

# COMUNE DISSESTATO ED INQUADRAMENTO IN CATEGORIA “D – LED”

## Il fatto

Il Comune che formula il quesito veniva dichiarato in dissesto finanziario sulla base del decreto legge 2 marzo 1989 n. 66. In ottemperanza all'articolo 25 della predetta disposizione di legge, avviato il piano di risanamento, in data 23.12.93 veniva approvata la nuova pianta organica. Sulla base dell'articolo 26 della medesima disposizione di legge, comma 6, per la durata di quattro anni dall'approvazione della nuova pianta organica, veniva fatto divieto alle amministrazioni di apportare modifiche alla stessa.

In realtà con delibera n. xxxxx del xx.xx.xxxx erano attribuite due posizioni di livello economico differenziato (LED) a due dipendenti inquadrati nel livello sesto.

Sempre in data xx.xx.xxxx, la Giunta adottava ulteriori deliberazioni riferite alla contrattazione precedente (dal 1983 in poi) e quindi con successive procedure, in data xx.xx.xxxx i predetti dipendenti erano inquadrati sempre nel livello economico distinto (LED) nel settimo livello funzionale. Era inoltre attribuita agli stessi l'indennità prevista dall'articolo 36 commi 4 e 5 del DPR n. 333/1990. Nella pianta organica però non sussistevano le posizioni di settima categoria LED. Con deliberazione del xx.xx.xxxx era attribuita ai tre dipendenti, sulla base del CCNL 31.03.1999 la categoria “D LED” sebbene nella pianta organica non sussistessero le relative posizioni. In forza di un tanto, i predetti dipendenti con delibera n. 64 del 04.06.1999 erano collocati nell'area D – inquadramento economico D-2 del nuovo CCNL.

## Il quesito

Il quesito posto si sostanzia nel verificare se la trasformazione delle posizioni da sesto LED a settimo LED equivale a mutamento della pianta organica e se, in caso affermativo, esso poteva essere operato nella vigenza del piano di risanamento; si chiede inoltre se l'attribuzione della categoria possa essere effettuata con effetto retroattivo e se con tale criterio possa infine essere applicato il beneficio di cui all'articolo 36, comma 1, del CCNL 06.07.1995.

### 1. Il quadro normativo

Dobbiamo innanzitutto verificare cosa si intenda per pianta organica e quali siano i limiti organizzativi dell'ente locale entro i quali avviene la concreta gestione del rapporto di lavoro. Stabilisce l'articolo 6 della legge n. 165/2001 testo unico sull'impiego pubblico:

*(Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche).*

1. *Nelle amministrazioni pubbliche l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate all'articolo 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 9. Le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale.*

2. *Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, si applica l'articolo 17, comma 4-bis, della legge 23 agosto 1988, n. 400. La distribuzione del personale dei diversi livelli o qualifiche previsti dalla dotazione organica può essere modificata con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del ministro competente di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, ove comporti riduzioni di spesa o comunque non incrementi la spesa complessiva riferita al personale*

*effettivamente in servizio al 31 dicembre dell'anno precedente.*  
6. *Le amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo non possono assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette.*

Questa prima definizione generale, soprattutto in riferimento al secondo comma, pare riferirsi non solo al numero complessivo dei dipendenti, ma pure al loro livello di inquadramento.

In maniera più specifica rispetto al tema trattato interviene il testo unico sugli enti locali, il quale all'articolo 89 individua i termini fondamentali per l'organizzazione degli uffici e dei servizi nell'ente locale. Vi si legge:.

