

La proroga della durata del rapporto in caso di gravidanza della collaboratrice coordinata e continuativa nel settore pubblico: quando la sistematica delle fonti è un *optional*...

di Susanna Ferrario *
(17 giugno 2009)

1. L'art. 66, co. 1, d.lgs. 276/2003 ha sancito che "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso". E il successivo comma 3 ha affermato che "in caso di gravidanza, la durata del rapporto [di lavoro a progetto] è prorogata per un periodo di centottanta giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale".

Sono queste due profonde innovazioni, la cui portata risulta tuttavia limitata al solo settore privato, in quanto, ai sensi dell'art. 1, co. 2, dello stesso d.lgs. 276/2003, "il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale".

Nell'estate del 2007, sullo specifico tema della maternità delle collaboratrici autonome non a progetto è intervenuto anche il Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Con d.m. 12 luglio 2007 sono stati così estesi – a favore delle "categorie assimilate" alle lavoratrici a progetto – il diritto a percepire un'indennità di maternità, il divieto di adibizione al lavoro nei cinque mesi a cavallo della data presunta del parto (artt. 16 e 17, d.lgs. 151/2001) e, soprattutto, la tutela (proroga di 180 giorni del termine) di cui all'art. 66, co. 3, d.lgs. 276/2003.

Ai presenti fini, il profilo di maggiore interesse è dato dall'individuazione delle "categorie assimilate" al lavoro a progetto operata dal citato d.m.: ai sensi di quest'ultimo, infatti, rientrano in tale nozione tutte le collaborazioni autonome comportanti l'iscrizione alla gestione separata Inps (di cui all'art. 2, co. 26, l. 335/1995).

Senonchè, a seguito dell'emanazione del succitato art. 66, co. 1, d.lgs. 276/2003, tali collaborazioni risultano sussistere nel solo settore pubblico. Il principale effetto del d.m. è dunque stato quello di estendere, seppur solo implicitamente (ma comunque in aperto contrasto con l'art. 1, co. 2, d.lgs. 276/2003), alle collaborazioni coordinate e continuative instaurate da pubbliche amministrazioni istituti diversamente non applicabili alle stesse.

A fronte di tale ampliamento, nella primavera del 2009, l'Università degli studi di Padova ha avanzato istanza di interpello alla "Direzione generale per l'attività ispettiva del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali" (di seguito Direzione generale). In particolare, il quesito posto verteva sulla possibilità di non applicare l'istituto della proroga ex art. 66, co. 3 a quei contratti di collaborazione alla ricerca e/o alla didattica, tipici del mondo universitario, in cui la durata del contratto medesimo non può essere utilmente differita, essendo vincolata a termini esterni, quali ad esempio la durata dell'anno accademico o i tempi ministeriali di concessione dei finanziamenti alla ricerca.

Rispondendo con interpello del 15 maggio 2009, n. 39, la Direzione Generale – aderendo sostanzialmente all'impostazione suggerita dall'Università richiedente – ha sancito la non applicabilità della proroga di cui al citato art. 66, co. 3, nei soli casi in cui la pubblica amministrazione committente ritenga essenziale (*rectius*, un "elemento imprescindibile") il termine apposto in origine al contratto di collaborazione.

2. Dunque, riassumendo: mentre il d.lgs. 276/2003 ha escluso esplicitamente l'applicabilità nei confronti delle pubbliche amministrazioni di tutte le disposizioni in esso contenute, il d.m. 12 luglio 2007 ha sancito (seppur solo implicitamente) l'applicabilità di alcune tutele contenute nel citato d.lgs. a tutte le collaboratrici coordinate e continuative iscritte alla Gestione separata INPS, a prescindere dalla natura pubblica o privata del committente.

Ne è conseguita una palese lesione della sistematica delle fonti vigente, lesione che l'interpello n. 39/2009 non solo non ha risolto, ma ha addirittura aggravato.

La Direzione generale, infatti, rilevato il problema dell'(in)applicabilità dell'art. 66, co. 3, d.lgs. 276/2003 al settore pubblico, ha ritenuto di risolverlo richiamando le circolari n. 4/2004 e n. 2/2008 del Dipartimento della Funzione Pubblica, accentuando così ancor di più il sovvertimento della vigente gerarchia delle fonti. Sovvertimento, peraltro, inutile, posto che le circolari richiamate in realtà non concernono l'applicabilità del diritto di proroga anche alle collaboratrici operanti per committenti pubblici.

La circolare n. 4/2004 si limita, infatti, ad evidenziare la presenza di una certa prossimità sostanziale tra collaborazioni a progetto e non, sancendo che poiché "le pubbliche amministrazioni sono profondamente orientate da logiche programmatiche (...) la motivazione che sottende l'attivazione della collaborazione dovrebbe far riferimento a programmi, progetti o fasi di essi".

Parimenti, la circolare n. 2/2008 affronta in generale l'istituto della proroga dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, in specie limitandosi a ribadire che "rimane

ferma la necessità che l'incarico abbia natura temporanea (...) considerato che la necessità di una collaborazione deve collocarsi all'interno della programmazione delle attività dell'amministrazione con riferimento ad aspetti o fasi della medesima programmazione e, pertanto, non può ritenersi prorogabile se non limitatamente al completamento di un'attività avviata, in quanto la sua durata è predeterminata in relazione allo specifico aspetto o fase dell'attività".

