'incremento del costo del personale nelle pubbliche amministrazioni e, negli EELL in particolare secondo indagini dell'ANCI⁶⁰, si interviene in vari modi:

- a) Si abbate la scure dei tagli sui fondi disponibili e ad essa devoluti, attraverso una riduzione (art. 67, commi 1,3,5) e il congelamento per il 2009 dei finanziamenti previsti da una serie di disposizioni riguardanti singole amministrazioni o comparti, con relativa disapplicazione delle stesse (comma 2). Tutto ciò in attesa di nuovi criteri e modalità (non si capisce se fissate dalla legge di riforma del TUPI in discussione in parlamento, o dalla

⁵⁷ l'art. 45, comma 2, della Legge regionale Sicilia 08 febbraio 2007, n. 2 (Disposizioni programmatiche e finanziarie per l'anno 2007), "Le società e le autorità d'ambito assumono nuovo personale solo attraverso procedure di evidenza pubblica".

⁵⁸ P. Alleva, *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1980.

⁵⁹ Si veda l'art. 2 lett. d-g del disegno di legge delega.

⁶⁰ Supra nota 22.

- stessa fonte contrattuale) che definiscano *“una più stretta correlazione di tali trattamenti alle maggiori prestazioni lavorative e allo svolgimento di attività di rilevanza istituzionale che richiedono particolare impegno e responsabilità”* (comma 2).
- b) Aumentano i controlli, con particolare riferimento al controllo contabile dei revisori e soprattutto della Corte dei Conti che vede in tal modo notevolmente aumentato il proprio carico di lavoro. Le amministrazioni hanno, infatti, l'obbligo di inviare alla Corte dei conti - tramite il ministero dell'economia e delle finanze - *“specifiche informazioni sulla contrattazione collettiva integrativa, certificate dagli organi di controllo interno”* (comma 8). Il controllo della Corte dei conti – sulla base di coerenti informazioni fornite dal Dipartimento della ragioneria generale - sembra estendersi anche ai contenuti della contrattazione e non soltanto ai risultati finanziari. La Corte, infatti, oltre al rispetto dei vincoli finanziari, deve accertare la concreta definizione e applicazione di *“criteri improntati alla premialità, al riconoscimento del merito ed alla valorizzazione dell'impegno e della qualità della prestazione individuale, con riguardo ai diversi istituti finanziati dalla contrattazione integrativa, nonché a parametri di selettività, con particolare riferimento alle progressioni economiche ”* (comma 9). Questo significa che tutti gli accordi decentrati, anche quelli relativi alla dirigenza, che prevedono sostanzialmente meccanismi retributivi a pioggia e non premiali, sono soggetti alla scure della Corte dei conti. Nel nuovo DDL delega in discussione in Parlamento la materia della valutazione della dirigenza dovrebbe essere, per altro, definitivamente sottratta alla contrattazione collettiva e regolata soltanto dalla legge. Misura, quest'ultima, pienamente condivisibile.
- c) Aumentano gli obblighi di pubblicità sui risultati della contrattazione integrativa: i risultati della contrattazione integrativa devono esseri resi chiari e visibili sul sito web dell'ente (comma 11 dell'art. 67 l. n. 133).
- d) Si rafforza in qualche modo anche il controllo della Corte dei conti in sede di rinnovo del contratto nazionale con una modifica dei commi 6 e 7 dell'art. 47 del TUPI (comma 7 lett. a, b e c dell'art. 67 della l. n.133/08). Se la Corte dei conti non concede una certificazione positiva, non si può procedere alla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo e bisogna riaprire le

trattative con la sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo che adegui i costi contrattuali ai rilievi della Corte⁶¹.

- e) Si confermano e si rafforzano le sanzioni di invalidità le clausole dei contratti integrativi in violazione dei limiti, con sospensione delle clausole contrattuali e con l'obbligo di recupero delle somme alla sessione contrattuale successiva. Vengono ribadite responsabilità erariali e amministrative degli amministratori e dirigenti che sottoscrivono questi contratti. Sull'effettività di queste disposizioni si dovrà, tuttavia, attendere la verifica sul piano della prassi applicativa.

⁶¹ Nella versione precedente dell'art. 47 TUPI la riapertura delle trattative era solo eventuale e seguiva al fallimento dell'iniziativa dell'ARAN che, sentito il Comitato di settore o il Presidente del Consiglio dei ministri, poteva assumere iniziative necessarie per adeguare la quantificazione dei costi ai fini della certificazione, possibilmente aggirando pure i rilievi della Corte dei Conti. Si modifica conseguentemente il comma 7 dell'art. 47 posto che la riapertura necessaria delle trattative, in ipotesi di certificazione negativa della Corte dei conti, potrebbe condurre la durata delle stesse alle calende greche. A questo rischio dovrebbe soccorrere il nuovo sistema che, sembrerebbe, fissare la durata massima della procedura di certificazione in 55 giorni rispetto ai 40 previsti in precedenza, data la possibilità di sospendere una sola volta per 15 giorni e per motivate esigenze istruttorie del Comitato di settore o del Presidente del consiglio dei ministri, il termine di decorrenza. I contratti allo scadere del 55° giorno della sottoscrizione dell'ipotesi di accordo, senza che la procedura di certificazione sia conclusa, divengono efficaci. Resta il dubbio che l'ipotesi di accordo di cui parla il nuovo comma 7 dell'art. 47, e a cui si riferisce la regolazione ivi prevista, con il termine massimo di 55 giorni, sia quella che venga fuori dopo la riapertura delle trattative conseguente alla certificazione negativa della Corte dei conti sulla prima ipotesi di accordo. Se così fosse, alla prima ipotesi di accordo, non è garantita alcun termine finale per la efficacia del contratto, posto che la certificazione negativa riaprirebbe le trattative e soltanto dopo la certificazione positiva della Corte dei conti (che in astratto potrebbe essere negata anche alla seconda ipotesi di accordo) si aprirebbe la procedura del nuovo comma 7 dell'art. 7. Ma una tale interpretazione pare poco plausibile perché costituirebbe un vulnus al principio di autonomia collettiva e all'esigenza di chiudere in tempi comunque ragionevoli l'iter negoziale.