1. *“Gli enti locali disciplinano, con propri regolamenti, in conformità allo statuto, l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, in base a criteri di autonomia, funzionalità ed economicità di gestione e secondo principi di professionalità e responsabilità.*
2. *La potestà regolamentare degli enti locali si esercita, tenendo conto di quanto demandato alla contrattazione collettiva nazionale, nelle seguenti materie:*
  - a) *responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative;*
  - b) *organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi;*
  - c) *principi fondamentali di organizzazione degli uffici;*
  - d) *procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro;*
  - e) *ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva;*
  - f) *garanzia della libertà di insegnamento ed autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica scientifica e di ricerca;*
  - g) *disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra impiego nelle pubbliche amministrazioni ed altre attività e casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.*
3. *I regolamenti di cui al comma 1, nella definizione delle procedure per le assunzioni, fanno riferimento ai principi fissati dall'art. 36 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni ed integrazioni.*
4. *In mancanza di disciplina regolamentare sull'ordinamento degli uffici e dei servizi o per la parte non disciplinata dalla stessa, si applica la procedura di reclutamento prevista dal decreto del Presidente della Repubblica 9 maggio 1994, n. 487.*
5. *Gli enti locali, nel rispetto dei principi fissati dal presente testo unico, provvedono alla rideterminazione delle proprie dotazioni organiche, nonchè all'organizzazione e gestione del personale nell'ambito della propria autonomia normativa ed organizzativa con i soli limiti derivanti dalle proprie capacità di bilancio e dalle esigenze di esercizio delle funzioni, dei servizi e dei compiti loro attribuiti. Restano salve le disposizioni dettate dalla normativa concernente gli enti locali dissestati e strutturalmente deficitari.*
6. *Nell'ambito delle leggi, nonchè dei regolamenti di cui al comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dai soggetti preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.*

Anche in questo caso, traspare dall'assetto complessivo della norma la stretta connessione tra dotazione organica e ripartizione per categorie e qualifiche, e ciò anche in relazione al successivo articolo 91 del testo unico, che così stabilisce:

2. *“1. Gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi di funzionalità e di ottimizzazione delle risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio. Gli organi di vertice delle amministrazioni locali sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale, comprensivo delle unità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, finalizzata alla riduzione programmata delle spese del*

personale.

2. *Gli enti locali, ai quali non si applicano discipline autorizzatorie delle assunzioni, programmano le proprie politiche di assunzioni adeguandosi ai principi di riduzione complessiva della spesa di personale, in particolare per nuove assunzioni, di cui ai commi 2-bis, 3, 3-bis e 3-ter dell'art. 39 del decreto legislativo 27 dicembre 1997, n. 449, per quanto applicabili, realizzabili anche mediante l'incremento della quota di personale ad orario ridotto o con altre tipologie contrattuali flessibili nel quadro delle assunzioni compatibili con gli obiettivi della programmazione e giustificate dai processi di riordino o di trasferimento di funzioni e competenze.*

3. *Gli enti locali che non versino nelle situazioni strutturalmente deficitarie possono prevedere concorsi interamente riservati al personale dipendente, solo in relazione a particolari profili o figure professionali caratterizzati da una professionalità acquisita esclusivamente all'interno dell'ente.*

4. *Per gli enti locali le graduatorie concorsuali rimangono efficaci per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione per l'eventuale copertura dei posti che si venissero a rendere successivamente vacanti e disponibili, fatta eccezione per i posti istituiti o trasformati successivamente all'indizione del concorso medesimo.*

Dall'esame coordinato delle normative sin qui indicate appare chiaro che esse sono finalizzate non solo a garantire una solida organizzazione degli uffici e la conseguente limitazione delle assunzioni, ma anche un'ottimizzazione delle funzioni finalizzata alla diminuzione della spesa.

Ne deriva che, nell'ambito dell'ente pubblico locale, la gestione del personale ormai affidata ai normali mezzi contrattuali, garantiti al datore di lavoro privato, si muove pur sempre nell'ambito di un quadro ben delimitato di organizzazione a connotato pubblicistico. In sostanza una cosa è la promozione ed altra è la creazione di una nuova posizione professionale.

Sintomatica della situazione delineata e la permanente peculiarità dell'inquadramento del personale nell'ambito dell'impiego pubblico, data proprio dall'articolo 52 del D.Lgs. n. 165/2001, che limita il ricorso all'esercizio delle mansioni superiori, e, soprattutto, esclude le ipotesi di promozione automatica.

Recenti interventi anche della Corte Costituzionale in tema di concorsi interni hanno rafforzato questa impostazione.

Ne deriva, ad avviso di chi scrive, che una promozione in una posizione inesistente in organico, e quindi appositamente creata, configura una modifica alla pianta organica dell'ente medesimo.

Diversa può essere invece la configurazione del provvedimento di attribuzione del LED (LIVELLO ECONOMICO DISTINTO).

Esso è stato introdotto con il DPR n. 333 del 1990 che, all'articolo 35, dispone che è istituito un livello economico differenziato di professionalità per le figure professionali appartenenti alle qualifiche comprese tra la prima e la settima.

