



“La selezione del collaboratore esterno e il regime delle incompatibilità”



Quadro normativo



Quale norma consente il conferimento di incarichi a “collaboratori esterni”?

Art. 7 comma 6 del D.Lgs. n. 165 del 2001 “ Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”

La norma legittima, a certe condizioni (vedi infra) il conferimento di **INCARICHI INDIVIDUALI**, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa ->

PER ESIGENZE CUI NON SI PUO' FARE FRONTE CON PERSONALE IN SERVIZIO



L' art.7, co.6, del D.Lgs n.165/2001

La norma disciplina il conferimento di contratti a **PERSONE FISICHE**.

Non può riguardare società, enti, associazioni ecc.



Si distinguono due profili:

- **Pubblicistico:** scelta del contraente:

L'ordinamento presta attenzione alla formazione della **VOLONTÀ' negoziale dell'ente pubblico**, disciplinata dal diritto amministrativo, articolando in distinte fasi procedurali ciò che nel privato resta confinato nel foro interno dell'individuo. GIURISDIZIONE AMM.VA

- **Privatistico:** stipulazione, esecuzione, eventuale risoluzione del rapporto

Presuppone la **STIPULAZIONE** del contratto. La tutela spetta alla **GIURISDIZIONE ORDINARIA**



La procedura di scelta del contraente:

- **Ha natura di azione amministrativa, di diritto pubblico**
- **In quanto azione amministrativa, ad essa si applicano le disposizioni della l. n. 241/90**
- **Esiste una pluralità di procedimenti (amministrativi) di scelta del contraente**



A ogni tipo di contratto corrisponde una diversa disciplina della scelta del contraente

- ① **Prestazione d'opera** (nelle sue diverse tipologie vedi infra)
 - ② **Contratti di appalto (forniture di beni e servizi)**
 - ③ **Concessioni di servizi**
- **L' appalto di servizi (1655 – 1677 c.c.)** è un contratto d' impresa con il quale un operatore assume, con organizzazione di mezzi necessari e gestione a proprio rischio il compimento di un' opera o di un servizio verso un corrispettivo.
 - **Contratto di prestazione d' opera:** artt.2222 e ss. c.c. .

Procedura ex art.7, co.6, D.Lgs 165 e gara di appalto: distinzioni

■ **GARA DI APPALTO:** selezione della **MIGLIORE OFFERTA**

I requisiti soggettivi dell'operatore economico rilevano solo per quanto riguarda la partecipazione alla procedura. L'OFFERTA è valutata **OGGETTIVAMENTE** secondo i due criteri (Off.EC. + **VANTAGGIOSA / MINOR PREZZO**). Necessità di tutelare la concorrenza. Margine di fungibilità della prestazione. Principio di rotazione.

■ **PROCEDURA COMPARATIVA:** selezione del **MIGLIOR CONTRAENTE**

La selezione si svolge essenzialmente sui **REQUISITI SOGGETTIVI**. La procedura è volta a individuare il **COLLABORATORE PIU' QUALIFICATO**. Non si pone un problema di concorrenza. Tendenziale infungibilità della prestazione. Irrilevanza della rotazione.



Poiché non si applicano le norme sugli appalti...

Esclusione dagli obblighi di tracciabilità per i contratti con gli esterni

Non sono soggetti agli obblighi di tracciabilità gli incarichi di collaborazione ex articolo 7, comma 6, (contratti di prestazione d'opera occasionali o contratti di collaborazione coordinata e continuativa) del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165; La ragione dell'esclusione è che non si tratta di contratti di appalto bensì di contratti d'opera, previsti dall'articolo 2222 c.c. (cfr Determinazione ANAC ex AVCP n. 4 del 2011)



Poiché non si applicano le norme sugli appalti...

La regolarità contributiva attestata dal DURC non va richiesto per i liberi professionisti allorché la scuola con detti soggetti abbia stipulato contratti di prestazione d'opera intellettuale.

Il D.Lgs. 50 del 2016 recante il Nuovo Codice dei Contratti, ai fini della regolarità contributiva, rinvia (cfr art. 80) al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015.

In detto Decreto la previsione del DURC è ricondotta nell'ambito delle procedure di appalto di opere, servizi e forniture pubblici e nei lavori privati dell'edilizia.



Poiché non si applicano le norme sugli appalti...

La fattura del libero professionista con partita IVA dovrà essere emessa in formato elettronico, ma dovrà essere senza CIG.



