"I PROFILI GIURIDICI DELL'ASSOCIAZIONISMO"

a cura di ***Filippo Curcuruto*** *– Magistrato della Corte di Cassazione – Sezione Lavoro*

1.Se, come viene generalmente riconosciuto, la nuova riscrittura del titolo V della Cost. nell'affidare ai Comuni in linea di principio la funzione amministrativa porta a compimento linee di tendenza manifestatasi già all'inizio degli anni novanta con la legge 142/90 ed accentuate nel corso del decennio con la legge 59/97, le piccole realtà locali ricevono dai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza che devono presidiare l'esercizio di tali funzione un' ulteriore significativa spinta all'esercizio associato di esse, quando il loro svolgimento da parte del singolo ente non assicurerebbe risultati conformi a quelli voluti. Ed è in particolare l'adeguatezza ad venire in gioco come criterio che correla l'ambito in cui una funzione viene esercitata all'ambito territoriale più adeguato al suo svolgimento.

Fra le varie funzioni per le quali un tale esercizio appare possibile vi è quella concernente la gestione del personale. I problemi che essa, come in generale ogni altra forma di gestione associata, pone sono di varia natura e comprendono anche quello del quadro giuridico entro il quale essa può svolgersi. Si tratta peraltro di una questione che per la sua complessità non si presta ad essere affrontata nel breve spazio di una relazione. Si cercherà quindi di fornire le coordinate generali del problema, accennando a quelli che sembrano essere i punti di maggiore rilievo anche per la loro controvertibilità. E' opportuno avvertire che le riflessioni che seguono non possono giovarsi del confronto con soluzioni giurisprudenziali, non risultando per quanto consta decisioni dei giudici ordinari ossia ormai del giudice naturale del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni che abbiano affrontato questioni derivanti dall'esercizio

associato della gestione del personale. Questo peraltro potrebbe anche essere un segnale positivo, quantomeno nel senso che un tale modello non da vita di per se ad un contenzioso ulteriore rispetto a quello determinato dalle forme tradizionali di gestione.

2. Benché la gestione unitaria del personale debba essere inquadrata quale specie dell'amministrazione congiunta di una funzione o di un servizio pubblico, occorre mettere in rilievo una sua caratteristica essenziale che pare differenziarla dalle altre funzioni amministrative affidate all'ente locale. Nel gestire il rapporto di lavoro del proprio personale infatti l'ente non cura direttamente gli interessi pubblici che gli sono affidati ma il proprio stesso interesse organizzativo. Perciò quando la cura di tale interesse viene realizzata in forma associativa ed affidata comunque ad una struttura diversa da quella dello stesse ente datore di lavoro – sia nella forma dell'ufficio comune che mediante la delega di funzioni, come vedremo- si realizza una vicenda assimilabile a ciò che presso il datore di lavoro privato costituisce "esternalizzazione" di una o più delle attività non corrispondenti al c.d." core business". Sotto tale profilo si può quindi affermare che la gestione associata del personale, benché dovuta , come s'è detto, prevalentemente a ragioni dimensionali, esprime anche un modello particolarmente aggiornato (qualificazione dalla quale esula, però, qualsiasi giudizio di valore) di gestione del rapporto di lavoro.

Si tratta in ogni caso di un modello pienamente coerente con la scelta fondamentale della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro. Alla base di questa, fra le altre idee-guida, vi è anche quella secondo cui la gestione della propria organizzazione interna da parte della amministrazioni pubbliche non costituisce più esercizio di una funzione pubblica, il che tradotto nel linguaggio dell'impresa privata vuol dire che, almeno fino ad un certo punto e con talune eccezioni, gestire il rapporto di lavoro del personale è fatto relativamente indifferente rispetto alla "missione" delle singole amministrazioni.

