

LUISS



**Dipartimento di Giurisprudenza
Cattedra di Diritto del lavoro nel pubblico impiego**

“La flessibilità nel pubblico impiego”

Relatore
Chiar.mo Prof. Luigi Fiorillo

Correlatore
Chiar.mo Prof. Antonio Pileggi

Candidato
Giorgio Pauciulo
Matricola 135033

Anno Accademico: 2018/2019

INDICE

PREMESSA.....3

CAPITOLO PRIMO

IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO

1. L'evoluzione normativa e la disciplina vigente
2. Le “specialità” del contratto a termine nel pubblico impiego
3. La flessibilità in entrata nel lavoro pubblico
4. La responsabilità nella gestione della flessibilità in entrata

CAPITOLO SECONDO

LE ALTRE TIPOLOGIE CONTRATTUALI

1. Il lavoro somministrato
2. La formazione ed il lavoro: l'apprendistato
 - 2.1 Il contratto di formazione e lavoro
3. Il lavoro accessorio

CAPITOLO TERZO

PROFILI SANZIONATORI

1. La disciplina legale
2. L'orientamento della giurisprudenza
 - 2.1.I principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea
 - 2.2.L'orientamento del giudice italiano

BIBLIOGRAFIA

.....104

Premessa

La disciplina che regola le modalità di utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili nelle pubbliche amministrazioni è contenuta nell’art. 36, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, testo normativo che raccoglie la normativa dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni.¹

La norma citata valorizza la centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato: «per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35».

La regola sopra richiamata ha evidentemente carattere generale, pertanto il ricorso a rapporti di lavoro caratterizzati da una durata predeterminata è ammesso, ma solo come eccezione alla regola generale del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; in particolare le amministrazioni possono ricorrere alle forme

¹ Fatte salve tutte le normative speciali che intervengono a disciplinare alcuni aspetti specifici del rapporto di lavoro ovvero le norme generali per settori ben individuati dell’amministrazione. Si pensi ad esempio alla normativa inerente ai trattamenti di fine rapporto ovvero alla normativa riguardante i rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti locali.

contrattuali flessibili solo per «comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale».

La norma definisce anche le fattispecie utilizzabili che sono costituite dal contratto di lavoro a tempo determinato, dal contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, dal contratto di formazione e lavoro, nonché dalle «altre forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle pubbliche amministrazioni».

Con riferimento al contratto a tempo determinato ed a quello somministrato a termine, la disciplina applicabile è costituita dalla normativa propria del settore privato, rappresentata oggi dal d.lgs. n. 81/2015², fatte salve le necessarie puntualizzazioni previste dallo stesso decreto e che rileveranno in sede di analisi delle singole tipologie contrattuali.

E' appena il caso di precisare che nel settore privato tutte le tipologie contrattuali utilizzabili dalle parti sono disciplinate nel decreto n. 81 cit., quest'ultimo all'art. 51 dispone che ogni qualvolta nel testo viene rilevato un riferimento al “contratto collettivo”, tale terminologia sta ad indicare qualsiasi tipologia contrattuale (nazionale, aziendale, territoriale) che le parti intendano applicare; ciò evidentemente non è consentito nel settore pubblico in ragione del ruolo preminente che svolge la fonte collettiva nazionale. Il d.lgs. n. 75/2017, proprio per specificare l'esclusività del richiamo alla contrattazione collettiva nazionale, ha aggiunto un nuovo comma, il 2

² L'originario testo del D.Lgs. n. 81/2015 è stato modificato dal c.d. “decreto dignità” (d.l. 12 luglio 2018 n. 87) che al terzo comma dell'art. 1, prevede espressamente che tutte le disposizioni di modifica non si applichino ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, alla luce della chiara volontà del Legislatore nell'escludere che le modifiche apportate alla normativa generale si applichino al settore pubblico.

bis, all'art. 36 cit., il quale precisa che i rinvii ad opera del d.lgs. n. 81/2015 al contratto collettivo devono intendersi riferiti, nel settore pubblico, ai soli contratti collettivi nazionali stipulati dall'Aran.

Il legislatore definisce un rigoroso apparato di regole al fine di prevenire, *ex ante*, e sanzionare, *ex post*, l'uso improprio della flessibilità in entrata; elemento, quest'ultimo, che molto spesso è stato utilizzato dalle amministrazioni per far fronte ad ordinarie esigenze organizzative, soprattutto a causa del blocco delle assunzioni a tempo indeterminato che ha caratterizzato le ultime leggi di stabilità.

Proprio per verificare che le amministrazioni facciano un uso legittimo dello strumento della flessibilità nei rapporti di lavoro, il Legislatore ha previsto anche un meccanismo di monitoraggio e controllo; a tal fine è stato disposto che entro il 31 gennaio di ogni anno, le amministrazioni debbano redigere, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate (previa scrupolosa indicazione dei dati identificativi dei titolari del rapporto) da trasmettere ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo (istituiti con lo scopo di monitorare e valutare i costi e i risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni) nonché alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la funzione pubblica, che, a sua volta, redige una relazione annuale al Parlamento. Di tale rapporto sono informate le organizzazioni sindacali tramite invio all'Osservatorio paritetico presso l'Aran.

Come anticipato, il ricorso all'assunzione a tempo determinato è consentita a condizione che le ragioni poste a suo fondamento abbiano il carattere della

temporaneità o della eccezionalità, e comunque previo espletamento della procedura selettiva per la scelta dell'aspirante all'impiego.

Con lo scopo precipuo di evitare che un lavoratore possa trovarsi in una situazione di perenne instabilità occupazionale, la durata del rapporto di lavoro a tempo determinato, tra le stesse parti e per lo svolgimento di mansioni di pari livello, non può essere superiore ai 36 mesi.³ Una volta raggiunto il limite massimo di durata gli stessi soggetti possono stipulare un ulteriore contratto a termine, non superiore ai 12 mesi, a condizione che la sottoscrizione avvenga presso la Direzione territoriale del lavoro competente.

La contrattazione collettiva nazionale stipulata dall'Aran ha la possibilità di derogare al limite di durata fissato dalla legge aumentandolo o riducendolo; e così come previsto per il suddetto limite di durata, la contrattazione collettiva nazionale può altresì derogare al limite di contingentamento, per soglie sia più alte che più basse.

Con particolare riferimento alla forma, il contratto di lavoro a tempo determinato deve essere stipulato in forma scritta, in mancanza della quale, non operando la garanzia della trasformazione *ope legis* del rapporto di lavoro flessibile, spetta al lavoratore il risarcimento del danno.

In relazione al trattamento economico, il dipendente assunto con contratto a termine ha diritto di ricevere lo stesso trattamento normativo ed economico in atto nell'amministrazione per i dipendenti assunti stabilmente, inquadrati nel suo

³ Il limite massimo originariamente previsto dall'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 è stato poi ridotto a 24 mesi a seguito delle modifiche apportate nel corso del 2018, ma tale riduzione non si applica alle pubbliche amministrazioni nel rispetto di quanto statuito dall'art. 1, co. III cit.

medesimo livello, in funzione dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva.

Esistono, infine, alcune categorie di dipendenti pubblici contrattualizzati esclusi dal campo di applicazione della normativa contenuta nel d.lgs. n. 81/2015, ed in particolare si tratta dei dirigenti, del personale sanitario e del personale scolastico, insieme alle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Il sistema normativo predisposto dal legislatore delegato per impedire l'abuso delle tipologie contrattuali flessibili, interviene altresì in funzione repressiva per le ipotesi di violazione delle disposizioni imperative da parte delle amministrazioni.

Dal punto di vista del lavoratore destinatario di contratti di lavoro flessibili, stipulati in violazione delle norme di legge, il legislatore esclude con assoluta fermezza la possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro flessibile in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Ciò per l'evidente ragione che, così facendo, si verrebbero ad eludere i principi costituzionali in materia di accesso al pubblico impiego fissati dall'art. 97 Cost. (Corte Cost. 27.3.2003, n. 89).⁴

Tuttavia nonostante detto divieto, il lavoratore titolare di contratti "flessibili" illegittimi non resta privo di qualsivoglia tutela, essendo previsto un sistema di tutele

⁴ Art. 97 Cost. : "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

Sentenza della Corte Costituzionale 89/2003, con la quale è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione, dal Tribunale di Pisa; sancendo dunque l'esclusione della stabilizzazione del rapporto di lavoro presso la Pubblica Amministrazione in caso di violazione delle norme sul contratto a tempo determinato.

alternative. Il dipendente flessibile è legittimato ad attivarsi per ottenere un risarcimento del danno patito a motivo della stipulazione del contratto in forma flessibile. Tale risarcimento, una volta pagato, deve essere obbligatoriamente recuperato dall'amministrazione con un'azione di regresso nei confronti del dirigente responsabile qualora questi abbia agito con dolo o colpa grave.

Per quanto riguarda il dirigente responsabile della contravvenzione, questi rischia di incorrere in un'ulteriore sanzione mediante l'applicazione di misure che consistono, secondo la gravità del comportamento tenuto dal responsabile, nel mancato rinnovo dell'incarico, nella revoca dello stesso e messa a disposizione del ruolo o, nei casi di maggiore gravità, nella risoluzione del rapporto di lavoro. La violazione rileva, altresì, ai fini della valutazione che, annualmente, l'amministrazione di appartenenza fa delle prestazioni di ciascun dirigente.

E' appena il caso di ribadire che le modifiche legislative intervenute in materia, a partire dalla legge n. 80/2006, hanno fortemente alterato il modello sotteso alla regolamentazione ed all'utilizzo dello strumento della flessibilità fissato dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, ad esito della c.d. seconda privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, dall'art. 22, d.lgs. n. 80/1998.

L'attuale formulazione dell'art. 36, relativa alla individuazione delle causali giustificatrici il ricorso alle forme contrattuali flessibili, si muove nel solco del precedente intervento del 2006 che si è caratterizzato per aver introdotto *«importanti*

limiti generali all'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile e, in particolare, dei contratti a termine . . . » .⁵

Le modifiche del 2008, ad esito di attento esame, si presentano con l'aggravante di non poter essere qualificate come atti di fine legislatura, tantomeno come uno dei provvedimenti di fine legislatura, orientati generalmente al contenimento della spesa, più che ad una organica regolamentazione della materia.

Ed infatti, l'art. 49, legge n. 133/2008, è inserito in un provvedimento che ha chiare finalità programmatiche e si pone come un intervento con aspirazioni sistematiche e di lungo respiro.

La norma pare essere destinata a caratterizzare il “piano industriale” della pubblica amministrazione del futuro nel quale viene drasticamente ridotta la possibilità di ricorrere ad uno strumento quale è quello della flessibilità in entrata, condizionando fortemente il grado di adattabilità delle strutture pubbliche alle esigenze del mercato.

In realtà viene ridimensionata una delle novità più significative della riforma, quella di potenziare la "flessibilità organizzativa", in sintonia con una consapevole scelta del legislatore che, nel progettare una radicale rivisitazione dell'organizzazione dell'apparato pubblico (legge n. 59/1997), aveva esplicitato il principio per il quale le strutture pubbliche debbono essere organizzate sulla base di criteri di flessibilità, per

⁵ Si veda G. NICOSIA, Commento artt., 13-29, d.lgs. n. 165/2001. Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico: due rette parallele destinate ad incontrarsi?, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-FIORILLO-A. MARESCA, Diritto del lavoro, vol. III, 2011, cit., p. 346 alla quale si rinvia per l'approfondita ricostruzione della complessa problematica sottesa a questo tipo di responsabilità e per la completa ricognizione bibliografica.

