

I vincoli degli enti locali e il loro riflesso sulla tenuta e lo sviluppo dei servizi educativi per la prima infanzia

Mauro Francia – Comune di Modena

I problemi che oggi devono affrontare i Comuni per conservare la gestione diretta e indiretta sono molteplici e complessi. Le limitazioni maggiori derivano dalla carenza di risorse, tema sul quale, tuttavia, non si intende soffermarsi in questa sede.

Altro tema è la difficoltà di utilizzare forme di gestione indiretta che non sia l'appalto o concessione, in quanto le norme inerenti le altre varie modalità di gestione (Fondazioni, Istituzioni, Aziende speciali, ASP, ecc.) sono confuse, soggette a repentine modifiche nell'interpretazione della magistratura amministrativa/contabile e a continue modifiche del quadro legislativo stesso. Anche questo aspetto non sarà trattato in questa sede. L'attuale orientamento della Corte dei Conti è di dare portata generale (comprendendo anche le Fondazioni) al comma 6 dell'art. 9 del DL 95/2012 (trasformato in L. 135/2012) che inibisce ai Comuni l'istituzione di nuovi organismi strumentali – comunque denominati – per esercitare funzioni fondamentali ai sensi dell'art. 118 della Costituzione, anche se lascia sopravvivere quegli organismi che gestiscono servizi socio-assistenziali, educativi e culturali (comma 1 bis).

Si intende, invece, soffermarsi solo sulle difficoltà – soprattutto dei Comuni superiori a 5.000 abitanti soggetti al Patto di stabilità - legate a mantenere la gestione diretta dei servizi educativi 0 – 6 anni. Tali difficoltà derivano in parte dalla evidente volontà del legislatore di indurre i Comuni a dismettere la gestione diretta, ma anche dal fatto che le limitazioni in tal senso poste hanno indotto ulteriori restrizioni, forse non volute né probabilmente valutate.

Per avviare la riflessione da tempi recenti, si può ricordare come il “Patto di stabilità interna”, approvato con legge 30/7/2010 n. 122, stabilisse (art. 14, comma 9) che si «possa procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente». In pratica: ogni 5 dimessi, solo 1 poteva essere sostituito con altro di ruolo.

Con la legge 44/2012 di conversione del DL 16/2012 si è tuttavia stabilito che il tetto al valore delle assunzioni sia aumentato, per i Comuni soggetti al Patto di stabilità al 40% e che, per l'istruzione pubblica, vigili e i servizi sociali, tale valore sia conteggiato solo per il 50%. In pratica – se non si intaccano le possibilità di sostituzione negli altri servizi comunali - si limitano le assunzioni di nuovo personale nei nidi e scuole d'infanzia comunali all'80% delle dimissioni registrate nell'anno precedente. È un miglioramento rispetto al precedente testo, ma col tempo – per questa via - obbligano i Comuni a dismettere progressivamente i propri servizi.

Il medesimo decreto fissa poi che, per il 2013, le assunzioni flessibili (quindi anche il personale dipendente a tempo determinato) sempre per scuole e nidi, possano superare il 50% del costo affrontato nel 2009 (che era il pesantissimo blocco in vigore

in precedenza), ma non possano superarne il 100%, creando, comunque, in tal modo un ennesimo vincolo.

Vari altri problemi derivano, poi, dalla applicazione del D.lgs 368/2001 anche ai nidi e scuole d'infanzia comunali. Il punto di partenza è la direttiva CE 1999/70 che fissa alcuni obblighi per gli stati aderenti all'Unione in merito alla tutela dei lavoratori.

La direttiva viene applicata nel nostro Paese con il D.lgs 368/2001. Il decreto prevede varie cose che interessano i servizi educativi comunali, fra cui il divieto di riassumere un addetto prima di 20 o 30 gg dall'ultimo contratto (a seconda se l'ultimo contratto applicato fosse inferiore o superiore a 6 mesi), il divieto di assumere un lavoratore a tempo determinato per oltre 36 mesi, l'obbligo di assumere lavoratori a tempo determinato esclusivamente per esigenze eccezionali e temporanee..

Il successivo D.lgs 165/2001, tuttavia, introduce – all'art. 70 - una deroga al “368” per quanto concerne «il personale della scuola di cui al decreto 16 aprile 1994 n. 297», cioè la scuola statale.

Nel 2008, il Dipartimento Funzione pubblica emana una nota interpretativa della norma del D.lgs 165 (parere 56/08 del 26/11/2008), valutando che – per i principi di eguaglianza, pari opportunità, ecc. - la deroga debba estendersi anche ai servizi educativi dei comuni.

