

La c.d. Legge Biagi e le forme contrattuali applicabili alla P.A.

Docente: prof. avv. Francesco Basenghi

Università di Modena e Reggio Emilia

francesco.basenghi@unimore.it

Bologna, 5 aprile 2011

Il lavoro flessibile

Art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001:

“1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti”.

Il lavoro flessibile

Tendenziale inapplicabilità del d. lgs. n. 276 del 2003
alle P.A.

Abbandono della logica della c.d. contrattualizzazione del
lavoro pubblico

Il lavoro a termine

La temporaneità e l'eccezionalità come endiadi: da intendere non come imprevedibilità ma come straordinarietà (Circolare FP n. 49/08).

Tesi avvalorata dall'u.c. dell'art. 36, che richiama il principio della precedenza nell'assunzione dei lavoratori assunti a termine per attività stagionali.

Il lavoro a termine: il d. lgs. n. 368 del 2001

Devono essere specificate in modo analitico le ragioni giustificative, che devono essere “di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro.

Non sono consentite formule vaghe ed indeterminate.

Il termine deve risultare per iscritto a pena di inefficacia. Il contratto si intende a tempo indeterminato.

Il lavoro a termine: il d. lgs. n. 368 del 2001

Se la prestazione prosegue dopo la scadenza del termine:

- per i primi 10 gg. il lavoratore ha diritto ad una maggiorazione retributiva del 20%
- per i giorni successivi il lavoratore ha diritto ad una maggiorazione retributiva del 40%

E' illegittima la prosecuzione oltre i 20 gg. (per rapporti di durata complessiva inferiore a 6 mesi) oppure oltre i 30 gg. (per i rapporti di durata superiore a 6 mesi).

Il lavoro a termine: il d. lgs. n. 368 del 2001

“Qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato”.

Un ulteriore contratto - solo uno - può essere stipulato solo avanti la DPL con l'assistenza del sindacato.

La previsione è derogabile da parte della contrattazione collettiva.

Non si applica alle attività stagionali

Il lavoro a termine: il d. lgs. n. 368 del 2001

La proroga del termine:

- impone la forma scritta
- deve essere consensuale
- la durata iniziale del contratto deve essere inferiore a 3 anni
- può avvenire una sola volta
- deve essere richiesta da ragioni oggettive e riferirsi alla stessa attività lavorativa originaria.

E' illegittima la riassunzione a termine presso lo stesso datore di lavoro entro 10 gg. dalla scadenza di un precedente contratto (se la sua durata non è superiore a 6 mesi) oppure entro 20 gg. (se la durata è superiore).

Il lavoro a termine: le conseguenze della illegittimità

Art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001

“5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”.

Il lavoro a termine: le conseguenze della illegittimità

Art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001

Validazione costituzionale dell'eccezione rispetto al lavoro privato: la sentenza n. 89 del 2003 di Corte cost.

Qualche dubbio sulla piena tenuta dell'eccezione:

- sia perchè il d. lgs. n. 368 abroga ogni disposizione contraria
- sia perchè anche nell'accesso al lavoro a termine può avvenire a seguito di procedura concorsuale
- sia perchè la procedura concorsuale non è sempre richiesta (es. chiamata numerica per posizioni professionali di minor rilievo)

Il lavoro a termine: le conseguenze della illegittimità

Art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001

Il problema del risarcimento del danno.

-dubbi sulla lettura della previsione: quando un lavoratore subisce un pregiudizio per aver lavorato? (danno all'immagine? danno per perdita di *chance*?)

-interpretazione "orientata" alla costruzione del risarcimento come sanzione: il ruolo delle sentenze della CGCE (sentenze Marrosu e Vassallo: la sanzione rispetto all'abuso di contratti a termine può anche non consistere nella conversione del rapporto. L'ordinamento deve però prevedere forme adeguate di dissuasione).

Il lavoro a termine: le conseguenze della illegittimità

Il problema del risarcimento del danno.

Il risarcimento viene quindi correlato alla esistenza di un preteso diritto alla conversione (invece escluso dal sistema): si ipotizza che la P.A. debba risarcire il danno conseguente alla perdita di una occupazione a tempo indeterminato.

Opinabilità delle soluzioni giurisprudenziali:

- tempo medio per reperimento nuova occupazione
- retribuzione maturata fino alla sentenza
- risarcimento pari a 5 mensilità ex art. 18 St. lav.
- risarcimento pari a 15 mensilità ex art. 18 St. lav. (Trib. Genova 25.3.2011)

L'isolata posizione di Trib. Siena del 27.9.2010: conversione del rapporto.

Il lavoro a termine: le conseguenze della illegittimità

Il problema del risarcimento del danno.

Obbligo di recupero delle somme pagate nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia avvenuta a titolo di dolo o colpa grave

-la violazione rileva anche ai fini della responsabilità dirigenziale (art. 21) e della attribuzione della retribuzione di risultato.

Le collaborazioni parasubordinate

Art. 7 d. lgs. n. 165 del 2001:

“6. Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità (...)”

Le collaborazioni parasubordinate

(...)

"a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;
c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;
d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione".

Si prescinde dal requisito della specializzazione universitaria per alcuni soggetti o attività (professionisti iscritti in albi, soggetti operanti nel campo dell'arte, dell'artigianato, etc.

Le collaborazioni parasubordinate

Alcune questioni:

Ambito oggettivo: applicabilità estesa a tutte le forme di lavoro autonomo (contratti ex art. 2222 cod. civ.; lavoro parasubordinato: co.co.co.; collaborazioni occasionali, incarichi)

Obbligo di avviare e rendere pubbliche procedure di valutazione comparativa per il conferimento degli *“incarichi di collaborazione”*.

Obbligo per gli EE.LL. di adeguare i propri ordinamenti interni per via regolamentare

Le collaborazioni parasubordinate

La responsabilità per danno erariale:

"In materia di incarichi esterni, il sindacato del giudice della responsabilità non può spingersi oltre una valutazione di ragionevolezza della scelta operata in quanto, in caso contrario, andrebbe ad invadere la sfera della discrezionalità amministrativa e delle valutazioni di merito proprie dell'Amministrazione. In sostanza il limite del potere di cognizione della Corte dei conti rispetto alla potestà discrezionale va ricercato nella sussistenza, in concreto, dei criteri di giustificazione obiettiva e finalizzazione dell'incarico all'espletamento di attività rientranti nella sfera delle attribuzioni istituzionali in base al criterio del buon andamento ex art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990."

Le collaborazioni parasubordinate

La responsabilità per danno erariale:

“Va ritenuto antigiuridico e produttivo di danno erariale il conferimento di incarichi per attività alle quali si possa far fronte con personale interno o che siano estranee ai fini istituzionali o che siano eccessivamente onerose in rapporto alle disponibilità di bilancio. Infatti l'art. 7, ultimo comma, del d.lg. 165/2001, consente alle amministrazioni pubbliche di conferire incarichi ad esperti di provata competenza per soddisfare esigenze cui non sia possibile far fronte con il personale in servizio, predeterminando la durata, il luogo, l'oggetto e il compenso della prestazione” (Corte conti 24.9.2010, caso Moratti / Ernst & Young s.p.a.).