Così il testo è rubricato dell'art. 36 il Capo del d.lgs. VIII n. della 165/2001. legge n. 133/2008 nel quale è inserito l'art. 49 che riscrive il testo dell'art. 36 del d. lgs n. 165/2001

consentire sia lo svolgimento dei compiti permanenti, sia il perseguimento di specifici obiettivi e missioni.

La variazione apportata all'originaria formulazione dell'art. 36 ne compromette il progetto sottostante, volto a definire un processo virtuoso nel quale la flessibilità nell'impiego delle risorse umane si sarebbe combinata strettamente con la flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione, diventando così strumento per creare occupazione aggiuntiva.

E' appena il caso di precisare, a parziale ridimensionamento delle critiche mosse al legislatore, che il suddetto processo non è mai stato concretamente avviato, e le ragioni potrebbero essere rintracciate nella mancanza di una effettiva cultura gestionale in capo ai vertici delle amministrazioni.

Il ricorso al contratto a tempo determinato ed alla collaborazione coordinata e continuativa è diventato uno strumento per sopperire a stabili esigenze organizzative e per immettere all'interno delle pubbliche amministrazioni personale senza le garanzie qualitative e di controllo della spesa, previste dalla vigente normativa in materia di accesso.

L'utilizzo in qualche modo improprio della flessibilità non poteva restare privo di risposte da parte dello stesso legislatore, tuttavia la strada intrapresa non è condivisa da più parti della dottrina per due ordini di motivi.

Innanzitutto pare errato, dal punto di vista metodologico, creare un diritto del lavoro "speciale" che si applica solo al lavoro pubblico, dopo che si è scelto di assoggettare anche questa tipologia di rapporto alle categorie giuridiche del diritto privato.

Un'operazione simile rischia di compromettere la stessa unicità del diritto del lavoro come sistema normativo che deve proporre un modello regolativo della prestazione di lavoro subordinato, caratterizzato da una specifica coerenza e ciò prescindendo dalla sua applicazione al settore privato o pubblico.

Dal punto di vista organizzativo, è ammissibile una diversificazione della disciplina tra lavoro pubblico e privato, ma solo a condizione che la stessa rilevi quale affermazione di regole e principi costituzionali.

Una diversità di trattamento è plausibile in considerazione di principi, quali quelli contenuti nell'art. 97 Cost., che non consentono una diretta applicazione al lavoro pubblico di regole proprie del mondo del lavoro privato, per il quale non vige il precetto costituzionale sopra richiamato.

Nello specifico, in ragione dell'obiettivo primario perseguito dall'art. 97 Cost. rivolto alla tutela dell'organizzazione amministrativa, non sarà possibile nel lavoro pubblico riconoscere alla prestazione lavorativa di fatto (art. 2106 c.c.) o alle mansioni svolte di fatto (art. 2103 c.c.), la stessa rilevanza giuridica prevista nel settore privato, così come non sarà possibile applicare le stesse sanzioni per punire il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili, e ciò in ragione di una regola di sistema: nel mondo del lavoro pubblico l'espletamento del concorso costituisce un passaggio costituzionalmente obbligato, prodromico ad ogni tipo di accesso nell'amministrazione.

In materia di flessibilità ciò può comportare che possano cambiare le tecniche di tutela a favore del lavoratore assunto a termine con modalità illegittime: nel settore

privato il diritto alla trasformazione del rapporto precario in uno stabile, nel settore pubblico il risarcimento del danno.

E' stato opportunamente sottolineato che ci troviamo di fronte a forme di reazioni dell'ordinamento che sebbene non identiche, risultano equivalenti.

Nel caso che rileva, le misure previste quale conseguenza all'illegittima apposizione del termine, in ragione dei sistemi diversi in cui operano, possono comportare, con riferimento ai medesimi diritti, tutele differenti, tuttavia parimenti efficaci.

Il giudizio circa l'idoneità della reazione verterà necessariamente sulla valutazione e contemperamento dei diritti coinvolti, laddove si riconosce che ad una espansione di un diritto — quale quello di cui all'art. 97 Cost. — corrisponde la compressione di un altro diritto egualmente protetto. L'esigenza di un siffatto bilanciamento di interessi assume un carattere irrinunciabile nel lavoro pubblico, dal momento che prescindendone mai potrebbero ritenersi equivalenti risarcimento e conversione.

Se il problema della coerenza del sistema può ritenersi risolto positivamente, quanto all'adozione di misure dissimili in relazione al profilo sanzionatorio, lo stesso non può dirsi quando, all'interno del processo teso ad uniformare la disciplina del rapporto di lavoro privato e pubblico, si assiste alla formazione di una disciplina legale che si muove su direttrici diametralmente opposte: nel settore privato, in linea anche con l'insegnamento europeo, si è avviato un processo di progressiva liberalizzazione sull' uso della flessibilità mediante l'allentamento dei vincoli in ordine alle causali giustificative, con riferimento alle quali non è richiesta l'intrinseca

temporaneità e il requisito dell'eccezionalità, ma oggettive esigenze aziendali; nel settore pubblico, al contrario, lo stesso legislatore pone un freno sull'uso dell'istituto, riproponendo la regola di una generica della "specialità", costituita dal connubio di esigenze temporanee ed eccezionali.

Divergenze ulteriormente ampliate a seguito dell'ultima modifica apportata al d.lgs. n. 368/2001 dalla legge n. 92/2012 la quale, sempre con riferimento alle ragioni giustificative ha garantito - nel solo settore privato - la possibilità di stipulare, per una sola volta e per la durata massima di un anno, il primo contratto a termine senza l'indicazione di alcuna causale. Differenziazioni, definitivamente sancite con la disciplina di cui al d.lgs. n. 81/2015 la quale, nella sua versione originaria, ha stabilito la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato per la durata massima di trentasei mesi senza alcuna causale giustificativa⁶.

La diversità delle regole è destinata ad incidere anche sul ruolo e sui poteri di controllo del giudice, chiamato, per uno stesso istituto, a compiti diversi. A fronte di un contratto a termine nel settore privato, il controllo giudiziale non potrà andare a sindacare nel merito le scelte gestionali del datore di lavoro, mentre nel caso di un contratto a termine pubblico, potrà essere esercitata una verifica dell'eccezionalità e dell'occasionalità della fattispecie giustificatrice della clausola oppositiva del termine.

⁶ Disciplina ampiamente modificata di recente con il d.l. n. 87/2018 il quale, riscrivendo l'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 ha previsto che «Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi. Il contratto può avere una durata superiore, ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi, solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni: a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria.».

E' opportuno non trascurare in tal senso, infine, il possibile contrasto con lo stesso diritto comunitario, e ciò sempre con riferimento ad uno stesso istituto, nella specie il contratto a termine, a seconda che lo stesso sia disciplinato dal diritto del lavoro valevole per i lavoratori privati o da quello applicato ai dipendenti pubblici.

Con il d.lgs. n. 368/2001⁷ è stata recepita, nell'ordinamento interno, una articolata direttiva comunitaria, vincolante per gli Stati membri, con la quale più volte il testo dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 si è dovuto confrontare. L'intenzione di fondo che permea la direttiva in questione, è quella di affrancare il contratto a termine da una sua qualificazione come strumento eccezionale di gestione della forza lavoro, ferma restando la presenza di oggettive ragioni organizzative che comunque ne giustificano l'utilizzo, la non discriminazione del lavoratore interessato e la repressione degli abusi nell'ipotesi di una successione di contratti.

Un'altra ragione di dissenso sulla soluzione prescelta per arginare l'uso improprio della flessibilità, è relativa alle modalità con le quali lo stesso legislatore intende svolgere il suo ruolo di garante del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione, riconosciutogli dal comma 1 dell'art. 97 Cost.

Le misure adottate in materia di flessibilità esprimono l'esigenza di sciogliere un nodo di fondo, sotteso al tentativo di dotare la pubblica amministrazione delle stesse leve gestionali presenti nel mondo delle imprese.

L'obiettivo è realizzabile solo valorizzando il ruolo dei dirigenti che, nel settore pubblico, ricoprono una funzione sostanzialmente datoriale. A tal fine è quanto mai

⁷ Cui comunque continua a dare attuazione la normativa di cui al d.lgs. n. 81/2015 che ha integralmente sostituito quanto prevedeva il d.lgs. n. 368/2001

necessario rivitalizzare il modello normativo in materia di disciplina del rapporto dirigenziale, con riferimento all'autonomia gestionale, agli incarichi, alle forme di incentivazione ed alla relativa responsabilità.

Dunque, la tendenza che caratterizza gli interventi normativi degli ultimi anni, soprattutto in materia di flessibilità, è esattamente agli antipodi rispetto alla valorizzazione del ruolo della dirigenza: «è come se il legislatore avesse, metaforicamente ritirato le deleghe di autonomia alle amministrazioni pubbliche» imponendo, «con un intervento dirigista e centralista», per la generalità delle amministrazioni, il modello classico dell'impiego pubblico costituito dal lavoro stabile e a tempo pieno.⁸

Appare di pronta evidenza, pertanto, che deve necessariamente cambiare la tecnica di intervento legislativo, se si vuole mantenere l'obiettivo di unificare il lavoro privato e pubblico auspicando che, in tal modo, si possa realizzare, nell'interesse dei cittadini, una maggiore funzionalità dei servizi e delle funzioni pubbliche.

L'elemento dirimente è costituito dalla valorizzazione del ruolo della dirigenza come datore di lavoro; in quest'ottica, per contrastare un uso distorto della flessibilità in entrata, è sufficiente definire gli obiettivi gestionali e di spesa ai quali devono attenersi i dirigenti nell'utilizzare contratti non standard e, nel contempo, avviare un effettivo monitoraggio sui risultati ottenuti anche ai fini dell'imputazione di una precisa responsabilità in caso di uso illegittimo dei contratti flessibili.

⁸ B. CARUSO, La regolazione, cit., p, 231

CAPITOLO I

IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO:

1. L'evoluzione normativa e la disciplina vigente

A partire dal 2006, una serie di interventi del legislatore hanno riguardato la disciplina del lavoro a termine nel settore pubblico, nonostante in suddetta materia sembrava essersi trovata, con l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, una regolamentazione pressoché definitiva.

Il primo di questi interventi è stato realizzato con l'art. 4 della legge n. 80/2006, all'interno di un più ampio intervento normativo volto al contenimento della spesa e che inevitabilmente rilevava anche in punto di flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico. Il legislatore, infatti, temeva che l'utilizzo della flessibilità in entrata, potesse compromettere il fine ultimo del proprio intervento legislativo, ovverosia un complessivo risanamento economico mediante la riduzione della spesa del personale.

Nel corso del 2007, con la legge finanziaria n. 244/2007, art. 3, comma 79, risulta evidente il tentativo di limitare strenuamente il ricorso a forme di impiego flessibili, l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 è oggetto di profonda modifica, sin alla radice del suo impianto normativo, e con l'effetto di ripristinare il modello antecedente alla riforma del lavoro pubblico.⁹

Il ricorso al contratto a termine veniva drasticamente limitato, alle sole assunzioni di carattere stagionale e per periodi non superiori ai tre mesi, con la

⁹ S. MAINARDI, Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80, in *Lav. pubbl, amm.*, 2006, p. 12.

possibilità di superare il vincolo temporale, nella sola circostanza di sostituzione di personale in maternità, e comunque nell'ambito delle autonomie territoriali.¹⁰

Nel corso del 2008, con l'art.49 della legge n. 133, il legislatore è nuovamente intervenuto, riscrivendo integralmente il testo del menzionato art. 36, stante la rigidità normativa alla luce dell'ultima riforma e la completa estraneità a qualsivoglia logica economica di gestione aziendale.

