

**Oggetto: Articolo 9 Decreto Legislativo n. 124 del 2004 – articolo 4, D.M. 12 luglio 2007 – obbligo di proroga del rapporto di lavoro con lavoratrici a progetto e categorie assimilate in caso di maternità**

La valutazione alla risposta data dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali ai sensi dell'articolo 9 del D.Lgs. 124 del 2004, all'Università degli Studi di Padova in merito alla sospensione di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa per maternità, paternità, adozione o affidamento ed il connesso diritto di proroga del rapporto di lavoro – fattispecie disciplinata dall'art. 4 del DM 12 luglio 2007 - impone una breve ricognizione sulla *ratio* dell'istituto e sulle sue legittime applicazioni.

Nel caso di specie, il Ministero non viene investito delle problematiche che negli ultimi tempi sono state oggetto di studio e che hanno ad oggetto le modifiche introdotte dall'art. 46 della legge 6 agosto n. 133 all'articolo 7 del decreto legislativo 31 marzo n. 2001, n. 165.

Tuttavia, rileggere attentamente la norma ed interpretarla, soprattutto in senso sistematico, può essere utile per comprendere e giustificare la risposta data dal Ministero all'Università degli Studi di Padova.

La disposizione prevede che *“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:*

- 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”.* Sempre il primo comma prevede, infine che *“Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti”.*

È opportuno premettere che il ricorso alle tipologie di lavoro “flessibili” e alle collaborazioni esterne nella Pubblica Amministrazione deriva dalla contrattualizzazione del rapporto di lavoro e dall'attribuzione alla dirigenza dell'onere di attendere all'organizzazione dei propri uffici, con la conseguente assunzione dei poteri del privato datore di lavoro nella gestione delle risorse umane.

Tale potere viene attribuito dall'articolo 5 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 1651, il quale prevede, al comma 2, che “nell'ambito *delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*”.

La contrattualizzazione del pubblico impiego, che è stata attuata con l'introduzione di strumenti privatistici in un ambito in cui l'Amministrazione esercitava esclusivamente poteri di imperio a mezzo di provvedimenti amministrativi, ha avuto e continua ad avere riflessi di non poco conto per coloro i quali prestano la propria opera al servizio della Pubblica Amministrazione.

Per quanto concerne le collaborazioni coordinate e continuative, l'assenza, in prima battuta, di limiti e requisiti per il ricorso alla figura ne ha causato un utilizzo improprio, tanto diffuso da indurre il legislatore ad accogliere i requisiti elaborati nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa e tributaria: la tipologia contrattuale in esame presuppone prestazioni di elevata professionalità, contraddistinte da una elevata autonomia nel loro svolgimento, tale da caratterizzarle quali prestazioni di lavoro autonomo.

L'elemento dell'autonomia è fondamentale per la legittimità della figura; in caso contrario risulterebbero violate, infatti, le disposizioni in merito all'accesso all'impiego nelle PP.AA. che prevedono il previo esperimento di un concorso pubblico (artt. 51 e 97 Costituzione).

L'affidamento dell'incarico a terzi, tra l'altro, può avvenire solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione interessata non possa far fronte ad una particolare e temporanea esigenza con le risorse professionali presenti in quel momento al suo interno.

Ne consegue l'impossibilità di affidare a mezzo di rapporti di collaborazione, i medesimi compiti che sono svolti dai dipendenti dell'amministrazione, proprio al fine di evitare una duplicazione delle funzioni ed un aggravio di costi.

La materia degli incarichi esterni da parte della pubblica amministrazione è stata negli ultimi anni oggetto di frequenti interventi da parte del legislatore, che in attuazione di una politica più generale di contenimento della spesa pubblica, ha progressivamente introdotto restrizioni sempre più severe nell'utilizzo di tali istituti, nel tentativo di arginarne l'abuso.

Per fronteggiare tali fenomeni, ritenuti doppiamente dannosi sia per la creazione di spesa aggiuntiva, sia per il mancato utilizzo delle ordinarie strutture amministrative, il legislatore ha operato sia sul versante della fissazione di limiti di spesa, sia sul versante della rigorosa fissazione di presupposti attraverso una marcata procedimentalizzazione, sia infine attraverso l'introduzione di forme di controllo.

Con l'ultimo intervento legislativo, l'art. 46 del D.L. 25.06.2008 n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, sono state introdotte significative novità alla disciplina, sia con riferimento ai presupposti per il loro conferimento (art. 7 comma 6 e ss. del D.Lgs. n. 165/01), sia con riferimento alla programmazione e regolamentazione in materia da parte degli enti locali (art. 3 commi 55 e 56 della legge n. 244/2007).

I presupposti in parola sono i seguenti: 1) che si tratti di esigenze alle quali non si può far fronte con personale in servizio; 2) che l'incarico venga conferito ad un esperto di particolare e comprovata competenza; 3) che vengano preventivamente determinati la durata, il luogo, l'oggetto ed il compenso della collaborazione.