Forma del contratto

▪ FORMA SCRITTA A PENA DI NULLITA'

- Corte di Cassazione: anche il contratto con il quale l'amministrazione pubblica conferisce un incarico professionale deve essere redatto, a pena di nullità, in **forma scritta**, onde è da escludersi che la sussistenza di un siffatto requisito formale possa essere ricavata *aliunde*, ad esempio attraverso la produzione di altri documenti che non costituiscono il contratto, ma lo presuppongono. (Cassazione Civile - sez. II - Sent. 27 gennaio 2010, n. 1741; Cass., n. 1929 del 2004; Cass., n. 24826 del 2005; v. anche Cass., n. 8023 del 2000).



La stipulazione

- **La volontà contrattuale deve essere esternata dal dirigente**
- **Stipulazione contestuale consigliata e opportuna** (orientamento giurisprudenziale che ha escluso validità della conclusione di un contratto a distanza, a mezzo di corrispondenza, essendosi ritenuta tale modalità limitata a contratti con ditte commerciali: Cass., sez.I, n.2272/1998).



Oggetto e disciplina del contratto

- **Esecuzione personale della prestazione:** il prestatore può avvalersi della collaborazione di altri solo se ciò sia previsto dal contratto, dagli usi e non sia incompatibile con l'oggetto della prestazione
- **Responsabilità per inadempimento:** obbligazione di mezzi e non di risultato.
- **ATT.NE:** nei contratti di insegnamento L'EVENTUALE OBBLIGO DI VIGILANZA DEVE ESSERE OGGETTO DI SPECIFICA PATTUIZIONE
- **Scioglimento del vincolo:** art.2237 (recesso *ad nutum* del committente) . E' opportuno confermare espressamente l'applicabilità di tale previsione.



Divieto di rinnovo: art.7,co.6, lett.c) del D.Lgs 165/2001

Non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico.



Codice Comportamento dei dipendenti pubblici

D.P.R. 16 aprile 2013, n.63

D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62: Le pubbliche amministrazioni estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione.

A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal codice di comportamento.



Codice Comportamento dei dipendenti pubblici

D.P.R. 16 aprile 2013, n.63

Estensione delle norme comportamentali a tutti i collaboratori e consulenti, con qualunque tipologia di contratto e a qualsiasi titolo ...

...negli atti di incarico o nei contratti ..., le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal codice di comportamento.

Applicazione a un rapporto di lavoro AUTONOMO di norme che presuppongono la SUBORDINAZIONE ...



Tipologie contrattuali



Si possono stipulare

- ▶ **contratti di prestazione d'opera professionale o contratti di prestazione autonoma occasionale.**
- ▶ **contratti di collaborazione coordinata e continuativa (allo stato attuale sino al 31 dicembre 2017).**

In ogni caso deve mancare il VINCOLO DI SUBORDINAZIONE



Contratti di prestazione d'opera

Tale tipologia di contratto può essere stipulata:

- ▶ con lavoratori autonomi **liberi professionisti** di cui al comma 1 dell'art. 53 del Tuir;
- ▶ con esperti che effettuino prestazioni di **lavoro autonomo occasionale** non rientranti nell'oggetto dell'arte o professione abitualmente esercitata.



Lavoro autonomo occasionale

Il lavoro autonomo occasionale si differenzia da quello autonomo professionale per:

- il carattere episodico, saltuario o non programmato dell'attività;
- l'assenza dei requisiti della subordinazione e del coordinamento.

L'esercizio dell'attività deve essere del tutto **occasionale**, senza i requisiti della professionalità e della prevalenza.



Contratti di collaborazione coordinata e continuativa

- ❑ **art. 409 del cod. proc. civ. n. 3...** "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato".
- ❑ si caratterizza per la continuazione della prestazione e la coordinazione con l'organizzazione ed i fini del committente, dove, pertanto, quest'ultimo conserva non un potere di direzione, ma di verifica della rispondenza della prestazione ai propri obiettivi attraverso un potere di coordinamento spazio-temporale.



Art.49,co.2, lett.a, T.U.I.R.

E' tale l'attività che abbia contenuto intrinsecamente artistico o professionale, che sia svolta senza vincolo di subordinazione, che si tratti di un rapporto unitario e continuativo, nel quale il prestatore non impiega mezzi organizzati, con retribuzione periodica prestabilita e l'attività non rientri tra quelle che formano oggetto della prestazione del contribuente



Co.Co.Co. = parasubordinazione

- ▶ **E' un rapporto che presenta maggiori criticità**
- ▶ **La tutela è accordata dal GIUDICE DEL LAVORO**

Indicatori della subordinazione: presenza di direttive tecniche e di poteri di controllo e disciplinare – inserimento nell'organizzazione aziendale con assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico datoriale – esecuzione del lavoro con materiali e attrezzature del datore di lavoro – pagamento a scadenze periodiche – rischio d'impresa del datore di lavoro – continuità e sistematicità della prestazione



La parasubordinazione si differenzia da

- ① **Dal lavoro dipendente** (no vincolo subordinazione)
- ② **Dal lavoro autonomo** (continuità e coordinazione)
- ③ **Attività imprenditoriale** (no organizzazione di mezzi)

La disciplina della collaborazione coordinata e continuativa è stata profondamente modificata dagli artt.2, 52 e 54 del D.Lgs 81/2015



Requisiti Co.Co.Co.