3. Il principio di cooperazione degli enti locali trova collocazione nelle disposizioni generali d.lgs 18 agosto 2000, n 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) il cui art, 4 comma 4 stabilisce che la legge regionale indica i principi della cooperazioone dei comuni e delle province tra loro e con la regione. Le forme associative che consentono l'attuazione del principio sono previste nel cap V del tit. II che affida la possibilità di esercizio associato delle funzioni e dei servizi alla convenzione (art. 30) , ai consorzi(art.31) all'unione dei comuni(art.32). Ma vanno considerate anche la disposizioni in tema di comunità montane o isolane, contenute nel precedente capo IV, trattandosi in sostanza di un caso particolare di unione di comuni. Devono poi esser tenute presenti le disposizioni circa il conferimento di singole funzioni contenute nel d.lgs 31 marzo 1998, n. 112, emanato in attuazione della delega contenuta nella menzionata legge 59/97. Anche in tale testo, pure se con riferimento a particolari materie il criterio dell'esercizio in forma associata di funzioni amministrative come alternativa all'esercizio in forma singolare, trova riconoscimento esplicito(v. ad es. in relazione alle funzioni amministrative concernenti gli impianti produttivi, previste dall'art. 23 del testo in parola, il successivo art. 24).

Se la funzione delle forme associative menzionate è comune, dal punto di vista strutturale occorre distinguere la convenzione dagli altri strumenti di gestione associata. Diversamente da questa, essi, dal punto di vista giuridico danno vita a nuovi soggetti dotati anche di autonomia finanziaria. A ciò si accompagna anche, non infrequentemente, una notevole consistenza organizzativa e strutturale.

4. In materia di gestione associata del personale si ritiene generalmente che le forme più appropriate siano costituite dall'unione dei comuni e dalla convenzione.

4.1.L'unione dei comuni, già prevista dalla legge 142 del 1990, trova oggi base normativa nell'art. 32 del d.lgs 267/2000 che, fra l'altro, ne individua il presupposto in termini piuttosto ampi. Non vi sono infatti requisiti dimensionali e la regola della

continuità territoriale non ha carattere cogente, poiché solo "di norma" i comuni che danno vita all'unione debbono essere contermini. La scelta dell'Unione, che potrebbe avere carattere prodromico rispetto ad una futura fusione, esprime comunque un maggiore livello di integrazione sicché coerentemente la norma prevede che l'unione debba nascere per l'esercizio di un pluralità di funzioni. Ciò dovrebbe indurre ad escludere che essa possa avere per scopo la sola gestione dei rapporti di lavoro degli enti che la costituiscono. La disposizione in commento parla ora (diversamente dalle formulazioni precedenti) di sole "funzioni"e non anche di servizi. Ma si ritiene che il termine funzione abbia carattere omnicomprensivo, soprattutto in considerazione della regole sul bilancio dell'ente dove i servizi costituiscono una parte delle stesse funzioni. Del resto l'affidamento all'unione di una funzione è indirettamente contemplato dal cit.art. 32 ult. comma, laddove attribuisce all'unione "gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi si servizi ad esse affidati". Quale che sia il rispettivo ambito dei termini in questione, non sembra dubbio che la gestione del personale degli enti che si uniscono rientri nei compiti affidabili ex art. 32 , primo comma, in quanto "funzione".

Il procedimento dal quale nasce l'Unione, disciplinato dal comma 2 dell'art. 32, è relativamente complesso. Esso comporta uno statuto e un atto costitutivo approvati entrambi dai consigli comunali degli enti con le maggioranze richieste per le modifiche statutarie, il che si spiega nella prospettiva prodromica alla fusione cui si è accennato. La legge individua direttamente quale organo dell'Unione il Presidente, stabilendo che lo Statuto ne contenga la relativa previsione. Presuppone poi che vi siano altri organi e definisce il criterio generale per la loro formazione. Di rilievo è inoltre la previsione di una potestà regolamentare dell'unione sia per la disciplina della propria organizzazione che per quella delle funzioni affidatele, oltrechè dei rapporti finanziari con i comuni (art. 32 c. 3).

Come anticipato, è generalmente riconosciuto che l'Unione si configuri come un nuovo soggetto giuridico. Già in tal senso sembra deporre la formula di apertura del primo

comma dell'art. 32 secondo cui " "Le unioni di comuni sono enti locali costituiti da due o più comuni etc." Ma vanno considerate anche la capacità statutaria e, come detto, la presenza di organi propri.