Con la nota sentenza del Tribunale di Genova del 2010, lo Stato viene condannato per avere evaso gli obblighi derivanti dal D.lgs 368 (ha assunto per anni insegnanti con incarico annuale senza passarli nella posizione di ruolo) che, in quanto applicativa di una direttiva CE, era vincolante per lo Stato italiano: il D.lgs 165, sul punto della deroga concessa alla scuola statale, va dunque - secondo i giudici - “disapplicato”. Sono seguite varie condanne dello Stato su procedimenti intentati da docenti della scuola statale con incarico annuale.

Anche vari Comuni hanno subito condanne per non avere applicato il dettato del D.lgs 368: in varie sentenze di condanna si può leggere che la circolare ministeriale del 2008 non ha alcun valore, in quanto contraria ad una legge (che peraltro – anche nel caso dello Stato - viene comunque disapplicata). Se la difesa dello Stato nei processi si basava, infatti, su una norma di legge, quella dei Comuni era totalmente riposta in una circolare ministeriale.

A fronte degli esiti letali per il bilancio statale dell'estendersi del contenzioso delle decine di migliaia di supplenti, il DL 70/2011 introduce nel corpo del D.lgs 368/2001 il comma “4 bis” all'art 10, col quale si ribadisce la deroga della “scuola” rispetto alle norme restrittive del 368. Il Dipartimento della Funzione Pubblica – con nota 37562 del 19/9/2012, da valutarsi, comunque, positivamente – ripete quasi pedissequamente la precedente nota del 2008, ma agganciandola al nuovo comma “4 bis”. La circolare fornisce una interpretazione favorevole alle richieste dell'ANCI, ma – già in una nota precedente emessa dall'ANCI - si paventava che potesse risultare insufficiente a risolvere i problemi dei Comuni. Vanno, infatti, svolte le seguenti considerazioni:

- i tribunali hanno quasi sempre considerato di valore nullo le circolari ministeriali interpretative, che vengono ritenute alla stregua di un mero parere;

- anche applicando la circolare ministeriale non si risolve, comunque, con certezza il problema dei nidi, che non sono scuola (anche il nuovo “bilancio armonizzato”, disciplinato con la recente legge del 2011, li continua a collocare nell'assistenza);
- l'unico ricorso fino ad ora pervenuto in Cassazione pare smentire la validità della circolare ministeriale.

Vale la pena soffermarsi su questa sentenza della sezione lavoro della Cassazione (la n. 10127 del 20/6/2012), anche per l'effetto “orientativo” che la stessa avrà nei confronti del complesso della magistratura. La sentenza accoglie il ricorso dello Stato contro la condanna subita nel grado precedente sulla richiesta di danni di insegnanti con incarico annuale ripetuto per molti anni, ritenendo che la deroga al D.lgs 368 (quindi alla normativa CE) sia giustificata da due ragioni: il Ministero della P.I. non conosce mai con certezza il numero degli alunni che effettivamente si iscriveranno alle varie scuole e, quindi, deve potere avere una certa elasticità nel prevedere organici con contratti di lavoro flessibili; inoltre, il ricorso ad incarichi annuali anche per lunghi periodi – secondo la Corte - può giustificare la deroga alla normativa CE in quanto «bilanciata ampiamente da una sostanziale e garantita immissione in ruolo, che, per gli altri dipendenti del pubblico impiego è ottenibile solo attraverso concorso». Né la prima né la seconda delle condizioni utilizzate dalla Corte per respingere le condanne allo Stato valgono per i Comuni, che, anzi, immettono appunto in ruolo solo «attraverso concorso».

La Cassazione dice, però, anche altro. Innanzitutto afferma che l'art. “4 bis” non è una innovazione normativa : si legge, infatti, nella sentenza che tale articolo aggiunto «non ha comportato alcuna innovazione e risponde piuttosto all'esigenza di ribadire» la normativa precedente. Se non è una innovazione, allora resta in vigore tutto il ragionamento fatto dai tribunali prima del nuovo articolo, che hanno quasi sempre condannato i Comuni nelle cause di lavoratori che lamentavano il mancato rispetto della 368.

La seconda osservazione della Corte è che tale «evidenziata specialità» della scuola di Stato non si può estendere «a tutti i restanti settori della pubblica amministrazione», che ovviamente comprende anche i Comuni.

Per mettere al riparo – almeno parzialmente i Comuni dagli strali della magistratura, il Parlamento ha approvato (vedere la norma) l'estensione per via legislativa del comma. “4 bis” dell'art. 10 del “368” anche a «asili nido e scuole d'infanzia degli enti comunali.

