

REPUBBLICA ITALIANA
LA
CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai magistrati:

dott. Nicola Mastropasqua	Presidente
dott. Antonio Caruso	Consigliere
dott. Giorgio Cancellieri	Consigliere
dott. Giancarlo Penco	Consigliere
dott. Angelo Ferraro	Consigliere
dott. Giancarlo Astegiano	Referendario
dott. Gianluca Braghò	Referendario (relatore)
dott. Massimo Valero	Referendario

nell'adunanza in camera di consiglio del 15 gennaio 2009

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la nota n. 5258 del 9 dicembre 2008 con la quale il sindaco del comune di Castello D'Agogna (PV) ha richiesto un parere circa la possibilità da parte dell'ente locale con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, pur nella vigenza della normativa in materia d'incarichi per collaborazioni autonome, di prescindere dal requisito della specializzazione universitaria e di avvalersi della norma speciale portata dall'art. 1 comma 557 della legge 30 dicembre 2004 n.311, al fine di servirsi del personale a tempo pieno di altre amministrazioni locali, debitamente autorizzato dall'ente di provenienza.

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'art. 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla richiesta del Sindaco del comune di Castello D'Agogna (PV);

Udito il relatore dott. Gianluca Braghò;

FATTO

Con nota n. 5258 del 9 dicembre 2008 il sindaco del comune di Castello D'Agogna (PV) ha richiesto un parere relativo alla corretta

applicazione della disposizione contenuta nell'art. 1 comma 557 della legge finanziaria per l'anno 2005.

In particolare, il sindaco intende conoscere se la richiamata disposizione, in quanto norma speciale, consenta di prescindere dal requisito del possesso della specializzazione universitaria per incarichi di lavoro autonomo conferiti da comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti, a dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali.

AMMISSIBILITA' SOGGETTIVA

La richiesta di parere di cui sopra è intesa ad avvalersi della facoltà prevista dalla norma contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, la quale dispone che le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane possono chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti "pareri in materia di contabilità pubblica".

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze che la legge 131/2003, recante adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha attribuito alla Corte dei conti.

La Sezione, preliminarmente, è chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità della richiesta, con riferimento ai parametri derivanti dalla natura della funzione consultiva prevista dalla normazione sopra indicata.

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei comuni, si osserva che il sindaco del comune è l'organo istituzionalmente legittimato a richiedere il parere in quanto riveste il ruolo di rappresentante dell'ente ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Pertanto, la richiesta di parere è ammissibile soggettivamente poiché proviene dall'organo legittimato a proporla.

AMMISSIBILITA' OGGETTIVA

Con riguardo alle condizioni di ammissibilità oggettiva, la richiesta di parere, allo stato degli atti, non interferisce con le funzioni di controllo o giurisdizionali svolte dalla magistratura contabile e neppure con alcun altro giudizio civile o amministrativo che sia in corso; riveste "carattere generale", in quanto diretta ad ottenere indicazioni relative alla corretta applicazione di norme valide per la generalità degli enti di tipologia simile al comune richiedente; rientra nella materia della contabilità pubblica, poiché attiene alla disciplina contenuta in leggi finanziarie, sul contenimento e sull'equilibrio della spesa pubblica, incidente sulla formazione e gestione del bilancio dell'ente, in relazione alle norme che disciplinano la spesa per il personale e gli incarichi di collaborazione autonoma negli enti locali.

Per i suesposti motivi, la richiesta di parere proveniente dal sindaco del comune di Castello D'Agogna è ammissibile e può essere esaminata nel merito.

MERITO

Venendo al merito della richiesta, occorre osservare che la Sezione del Controllo per il Veneto, con la decisione n.17/pareri/2008 si è già espressa nella medesima materia, ancorché il quesito sollevato verteva su oggetto parzialmente difforme da quello attualmente richiesto.