In questo quadro, come è stato sottolineato, si inserisce agevolmente la possibilità per l'unione di dar vita a rapporti di lavoro assumendo direttamente il proprio personale come ogni altro ente locale. In alternativa è da ritenere possibile la temporanea assegnazione all'unione di personale degli enti che ne fanno parte. Di ciò hanno preso atto le parti collettive, regolando con clausole ad hoc sia il rapporto fra l'unione e i propri dipendenti che quello del personale temporaneamente assegnato. (v. art. 13 del ccnl Regioni e Autonomie locali, per il quadriennio normativo 2002-2005 e il biennio economico 2002-2003).

4.2.La convenzione consiste sostanzialmente in un accordo fra gli enti interessati il cui contenuto necessario è rappresentato dalla individuazione del fine, dalla durata, dalla disciplina dei rapporti finanziarie e dai reciproci obblighi e garanzie dei contraenti, dalle forme di consultazione dei contraenti. L'accordo presuppone l'autorizzazione e l'approvazione dei consigli interessati, mediante apposita delibera.

Ciò detto in generale, occorre aggiungere che per quanto attiene ai profili di gestione del personale gli accordi assumono inevitabilmente un contenuto più ampio. In entrambe le ipotesi delle quali si dirà fra breve, (e cioè tanto nel caso di delega di funzioni ad un ufficio degli enti associati quanto nel caso di creazione di un ufficio comune) occorre infatti che dell'attività delegata ad uno degli enti o affidata all'ufficio comune vengano fissati i criteri, ossia che vengano fissati gli obiettivi e gli indirizzi gestionali ,e prima ancora che vengano fissati i limiti di tale gestione, la quale ad es. potrebbe riguardare non tutte ma alcune delle vicende tipiche del rapporto di lavoro (quali la fase selettiva o quella degli aspetti legati allo stato di salute del lavoratore) .

Come sottolineato, lo strumento convenzionale consente la gestione associata ma non crea una struttura separata da quelle dei contraenti. Questi mantengono integre le loro

prerogative e la loro identità e soprattutto restano titolari della funzione delegata. L'elemento organizzativo si presenta ridotto a termini essenziali, con relativi vantaggi in termini di semplicità e di flessibilità, ma a tale basso livello di integrazione corrisponde un alto grado stiondi flessibilità e ciò spiega perché la convenzione come generalmente riconosciuto,costituisca lo strumento cui si fa ricorso più frequentemente nella gestione associata.

La convenzione non è generalmente ritenuta espressione di attività contrattuale degli enti ma è riconducibile agli accordi fra pubbliche amministrazioni prevista dalla legge 214/90, con la conseguente applicabilità della regola sulla forma scritta, e dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, ma nel limite della compatibilità, ae, infine, con la devoluzione al giudice amministrativo delle relative controversie (art. stione del personale 11 della legg. 241/90 cit.).

L'ampia formula utilizzata dall'art. 30 del d.lgs 267/200, con il riferimento a "funzioni e servizi determinati" fa ritenere che oggetto di convenzione possano essere tutte le attività di competenza dell'ente. Convenzioni con oggetto specifico sono inoltre contemplata da numerose disposizioni di legge. Si tratta di casi particolari fra i quali per l'interesse che rivestono ai fini del nostro tema vanno segnalate le convenzioni concernenti i segretari comunali (ex art. 98, comma 3 del d.lgs 267/2000) il direttore generale (art. 108) l'ufficio del contenzioso del lavoro (art. 12 del d.lgs 165/2001).

5.All'interno del modello di gestione in convenzione sono configurabili sulla base del diritto positivo due sottomodelli alternativi. L'art. 4 del d.lgs 267/2000 stabilisce infatti nel quarto comma che le convenzioni possano prevedere la costituzione di un ufficio comune o la delega di funzioni, da parte degli enti partecipanti all'accordo, ad uno di essi. Pur nella relativa semplicità del modello convenzionale si tratta come è evidente enti partecipanti di alternative con un diverso grado di complessità strutturale, maggiore nel primo caso.

Per l'ufficio comune l'indicazione normativa dalla quale prendere le mosse è che, come dispone il cit. art. 4, ad esso è possibile "affidare l'esercizio delle funzioni pubbliche in luogo degli enti partecipanti all'accordo". Se ne desume che l'ufficio, nell'ambito dell'oggetto della convenzione e secondo la disciplina da essa prevista, esercita la stessa attività che dovrebbe essere realizzata da ciascuno degli enti partecipanti, avvertendosi però che ciò deve avvenire nel rispetto degli indirizzi forniti da ciascuno di tali enti. La conclusione è che esso può esser visto come un ufficio appartenente a ciascuno degli enti associati.