L'intervento legislativo del 2008 recupera il testo dell'art. 36 così come formulato nella sua originaria definizione, con una importante eccezione in riferimento alla causale giustificativa che, nell'ambito dell'attività pubblica, conserva il carattere della eccezionalità, congiungendosi a quello della temporaneità, nettamente diversificandosi dalla regolamentazione nel settore privato.

Tuttavia la normativa suddetta disattende uno degli obiettivi principali a cui si ispira la riforma del rapporto del pubblico impiego, rintracciabile nella *“integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa”*¹¹, obiettivo perseguito dalla legislazione recente.

L'operazione di revisione dell'art. 36 non conosce soste anche nel corso del 2009 ed è caratterizzata dalla scomparsa di alcune specificità della normativa

¹⁰ L. FIORILLO, Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel lavoro pubblico, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), Lavoro, competitività, welfare, Utet, Torino' 2008, p. 218 ss.

¹¹ Questo è il primo tra i principi direttivi che il governo deve rispettare nel processo di riforma del lavoro pubblico a norma dell'art. 11, comma IV, lett. a) della legge n. 59/1997.

pubblicistica rispetto a quella vigente nel settore privato: la legge n. 102/2009 infatti amplia l'ambito di estensione delle tipologie contrattuali la cui disciplina è mutuabile dal lavoro privato e nel contempo apporta alcune modifiche in materia di utilizzo dei contratti flessibili. Vengono riformulati i commi terzo e quarto dell'art. 36 cit. prevedendo, in materia di repressione degli abusi nell'esercizio del lavoro flessibile, il vincolo di redazione di un puntuale rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate e viene aggiunto il comma 5-bis, che introduce anche nel settore pubblico l'operatività del diritto di precedenza di cui al d. lgs. n. 368/2001, limitandolo tuttavia, alle sole ipotesi di personale assunto mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento.

E' appena il caso di ricordare che gli interventi del legislatore non si sono arrestati nel corso del 2009. La legge 30 luglio 2010 n. 122 avente ad oggetto misure urgenti in materia di stabilizzazione e di competitività economica, introduce un limite ulteriore rispetto all'uso del contratto a tempo determinato per tutte le amministrazioni pubbliche, statuendo che il ricorso alla presente tipologia contrattuale può rilevare *“nel limite del 50% della spesa sostenuta per le stessa finalità nell'anno 2009”*.

La disciplina non pare destinata a trovare un rapido assestamento, il d.l. n. 101/2013 interviene nuovamente in merito all'art. 36 con una precisazione sulle causali giustificative e con due ulteriori commi, il 5-ter ed il 5-quater, che confermano principi già contenuti nella norma in merito all'eccezionalità dell'utilizzo di tale tipologia contrattuale, al divieto di trasformazione del contratto di lavoro a

tempo determinato in quello a tempo indeterminato, ed alla responsabilità dirigenziale in caso di uso illegittimo di tale precipua modalità di assunzione.

L'attuale versione dell'art. 36, frutto anche delle modifiche intervenute nel 2017 ad opera del d.lgs. 25 maggio n. 75, ripropone il principio della centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sottolineando che, al fine di soddisfare il proprio fabbisogno ordinario, *“le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato”*, osservando le procedure di reclutamento previste dall'art. 35 del medesimo decreto. Al 2 comma il legislatore concede alle amministrazioni la facoltà di avvalersi delle forme di contrattualizzazione flessibili, previste dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, al fine di *“rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale”*.

La norma si apre con un sommario rinvio alle tipologie contrattuali flessibili disciplinate dal codice e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, quindi in seguito definisce quelle utilizzabili costituite dal contratto di lavoro a tempo determinato, dal contratto di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi, dal contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e, infine, dal lavoro accessorio richiamato alla luce delle ultime integrazioni apportate all'art. 36 dall'art. 17, comma 26, lett. a), della legge n. 102/2009. Appare opportuno sottolineare, che nello stesso comma il legislatore individua le fonti deputate alla regolamentazione delle tipologie contrattuali sopra descritte.

Insieme alla fonte legale, il riferimento del legislatore tocca anche la contrattazione collettiva nazionale, decisamente ridimensionata nel proprio ruolo

rispetto alla originaria formulazione dell'art. 36. Non si rinviene più un generico rinvio alla disciplina pattizia, bensì una sua esclusiva funzione relativa alla individuazione del personale utilizzabile, salva - ad ogni modo - la competenza dell'amministrazione in ordine alla definizione delle proprie priorità organizzative. Sulla scorta del testo originario dell'art. 36, non erano mancate le disquisizioni in merito ad una possibile funzione autorizzativa della fonte collettiva, in relazione alla utilizzazione da parte dell'amministrazione pubblica delle forme contrattuali flessibili, discussione oramai risolta con esito negativo.

Con lo scopo di limitare i possibili abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, la precedente formulazione dell'art. 36 prevedeva che il lavoratore non potesse essere utilizzato, con tipologie contrattuali flessibili, per un periodo superiore al triennio, nell'arco dell'ultimo quinquennio.

Con la nuova versione, viene rimossa la prescrizione di una durata massima complessiva delle forme di lavoro flessibili utilizzabili da uno stesso lavoratore, sostituita dalla previsione di un sistema di controllo e monitoraggio; ogni anno entro il 31 dicembre le amministrazioni sono tenute a compilare un puntuale rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, da trasmettere ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno nonché alla presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica, a sua volta tenuta a redigere una annuale relazione al Parlamento. Se, dunque, da un lato l'intento è quello di pervenire ad un uso controllato del contratto a termine, dall'altro la novella tende ad omologare la disciplina tra il settore pubblico e quello privato.

Tuttavia, pur essendo venuta meno la norma speciale contenuta nel comma 3 dell'art.36, interviene, in forza del richiamo operato dal comma 2, la disposizione di cui al comma 4-bis dell'art. 5, d. lgs. n. 368/2001, per la quale il rapporto di lavoro corrente tra il medesimo datore di lavoro ed il medesimo lavoratore, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, non può superare complessivamente il termine di trentasei mesi.

Il quarto comma estende anche ai lavori socialmente utili le modalità di monitoraggio, previste a sua volta dal terzo comma, per tutte le tipologie di lavoro flessibile.

Il quinto comma dell'art. 36, invece, regola il sistema sanzionatorio nel caso in cui le amministrazioni violino disposizioni imperative, nell'atto di stipulare un contratto a termine. Resta immutata la regola, mutuata dai principi contenuti all'art. 97 della Costituzione, secondo la quale è esclusa la trasformazione *ope legis* del rapporto a termine, illegittimamente stipulato, in uno a tempo indeterminato; il comportamento illegittimo da parte dell'amministrazione legittima il lavoratore alla possibilità di chiedere il risarcimento del danno, quest'ultimo laddove concesso e pagato, deve essere recuperato dall'amministrazione coinvolta nei confronti del dirigente responsabile, qualora abbia agito con dolo o colpa grave.

In proposito l'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, nell'ipotesi di un dirigente che stipula un contratto a termine contravvenendo alle disposizioni contenute nella norma in oggetto, prevede una sanzione in ragione della gravità del comportamento adottato, come: il mancato rinnovo dell'incarico, la revoca dello stesso, la sua messa a disposizione o la risoluzione del rapporto di lavoro. Ciò senza dimenticare che le

violazioni relative all'art. 36 rilevano altresì ai fini della valutazione annuale sulle prestazioni del dirigente e comportano la non erogazione della retribuzione di risultato.

Introdotta dalla legge n. 102/2009, il comma 5-bis statuisce che le previsioni di cui al d.lgs. n. 368/2001 in materia di diritto di precedenza delle assunzioni, rilevino non già con riferimento alle assunzioni nell'ambito delle amministrazioni pubbliche comunque effettuate, ma con riguardo al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento, per le qualifiche e i profili per i quali sia richiesto il solo requisito formativo della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità.

Più precisamente il lavoratore che ha prestato la propria attività presso la medesima amministrazione per un periodo superiore al semestre, ha diritto di precedenza nell'ipotesi di assunzioni a tempo indeterminato effettuate nel corso dell'anno per lo svolgimento delle medesime mansioni già svolte in esecuzione dei medesimi e precedenti rapporti a termine. Allo stesso modo, il dipendente assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha il diritto di precedenza per il caso in cui la medesima amministrazione intenda perfezionare nuove assunzioni a termine, per lo svolgimento delle stesse attività stagionali.

La disciplina del diritto di precedenza, stabilita col d. lgs. n. 368/2001, contiene interessanti conseguenze in merito ai principi sull'accesso stabile nel settore pubblico e sull'ampio divieto di conversione di contratti a termine illegittimi.

La scelta legislativa di limitare il campo di applicazione della richiamata disciplina alle sole categorie di pubblici dipendenti non soggette alle ordinarie

procedure di reclutamento tramite concorso pubblico, potrebbe lasciar presumere che, in tali ipotesi, sia plausibile compromettere la previsione di cui al comma 5 dell'art. 36. Si è osservato in dottrina che la norma sembrerebbe idonea a legittimare la tesi per la quale possano essere sottratte dal campo di applicazione del divieto di conversione a tempo indeterminato tutte quelle assunzioni cui la novella del 2009 riconosce il diritto di precedenza.

In realtà proprio il richiamo al diritto di precedenza potrebbe costituire un'effettiva ipotesi di deroga legislativa al principio generale del concorso pubblico, conformemente al terzo comma dell'art. 97 Cost.

Nell'ipotesi di ricorso legittimo ad assunzioni a termine, il diritto di precedenza esercitato dal lavoratore interessato, comporterà che l'assunzione a tempo determinato avverrà senza che sia azionata alcuna procedura di selezione, tenendo conto che l'amministrazione si limita a verificare l'esistenza di eventuali requisiti per determinate professionalità.

Con le ulteriori modifiche intervenute nel corso del 2013, all'art. 36 sono stati aggiunti due commi, con il primo si rafforza il principio per cui il contratto a termine pubblico è regolato dalla normativa applicata nel settore privato (d. lgs. n. 368/2001) con esclusione di quella relativa alla causale giustificatrice ed al divieto di trasformazione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato (comma 5-ter); nel secondo, invece, si ribadisce che i contratti a termine, posti in essere in violazione dell'art. 36, sono affetti da nullità e comportano altresì una responsabilità erariale.

A ciò si aggiunga che i dirigenti, per l'ipotesi di irregolarità nell'uso del lavoro flessibile, oltre ad essere responsabili ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 161/2001, non vantano alcun diritto in merito alla percezione della retribuzione di risultato.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di una penalizzazione piuttosto severa per il dirigente, dal momento che la suddetta voce retributiva influisce in maniera considerevole sulla retribuzione annua.

Infine, l'analisi normativa dell'art. 36, alla luce delle richiamate modifiche e correzioni intervenute ad opera del legislatore, permette di evidenziare che la disciplina in esame rilevi come regolamentazione del contratto a termine pubblico che si richiama espressamente alla disciplina del settore privato con due rilevanti eccezioni, la prima riguarda le causali che ne legittimano l'utilizzo, la seconda concerne il sistema sanzionatorio in caso di un suo improprio utilizzo.

2. Le “specialità” del contratto a termine nel pubblico impiego

Il legislatore, sebbene abbia introdotto nel corso del 2008 le modifiche volte a ripristinare l'utilizzo della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico, alla luce di quanto previsto dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, pare tuttavia aver lasciato il contratto a termine in una “*dimensione altra*”¹² rispetto alla disciplina generale dell'istituto fissata dal d. lgs. n. 81/2015.