La politica restrittiva verso le collaborazioni e le consulenze è contenuta nell'art. 46 summenzionato che stabilisce che: 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. La norma in parola, seguendo la tendenza della recente legislazione, dispone che la violazione di queste regole comporta tanto l'illecito disciplinare, quanto la responsabilità erariale (cfr. commi 1 e 3), con la conseguenza che la previsione del comportamento gravemente colposo è già stabilita dal legislatore.

Con l'affermazione del divieto espresso di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie e di utilizzare i collaboratori come lavoratori subordinati, è stato recepito un principio che era stato affermato da tempo sia da parte delle Sezioni giurisdizionali e delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei Conti, sia da parte della Funzione pubblica.

Gli incarichi esterni, infatti, devono far fronte a esigenze eccezionali e temporanee, che non possono in alcun modo coprire i fabbisogni ordinari e le esigenze di carattere duraturo, cui le singole Amministrazioni sono tenute a dare risposta attraverso la programmazione triennale del fabbisogno del personale, o attraverso la riqualificazione professionale del personale interno.

La finalità della norma è responsabilizzare le amministrazioni sul corretto uso delle proprie risorse umane, sviluppando e valorizzando le professionalità interne all'ente per far fronte ai compiti cui questo è istituzionalmente preposto (c.d. principio di "autosufficienza organizzativa"), evitando così l'insorgere di nuovo precariato, che vanificherebbe, peraltro, gli effetti delle politiche di stabilizzazione del personale in atto.

Diretta conseguenza del divieto introdotto dall'art. 46 del D.L. n. 112/08 è che le amministrazioni non potranno far ricorso a incarichi esterni per far fronte a situazioni d'impossibilità oggettiva di utilizzo di personale interno all'ente (art. 7 comma 6 lett. b del D.Lgs. n. 165/2001) sotto il profilo quantitativo, ossia per sopperire all'ingente mole di lavoro svolta dai dipendenti in servizio. Si darebbe luogo, infatti, a una surrettizia e dannosa duplicazione del lavoro ordinariamente svolto dalle strutture amministrative, in contrasto anche con i principi sopra richiamati di eccezionalità degli incarichi e di autosufficienza organizzativa.

Le uniche situazioni d'impossibilità oggettiva invocabili in questo contesto sono dunque quelle legate ad aspetti qualitativi, ossia all'assenza totale di professionalità interne all'ente idonee allo scopo richiesto.

Le collaborazioni sono definibili come prestazioni rese da soggetti esterni all'ente, che conferiscono un apporto - di tipo occasionale o coordinato e continuativo -, necessario al corretto svolgimento dell'attività istituzionale di programmazione o di gestione.

Nella misura in cui le collaborazioni coordinate e continuative sono riconducibili alla macro categoria del lavoro autonomo, si applicano le disposizioni privatistiche *tout court*, senza il timore di ledere la parte contrattualmente debole, che si identifica generalmente nel lavoratore subordinato, soggetto alla direzione ed alle dipendenze altrui.

L'articolo 1174 del codice civile prevede che l'obbligazione debba corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, e quell'interesse deve essere soddisfatto in un determinato periodo temporale. Il termine dell'adempimento, ai sensi dell'articolo 1183 del codice civile, può essere fissato dalle parti, e se non rispettato integra l'ipotesi dell'adempimento parziale e nei casi più gravi dell'inadempimento. Nella descrizione della fattispecie delle collaborazioni coordinate e continuative, anche alla luce dei recenti interventi legislativi, risulta fondamentale il rispetto del termine. Non solo dal punto di vista del singolo contratto stipulato tra l'Università ed il singolo lavoratore ma in quanto il progetto per cui la collaborazione è stata attivata si inserisce in un programma ben definito e necessariamente giustificato alla luce dei principi contabili cui le Amministrazioni devono sottostare.

Nel caso di specie, ragionando secondo principi privatistici puri, ricorrerebbe l'ipotesi descritta dall'articolo 1256 del codice civile, cioè l'impossibilità definitiva o temporanea della prestazione per causa non imputabile al debitore. In particolare la norma prevede l'estinzione dell'obbligazione se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato ad eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

Stante la regola generale, è necessario declinarla nei casi di volta in volta in esame. In assenza di documentazione compiuta, ammettendo, come sostiene il Ministero, che la gravidanza della lavoratrice ha influito negativamente nella realizzazione del progetto, è corretto affermare che sia in linea con la *ratio* del contratto e con il principio di corrispettività dello stesso, non corrispondere in tutto o in parte il compenso concordato, ferme restando le tutele di carattere indennitario previste dal D.M. 12 luglio 2007.

**Paola Fusco**

*Dottoranda di Ricerca*

*Scuola internazionale di Alta formazione in Relazioni industriali e di lavoro*

*Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

*Adapt – Fondazione Marco Biagi*