Stabilisce inoltre la predetta normativa che il numero dei dipendenti da comprendere in tali livelli economici differenziati non può superare, in nessun caso, le percentuali massime complessive, non cumulabili annualmente ed indicate per ciascuna qualifica funzionale nel comma 4. Il successivo articolo 36 stabilisce che l'attribuzione di tale beneficio retributivo deve avvenire tramite procedura selettiva che tenga conto anche dell'effettiva anzianità di servizio e di titoli culturali e professionali.

Trattasi nella sostanza di un istituto di carattere premiale che si risolve in un mero beneficio economico e così esso è stato definito dalla giurisprudenza (Tribunale di Trapani, ordinanza del 25.06.2002). Ne deriva, ad avviso di chi scrive, che l'attribuzione del livello economico differenziato non dovrebbe comportare mutamento della pianta organica, ciò anche se le

piante degli enti in genere indicano tale attribuzione come una specifica posizione professionale.

Per quanto attiene invece l'erogazione del trattamento economico previsto dall'articolo 36 commi 4 e 5 del CCNL del 1995, esso prevede che:

*4. Le amministrazioni del comparto prive di posizioni dirigenziali in organico, corrispondono, nei limiti del fondo di cui all'art. 31, comma 2, lettera c), al personale apicale della VIII e VII qualifica tenuto alla firma del bilancio, del conto consuntivo e dei relativi certificati una indennità annua lorda negli importi minimi e massimi di cui all'art. 35, comma 1.*

*5. Le amministrazioni di cui al comma 4, nei limiti del fondo medesimo, prevedono l'attribuzione della indennità anche ad altro personale delle stesse qualifiche, in posizione apicale, che abbia la direzione di una struttura organizzativa con responsabilità di procedimenti ai sensi della legge n. 241/1990 ovvero sia funzionario responsabile di imposta designato con provvedimento formale dei competenti organi.*

*6. Le amministrazioni di cui ai commi 1 e 4, nei limiti del fondo di riferimento, prevedono, altresì, la attribuzione di una specifica indennità dell'importo minimo di Lire 500.000 e massimo di Lire 800.000 al personale della VI e V qualifica funzionale che sia responsabile del coordinamento di gruppi di lavoro, di squadre di operai, ovvero che, in relazione alla struttura e alla dimensione organizzativa dell'Ente, sia tenuto allo svolgimento di funzioni plurime.*

*7. Le indennità di cui al presente articolo sono revocabili e la loro corresponsione è subordinata all'effettivo esercizio dei compiti e delle prestazioni cui sono correlate.*

*Sulla base di questi dati, qualora sussistano in capo ai soggetti interessati i requisiti previsti dalla norma sin dalla data di entrata in vigore del CCNL, l'erogazione deve effettivamente trovare decorrenza da quella data. La questione pare però strettamente dipendente dall'inquadramento nel livello settimo e dall'effettiva delle mansioni para – dirigenziali affidate al personale. Se pertanto noi sosteniamo che è illegale l'inquadramento nel livello settimo, ne deriva che cade pure la retroattività nell'applicazione dell'articolo 36 CCL 1995.*

## **2. Le conseguenze**

Per quanto esposto, si ritiene che il tema principale nel presente parere sia dato dall'inquadramento dei soggetti indicati nella categoria settima.

Esso, ad avviso di scrive, impone una modifica dell'organico dell'ente locale e, come tale, pare in contrasto con la disciplina di cui all'articolo 26 del decreto legge 2 marzo 1989 n. 66.

Ne deriva la nullità degli inquadramenti così effettuati in base all'articolo 1418. Specificamente, detta nullità è riconducibile al fatto che gli inquadramenti operati presuppongono la variazione dell'organico e quindi un'attività contraria a norma imperativa di legge.

Nel caso di specie, trattandosi di rapporto di lavoro che ormai trova disciplina nelle norme del codice civile, gli effetti della nullità sono bilanciati dalla previsione di cui all'articolo 2126 del Codice Civile (prestazione di fatto con violazione di legge) che prevede come la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non producano effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto e della causa.

Ciò significa che non ogni effetto determinato dal rapporto nullo viene conservato, ma solo quello riconducibile alla reale prestazione svolta. (Cassazione civile, sez. lav., 16 gennaio 1981, n. 394).