La Magistratura è, tuttavia, più rapida del legislatore e già la Corte Costituzionale – con ordinanza del 3/7/2013, la n. 207/2013, su sollecitazione dei Tribunali di Roma e Lamezia – ha interrogato la Corte di Giustizia CE per averne il giudizio in merito alla compatibilità con le regole europee della regolamentazione derivante dal testo in vigore del “368”. La Corte Europea potrebbe cassare in blocco le deroghe introdotte in Italia (con conseguenze drammatiche sul bilancio nazionale), oppure potrebbe riconoscerne la validità in motivate occasioni (e – si è visto dall'orientamento della Cassazione – con scarse speranze per i servizi dei comuni); potrebbe anche promuovere tutte le deroghe in vigore e questo darebbe un certo respiro alle gestioni comunali.

Vi sono anche altre problematiche. Si consideri, ad esempio, che la c.d. “Legge Fornero” (L. 92/2012) al comma 7, art. 1, stabilisce che «le disposizioni della presente legge (...) costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.lgs 165...», che comprende anche i Comuni.

Se, dunque, il “368” si applica anche ai Comuni, allora dal 1° settembre 2012 era possibile dare incarichi a personale turnista solo dopo 60 (in caso l'ultimo incarico arrivi fino a 6 mesi) o 90 giorni (in caso l'ultimo incarico superi i 6 mesi). Con un accordo collettivo di lavoro, pareva possibile ridurre tali termini di nuovo a 20 o 30 giorni (cifra il parere espresso Dipartimento Funzione Pubblica con nota n. 38845 P-4.1.7.4 del 28/9/2012), ora superato dall'art. ... l. ... Tuttavia il dovere attendere almeno 20 giorni per reincaricare un addetto che ha svolto una sostituzione rende comunque estremamente difficile assicurarle con regolarità, soprattutto nelle scuole d'infanzia, ove in diverse situazioni si registra carenza nell'offerta di personale abilitato e disponibile a svolgere supplenze.

Mentre resta in dubbio il nodo del superamento dei 36 mesi di incarico (anche in un arco lunghissimo di tempo) da parte del personale con incarico a tempo determinato, ancora irrisolto rimane l'altro tema conseguente al divieto di assegnare incarichi su posto vacante .

Questo quadro, in continua evoluzione normativa e giurisprudenziale, va, poi, inserito nel contesto caratterizzato dall'art. 36 del D.lgs n. 165 del 2001 che già fissava come le assunzioni di addetti con incarichi a tempo determinato (come sono gli incarichi annuali a educatrici, insegnanti e collaboratrici, anche se tramite interinale) fossero legittime esclusivamente «per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» (comma 2): un posto di ruolo rimasto vacante potrebbe, dunque, essere coperto solo con personale assunto a tempo indeterminato.

L'articolo è stato recentemente emendato anche con il comma 5, che prevede come, «ferma ogni responsabilità e sanzione», per ogni danno cui sia chiamato a far fronte il Comune «le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili (...). Di tali violazioni si terrà conto anche in sede di valutazione dell'operato del dirigente». Cioè, anche volendolo, il Comune non potrebbe scegliere di violare le norme, considerando che la responsabilità resta in capo ai dirigenti, che rispondono in proprio. Va aggiunto che anche la Corte dei Conti si è recentemente espressa nel senso di confermare la piena responsabilità del Dirigente negli atti adottati, anche se conformi a direttive dell'ente di appartenenza.

Ulteriori problemi potrebbero, poi, derivare dall'art. 14, comma 8, del recentissimo DL 6/7/2012 n. 95 che prevede un decreto (da emanarsi entro il 31/12/2012) col quale si fissino i «parametri di virtuosità per le dotazioni organiche degli enti locali, tenendo prioritariamente conto del rapporto tra dipendenti e popolazione residente»; chi supererà tale valore del 20% rispetto alla media non potrà «effettuare assunzioni a qualsiasi titolo»; per chi superi la media del 40% è previsto l'obbligo di ridurre il numero. È evidente che i Comuni che gestiscono in economia nidi e scuole d'infanzia (e magari piscine, case albergo, ecc.) sono candidati probabili al supero di detti limiti, , obbligandoli di fatto ad esternalizzare i servizi. Questo problema è poco sentito – e,

quindi, dibattuto - a livello nazionale perché le realtà comunali con una elevata presenza di scuole dell'infanzia e nidi a gestione diretta sono poche.

Avendo di certo tralasciato molte questioni, questo è l'incertissimo quadro che caratterizza la normativa del personale nei servizi a gestione diretta comunale in questo inizio di agosto 2013.