- **continuità:** ricorre quando la prestazione non sia occasionale ma perduri nel tempo ed importi un impegno costante del prestatore a favore del committente; la durata deve essere definita in sede negoziale.
- **coordinazione:** connessione funzionale derivante da un protratto inserimento nell'organizzazione aziendale o, più in generale, nelle finalità perseguite dal committente. In virtù della coordinazione con l'attività del committente quest'ultimo non può essere del tutto estromesso da qualsiasi scelta che riguardi l'esecuzione dell'opera pattuita. Infatti, il committente ha la possibilità di verificare e di controllare le modalità di esecuzione dell'opera, con il solo scopo di accertare la corrispondenza del risultato a quanto richiesto.



Requisiti Co.Co.Co. (segue)

- **prestazione prevalentemente personale:** prevalenza del lavoro personale del preposto sull'opera svolta dai collaboratori e sull'utilizzazione di una struttura di natura materiale.
- **manca di vincolo di subordinazione:** non sussiste il vincolo alle direttive, alla vigilanza ed alla supremazia gerarchica del datore di lavoro. Il committente può fornire direttive al collaboratore nei limiti dell'autonomia professionale di quest'ultimo, in quanto il prestatore di lavoro non svolge un'attività totalmente sganciata dalla struttura organizzativa del committente, ma è funzionalmente collegata ad essa.



D.Lgs 15 giugno 2015, n.81

Tendenziale attrazione della parasubordinazione
nell' ambito del lavoro subordinato



D.Lgs n.81/2015 e P.A.

- il comma 4 dell' art. 2: **fino al completo riordino** della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni, la nuova disposizione del medesimo Decreto che vieta per i privati i contratti di co.co.pro. **non trova applicazione nei confronti delle medesime.**
- Dal 1° gennaio 2018 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione coordinata e continuativa.
- è ancora applicabile l'articolo 7, comma 6 del Dlgs 165 /2001 che rappresenta la norma che disciplina i presupposti ed i limiti per le Pubbliche Amministrazioni, e quindi anche per le Istituzioni Scolastiche, per conferire incarichi ad esperti esterni.



Art. 1, comma 8, del Decreto Legge n. 244/2016 (c.d. milleproroghe)

- modificato l' art. 2, comma 4, del decreto legislativo n. 81/2015 che prevedeva dal 1° gennaio 2017 il divieto alle Pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di collaborazione con le presunzioni assolute di subordinazione previste dal comma 1 dello stesso decreto legislativo n. 81/2015 (rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro).
- **Il divieto è stato prorogato al 1° gennaio 2018.**



Presupposti per il ricorso al collaboratore esterno



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.**



Esigenze eccezionali specifiche e delimitate

preventivo accertamento



impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili



NO ESPLETAMENTO ORDINARIE ATTIVITA'



Corte dei Conti, sez. cent. Controllo atti del Governo e amm. Statali, delib.25.08.16

Gli incarichi professionali nella P.A. di cui all' art.7,co.6, del D.Lgs n.165/2001 devono far fronte a esigenze eccezionali, straordinarie e temporanee, che non possono in alcun modo coprire i fabbisogni ordinari e le esigenze di carattere duraturo, cui gli enti sono tenuti a fare fronte con la programmazione triennale

...

Le figure professionali ... non devono essere soggettivamente indisponibili, **MA OGGETTIVAMENTE NON RINVENIBILI** nell' ambito delle risorse umane a disposizione dell' amministrazione conferente, la quale non può fare ricorso all' affidamento di incarichi di collaborazione per lo svolgimento di funzioni ordinarie attribuibili a personale rientrante nei ruoli organici



Natura della prestazione

temporanea e altamente qualificata



preventiva determinazione



Durata, luogo, oggetto e compenso



Requisito della “particolare e comprovata specializzazione universitaria”

Dipartimento della Funzione Pubblica parere 21 gennaio 2008: requisito minimo necessario il possesso della laurea magistrale o del titolo equivalente.