¹² S. MAINARDI, Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80, in Lav. pubbl, amm., 2006, p. 30.

La predetta alterità, così come rilevata dalla dottrina più autorevole, è rintracciabile nell'elemento più caratterizzante dell'istituto, quello delle causali che legittimano il ricorso al contratto a termine, che si configura in termini apertamente confliggenti tra i due grandi settori del mondo del lavoro subordinato.

In tal senso, successivamente all'introduzione delle modifiche adottate nel settore privato nel corso del 2018, il contratto a termine potrà essere utilizzato per *esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori, esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria*, e, peraltro, senza necessità di indicare alcuna causale nel caso di unico contratto non superiore ai dodici mesi di durata, per quanto attiene quello pubblico, solo ed esclusivamente per esigenze *“temporanee o eccezionali”*.

Sulla base di quanto precisato, è appena il caso di rilevare il chiaro ed evidente contrasto normativo; sembra piuttosto palese lo scopo del legislatore volto a disincentivare il ricorso alla flessibilità in entrata nel settore pubblico e, per lo più, l'utilizzo di contratti a tempo determinato.

Sotto questo profilo rileva anche la disposizione contenuta nell'art. 35, comma 4-bis, del d. lgs. n. 165/2001 in forza della quale per tutte le amministrazioni dello Stato, l'assunzione di personale con contratto a termine e di formazione e lavoro di contingenti superiori alle cinque unità è subordinata ad un meccanismo autorizzativo che trova concretizzazione nell'emanazione di un precipuo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

Il legislatore pare aver agito, in tal senso, in modo più che consapevole se si sottolinea che le disposizioni che hanno diversificato la tipologia contrattuale *de qua*, a seconda che il contratto sia stipulato nel settore privato o in quello pubblico, sono frutto di uno stesso intervento legislativo che, mentre nel primo settore amplia la causale giustificativa, acquisendo il requisito della temporaneità anche con riferimento ad ipotesi di ordinaria gestione organizzativa, nel secondo, invece, la causale giustificativa viene ristretta, tant'è che il requisito della temporaneità è accompagnato da quello della eccezionalità (art. 49, legge n. 133/2008).

Come si è avuto modo di sottolineare, nel corso dell'analisi dell'evoluzione normativa della disciplina, la divergenza tra i due settori, privato e pubblico, è destinata ad aumentare. Nel settore privato, si è reso possibile stipulare liberamente, senza l'indicazione di alcuna causale, contratti a tempo determinato secondo precise indicazioni fissate dal legislatore o dalla fonte collettiva; nel settore pubblico, invece, il d.l. n. 101/2013 ha sottolineato che il ricorso alla flessibilità in entrata può avvenire solo ed esclusivamente per esigenze temporanee o occasionali, così eliminando sul nascere qualsivoglia possibile tentativo di estendere, in via interpretativa, anche al lavoro pubblico la facoltà di stipulare contratti a termine cosiddetti acasuali.

L'ultimo tra gli interventi significativi del legislatore, quello per intenderci risalente al 2013, interviene a risolvere un problema significativo, con riferimento alla concreta applicazione della normativa sulle causali.

A seguito della legge del 2008, nella formulazione dell'art. 36, si ammetteva il ricorso al contratto a termine per esigenze temporanee ed eccezionali, ad oggi le esigenze devono essere esclusivamente tali, ma i suddetti requisiti sono alternativi tra

loro, rendendo plausibile il ricorso al contratto a termine in presenza di esigenze oggettivamente temporanee, ma non eccezionali quali quelle che si verificano ciclicamente in ragione della stagionalità delle esigenze.

L'ultimo intervento del legislatore, oltre a regolare dal punto di vista organizzativo il ricorso al contratto a termine, scongiura il rischio di un possibile contrasto della disciplina legale con quella di fonte pattizia da sempre caratterizzata dalla presenza di causali tipiche, come quelle costituite dai lavori stagionali o dalla sostituzione di lavoratori assenti per periodi feriali, trattandosi, in ambedue le circostanze, di fattispecie oggettivamente temporanee, sebbene prive del requisito della eccezionalità perché legate ad esigenze organizzative di tipo fisiologico.

E' bene ricordare, in tal senso, che le assunzioni a tempo determinato per esigenze stagionali e per la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto, sono espressamente contemplate in tutti i contratti collettivi di comparto.

3. La flessibilità in entrata nel lavoro pubblico

Le modifiche legislative intervenute in materia a partire dalla legge n. 80/ 2006 hanno fortemente alterato il modello sotteso alla regolamentazione ed all'utilizzo dello strumento della flessibilità fissato dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, nel testo licenziato, all'esito della c.d. seconda privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, dall'art. 22, d.lgs. n. 80/1998.

In particolare, l'attuale formulazione dell'art. 36, relativa alla individuazione delle causali giustificatrici il ricorso alle forme contrattuali flessibili, si muove nel solco del precedente intervento del 2006 che si è caratterizzato per aver introdotto «importanti limiti generali all'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile e, in particolare, dei contratti a termine . . . »¹³.

Le modifiche del 2008, ad esito di attento esame, si presentano con l'aggravante di non poter essere qualificate come atti di fine legislatura, tantomeno come uno dei provvedimenti di fine legislatura, orientati generalmente al contenimento della spesa, più che ad una organica regolamentazione della materia.

Ed infatti, l'art. 49, legge n. 133/2008, è inserito in un provvedimento che ha chiare finalità programmatiche e si pone come un intervento con aspirazioni sistematiche e di lungo respiro.

La norma pare essere destinata a caratterizzare il “piano industriale”¹⁴ della pubblica amministrazione del futuro nel quale, paradossalmente, viene drasticamente ridotta la possibilità di ricorrere ad uno strumento quale è quello della flessibilità in entrata condizionando fortemente il grado di adattabilità delle strutture pubbliche alle esigenze del mercato che, nella specie, sono costituite prevalentemente dal soddisfacimento dei bisogni della collettività.

¹³ Si veda G. NICOSIA, Commento artt., 13-29, d.lgs. n. 165/2001. Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico: due rette parallele destinate ad incontrarsi?, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-FIORILLO-A. MARESCA, Diritto del lavoro, vol. III, 2011, cit., p. 346 alla quale si rinvia per l'approfondita ricostruzione della complessa problematica sottesa a questo tipo di responsabilità e per la completa ricognizione bibliografica.

¹⁴ Così il testo è rubricato dell'art. 36 il Capo del d.lgs. VIII n. della 165/2001. legge n. 133/2008 nel quale è inserito l'art. 49 che riscrive il testo dell'art. 36 del d. lgs n. 165/2001

In realtà viene fortemente ridimensionata una delle novità più significative della riforma, quella di potenziare la "flessibilità organizzativa", in sintonia con una consapevole scelta del legislatore che, nel progettare una radicale rivisitazione dell'organizzazione dell'apparato pubblico (legge n. 59/1997), aveva esplicitato il principio per il quale le strutture pubbliche debbono essere organizzate sulla base di criteri di flessibilità, per consentire sia lo svolgimento dei compiti permanenti, sia il perseguimento di specifici obiettivi e missioni.

La variazione apportata all'originaria formulazione dell'art. 36 ne compromette il progetto sottostante che aveva posto le basi per la nascita di un processo virtuoso nel quale la flessibilità nell'impiego delle risorse umane si sarebbe combinata strettamente con la flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione, diventando così strumento per creare occupazione aggiuntiva e per rendere maggiormente efficiente l'apparato pubblico.

E' appena il caso di precisare, a parziale ridimensionamento delle critiche mosse al legislatore, che il suddetto processo non è mai stato concretamente avviato; le ragioni potrebbero essere rintracciate nella mancanza di una effettiva cultura gestionale in capo ai vertici delle amministrazioni, con conseguente impossibilità di promuovere nuovi schemi organizzativi, per non parlare dell'intervento delle organizzazioni sindacali, sovente promotrici di atteggiamenti ostativi nei confronti del ricorso alla flessibilità, nella convinzione che la stessa potesse incrementare situazioni di precarietà.

Il ricorso al contratto a tempo determinato ed alla collaborazione coordinata e continuativa è diventato uno strumento per sopperire a stabili esigenze organizzative

e per immettere all'interno delle pubbliche amministrazioni personale senza le garanzie qualitative e di controllo della spesa, previste dalla vigente normativa in materia di accesso.

L'utilizzo in qualche modo improprio della flessibilità non poteva restare privo di risposte da parte dello stesso legislatore, tuttavia la strada intrapresa non è condivisibile per due ordini di motivi.

Innanzitutto pare errato, dal punto di vista metodologico, creare un diritto del lavoro "speciale" che si applica solo al lavoro pubblico, dopo che si è scelto di assoggettare anche questa tipologia di rapporto alle categorie giuridiche del diritto privato.

Un'operazione simile rischia di compromettere la stessa unicità del diritto del lavoro come sistema normativo che, per restare tale, deve proporre un modello regolativo della prestazione di lavoro subordinato caratterizzato da una specifica coerenza e ciò prescindendo dalla sua applicazione al settore privato o pubblico.

Dal punto di vista organizzativo, è ammissibile una diversificazione della disciplina tra lavoro pubblico e privato, ma solo a condizione che la stessa rilevi quale affermazione di regole e principi costituzionali.

Una diversità di trattamento è plausibile in considerazione di principi, quali quelli contenuti nell'art. 97 Cost., che non consentono una diretta applicazione al lavoro pubblico di regole proprie del mondo del lavoro privato, per il quale non vige il precetto costituzionale sopra richiamato.

Nello specifico, in ragione dell'obiettivo primario perseguito dall'art. 97 Cost. rivolto alla tutela dell'organizzazione amministrativa, non sarà possibile nel lavoro

pubblico riconoscere alla prestazione lavorativa di fatto (art. 2106 c.c.) o alle mansioni svolte di fatto (art. 2103 c.c.) la stessa rilevanza giuridica prevista nel settore privato, così come non sarà possibile applicare le stesse sanzioni per punire il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili, e ciò in ragione di una regola di sistema: nel mondo del lavoro pubblico l'espletamento del concorso costituisce un passaggio costituzionalmente obbligato, prodromico ad ogni tipo di accesso nell'amministrazione.

In materia di flessibilità ciò può comportare che possano cambiare le tecniche di tutela a favore del lavoratore assunto a termine con modalità illegittime: nel settore privato il diritto alla trasformazione del rapporto precario in uno stabile, nel settore pubblico il risarcimento del danno.

In questo caso, come dimostra la stessa giurisprudenza costituzionale e comunitaria, alla luce dell'esame del modello sanzionatorio previsto dall'art. 36 cit., non viene messa in discussione l'intrinseca coerenza del modello normativo in materia di flessibilità in entrata.

E' stato opportunamente sottolineato che ci troviamo di fronte a forme di reazioni dell'ordinamento che sebbene non identiche, risultano equivalenti.

Nel caso che rileva le misure previste, quale conseguenza all'illegittima apposizione del termine, in ragione dei sistemi diversi in cui operano, possono comportare, con riferimento ai medesimi diritti, tutele differenti, tuttavia parimenti efficaci.

Il giudizio circa l'idoneità della reazione verterà necessariamente sulla valutazione e contemperamento dei diritti coinvolti, laddove si riconosce che ad una

espansione di un diritto — quale quello di cui all'art. 97 Cost. — corrisponde la compressione di un altro diritto egualmente protetto. L'esigenza di un siffatto bilanciamento di interessi assume, un carattere irrinunciabile nel lavoro pubblico, dal momento che prescindendone mai potrebbero ritenersi equivalenti risarcimento e conversione.