Nessuna delle due circolari, invece, opera alcun riferimento, né detta alcun principio, in relazione all'applicabilità anche al settore pubblico della garanzia disposta dall'art 66, co. 3, d.lgs. 276/2003 per il caso di maternità della collaboratrice a progetto.

3. Nonostante le criticità evidenziate, a seguito e a fronte del d.m. 12 luglio 2007 e dell'interpello n. 39/2009, si deve ritenere che, nel prossimo futuro, in presenza di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa comportanti l'iscrizione alla gestione separata Inps, le pubbliche amministrazioni si conformeranno al divieto di adibizione al lavoro di cui agli artt. 16 e 17, d.lgs. 151/2001 e riconosceranno a tutte le collaboratrici il diritto di percepire un'indennità di maternità. Viceversa, è altamente probabile che il diritto alla proroga di 180 giorni della durata del rapporto di cui all'art. 66, co. 3, d.lgs. 276/2003 sia riconosciuto solo a quelle tra le collaboratrici al cui contratto è apposto un termine che la pubblica amministrazione committente ritiene di poter utilmente prorogare.

Il principio enunciato dalla Direzione generale risulta, infatti, tanto dubbio nella sua validità e correttezza, quanto chiaro nella sua formulazione: "se l'assenza per gravidanza incide negativamente nella realizzazione del progetto di lavoro, può considerarsi in linea con la *ratio* del contratto e con il principio di corrispettività dello stesso [non prorogare la durata del rapporto e, di conseguenza,] non corrispondere in tutto o in parte il compenso" (così a conclusione dell'interpello n. 39/2009).

È questa una soluzione che sul piano pratico risulta dotata di una certa persuasiva semplicità, rispondendo perfettamente alle peculiari esigenze dello specifico soggetto pubblico autore dell'interpello.

Ciononostante, deve ritenersi che, in caso di future vertenze, le risposte della Direzione generale susciteranno non pochi dubbi nell'organo giudicante, considerando che già oggi dette risposte paiono difficilmente giustificabili sul piano giuridico.

Innanzitutto per le reiterate violazioni della gerarchia delle fonti che le stesse comportano. In secondo luogo, perché l'unica norma che disciplina il diritto alla proroga della durata del rapporto in caso di maternità (ovverosia il citato art. 66, co. 3, d.lgs. 276/2003) non

contempla alcuna eccezione o deroga, né tantomeno alcuna applicazione selettiva del diritto stesso.

In terzo luogo, perché un'applicazione selettiva del diritto in esame potrebbe ledere il principio di uguaglianza: solo una chiara specificazione dei criteri oggettivi di differenziazione tra collaboratrici titolari, e non, del diritto alla proroga potrebbe, infatti, consentire una simile discriminazione senza violare l'art. 3 Cost., nonché l'art. 45, d.lgs. 165/2001. Specificazione che allo stato non sembra sussistere.

Né, del resto, sembra sufficiente il veloce e generico richiamo – contenuto nell'interpello – alla giurisprudenza della Corte dei Conti in materia di responsabilità e danno erariale per il caso di attribuzione di incarichi in assenza dei presupposti di legge. Pare, infatti, evidente che tale giurisprudenza non concerne l'applicabilità al settore pubblico delle tutele dettate per la maternità delle lavoratrici a progetto, quanto piuttosto il rispetto dei limiti generali posti dal legislatore alle pubbliche amministrazioni in merito all'instaurazione e alla proroga di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (sull'art. 7, co. 6, d.lgs. 165/2001 e successive modificazioni, si v., da ultimo, Corte Conti, sez. III appello, 20 febbraio 2009, n. 75; Corte Conti, Friuli Venezia Giulia, 19 dicembre 2008, n. 531; Corte Conti, sez. II appello, 3 novembre 2008, n. 350; Corte Conti, sez. Calabria, 3 aprile 2008, n. 315 cui si rinvia per l'accurato *excursus* normativo, tutte rinvenibili in www.corteconti.it).

4. Alla luce di quanto detto, si può concludere che la Direzione generale meglio avrebbe agito se si fosse limitata ad applicare le norme di diritto vigente, sancendo la non applicabilità dell'istituto della proroga ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati da pubbliche amministrazioni in ragione dell'esclusione di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. 276/2003.

Tale impostazione, del resto, avrebbe consentito alla Direzione generale di “salvare” pienamente – ed irreprensibilmente – quelle disposizioni di cui al d.m. 12 luglio 2007 che, intervenendo in ambiti non disciplinati dal legislatore, hanno legittimamente sancito l'applicabilità in capo ai committenti (pubblici o privati) di collaboratrici iscritte alla gestione separata Inps del divieto di adibizione al lavoro di cui agli artt. 16 e 17, d.lgs. 151/2001, nonché la sussistenza in capo alle predette collaboratrici del diritto a percepire l'indennità di maternità.

* Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali presso l'Università degli Studi di Milano.