Laurea del vecchio ordinamento -> equipollenza fra diploma di laurea (DL) e laurea specialistiche/magistrali (LS/LM) (Decreto Interministeriale 5 maggio 2004)

Dipartimento della Funzione Pubblica - circolare n. 2 dell' 11 marzo 2008 conferma il parere



Si prescinde dalla comprovata specializzazione universitaria

per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in **ordini o albi** o con soggetti che operino nel campo dell'**arte**, dello **spettacolo** dei **mestieri artigianali** o dell'**attività informatica** nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, purché senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore.



Responsabilità e sanzioni

Il ricorso a contratti di co.co.co. per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l' utilizzo di collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. (...). Si applica l' art.36, commi 3 e 5 quater del D.Lgs 165 (art.7, co.6, D.Lgs 165).

Corte Conti, sez. giurisd. appello Sicilia, 13.10.2016: *non può ravvisarsi (...) la sussistenza di alcuna utilità giuridicamente rilevante per la P.A.*



La scelta del contraente



Fonti e principi

- Art. 7 del D.Lgs n.165/2001
- Circolare n.2/2008 Funzione Pubblica
- Art.40 del D.I. n.44/2001
- Art.34 del D.I. n.44/2001?

La legge demanda alla P.A. di disciplinare e rendere pubbliche procedure comparative di scelta del contraente



Art.40, co.2, del D.I. n.44 del 2001

- *Il Consiglio di istituto, sentito il collegio dei docenti, disciplina nel regolamento di istituto le **procedure e i criteri di scelta del contraente**, al fine di garantire la qualità della prestazione, nonché il **limite massimo** dei compensi attribuibili in relazione al tipo di attività e all'impegno professionale richiesto.*
- ① L' art.7, co. 6 , si riferisce a “procedure” ; allo stesso modo l' art.40 D.I. 44
- ② L' ordinamento ammette la configurabilità di diverse procedure
- ③ La regola è la comparazione di diversi *curricula*
- ④ Possono essere previste alcune eccezioni con affidamenti *intuitu personae*.



Principi generali

- L'art.7, co.6, non prevede limiti di valore ai fini dell'effettuazione delle procedure comparative
- Ne consegue che in caso di "esperti esterni" **non rileva automaticamente il limite dei 2000 euro per l'affidamento diretto** (l'art. 34 del D.l. n. 44 del 2001)
- Non rilevano le soglie di cui al D.Lgs. 50/2016
- Ma se la legge si riferisce a “procedure”, usando il plurale, significa che alla P.A. è consentito di modulare l' esercizio della discrezionalità secondo criteri di ragionevolezza, efficacia e economicità



Ipotesi in cui si può prescindere dalla procedura comparativa

Circolare 2/2008 Funzione Pubblica:

In merito ai contratti con gli esperti esterni , va, tuttavia, precisato che per le collaborazioni meramente occasionali che si esauriscono in una sola azione o prestazione, caratterizzata da un rapporto *intuitu personae* che consente il raggiungimento del fine, e che comportano, per loro stessa natura, una spesa equiparabile ad un rimborso spese, quali ad esempio la partecipazione a convegni e seminari, la singola docenza, la traduzione di pubblicazioni e simili, **non è necessario l'utilizzo delle procedure comparative per la scelta del collaboratore.** (cfr. circolare n. 2/2008 citata), fermo restando il rispetto dei criteri e dei presupposti per il conferimento dell'incarico.

Necessità di prevedere la casistica nel regolamento di cui all'art.40 D.I. 44/2001



Il regolamento d' istituto

- distinguere le ipotesi in cui può procedersi all' affidamento intuitu personae alla luce della circolare n.2 del 2008 F.P, se del caso richiamando l' art.34 del D.I. n.44 del 2001
- Individuare delle ipotesi di somma urgenza per le quali, entro un certo importo, possa procedersi all' affidamento dell' incarico anche in relazione a ipotesi diverse da quelle contemplate nella circolare n.2 del 2008 F.P., se del caso richiamando l' art.34 del D.I. n.44 del 2001
- Stabilire i requisiti soggettivi di ordine generale (precedenti penali ecc.) e di carattere speciale
- Fissare i compensi massimi riconoscibili al collaboratore esterno
- Disciplinare le procedure di scelta del contraente e i criteri di scelta



L' avviso di selezione

- Costituisce la LEX SPECIALIS della procedura e ne declina le fasi: presentazione della candidatura, contenuto della domanda, termini ecc.
- Precisa che si tratta di una procedura comparativa di cui all' art.7, co.6, del D.Lgs n.165 del 2001
- Individua l' oggetto dell' incarico
- Fissa i requisiti soggettivi generali e professionali per la partecipazione alla procedura
- Stabilisce i criteri di valutazione dei curricula e di selezione del contraente
- Prevede la possibilità di ricorrere alle dichiarazioni sostitutive
- Prevede cause di esclusione dalla procedura e le conseguenze delle dichiarazioni non veritiere ai sensi degli artt.75 e 76 del D.P.R. n.445 del 2000
- Trattamento dati personali



Obblighi di pubblicazione

Sezione Amministrazione trasparente del sito - Sotto Sezione Collaboratori e Consulenti (da pubblicare tempestivamente in tabelle)

Incarichi/contratti con gli esperti esterni: (art.15 Dlgs 33/2013) estremi degli atti, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato.