Se il problema della coerenza del sistema può ritenersi risolto positivamente, quanto all'adozione di misure dissimili in relazione al profilo sanzionatorio, lo stesso non può dirsi quando, all'interno del processo teso ad uniformare la disciplina del rapporto di lavoro privato e pubblico, caratterizzato anche da una parificazione degli strumenti di gestione, si assiste alla formazione di una disciplina legale che si muove su direttrici diametralmente opposte: nel settore privato, in linea anche con l'insegnamento europeo, si è avviato un processo di progressiva liberalizzazione sull'uso della flessibilità mediante l'allentamento dei vincoli in ordine alle causali giustificative, con riferimento alle quali non è richiesta l'intrinseca temporaneità e il requisito dell'eccezionalità, ma oggettive esigenze aziendali, anche riferibili all'ordinaria attività dell'impresa ; nel settore pubblico, al contrario, lo stesso legislatore pone un freno sull'uso dell'istituto, riproponendo la regola di una generica, ma incisiva, "specialità", costituita dal connubio di esigenze temporanee ed eccezionali.

Dopo l'approvazione in Senato ad agosto 2018, è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge n. 96 del 9 agosto 2018 di conversione del D.L. n. 87/2018 c.d. Decreto Dignità.

Uno degli aspetti caratterizzanti della nuova normativa, è rappresentato dalla modifica dell'**art. 19 comma 1 del D.lgs. 81/2015**. Il nuovo art. 19 prevede che la stipula di un contratto di lavoro a tempo determinato "a-causale", possa avvenire solo ed esclusivamente per un periodo di durata non superiore ai 12 mesi. La durata massima del contratto a tempo determinato si riduce a 24 mesi, contro i precedenti 36 mesi previsti dal Jobs Act. Il contratto può avere una durata superiore ai 12 mesi solo in presenza delle seguenti causali:

- Esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività
- Ragioni sostitutive
- Esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria

La diversità delle regole è destinata ad incidere anche sul ruolo e sui poteri di controllo del giudice, chiamato, per uno stesso istituto, a compiti diversi. A fronte di un contratto a termine nel settore privato, il controllo giudiziale non potrà andare a sindacare nel merito le scelte gestionali del datore di lavoro, mentre nel caso di un contratto a termine pubblico, potrà essere esercitata una incisiva e penetrante ingerenza nelle strategie aziendali, essendo possibile verificare l'eccezionalità e l'occasionalità della fattispecie giustificatrice della clausola oppositiva del termine.

E' opportuno non trascurare in tal senso, infine, il possibile contrasto con lo stesso diritto comunitario, e ciò sempre con riferimento ad uno stesso istituto, nella specie il contratto a termine, a seconda che lo stesso sia disciplinato dal diritto del lavoro valevole per i lavoratori privati o da quello applicato ai dipendenti pubblici.

Il d.lgs. n. 368/2001 aveva realizzato, nell'ordinamento interno, una articolata direttiva comunitaria, vincolante per gli Stati membri, che sembrerebbe essere stata disattesa dal successivo testo dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che si muoveva nella direzione opposta e ciò proprio con riferimento alle causali giustificative.

L'intenzione di fondo che permea la direttiva in questione è quella di affrancare il contratto a termine da una sua qualificazione come strumento eccezionale di gestione della forza lavoro, ferma restando la presenza di oggettive discriminazione ragioni organizzative che comunque ne giustifichino l'utilizzo, la non discriminazione del lavoratore interessato e la repressione degli abusi nell'ipotesi di una successione di contratti.

La seconda ragione di forte dissenso sulla soluzione prescelta per arginare l'uso improprio degli strumenti di flessibilità è relativa alle modalità con le quali lo stesso legislatore intende svolgere il suo ruolo di garante del buon andamento e dell'efficienza dell'amministrazione, riconosciutogli dal comma 1 dell'art. 97 Cost.

Le misure adottate in materia di flessibilità esprimono l'esigenza di sciogliere un nodo di fondo sotteso al tentativo di dotare la pubblica amministrazione delle stesse leve gestionali presenti nel mondo delle imprese.

L'obiettivo appare realizzabile solo valorizzando il ruolo dei dirigenti che, nel settore pubblico, ricoprono una funzione sostanzialmente datoriale. A tal fine è quanto mai necessario rivitalizzare il modello normativo in materia di disciplina del rapporto dirigenziale con riferimento all'autonomia gestionale, agli incarichi, alle forme di incentivazione ed alla correlativa responsabilità.

Dunque, la tendenza che caratterizza gli interventi normativi degli ultimi anni, soprattutto in materia di flessibilità, è esattamente agli antipodi rispetto alla valorizzazione del ruolo della dirigenza: «è come se il legislatore avesse, metaforicamente ritirato le deleghe di autonomia alle amministrazioni pubbliche» imponendo, «con un intervento dirigista e centralista», per la generalità delle amministrazioni, il modello classico dell'impiego pubblico costituito dal lavoro stabile e a tempo pieno.¹⁵

Le ragioni di tale inversione di tendenza rispetto alle leggi di riforma degli anni '90 sono rinvenibili in una totale sfiducia nei confronti dell'operato della dirigenza pubblica. In questo si sostanzia il nodo di fondo da sciogliere se si vuole portare avanti un'opera di effettiva manutenzione della riforma del rapporto di lavoro pubblico, e della sua organizzazione.

Appare di pronta evidenza, pertanto, che deve necessariamente cambiare la tecnica di intervento legislativo, se si vuole mantenere l'obiettivo di unificare il lavoro privato e pubblico auspicando che, in tal modo, si possa realizzare, nell'interesse dei cittadini, una maggiore funzionalità dei servizi e delle funzioni pubbliche.

L'elemento dirimente è costituito dalla valorizzazione del ruolo della dirigenza come datore di lavoro; in quest'ottica, per contrastare un uso distorto della flessibilità in entrata, è sufficiente definire gli obiettivi gestionali e di spesa ai quali devono attenersi i dirigenti nell'utilizzare contratti non standard e, nel contempo, avviare un

¹⁵ B. CARUSO, La regolazione, cit., p, 231

effettivo monitoraggio sui risultati ottenuti anche ai fini dell'imputazione di una precisa responsabilità in caso di uso illegittimo dei contratti flessibili.

In quest'ottica, chiarita la valutazione negativa sulle tecniche prescelte (relativamente alle causali giustificatrici) per riequilibrare un uso a dir poco disinvolto del ricorso al lavoro flessibile, la norma in esame introduce dei principi che dovrebbero essere in grado di contribuire a risanare la gestione pubblica della flessibilità in entrata.

L'intimazione a carico delle amministrazioni di analitici rapporti informativi sull'utilizzo del lavoro flessibile, la fissazione di un limite massimo di durata dei contratti a termine per ciascun lavoratore e le accentuate forme di responsabilità in capo ai dirigenti, costituiscono elementi in grado di contrastare un possibile uso improprio e sostanzialmente illegittimo del ricorso al contratto a termine.

La previsione di un limite temporale nel ricorso al contratto a termine, parametrato sul singolo lavoratore interessato, elimina sul nascere una delle cause che hanno concorso al cattivo uso di questa tipologia contrattuale, spesso applicata, ben oltre i tre anni, per sopperire a stabili esigenze di organico, aggirando, in tal modo, la normativa posta a garanzia di un accesso qualificato ed economicamente sostenibile negli organici delle pubbliche amministrazioni.

È il caso di sottolineare la grande potenzialità delle regole sopra menzionate, idonee ad eliminare un uso illegittimo del contratto a termine pubblico, soprattutto se ad esse si accompagna la determinazione degli obiettivi organizzativi (e, possibilmente, anche di ordine finanziario) che, mediante l'utilizzazione della flessibilità in entrata, la dirigenza è chiamata a perseguire. Quanto finora sostenuto

dimostrerebbe che l'obiettivo di una correzione in materia di contratti flessibili pubblici, ed in particolare di contratto a termine, si sarebbe potuta perseguire senza stravolgere il modello di regolamentazione unico per il lavoro pubblico e privato preposto al governo della flessibilità in entrata, agendo sulla leva delle responsabilità del dirigente, della valorizzazione del suo operato in caso di utilizzo virtuoso del lavoro flessibile e, nel contempo, curando la sua formazione manageriale.

La legge 28 giugno 2012, n. 92 avrebbe potuto costituire l'occasione per invertire la tendenza alla progressiva diversificazione della disciplina deputata alla regolamentazione del lavoro privato e di quello pubblico, avviatasi con la prima legge di riforma del mercato del lavoro del 2003, a cui hanno fatto seguito, poi, gli interventi sulla flessibilità in entrata che hanno portato all'attuale testo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

La legge *de qua*, rivolta ad una crescita economica e occupazionale e ad una creazione di un mercato del lavoro più inclusivo e dinamico, ha affrontato il tema della flessibilità e si è rapportata al lavoro pubblico con due disposizioni che richiedevano un successivo organico intervento da parte dello stesso legislatore. All'interno del comma 7 dell'art. 1 si precisa che le disposizioni della «presente legge», salvo che le stesse non lo prevedano espressamente, costituiscono solo «principi e criteri» per la regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001, ai quali, in base al successivo comma 8 dello stesso articolo, il Ministro per la pubblica amministrazione dovrà attenersi per «individuare e definire» «gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni» e ciò potrà essere

effettuato «anche mediante iniziative normative». La legge non ha, dunque, escluso il lavoro pubblico dal suo ambito di applicazione, ma non ha inteso neppure fornire alle proprie disposizioni una operatività diretta; la previsione normativa sopra illustrata non può essere letta che nel contesto legislativo più generale nella quale la stessa opera.

Ora, dal tenore letterale della norma, parrebbe ritrovarsi a compiere un balzo indietro per quanto concerne la tecnica legislativa. Le ragioni giustificatrici all'apposizione del termine, vanno aldilà del c.d. "clausolone" previsto dalla normativa precedente al Decreto c.d. Poletti ed al Jobs Act, vale a dire il D.lgs. 368/2001 con le sue ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive, producendo una reviviscenza della defunta legge n. 230/1962, e la connessa giurisprudenza formatasi alla luce della precedente normativa.

In modo particolare, soprattutto l'ultima causale nella sua formulazione letterale, parrebbe foriera, di potenziali contenziosi nonché dubbi ermeneutici ed applicativi. In primis, non è così chiaro se gli incrementi temporanei, significativi e non programmabili, devono sussistere tutti insieme; o se sarà sufficiente solo una delle condizioni per consentire la legittima stipula di un contratto a tempo determinato oltre i 12 mesi. La genericità delle espressioni adoperate, rischia di lasciare ampi margini di discrezionalità ermeneutica al giudice del lavoro, con un potenziale di contenzioso assolutamente ragguardevole.

In sede di conversione al D.L. n. 87/2018, è stato inserito il comma 1-bis dell'art. 1, il quale stabilisce che in caso di stipulazione di un contratto superiore ai 12

mesi in assenza di una delle causali giustificatrici previste dal comma 1 dell'art. 19, il contratto si trasforma in un contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento dei 12 mesi. Vale comunque l' "exit strategy" prevista dal comma 2 dell'art. 19 del D.lgs. 81/2015, che consente alla contrattazione collettiva, anche aziendale, alla luce dell'art. 51 del D.lgs. 81/2015, di derogare al limite massimo dei 24 mesi. Tale limite massimo può essere derogato anche con la stipula di un nuovo contratto a tempo determinato, della durata massima di dodici mesi, presso la direzione territoriale del lavoro competente per territorio.