Nell'ipotesi di delega di funzioni si attribuisce invece ad determinato ufficio di uno degli enti il compito di operare " in luogo e per conto degli enti deleganti". Ciò vuol dire essenzialmente che l'ufficio, restando una struttura dell'ente delegato risponde direttamente a questo e non ha un rapporto diretto con gli enti deleganti.

Oltrechè la diversa complessità organizzativa, dei due modelli è stata anche messa in rilievo il diverso modo in cui in ciascuno di essi si configura il rapporto fra i vari enti convenzionati e il responsabile dell'ufficio. Questi nel caso dell'ufficio comune risponderebbe agli organi politici di ciascuno degli enti mentre nel caso della delega risponderebbe solo agli organi elettivi del proprio ente.

Tuttavia, sul piano pratico le diversità sono probabilmente meno nette di quanto non si pensi, ove si consideri che tanto nel primo (delega di funzione) quanto nel secondo caso(ufficio comune) è opportuna la individuazione di un cosiddetto "comune capofila"alla cui autorità politica il responsabile dell'ufficio associato finisce con il dover rispondere.

6.Dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico inoltre il problema degli effetti giuridici degli atti posti in essere dall'ufficio, tanto nella gestione comune che in quella per delega, viene configurato in termini analoghi, ossia con il ricorso allo schema civilistico del mandato, nell'alternativa del mandato con o senza rappresentanza.

A sostegno della prima soluzione viene utilizzato anzitutto, quale premessa, il riferimento contenuto nel più volte cit.comma 4 dell'art. 30, all'operare " in luogo", che caratterizza l'agire tanto dell'ufficio comune quanto dell'ente delegato. Tale espressione linguistica viene considerata equivalente all'"agire in nome", che nell'art. . 1704 c.c. è presupposto per il richiamo della disciplina della rappresentanza.

Da tali premesse deriva che gli effetti giuridici dell'atto ricadono sul mandante con la conseguenza che è questi a dover rispondere verso i terzi, terzi che nel caso dei rapporti di lavoro, sono i dipendenti dell'ente associato. I problemi interni al rapporto fra mandante e mandatario vengono invece risolti attraverso i meccanismi con i quali il mandante può far valere la responsabilità del mandatario nei propri confronti.

Sotto questo profilo peraltro emergono differenze rilevanti fra i due modelli di gestione, poiché mentre nel caso della delega di funzione la diversità fra i due soggetti consente l'attivazione della responsabilità dell'ente delegato, l'assenza, nel caso dell'ufficio comune, di un soggetto diverso dagli associati conduce alle conseguenze opposte.

Opportunamente viene notato che una diversa soluzione non potrebbe essere ipotizzata coinvolgendo eventualmente il cd comune capofila, del quale si è parlato in precedenza, poiché la sua individuazione anche nel caso dell'ufficio comune risponde ad esigenze pratiche ma non altera i termini dell'imputazione degli atti e delle inerenti responsabilità.

La seconda soluzione muove da premesse opposte, perché nell'agire " in luogo" valorizza proprio l'assenza di una esplicita spendita del nome.

Essa argomenta quindi, coerentemente, che nel caso di delega di funzioni gli effetti giuridici si determinano in capo all'ente delegato (che coincide con il Comune "capofila") mentre nel caso dell'ufficio comune, proprio per la assenza di un autonomo soggetto giuridico, vanno imputati direttamente allo stesso delegante. Il che equivale a dire che nel caso dell'ufficio comune non può in realtà parlarsi di un vero e proprio mandatario. Anche in tale prospettiva la soluzione dei problemi "interni" è affidata alle

regole del rapporto di mandato. Le quali ovviamente potrebbero essere invocate nel solo caso di delega di funzioni ma non nell'altro, sempre per la ragione che l'ufficio comune non costituirebbe struttura separata e distinta dagli enti che lo hanno costituito.
Senza poter qui approfondire i termini della questione, può osservarsi che anche nel caso di delega di funzioni l'attribuzione degli effetti dell'atto direttamente all'ente delegante è la soluzione più coerente con la indiscussa permanenza in capo a questi della titolarità dei rapporti di lavoro. D'altra parte la premessa che in tal caso non vi sarebbe spendita del nome dell'ente è sostanzialmente smentita alla stregua di un dato di realtà sociale, essendo agevolmente percepibile dai terzi interessati, come è stato rilevato, che l'agire dell'ente delegato è chiaramente orientato alla cura di un interesse che fa capo ad altri e non a se stesso.