Per ciascun titolare di incarico:

- Curriculum
 - Compenso
 - Attestazione verifica insussistenza situazioni di conflitto interesse
- sono condizioni per l'acquisizione dell'efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi. Le amministrazioni pubblicano e mantengono aggiornati sui rispettivi siti istituzionali gli elenchi dei propri consulenti indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico.
- **Durata pubblicazione: entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi**



Obblighi di pubblicazione

Cosa ha detto il Garante (Provvedimento 243/2014) sulla pubblicazione del Curriculum...

No a dati eccedenti nei curricula europei personali; avvertire prima gli interessati, oppure fornire preliminarmente un modello da seguire per la redazione....

- In tale prospettiva, sono pertinenti le informazioni riguardanti i titoli di studio e professionali, le esperienze lavorative (ad esempio, gli incarichi ricoperti), nonché ulteriori informazioni di carattere professionale (si pensi alle conoscenze linguistiche oppure alle competenze nell'uso delle tecnologie, come pure alla partecipazione a convegni e seminari oppure alla redazione di pubblicazioni da parte dell'interessato). Non devono formare invece oggetto di pubblicazione dati eccedenti, quali ad esempio i recapiti personali oppure il codice fiscale degli interessati, ciò anche al fine di ridurre il rischio di c.d. furti di identità.



La designazione del RSPP nelle scuole

L' art. 32, ai commi 8 e 9, del D.Lgs. 81/08, prevede:

“il datore di lavoro che non opta per lo svolgimento diretto dei compiti propri del servizio di prevenzione e protezione dei rischi designa il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, individuandolo tra:

- a) il personale interno all' unità scolastica in possesso dei requisiti di cui al presente articolo che si dichiara a tal fine disponibile;
- b) il personale interno ad una unità scolastica in possesso dei requisiti di cui al presente articolo che si dichiara disponibile ad operare in una pluralità di istituti.

9. In assenza di personale di cui alle lettere a) e b) del comma 8, gruppi di istituti possono avvalersi in maniera comune dell' opera di un unico esperto esterno, tramite stipula di apposita convenzione, in via prioritaria con gli enti locali proprietari degli edifici scolastici e, in via subordinata, con enti o istituti specializzati in materia di salute e sicurezza sul lavoro o con altro esperto esterno libero professionista.”



Incarichi a personale in quiescenza

L'art. 5 comma 9 del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 (come modificato dall'art. 6, comma 1, della legge n. 114 del 2014 e da ultimo dall' art. 17 comma 3 della legge n. 124 del 7 agosto 2015): **DIVIETO alle p.a. di cui all' art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2011 (comprese le scuole), di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza.**

In definitiva è stato introdotto che è fatto divieto per le amministrazioni pubbliche, ivi comprese le scuole, di conferire a ex lavoratori privati o pubblici collocati ora in quiescenza:

- Incarichi di studio e di consulenza
- Incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni



Incarichi a personale in quiescenza

L'art. 5 citato fa riferimento esclusivamente agli incarichi di studio e di consulenza.

Al fine di individuare quali incarichi le scuole possono ancora conferire ad ex dipendenti in quiescenza, occorre analizzare cosa si intende per incarichi di "studio" e "consulenza" (cfr. Deliberazione n. 6/CONTR/05 della Corte dei Conti del 15/02/2005: non in detta previsione le prestazioni professionali consistenti nella resa di servizi o adempimenti obbligatori per legge)

Art.17, co.3, Legge n.124/2015 consente incarichi gratuiti a personale in quiescenza



Incarichi a personale in quiescenza

Circolare Funzione Pubblica n. 6 del 4 dicembre 2014:

- **la nuova normativa si applica solo agli incarichi di studio e consulenza.**
- **tutte le ipotesi di incarico o collaborazione non rientranti nelle consulenze o negli incarichi di studio sono da ritenersi sottratte ai divieti di cui alla nuova disciplina.**
- **sono ammessi gli incarichi di docenza.** Peraltro, per evitare che il conferimento di un simile incarico consenta di aggirare i divieti esaminati, è necessario che si tratti di reali incarichi di docenza, in cui l'impegno didattico sia definito con precisione e il compenso sia commisurato all'attività didattica effettivamente svolta dal singolo destinatario dell'incarico.