4. La responsabilità nella gestione della flessibilità in entrata

Il legislatore, attraverso la definizione di una disciplina sanzionatoria in seguito oggetto di approfondita analisi, così come pure in virtù dei principi risarcitori, ha inteso definire una tutela diretta nei confronti del lavoratore illegittimamente assunto a termine, con effetti fermamente deterrenti sulla stipulazione dei contratti invalidi.

Il richiamato art. 36, comma 3, con il precipuo scopo di combattere gli abusi, dispone l'obbligo in capo alle amministrazioni, di redigere con cadenza annuale un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, da trasmettere entro il 31 gennaio di ogni anno, agli uffici deputati al controllo interno.

Alla suddetta disposizione di carattere generale, si accompagnano previsioni analitiche in merito alla responsabilità del personale pubblico che, alla luce delle

funzioni professionali adempiute, abbia violato le disposizioni imperative concernenti le modalità di assunzione di personale con contratto a tempo determinato.

A tal proposito parrebbe appena il caso di enucleare tre regole: la prima sottolinea la persistenza di ogni responsabilità e sanzione, la seconda impone alle amministrazioni l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili, la terza attribuisce un'ulteriore ed autonoma responsabilità al dirigente pubblico che, posto in essere un contratto a termine, violi quanto disciplinato dalla norma *de qua*.

La prima regola rileva quale imputazione di responsabilità generale che incombe su tutti i dipendenti, compresi quelli interessati, che abbiano concorso con il loro comportamento a creare situazioni di illegittimità in occasione del reclutamento a termine di personale pubblico, e comunque, del suo impiego all'interno della struttura pubblica.

Alla luce di tale responsabilità, le conseguenze hanno natura disciplinare e possono comportare, in presenza di comprovate e gravi mancanze, finanche una sanzione di tipo espulsivo¹⁶.

Peraltro, è bene sottolineare, che il legislatore prevede l'ipotesi di una responsabilità amministrativa per danno erariale, azionata dalla Corte dei Conti. Si tratta di una responsabilità particolarmente incisiva, tenendo conto che è mutata la sua originaria funzione reintegrativo-risarcitoria, in una indennitaria-sanzionatoria. La responsabilità amministrativa del pubblico agente, non è più collegata alla

¹⁶ Stabilisce il comma 5 dell'art. 36 cit. «I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto».

produzione di un danno, ma alla mera violazione di una norma, con la conseguenza che il dipendente pubblico, che ha realizzato un'assunzione *contra legem*, sarà ritenuto responsabile, sebbene l'amministrazione abbia ricevuto un'utilità dal lavoro comunque prestato.

I giudici della Corte dei conti non si pongono come unico scopo quello di ottenere la reintegrazione patrimoniale a favore dell'erario, ma accertata la responsabilità dell'agente per aver costretto l'amministrazione ad avvalersi di un'attività svolta in violazione delle norme di legge, definisce l'ammontare del danno utilizzando parametri equitativi nella definizione dell'effettiva entità del danno. Quanto appena descritto, sottolinea la funzione altamente deterrente della responsabilità in esame, tenendo conto che il dirigente, che ricorre alla flessibilità in entrata contravvenendo alle disposizioni fissate del legislatore, corre ad ogni modo il rischio di essere individuato quale responsabile, sebbene l'amministrazione da cui dipende non abbia subito alcun danno.

La seconda forma di responsabilità, di tutt'altra natura rispetto a quanto affermato, pare gravare esclusivamente sui dirigenti pubblici in presenza di due condizioni: a) il riconoscimento di un risarcimento del danno in capo al dipendente e conseguente pagamento di un risarcimento del danno in capo al dipendente e successivo pagamento dello stesso da parte dell'amministrazione; b) il comportamento doloso o gravemente colposo del dirigente che predisposto l'assunzione illegittima.

La disciplina descritta rileva quale fattispecie di responsabilità contrattuale, di conseguenza l'azione che l'amministrazione è obbligata ad esercitare si qualifica

come un'autentica azione di regresso nei confronti del dirigente, il quale, per il caso in cui abbia agito con dolo o colpa grave, è tenuto a rimborsare all'amministrazione l'intera somma erogata in seguito all'accertato danno in capo al lavoratore, assunto con modalità illegittima.

In tal senso, autorevole dottrina ha affermato che *“la richiamata responsabilità patrimoniale non può riguardare solo quanto corrisposto come risarcimento del danno, ma anche gli importi versati per le retribuzioni”*.¹⁷

Il principio suesposto deve essere inteso alla luce dell'effettivo danno subito: per il caso in cui la prestazione lavorativa sia stata eseguita, ricevuta utilmente dall'amministrazione e di conseguenza retribuita, si ritiene che il dirigente, accertata la sua responsabilità per l'invalidità del contratto, non sia tenuto a rimborsare anche la retribuzione del dipendente.

Questa differente forma di responsabilità, certamente più stringente dal punto di vista economico rispetto a quella amministrativa, non rileva rispetto al dirigente ogni volta che il dipendente interessato venga risarcito del danno subito. Tenendo fede ai principi relativi alla responsabilità amministrativa ed al danno erariale, ai sensi e per gli effetti della l. n. 693/1996, il legislatore ha limitato la responsabilità del dirigente ai casi di dolo e colpa grave. Non rilevano difficoltà di sorta per quanto attiene la qualificazione del dolo; rileva quale ipotesi in cui il soggetto abbia previsto e voluto il danno erariale come conseguenza della propria azione o omissione, in funzione della generale disciplina sancita altresì dall'art. 43 c.p.

¹⁷ E. GRAGNOLI, Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, cit., p. 710.

Con riferimento al principio di colpa grave, un valido aiuto interpretativo è fornito dalla elaborazione prodotta dalla Corte dei conti, che individua il principale indice di riconoscimento di tale forma di colpa nell'ipotesi in cui: *“la condotta sia caratterizzata da particolare negligenza o imprudenza, posta in essere senza l’osservanza di un livello minimo di diligenza che dipende dal tipo di attività concretamente richiesta e dalla sua personale preparazione professionale, nel settore al quale è preposto”*; la Corte sottolinea peraltro che: *“il concetto di colpa grave va inquadrato nella nozione di colpa professionale di cui all’art. 1176, comma 2, c.c. e va inteso come inosservanza non già della diligenza del pater familias, bensì di quella particolare diligenza occorrente con riguardo alla natura e alle caratteristiche di una specifica attività”*.¹⁸

CAPITOLO II

¹⁸ Corte dei conti, Sez. giur. Reg. Calabria, 27 aprile 2006, n. 369; Corte dei conti giur. centr. D’appello, 29 gennaio 2004, n. 59; Corte dei conti, Sez. giur. reg. Veneto, 6 giugno 2005, n. 896.

LE ALTRE TIPOLOGIE CONTRATTUALI:

1. Il lavoro somministrato

Il nuovo art. 36, comma 2, ribadisce che *«I contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato sono disciplinati dagli articoli 30 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro»*.

La disciplina legale convive con quella collettiva, espressamente legittimata ad integrare la prima, realizzando così un riequilibrio nel riparto delle competenze tra fonte legale e contrattuale, al fine di rendere maggiormente coerente il principio che affida alla contrattazione collettiva le materie concernenti il rapporto di lavoro con le disposizioni legislative, che intervengono anche con regolazioni di dettaglio nel medesimo ambito. Ed infatti il rinvio legale all'autonomia collettiva non risulta più circoscritto al profilo riguardante la determinazione dei contingenti di personale da impiegare con lo schema negoziale della somministrazione, ma risulta ampio e indeterminato con riguardo all'oggetto. Il rinvio agli artt. 30 ss. del d.lgs. n. 81/2015 sembrerebbe riavvicinare le due normative nel privato e nel pubblico, ma ciò si rivela solo apparente in quanto il nuovo art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 consente alle amministrazioni pubbliche di stipulare, come si è già accennato, la somministrazione «soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o

eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento previste dall'art. 35, d.lg. n. 165/2001».

Peraltro, la diversa regolamentazione della somministrazione nel privato e nel pubblico è stata ribadita dalla l. n. 96/2018 (c.d. Decreto Dignità), che esclude espressamente le modifiche riguardanti l'istituto in oggetto, nel pubblico impiego. In particolare, quando l'utilizzatore è una pubblica amministrazione, il contratto di somministrazione può essere utilizzato solo per esigenze produttive temporanee. Ciò è previsto, del resto, dai contratti collettivi nazionali di lavoro, quelli stipulati dall'Aran, relativi al triennio 2016-2018, che stabiliscono che il contratto di somministrazione non è utilizzabile per fronteggiare stabilmente le carenze di organico e gli Enti possono ricorrere a tale flessibilità, tenendo conto dell'economicità dello strumento e della programmabilità delle urgenze.¹⁹

È rimessa comunque alla valutazione delle Aziende ed Enti la possibilità di ricorrere a questa forma di flessibilità per le esigenze dei servizi di emergenza (così, l'art. 59, comma 3, CCNL relativo al personale del comparto Sanità). Ciò che conta è fornire informazioni sul numero e sui motivi dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato conclusi, sulla durata degli stessi, sul numero e sui profili professionali interessati, nell'ambito dell'Organismo paritetico per l'innovazione, volto al coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione. Resta, inoltre, confermata, ai sensi dell'art. 31,

¹⁹ Così, art. 56 CCNL relativo al Comparto Funzioni Centrali, art. 52 CCNL relativo al comparto Funzioni Locali, artt. 55 e 85 CCNL relativi al comparto Istruzione e ricerca

comma 4 del d.lg. n. 81/2015, l'applicabilità ai rapporti con le pubbliche amministrazioni del solo contratto di somministrazione a tempo determinato, che però deve essere stipulato con agenzie appositamente autorizzate come, del resto, tendono a precisare i contratti collettivi (così, art. 59, comma 3, CCNL relativo al Comparto Sanità).

In proposito, va ricordato che il contratto che intercorre tra l'amministrazione e l'agenzia fornitrice non è altro che un contratto di appalto di servizi, come tale soggetto alle consuete procedure amministrative di aggiudicazione; le forme a cui l'amministrazione può ricorrere sono costituite dal pubblico incanto, dalla licitazione privata, dall'appalto-concorso e dalla trattativa privata.²⁰ In altri termini, la pubblica amministrazione deve scegliere l'agenzia con la quale stipulare il contratto di somministrazione, nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica, e dunque del codice degli appalti. Al contempo, l'agenzia del lavoro, che si accinge ad avviare i lavoratori presso le pubbliche amministrazioni, dopo essersi aggiudicata la gara, deve limitarsi a rispettare un minimo di imparzialità e di trasparenza.

A tal fine, sarebbe opportuno che le pubbliche amministrazioni inserissero nei capitolati di appalto clausole contenenti il nucleo minimo di principi di imparzialità e pubblicità cui le agenzie devono conformarsi nell'avviamento.

Per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, come dispone l'art. 35, comma 1, d.lg. n. 81/2015. Inoltre,

²⁰ Per una analisi delle modalità di stipulazione, v. FIORILLO, 2003, 68 ss.; FIORILLO, 2006, 2015 ss.

l'utilizzatore è obbligato, in solido con il somministratore, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore. Le amministrazioni sono tenute, nei riguardi dei lavoratori somministrati, ad assicurare tutte le misure, le informazioni e gli interventi di formazione relativi alla sicurezza e prevenzione previsti dal d.lg. n. 81/2008, in particolare per quanto concerne i rischi specifici connessi all'attività lavorativa in cui saranno impegnati. I lavoratori somministrati hanno diritto di esercitare, presso le amministrazioni utilizzatrici, i diritti di libertà e di attività sindacale previsti dalla legge n. 300/1970 e possono partecipare alle assemblee del personale dipendente. L'amministrazione comunica tempestivamente al somministratore, titolare del potere disciplinare nei confronti dei lavoratori somministrati, le circostanze di fatto disciplinarmente rilevanti da contestare al lavoratore somministrato, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 300/1970.