Del pari, si registra sul tema anche l'orientamento della Sezione del controllo per la Regione Sardegna, che con la delibera n.15/pareri/2008, si è espressa sul crinale delle possibili interferenze applicative fra gli artt. 36 e 53 del Decreto legislativo n.165/2001 e l'art.1 comma 557 della legge 311/2004.

Preliminarmente, si evidenzia che la *ratio* della disposizione inserita nell'art.1 comma 557 della legge 30 dicembre 2004 n.311, è insita nel tentativo di favorire la flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche

amministrazioni locali di piccole dimensioni, favorendo la mobilità orizzontale fra più enti locali in risposta a temporanee carenze di dipendenti.

Si rammenta che l'art. 1 comma 557 della legge finanziaria 2005, introducendo nei comuni di popolazione inferiore a cinquemila abitanti una figura assimilabile al comando, consente a questi ultimi di servirsi dell'attività lavorativa di dipendenti a tempo pieno di altre amministrazioni locali, purché autorizzati dall'amministrazione di provenienza. Trattasi di una specificazione dell'istituto del comando, definita assegnazione temporanea di personale, per soddisfare esigenze di mobilità delle pubbliche amministrazioni.

La norma è considerata di diritto speciale rispetto alla disciplina in tema di lavoro subordinato e si palesa derogatoria rispetto al principio di esclusività del rapporto di lavoro subordinato. Su questa linea si pongono il parere n. 2441 della prima sezione del Consiglio di Stato, e la circolare del Ministero dell'Interno, n. 2 del 21 ottobre 2005.

Recentemente è intervenuta la legge 24.12.2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), che nell'intento di perfezionare i criteri di flessibilità da parte delle pubbliche amministrazioni, causa principale del fenomeno del precariato, mediante l'art. 3, comma 79, ha introdotto una disciplina correttiva attraverso la riformulazione dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/2001, il quale attualmente prescrive:

1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire.

2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.

Le predette disposizioni, in base a quanto disposto dal successivo comma 4, non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva.

Nonostante le innovazioni legislative, si ritiene che l'art. 1 comma 557 della L. n. 311/2004 sia ancora in vigore poiché, alla luce dei chiarimenti del Consiglio di Stato resi con parere n. 2141/2005, è da considerarsi fonte normativa speciale e derogatoria rispetto al principio di unicità del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti.

Tale norma, pertanto, rivestendo carattere di specialità, non può essere abrogata dalla sopravvenuta disciplina generale di cui al nuovo art. 36 comma 3 del D.Lgs. n. 165/2001, per il principio "*lex posterior generalis non derogat priori specialis*".

L'abrogazione, nel caso in esame, non è poi configurabile in ragione della sostanziale diversità delle due norme.

Il comma 557, infatti, detta una disciplina particolare per gli enti locali con meno di cinquemila abitanti, per far fronte alle peculiari problematiche di tipo organizzativo scaturenti dall'esiguità degli organici e dalle ridotte disponibilità finanziarie.

L'art. 36 comma 3, invece, detta una disciplina generale che si rivolge a tutte le amministrazioni, e che è attuabile solo in presenza di "esigenze temporanee ed eccezionali" (presupposto mancante nel comma 557), e per una durata massima di sei mesi non rinnovabili (a fronte di un utilizzo *sine die* nell'altra norma).

In termini analoghi, si sono pronunziati il Consiglio di Stato, I^a sezione, con il parere del 25 maggio 2005 n.2441, la Sezione Regionale di Controllo per il Veneto, nel contesto del già citato parere n.17/2008 e la

Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Funzione Pubblica – con la circolare n. 4 del 18 aprile 2008.

In ragione dell'assimilazione dell'istituto giuridico di cui trattasi all'assegnazione temporanea o distacco di personale, si ritiene che non occorra la costituzione di un nuovo contratto, ma che sia sufficiente un atto di consenso dell'amministrazione di provenienza.