Se, pertanto, il dipendente in forza dell'inquadramento nella categoria superiore ha svolto effettivamente compiti di categoria superiore, non gli potrà essere richiesta la restituzione delle somme percepite. Qualora, invece, egli abbia percepito la maggior somma svolgendo la sua abituale prestazione che contrattualmente corrisponde alla declaratoria della categoria di

inquadramento, mancando una effettiva prestazione alla base dell'incremento economico, esso va imputato alla causa illegittima dell'atto e come tale non riceve protezione alcuna dall'ordinamento. In tal senso si è pronunciata anche la Corte di Cassazione (Cassazione civile, sez. lav., 17 gennaio 1981, n. 406).

In sostanza, i dipendenti collocati al livello settimo non possono assolutamente essere mantenuti in tale categoria. Qualora essi seppure inquadrati nella categoria settima abbiano svolto mansioni che in base alla declaratoria contrattuale corrispondono a quelle della sesta categoria, essi dovranno restituire quanto a tale titolo percepito. Qualora invece le loro mansioni corrispondano effettivamente alla categoria superiore, potranno trattenere quanto percepito (ma può sussistere responsabilità personale per chi li ha adibiti a tali mansioni).

Per quanto riguarda il LED ed i benefici di cui all'articolo 36 del CCNL 1995, quanto erogato potrà essere chiesto in restituzione qualora presupponga come necessario l'inquadramento non dovuto nel livello settimo.

### **3. I rimedi attuabili**

In primo luogo dovrà essere esaminata la situazione in termini di fatto. Dobbiamo pertanto verificare se in concreto i dipendenti per cui vi è questione svolgevano mansioni di livello sesto o invece di livello settimo.

Nel primo caso, consiglio di porre nel nulla le delibere che presuppongono la modifica della pianta organica e quindi il superiore inquadramento degli stessi, chiedendo la restituzione di quanto essi hanno percepito a tale titolo (ivi compresi in quanto connessi LED e articolo 36 CCNL 95).

Nel secondo caso invece, le delibere andranno comunque revocate, dovrà essere revocato anche il superiore inquadramento, ma i dipendenti in questione non saranno tenuti a restituire quanto percepito.

Qualora gli stessi invece continuino a svolgere mansioni che non corrispondono al livello sesto, ma bensì al settimo, troverà applicazione l'art. 52 D.Lgs. n. 165/2001. Si dovrà pertanto non solo evitare di richiedere la restituzione di quanto percepito, ma, inoltre, andranno retribuite le mansioni di fatto svolte con il rischio che le stesse siano poi addossate a chi ne ha disposto l'assegnazione.

Essendo ormai il rapporto di lavoro con i pubblici dipendenti disciplinato dal contratto, non sarà possibile, in sede di autotutela, annullare o revocare la promozione. Bisognerà invece in tale sede, annullare le delibere che ampliano l'organico e di conseguenza sostenersi la nullità dell'inquadramento nel livello superiore con le conseguenze del caso.

Nulla vieta, che trascorso il periodo di 4 anni stabilito dalla legge, l'organico, possa essere effettivamente ampliato qualora ne sussistano i presupposti. In tal caso, la posizione dovrà essere messa a concorso. Potrà essere indetto un concorso interno sulla base della legge n. 127/1997 (Bassanini ter) qualora si tratti di posizioni con professionalità che può essere acquisita solo dall'interno.

Per il restante trattamento economico, riterrei opportuno avviare apposita contrattazione con i sindacati, tenendo però presenti i limiti imposti alla contrattazione decentrata.

Essa infatti deve essere attuata nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti interni di programmazione e dai vincoli di spesa imposti alla contrattazione collettiva di comparto. La contrattazione decentrata inoltre anche dal punto di vista degli istituti giuridici deve essere coerente con quella di comparto. Il controllo sulla compatibilità dei costi spetta al collegio dei revisori, oppure ai nuclei interni di valutazione.

In tal senso potrebbe divenire oggetto di contrattazione con le organizzazioni sindacali un graduale ripiano delle situazioni economiche anomale, bloccandole in importi assorbibili dai futuri miglioramenti ed eventualmente contrattando in compensazione, il pagamento di

eventuali somme non corrisposte a causa del mancato adeguamento alla contrattazione collettiva che, come da voi riferito, si sarebbe protratto per un lungo periodo.

Faccio notare che le leggi di riforma del pubblico impiego prevedono che la trattativa contrattuale debba essere avviata dagli organi dell'amministrazione e non da quelli politici (sindaco e assessori). Ritengo pertanto opportuno affidare eventuali trattative o alla figura del segretario o, intraprendere le stesse con l'assistenza dell'ARAN ritenuta possibile dalla legge anche in questa fase.

Avv. Fabio PETRACCI