Ferma restando la disciplina legale di riferimento, ivi comprese le norme speciali applicabili alle amministrazioni pubbliche (tra cui l'art. 36, comma 2, d.lg. n. 165/2001 e gli articoli 31, commi 4 e 48 del d.lg. n. 81/2015), i nuovi contratti collettivi nazionali di lavoro individuano il limite quantitativo di utilizzazione dell'istituto del contratto di somministrazione a tempo determinato, in misura percentuale contenuta, ovvero nel 20% del personale a tempo indeterminato in servizio al 1° gennaio dell'anno di assunzione, con arrotondamento dei decimali all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5, tenuto conto che tale forma di lavoro flessibile si somma alla possibilità di utilizzo del lavoro a termine attivato direttamente dalle amministrazioni e, in ogni caso, nel rispetto di vincoli

finanziari, previsti dalla legislazione vigente, in materia di contenimento delle spese relative ai rapporti di lavoro flessibile. Sono esenti dal predetto limite le ipotesi che prevedono: a) l'attivazione di nuovi servizi o attuazione di processi di riorganizzazione finalizzati all'accrescimento di quelli esistenti; b) particolari necessità di enti di nuova istituzione; c) stipulazione di contratti a tempo determinato per il conferimento di supplenze al personale docente ed educativo degli enti locali; d) introduzione di nuove tecnologie che comportino cambiamenti organizzativi o che abbiano effetti sui fabbisogni di personale e sulle professionalità; e) personale che afferisce a progetti finanziati con fondi UE, statali, regionali o privati; f) realizzazione di eventi sportivi o culturali di rilievo internazionale (così, art. 52, comma 3, CCNL relativo al comparto Funzioni Locali).

Peraltro, il ricorso non è consentito per le posizioni di lavoro che comportano l'esercizio di funzioni pubbliche (area di vigilanza, competenze del Sindaco come Ufficiale di governo). Resta fermo il divieto, previsto espressamente dall'ultimo periodo del comma 2, dell'art. 36, di ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali, che trova la sua ragion d'essere nel rapporto di ufficio, con connessa rappresentanza esterna del dirigente e del funzionario direttivo, nonché nel vincolo fiduciario, che lega le figure apicali all'amministrazione, che non può investire il dipendente somministrato perché resta pur sempre un dipendente privato. I lavoratori somministrati hanno titolo a partecipare all'erogazione di trattamenti accessori qualora contribuiscano al raggiungimento di obiettivi di performance o svolgano attività per le quali siano

previste specifiche indennità, secondo i criteri definiti in sede di contrattazione integrativa.

I relativi oneri sono a carico dello stanziamento di spesa per il progetto di attivazione dei contratti di somministrazione a tempo determinato, nel rispetto dei vincoli finanziari previsti dalle vigenti disposizioni di legge in materia. Il contratto a tempo determinato tra somministratore e lavoratore è vietato per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; dopo licenziamenti collettivi avvenuti nei sei mesi precedenti o nelle unità produttive nelle quali siano operanti sospensioni o riduzioni di orario; da parte di datori di lavoro, che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (così, l'art. 32 d.lg. n. 81/2015). Oltre alle sanzioni amministrative pecuniarie previste in caso di violazione della normativa in materia di somministrazione, quando questa avviene in violazione delle disposizioni relative ai limiti quantitativi, ai divieti e alla forma del contratto, il lavoratore può chiedere nei confronti dell'utilizzatore la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione, ai sensi dell'art. 38, comma 2, d.lg. n. 81/2015. Tale ultima previsione non trova però applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni, come tiene a precisare il comma 4 dello stesso art. 38 sopra citato. Per completezza, giova infine ricordare l'art. 20 del decreto n. 75 del 2017, dove, nell'ultima parte del comma 9, è stabilito che i lavoratori somministrati i quali prestino servizio nelle pubbliche amministrazioni, in data successiva al 28 agosto 2015, non hanno diritto a nessuna delle due procedure di stabilizzazione ivi previste; al riguardo, non appare tuttavia condivisibile l'esclusione

degli stessi dalla riserva di posti prevista per la seconda delle due, essendo quella destinata a valorizzare comunque professionalità acquisite da personale, che ha operato all'interno delle pp.aa. per un congruo periodo di tempo con un contratto di lavoro flessibile (FIORILLO, 2018, 178). Di conseguenza, gli stessi sono anche esclusi dal computo dei contratti di lavoro flessibili necessari per il computo dei tre anni, richiesti dall'art. 20 comma 2, in caso di concorso riservato.

Invero, deve rilevarsi che il contratto di somministrazione può essere uno strumento di migliore efficienza ed efficacia e di aiuto verso una p.a. che cambia, soprattutto se adeguatamente applicato e “personalizzato” rispetto alle esigenze delle pp.aa., che sono plurime e specifiche e che appartengono più alle Amministrazioni di servizio, in particolare regionali e locali, che a quelle centrali.

La possibilità di utilizzare personale dipendente da terzi può configurarsi come uno strumento di notevole efficienza organizzativa per le pubbliche amministrazioni, che hanno la disponibilità economica per sopportarne il costo, al punto da ritenerlo preferibile rispetto ad altre fattispecie di lavoro flessibile, sia perché risponde alle esigenze del rapporto di lavoro delle pp.aa. e di prevenzione della corruzione, sia perché sembra tutelare maggiormente i lavoratori, grazie al ruolo sussidiario e aggiuntivo degli enti bilaterali. Senza trascurare, infine, che i pochi casi di contenzioso, che hanno riguardato i lavoratori somministrati, sono risultati tutti riferiti all'applicazione errata del principio di parità di trattamento economico e, più

recentemente, ai casi di illegittima o abusiva successione di somministrazione di lavoro a termine.²¹

2. La formazione ed il lavoro: l'apprendistato

L'ulteriore tipologia di rapporti formativi utilizzabile, in astratto, dalle amministrazioni pubbliche è rappresentata dal contratto di apprendistato.

Disciplinata dal d.lgs. n. 81/2015, artt. 41-47, è questa una tipologia contrattuale che, per espressa previsione di legge, rientra nel novero di quelle a tempo indeterminato ed è finalizzata alla formazione e alla occupazione dei giovani.

Veniamo ora ad esaminare le tipologie utilizzabili.

Delle tre forme di apprendistato previste dalla legge – quello per la qualifica e per il diploma professionale, quello professionalizzante o contratto di mestiere e, infine, quello di alta formazione e ricerca – le amministrazioni pubbliche possono utilizzarne due.

La prima è quella dell'apprendistato professionalizzante o contratto di mestiere (art. 44). È consentito, infatti, farvi ricorso in tutti i settori di attività, pubblici o privati, mediante assunzione, per il conseguimento di una qualifica professionale a fini contrattuali, di soggetti di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni. O, pure, a partire dal diciassettesimo anno di età, nell'ipotesi che i soggetti assunti siano in

²¹ cfr. CC, SL, 16 gennaio 2019 n. 992; CC, SL, 6 ottobre 2016 n. 20060; per la disciplina precedente il Jobs Act, v. invece T Venezia, SL, 18 luglio 2017 n. 305

possesso di una qualifica professionale, conseguita nel rispetto della normativa vigente. L'apprendistato professionalizzante è esteso anche ai lavoratori, senza limiti di età, beneficiari di indennità di mobilità o di un trattamento di disoccupazione, per il conseguimento della loro qualificazione o riqualificazione professionale (art. 47, co. 4, d.lgs. n. 81 cit.).

La seconda tipologia contrattuale utilizzabile dalle amministrazioni è quella dell'apprendistato di alta formazione e di ricerca (art. 45). Si tratta di un contratto di apprendistato per attività di ricerca, per il conseguimento di un diploma di istruzione secondaria superiore, di titoli di studio universitari e della alta formazione, compresi i dottorati di ricerca, per la specializzazione tecnica superiore, nonché per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche o per esperienze professionali, di coloro che abbiano un'età compresa tra i diciotto e i ventinove anni. Anche nel caso dell'apprendistato di alta formazione, quando si tratti di soggetti in possesso di una qualifica professionale conseguita ai sensi di legge, il contratto può essere stipulato a partire dal diciassettesimo anno di età.

Se quelle appena individuate sono le tipologie contrattuali attivabili in astratto dalle amministrazioni pubbliche, la concreta utilizzabilità delle stesse è rimessa, però, all'adozione di un provvedimento in grado di adattare la disciplina dell'istituto alle caratteristiche dell'assunzione nelle amministrazioni di cui si tratta.

È lo stesso d.lgs. n. 81 cit., infatti, ad affidare (nelle disposizioni dell'art. 47, co. 6) la definizione della disciplina del reclutamento e dell'accesso, nonché dell'applicazione del contratto di apprendistato per i settori di attività pubblici, di cui agli articoli 44 e 45 cit., ad un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che

già sarebbe dovuto intervenire (prescrivendone, la norma, l'adozione entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore dello stesso decreto), ma che, allo stato, ancora non risulta essere stato adottato.

2.1 Il contratto di formazione e lavoro

Alle amministrazioni pubbliche, sempre al fine di far fronte alle esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, è consentito di avvalersi anche dei contratti di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi.

Si tratta di fattispecie aventi «causa mista», dal momento che uniscono alla causa dello scambio lavoro/retribuzione la componente della formazione.

La prima tipologia negoziale richiamata è il contratto di formazione e lavoro, che non è più utilizzabile nel settore privato per problemi sollevati a livello comunitario rientranti nel divieto per gli Stati membri di porre in essere aiuti alle imprese private nazionali.

L'istituto, che si ascrive nelle fattispecie di assunzione a tempo determinato, riguarda giovani di età compresa tra i sedici e i trentadue anni.

Sono possibili due differenti tipologie negoziali:

- a) il contratto di formazione e lavoro diretto all'acquisizione, in un caso, di pro-fessionalità intermedie, nell'altro, di professionalità elevate, di durata non superiore ai ventiquattro mesi, nel quale la formazione, da effettuarsi in luogo della prestazione lavorativa, deve avere una durata di almeno ottanta o

centotrenta ore, a seconda che si tratti, rispettivamente, dell'una o dell'altra delle professionalità cui mira l'assunzione;

b) il contratto di formazione e lavoro volto allo scopo di agevolare l'inserimento professionale mediante un'esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità professionali al contesto produttivo ed organizzativo, della durata massima di dodici mesi, nel quale deve essere prevista una formazione minima non inferiore a 20 ore di base relativa alla disciplina del rapporto di lavoro, all'organizzazione del lavoro, nonché alla prevenzione ambientale e antinfortunistica.

La formazione deve essere effettiva e rappresenta condizione di legittimità del contratto.

Anche in questo caso, però, la violazione dell'obbligo imposto dalla legge non dà luogo alla costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'amministrazione inadempiente, sorgendo in capo al lavoratore l'esclusivo diritto al risarcimento del danno.

È evidente, a riguardo, come la pregnanza della componente formativa nella tipologia contrattuale di cui si tratta – il cui obiettivo è quello di favorire l'inserimento in via definitiva del lavoratore formato – mal si concili con la necessità che l'assunzione flessibile sia sorretta da esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale dell'amministrazione.

La contrattazione collettiva di comparto si occupa della regolamentazione di molteplici istituti del rapporto di lavoro, intervenendo a specificare il dettato normativo (cfr. a titolo esemplificativo il ccnl regioni e enti locali 14/9/2000, art. 3).