Inoltre, in virtù del rilievo che l'art. 1 comma 557 della L. n. 311/2004, come detto, ha introdotto un istituto assimilabile al comando, il rapporto di lavoro non può che essere di tipo subordinato. Al riguardo si deve rimarcare che il ricorso al lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni si colloca nell'ambito dell'eccezione rispetto alla regola del lavoro dipendente con accesso concorsuale e che l'utilizzo degli incarichi di collaborazione autonoma sono soggetti a disciplina speciale, scolpita nell'art. 7 comma 6 del decreto legislativo n.165/2001.

In linea di principio, la fattispecie inquadrata nel quesito attiene al vincolo di subordinazione e al rapporto di servizio che governa l'attività lavorativa da parte di un dipendente a favore di altro ente diverso da quello di appartenenza. In suddetta ipotesi, il lavoratore rimane legato al rapporto d'impiego con l'ente originario, ma rivolge parzialmente le proprie prestazioni lavorative a favore di altro ente pubblico.

L'istituto trova la sua ragione giuridica in un provvedimento di autorizzazione dell'amministrazione di provenienza nell'ambito di un unico rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto pubblico principale.

La permanenza del rapporto a tempo pieno presso l'amministrazione di appartenenza impone una particolare cura nell'applicazione delle prescrizioni stabilite a tutela della salute e della sicurezza del lavoratore in tema di orario di lavoro giornaliero e settimanale. Quest'ultimo non potrà superare, nel cumulo dei due rapporti di lavoro, la durata massima consentita, comprensiva del lavoro ordinario e del lavoro straordinario.

Le modalità operative dell'utilizzo temporaneo del dipendente potranno invece essere disciplinate in un atto convenzionale o in un accordo trilaterale di collaborazione tra ente utilizzatore, dipendente ed ente di appartenenza.

Anche la contrattazione collettiva può costituire il terreno su cui fondare una disciplina razionale dei casi di assegnazione temporanea definita "a scavalco", in linea con le previsioni stabilite dalla legge in materia d'incompatibilità e divieto di cumulo di prestazioni con le tipologie d'incarichi non consentiti ai pubblici dipendenti.

Sulla scorta di tali argomentazioni, non si ritiene che l'art. 1 comma 557, possa essere utilizzato per ottenere l'assegnazione temporanea di dipendenti di altre amministrazioni mediante l'affidamento d'incarichi per collaborazioni autonome, la cui disciplina, più volte modificata dal legislatore, da un lato non può applicarsi per colmare lacune del personale da adibire alle funzioni ordinarie dell'ente locale, dall'altro si riferisce agli incarichi di studio, consulenza e ricerca ed, in genere, alle prestazioni di lavoro a carattere professionale, senza vincolo di subordinazione con il datore di lavoro.

La materia è stata da ultimo rivisitata con l'art. 46 della legge 6 agosto 2008 n. 133 il quale ha ulteriormente modificato il comma 6 dell'art. 7 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n.165 così prescrivendo: «...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.

“Si prescinde dal requisito della comprovata specializzazione universitaria in caso di stipulazione di contratti d'opera per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri artigianali, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore. Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati e' causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti”.

In conclusione, l'art.1 comma 557 legge 30 dicembre 2004 n.311, è norma speciale ed attualmente vigente in tema di assegnazione temporanea di dipendenti pubblici in regime di lavoro subordinato, ma non raffrontabile con gli incarichi di lavoro autonomo disciplinati dall'art. 7 comma 6 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n.165, come modificato dall'art. 46 della legge 6 agosto 2008 n.133. Peraltro, nei casi e modi specificati dalla disciplina in vigore, nell'ambito di particolari forme di collaborazione autonoma si può prescindere dalla specializzazione universitaria.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

Il Relatore
(Gianluca Braghò)

Il Presidente
(Nicola Mastropasqua)

Depositato in Segreteria il 22 gennaio 2009

Il Direttore della Segreteria
(dott.ssa Daniela Parisini)