Incarichi a personale in quiescenza

- Art.25 della legge n. 724 del 1994: al personale delle p.a. che cessa volontariamente dal servizio pur non avendo il requisito previsto per il pensionamento di vecchiaia dai rispettivi ordinamenti previdenziali ma che ha tuttavia il **requisito contributivo per l'ottenimento della pensione anticipata di anzianità previsto dai rispettivi ordinamenti**, non possono essere conferiti incarichi di consulenza, collaborazione, studio e ricerca da parte dell'amministrazione di provenienza o di amministrazioni con le quali ha avuto rapporti di lavoro o impiego nei cinque anni precedenti a quello della cessazione dal servizio. (norma richiamata nella Circolare FP 6/2014)
- La Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per l' Umbria, con la sentenza n. 235 del 2006 citata nel questo, ha precisato che il “divieto”, si riferisce anche agli incarichi di “collaborazione”.



Il regime delle incompatibilità



Art.98 Cost.

I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione



Art.53 del D.Lgs n.165/2001

- ❑ Estensione a tutti i dipendenti pubblici, contrattualizzati e non, della disciplina dettata dal D.P.R. N.3/1957 agli artt.60 e ss.
- ❑ Fatte salve le disposizioni speciali per personale scuola, conservatori, enti lirici, ssn, e per i dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale (per i quali soli è richiamata L. n.662 del 1996 e D.P.C.M. n.117/1989)



Divieti assoluti (tranne dipendenti tempo parziale)

Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina degli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (art.53, co.1, D.Lgs n.165/2001)

Vietati il commercio, l'industria, professioni impieghi alle dipendenze di privati, cariche in società costituite a fine di lucro

Consentite cariche in società o enti per le quali la nomina è riservata allo Stato e sia all'uopo intervenuta l'autorizzazione del Ministro competente



Incompatibilità: divieti assoluti

- **Esercizio del commercio e dell'industria:** ogni attività imprenditoriale, la partecipazione in qualità di socio a società di persone, con esclusione dei casi in cui la responsabilità del socio è limitata per legge o per atto costitutivo della società.
- **Esercizio di attività imprenditoriale:** il ricoprire la posizione di presidente o di amministratore delegato di società di capitali (società per azioni, società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni). Non costituisce, invece, esercizio di attività imprenditoriale il ricoprire la posizione di amministratore o di presidente di fondazioni o associazioni o di altri enti senza fini di lucro
- Non ci sono limiti alla partecipazione di un pubblico dipendente in società commerciali in qualità di mero socio di capitale (socio di SRL, azionista di SPA).



Interpretazione giurisprudenziale

“Il secondo impiego” deve presentare connotati di subordinazione, continuità (non saltuarietà) e professionalità, nonché un adeguato ritorno lucrativo.

L'ordinarietà dell'espletamento di tali attività dà luogo a decadenza.

Indice sintomatico della stabilità dell'attività extralavorativa è l'apertura della partita IVA: si cade nel regime dei divieti assoluti quando venga accertato l'effettivo utilizzo della stessa per attività autonome svolte con continuità e professionalità (eccezioni: L. n.662/1996).

La Cassazione ha più volte ribadito il divieto di iscrizione in albi professionali, salve le deroghe previste dalla legge



Attività extraistituzionali autorizzabili dopo la legge n.190 del 2012

Artt. 53, co. 2 - 9, D.Lgs 165/2001

Ratio: opportunità di consentire occasionali incarichi retribuiti quando questi non configurano stabili attività commerciali, industriali, professionali in costanza di rapporto e non si pongano in contrasto con i compiti istituzionali dell'ente di appartenenza.

La verifica in concreto su tali attività è rimessa al datore di lavoro, che spesso ha adottato regolamenti - guida o circolari interne auto-vincolanti sulle attività autorizzabili e sui parametri decisori in sede autorizzativa

La normativa fa testuale riferimento, ai fini autorizzatori, ai soli incarichi retribuiti



Parametri per valutare l' autorizzabilità

- a) Assenza di conflitti d' interesse, anche potenziali (art.53, co.5, 7 e 9 e art.7 D.P.R. n.62/2013) con la P.A. datrice di lavoro
- b) Occasionalità/saltuarietà della prestazione (valutabile secondo criteri di ripetitività, durata della prestazione. Non rientrano in tali parametri gli incarichi annualmente rinnovabili (che andranno autorizzati a ogni scadenza) e le collaborazioni continuativa purché compatibili con la regolarità del servizio, in relazione alla qualifica, funzioni e sede di servizio
- c) Materiale compatibilità dello specifico incarico con il rapporto d' impiego (ad es. concomitanza con l' orario di servizio)
- d) Potrebbe inoltre tenersi conto di alcuni profili soggettivi quali: la professionalità specifica desunta dalla notorietà scientifica del dipendente, la laboriosità del lavoratore, il numero di incarichi già autorizzati in precedenza (che non può superare il tempo lavoro subordinato) ecc.