7. La gestione associata, qualunque ne sia l'oggetto, presuppone ovviamente la utilizzazione di personale. Quindi si pone anche il problema di gestione del relativo rapporto di lavoro, in particolare nel caso del cd ufficio comune. Per la provvista del personale da destinare a tale ufficio le forme cui si può fare riferimento sono quelle del distacco o della utilizzazione parziale, del resto disciplinate anche dall'autonomia collettiva (v. art. 14 del cit. contratto collettivo Regioni- Autonomie locali).D'altra parte l'assenza di autonoma soggettività dell'ufficio non sembra consentire altra alternativa. Sul piano tecnico, forse, non si potrebbe neppure parlare di distacco o comando non essendovi un soggetto presso il quale il dipendente viene distaccato o comandato. Si è probabilmente in presenza di un legittimo esercizio del potere di conformazione da parte del datore di lavoro, che dispone per l'espletamento della prestazione presso quella che, sotto tale profilo, si potrebbe considerare una sua articolazione. Al riguardo è stato opportunamente suggerito il ricorso ad un modello organizzativo dove la utilizzazione da parte della struttura associata (ufficio comune o ufficio unico) si realizzi in termini

solo funzionali senza spostamento di sede del dipendente. Il che accentua proprio il profilo, cui s'è accennato, di mera modalità di conformazione della prestazione. Ad ogni modo, se si vuole parlare di comando o distacco, va messa in luce la presenza di un interesse del soggetto distaccante, che costituisce il presupposto perché si possa chiedere al dipendente di eseguire la propria prestazione in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro. dipendenza funzionale del distaccato dal dirigente dell'ufficio comune senza .

Sebbene la titolarità del rapporto del personale "distaccato" o comunque addetto alla struttura associata resti in capo al soggetto distaccante, la gestione di tale rapporto può comportare problemi non indifferenti, come sempre quando la situazione formale si allontana da quella reale e concreta. A titolo di suggerimento potrebbe distinguersi la gestione quotidiana o ordinaria, affidata alla responsabilità del capo della struttura presso la quale il dipendente è chiamato a prestare servizio e quella concernente i momenti essenziali della vita lavorativa (passaggi fondamentali di carriera, profili disciplinari) per la quale le decisioni restano nella competenza del soggetto titolare del rapporto.

8.Quanto poi ai rapporti di lavoro che formano oggetto della gestione associata va ricordata anzitutto l'esigenza accennata sopra, che gli enti che vi partecipano forniscano gli indirizzi in base lungo i quali essa dovrà muoversi. Va poi ricordato che, come pure sé detto, a seconda dell'accordo fra gli enti interessati tale gestione può comprendere anche solo una parte delle vicende tipiche del rapporto stesso. In ogni caso, una volta determinato quali ambiti spettino alla gestione associata, tutti gli atti gestori riconducibili a tale ambito spettano alla gestione stessa.

I problemi di imputazione degli atti di gestione dei rapporti di lavoro, tema che i limiti di questa relazione consentono solo di sfiorare, essi vanno risolti secondo le indicazioni generali fornite in precedenza, considerando l'ormai accertato carattere privatistico di tali atti.

Infine, non può esservi dubbio anche per la chiara indicazione normativa emergente dall'art. 12 del d.lgs 165/2001, che la gestione associata debba comprendere anche la gestione del contenzioso e che la difesa nel giudizio di primo grado ex art. 417 bis c.p.c.possa essere assicurata mediante il dipendente addetto all'ufficio comune.

Ad una conclusione analoga dovrebbe pervenirsi anche con riferimento all'ufficio per i procedimenti disciplinari ex art. 55 comma 4 del cit. d.lgs 165/2001. Ancorché la norma imponga a ciascuna amministrazione la individuazione dell'ufficio, il rinvio ai singoli ordinamenti consente di recuperare la previsioni specifiche circa la forma convenzionale di gestione contenute nel d.lgs 167/2000.