Sono consentiti e svincolati da autorizzazione

- **I compensi derivanti (cfr comma 6 art. 53 citato):**
 - a) dalla collaborazione a giornali, riviste, enciclopedie e simili;
 - b) dalla utilizzazione economica da parte dell'autore o inventore di opere dell'ingegno e di invenzioni industriali;
 - c) dalla partecipazione a convegni e seminari;
 - d) da incarichi per i quali è corrisposto solo il rimborso delle spese documentate;
 - e) da incarichi per lo svolgimento dei quali il dipendente è posto in posizione di aspettativa, di comando o di fuori ruolo;
 - f) da incarichi conferiti dalle organizzazioni sindacali a dipendenti presso le stesse distaccati o in aspettativa non retribuita;
 - f-bis) da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica**



Dipendenti part time non superiore al 50%

Legge 23 dicembre 1996 n. 662, art. 1 comma 56 e seguenti consente lo svolgimento di attività libero-professionale ed attività di lavoro subordinato o autonomo.

In tali ipotesi, pertanto, il cumulo di rapporto lavorativo viene legislativamente consentito, con la conseguenza che, per i dipendenti in regime di tempo parziale, non superiore al 50% di quello a tempo pieno, le disposizioni di cui all'art. 53 del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, nonché quelle contenute in leggi o regolamenti che vietano l'iscrizione in albi professionali, risultano inapplicabili.

Va, tuttavia, precisato che ai sensi dell'art. 1, comma 58, della Legge n. 662/96, l'attività lavorativa subordinata, prestata in aggiunta a quella intercorrente con l'amministrazione scolastica, **non può, in alcun caso, essere costituita con altra amministrazione pubblica.**

In argomento, si è pronunciato anche il Dipartimento della Funzione Pubblica con parere del 15 dicembre 2005 n. 220/05



Personale ATA part time:

L'art. 58 comma 9 CCNL 2007 consente, previa autorizzazione del dirigente scolastico, l'esercizio di altre prestazioni che non arrechino pregiudizio alle esigenze di servizio e non siano incompatibili con le attività di Istituto della stessa Amministrazione. L'assunzione di altro lavoro, o la variazione della seconda attività da parte del dipendente con rapporto di lavoro a tempo parziale, deve essere comunicata al dirigente scolastico entro 15 giorni.



Personale docente

- **Personale docente part time:** Art. 39, co. 9, CCNL 2007: al personale docente con rapporto di lavoro a tempo parziale è consentito, previa motivata autorizzazione del dirigente scolastico, l'esercizio di altre prestazioni di lavoro che non arrechino pregiudizio alle esigenze di servizio e non siano incompatibili con le attività di Istituto.
- Art. 508, co. 15, D.Lgs n.297/94: al personale docente è consentito, previa autorizzazione del dirigente scolastico, l'esercizio della libera professione (a meno di espliciti divieti da parte delle specifiche normative sulle libere professioni, es. Nuova Legge sulla professione forense) a condizione che non sia di pregiudizio all'ordinato e completo assolvimento delle attività inerenti alla funzione docente e che risulti, comunque, coerente con l'insegnamento impartito.



Docenti e libera professione

L' autorizzazione per i docenti all' esercizio della libera professione

I presupposti richiesti dalla norma di cui all' art. 508 comma 15 citato sono quindi:

- a) esercizio di una libera professione; (cfr la legge 14 gennaio 2013, n. 4 con cui sono state disciplinate le professioni non regolamentate).
- b) l' autorizzazione del dirigente scolastico.

In giurisprudenza è stato affermato che il rilascio o il diniego di autorizzazione, ai sensi dell'art. 508 comma 15, d.lg. n. 297 del 1994, richiede che si valuti e conseguentemente si motivi la ricorrenza del presupposto della compatibilità con le attività inerenti alla funzione docente e con l'orario di insegnamento e di servizio, oltre che, a monte, sia verificata la natura libero – professionale dell'attività da espletare (cfr. TAR Campania 3 luglio 2012 n. 3163).



Poteri del dirigente scolastico

Il MIUR ha precisato che il dirigente "è tenuto a richiedere le informazioni che ritiene opportune in merito all'attività che l'interessato intende svolgere, proprio al fine di valutare se l'esercizio dell'attività medesima possa arrecare pregiudizio al rendimento della professione di docente, ovvero se sussistano situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi e in tal caso, lo stesso dirigente scolastico può negare l' autorizzazione" (cfr la Circolare n. 480 del 2015 del Consiglio nazionale degli ingegneri (CNI) sull' attività libero professionale dei docenti, diffusa a seguito delle risposte ottenute dalla direzione generale per il personale scolastico del MIUR).



Professione forense

Compatibilità con l' esercizio della professione forense

L' art. 3 del r.d.l. n. 1578 del 1933, richiamato dall' art. 1 della legge n. 339 del 2003, nel ritenere incompatibile la professione di avvocato con quella di pubblico dipendente, fa eccezione per «i professori degli istituti secondari dello Stato»; questi ultimi, pertanto, pur essendo dipendenti statali, non subiscono alcuna limitazione ai fini dell' esercizio della professione forense, non essendo neanche richiesta la trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro part time.

Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22623 dell' 8 novembre 2010, hanno esteso la possibilità di iscrizione all'albo degli avvocati anche ai docenti del primo grado di istruzione.



Nuova legge sulla professione forense (legge 247/2012)

L'esercizio della professione di avvocato é compatibile con l'insegnamento o la ricerca in materie giuridiche nell'università, nelle scuole secondarie pubbliche o private parificate e nelle istituzioni ed enti di ricerca e sperimentazione pubblici.

Quindi alla luce della nuova previsione la libera professione di avvocato é possibile solo per i docenti di scuola secondaria (e con ciò verrebbero travolti i principi affermati dalla Cassazione n. 22623 dell'8 novembre 2010) e che insegnano materie giuridiche. (cfr Cass, S.U. 28/10/2015 n. 21949)

Tuttavia, l'articolo 19 non si applica agli avvocati già iscritti agli albi alla data di entrata in vigore della legge n. 247/2012 (2 febbraio 2013), per i quali restano ferme le disposizioni dell'articolo 3, quarto comma, del regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578 sopra riportato. Pertanto, se il docente era già iscritto all'albo degli avvocati prima dell'entrata in vigore della legge n. 247, potrà continuare ad esercitare detta libera professione anche se non é docente di scuola secondaria e non insegna materie giuridiche.



Ambito di applicazione dell'attività dei professori avvocati

- Alcuni Uffici Scolastici Regionali (cfr. U.S.R. Sicilia, nota n. 6133 del 15 marzo 2010), hanno ritenuto che i docenti che esercitano anche la professione di avvocati non potrebbero patrocinare in cause in cui "è parte" una Pubblica Amministrazione, in quanto ciò sarebbe vietato dalla legge 662/1996.
- La giurisprudenza è contraria: ai sensi dell'art. 3 R.d.L 27 novembre 1933 n. 1578, per i professori di scuole secondarie, (e dopo la sentenza delle Sezioni Unite anche i docenti del primo ciclo di istruzione) , non si pongono limitazioni all'esercizio della professione forense, né limitazioni in ordine alla possibilità di assistere solo una determinata sfera di clientela e/o di affrontare solo determinate cause. (cfr. Tribunale di Chieti - Sentenza n. 508-2010; Tribunale di Foggia - Ordinanza del 20-07-2010; Tribunale di Lanciano - Ordinanza del 06-04-10).



Attività imprenditoriale agricola

Il pubblico dipendente può essere conduttore di un'azienda agricola di famiglia, di cui è proprietario, purché tale attività non richieda un impegno assiduo, incompatibile, come tale, con lo svolgimento del tempo pieno. (T.A.R. Potenza Basilicata 06 marzo 2003 n. 195)

In relazione alla compatibilità dello status di coltivatore diretto o di imprenditore agricolo a titolo principale con quello di impiegato la Corte di Cassazione ha affermato che la qualità di impiegato non è logicamente e giuridicamente incompatibile con quella di coltivatore diretto, soprattutto quando la modesta estensione del fondo non renda incompatibile in fatto la possibilità di esercitare una doppia attività e di utilizzare le residue energie lavorative (Cassazione civile , sez. III, 23 agosto 1985, n. 4520; Cassazione civile , sez. lav., 04 marzo 1980, n. 1455)

La compatibilità dell'attività di imprenditore agricolo deve essere valutata, quindi, caso per caso, in relazione alle modalità concrete nelle quali si concretizza.



Disclaimer

Queste diapositive sono il frutto della nostra personale riflessione e sono state create per l'attività indicata in premessa. Non sono di conseguenza una trattazione esaustiva sull'argomento e non possono altresì essere diffuse, riprodotte o citate al di fuori di questo contesto

Grazie per la comprensione