Per la stipulazione dei contratti di formazione e lavoro si applicano le previsioni che impongono lo svolgimento di procedure selettive previa emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per contingenti superiori alle cinque unità.

3. Il lavoro accessorio

Una ulteriore tipologia di impiego flessibile utilizzabile nel settore pubblico è costituita da prestazioni di tipo occasionale, la cui disciplina è stata oggetto di recenti modifiche legislative. Dopo l'abrogazione delle norme contenute nel d.lgs n. 81/2015 (artt.48-50), che avevano apportato significativi cambiamenti al regime normativo preesistente, il legislatore ha introdotto rilevanti innovazioni in materia (art. 54-*bis*, d.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con legge 21 giugno 2017, n. 96).

E' opportuno, in tal senso, far riferimento alle ipotesi tassative di utilizzo.

Il ricorso a tale modalità di utilizzo del personale è consentito alla pubblica amministrazione (indicata nel testo legislativo con il termine “utilizzatore”) nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale ed esclusivamente per esigenze temporanee e eccezionali correlate allo svolgimento di particolari tipologie di attività e lavori aventi carattere sociale e assistenziale espressamente tipizzate e che si verificano: a) nell’ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, disabilità, detenzione, tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali; b) con riferimento a lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; c) per attività di solidarietà in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato; d) per l’organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali e ricreative (art. 54-*bis*, co. 7 lett. a), b), c), d) cit.).

L’amministrazione può ricorrere al contratto di prestazione occasionale anche nel caso in cui abbia alle proprie dipendenze più di cinque lavoratori subordinati a tempo indeterminato (in deroga all’art. 54-*bis*, co. 14 lett. a) cit. e nel limite temporale di 280 ore annue (tetto massimo di ore lavorabili dal dipendente presso lo stesso utilizzatore).

Appare ora opportuno, invece, analizzare gli elementi identificati della presente fattispecie.

La prestazione occasionale si configura allorquando l’attività lavorativa per ciascun dipendente non dia luogo, con riferimento alla totalità degli utilizzatori, a compensi complessivamente superiori a 5.000 euro nel corso di un anno civile e a

compensi non superiori a 2.500 euro con riferimento a ciascun utilizzatore. Il limite di 5000 euro nell'arco di tempo annuale viene posto anche a carico di ciascun utilizzatore con riferimento alla totalità dei prestatori.

Il limite previsto per ciascun utilizzatore (5000 euro) è suscettibile di essere aumentato nel caso in cui il prestatore occasionale sia titolare di pensione di vecchiaia o di invalidità, sia percettore di prestazioni integrative del salario o di altre misure di sostegno al reddito, sia disoccupato, sia un giovane con meno di 25 anni regolarmente iscritto ad un ciclo di studi scolastico o universitario.

In questo caso la legge prescrive che i compensi versati ai soggetti sopra menzionati, ai fini del loro computo nel limite di 5000 euro annui in capo a ciascun utilizzatore, debbono essere abbattuti del 25 per cento.

La nuova disciplina prevede che i compensi percepiti dal lavoratore in occasione di prestazioni occasionali siano esenti da imposizione fiscale, siano computabili ai fini della determinazione del reddito necessario per il rilascio o il rinnovo del permesso di soggiorno e non siano incidenti sullo stato di disoccupazione del prestatore.

Viene stabilito che l'utilizzatore non può acquisire prestazioni di lavoro occasionali da prestatori con i quali abbia in corso o abbia terminato da meno di sei mesi un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa.

Quid iuris in merito alle modalità per accedere alle prestazioni occasionali ?

La particolarità che connota la tipologia di impiego di cui si tratta riguarda le modalità di registrazione e i relativi adempimenti attraverso cui gli utilizzatori e i prestatori accedono alle prestazioni occasionali.

Questi, infatti, devono registrarsi nella “piattaforma specifica INPS”, tramite la quale vengono erogati e accreditati i compensi e mediante la quale viene valorizzata la posizione contributiva dei lavoratori con un sistema di pagamento elettronico.

La fattispecie in esame è qualificata dal legislatore come contratto di prestazione occasionale mediante il quale una pubblica amministrazione acquisisce, con modalità semplificate, prestazioni di lavoro occasionali e saltuarie di ridotta entità nei limiti già previsti e alle condizioni indicate nei commi 14 – 20 sempre dell’art. 54-*bis* cit.

L’attivazione del contratto avviene, dopo aver effettuato la predetta registrazione alla piattaforma INPS, mediante il versamento da parte dell’utilizzatore delle somme che servono per compensare le prestazioni, cosicché vengano costituiti i fondi necessari a tal fine. Spetta poi all’INPS, entro il 15 del mese successivo allo svolgimento della prestazione, accreditare il compenso sui conti correnti dei prestatori. L’INPS, inoltre, si occupa di inoltrare all’INAIL i contributi assicurativi e di trattenere i contributi a supporto della gestione. L’utilizzatore è tenuto, almeno un’ora prima dell’inizio della prestazione, a trasmettere, attraverso la piattaforma o mediante i servizi di *contact center* messi a disposizione dell’INPS, una dichiarazione che contiene una serie di informazioni relative alla prestazione (luogo di svolgimento, oggetto, data e ora di inizio e di termine, compenso pattuito) nonché i dati anagrafici e identificativi del prestatore. Al prestatore verrà notificata tale dichiarazione tramite sms da recapitare sul suo cellulare o posta elettronica.

La misura minima oraria del compenso ammonta a 9 euro e la prestazione richiesta non può essere comunque inferiore a 4 ore continuative nell'arco della giornata per un importo minimo di 36 euro.

Il prestatore di lavoro occasionale che opera nel settore pubblico ha comunque diritto all'assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e superstiti con iscrizione nella gestione separata dell'Inps, all'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali nonché al riposo giornaliero, alle pause e ai riposi settimanali nel rispetto della legislazione vigente per la generalità dei lavoratori subordinati.

CAPITOLO III

PROFILI SANZIONATORI

1. La disciplina legale

L'ulteriore elemento che caratterizza il modello di flessibilità in entrata, con riferimento al settore pubblico, attiene alle conseguenze sanzionatorie nell'ipotesi in cui le amministrazioni ne facciano un utilizzo improprio.

Nel momento in cui a contravvenire alle regole per l'utilizzo di contratti di lavoro flessibile o di collaborazione autonoma siano le amministrazioni pubbliche, il sistema sanzionatorio tra settore pubblico e privato è molto diverso e rappresenta uno dei più importanti indici rivelatori della sopravvivenza del dualismo di discipline tra le due macro aree del lavoro subordinato.

Nel modello di flessibilità predisposto per il settore privato, l'utilizzo illegittimo delle tipologie contrattuali flessibili è sanzionato con un meccanismo di stabilizzazione del rapporto di lavoro, in forza del quale, a seguito della domanda giudiziale da parte del lavoratore interessato, si perviene alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Nella disciplina speciale predisposta dal d.lgs. n. 165/2001, la regola della conversione del rapporto di lavoro non è prevista, ed è sostituita dal riconoscimento a favore del dipendente del diritto al risarcimento del danno.

Il legislatore ha optato per una tutela meramente risarcitoria al fine di preservare da interventi esterni, che ne compromettano l'equilibrio, gli assetti organizzativi delle amministrazioni pubbliche, che, con la stabilizzazione dei rapporti

in chiave sanzionatoria, subirebbero una pesante ingerenza rispetto al fabbisogno effettivo di personale preventivamente predeterminato.

L'attenzione mostrata dal legislatore alla tutela dell'organizzazione dell'amministrazione, la cui attività è determinante per la realizzazione dell'interesse pubblico, e la opzione in favore di un rimedio risarcitorio, trovano giustificazione nell'art. 97 della Costituzione che impone la regola del concorso per l'accesso nell'amministrazione. Regola, quest'ultima, che, temperata con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della stessa Carta costituzionale, consente di giustificare anche la disparità di trattamento tra lavoratore pubblico e privato.

Il meccanismo sanzionatorio previsto dalle disposizioni del d.lgs. n. 165 cit. è passato positivamente al vaglio tanto della Corte costituzionale (si veda Corte Cost. 27.3.2003, n. 89), quanto della Corte di Giustizia europea (v. *infra*).

In tal senso, l'apparato normativo affidato alle disposizioni del d.lgs. n. 165 cit. ha lo scopo di scongiurare il pericolo che, per il mezzo di contratti di lavoro flessibile o di fittizie collaborazioni professionali, i lavoratori entrino a far parte in pianta stabile dell'organico delle amministrazioni, senza che siano attivate apposite procedure selettive e, per di più, senza la previa programmazione del fabbisogno di personale. Per l'ipotesi di utilizzo illegittimo di contratti di lavoro flessibile, l'art. 36 del d.lgs. n. 165 cit. stabilisce che *«in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione»*.

L'impossibilità che il meccanismo di stabilizzazione del rapporto di lavoro trovi applicazione è ribadito con specifico riferimento a tutti i contratti di lavoro posti in essere in violazione dell'art. 36 cit. i quali «*sono nulli e determinano responsabilità erariale*».

A differenza della tutela accordata al prestatore di lavoro nel settore privato con la stabilizzazione del rapporto, è riconosciuto al lavoratore il diritto di chiedere il risarcimento del danno che gli derivi dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

Quello al risarcimento del danno è un diritto autonomo che il prestatore di lavoro matura nei confronti dell'amministrazione responsabile della violazione, che si distingue dal diritto di percepire gli emolumenti (retribuzione e competenze accessorie) che gli spettano, *ex art. 2126 c.c.*, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

Il principio generale di risarcibilità che si ricava dalle previsioni dell'art. 36 cit., discendendo dall'assunto che a cagionare il danno sia il contratto in sé perché concluso in violazione di norme imperative, si colloca nell'alveo della responsabilità extracontrattuale (di cui all'art. 2043 c.c.).

Conseguentemente, l'azione giudiziale per il risarcimento del danno deve essere esercitata, a pena di decadenza, nel termine prescrizione ridotto (cinque anni).

Non è, tuttavia, opinione unanime che la fattispecie di cui si tratta ricada nell'ambito della responsabilità aquiliana. È stato sostenuto, infatti, che, derivando il diritto al risarcimento dalla violazione del dovere di buona fede nelle trattative (di cui

all'art. 1337 c.c.), la questione attenga, piuttosto, all'area della responsabilità contrattuale.

Al dibattito sorto attorno alla qualificazione della responsabilità che discende dalle previsioni dell'art. 36 cit., si affianca la questione che attiene all'individuazione del criterio da utilizzare per la quantificazione dell'ammontare del danno.

Sotto quest'ultimo aspetto, la Corte di Giustizia europea, interrogata dai giudici nazionali in ordine alla compatibilità delle previsioni dell'art. 36 cit. con la direttiva comunitaria in materia di contratto a termine, nel ritenere la normativa italiana pienamente compatibile con il dettato comunitario, ha sottolineato la necessità per l'ordinamento interno di predisporre, al fine di punire l'abuso nella successione di più contratti a termine nel settore pubblico, un modello sanzionatorio «effettivo» ed «equivalente» a quello congegnato per il settore privato [Corte giust. 7.9.2006, cause C-53/04 (Marrosu) e C-180/04 (Vassallo); 4.7.2006, C-212/04 (Adeneler); ord. 1.10.2010, causa C-3/10 (Affatato)].

Ora, se il risarcimento previsto dall'art. 36 cit., misura idonea, in via di principio, a riparare il pregiudizio del lavoratore, costituisca, in concreto, misura sanzionatoria effettiva ed equivalente dipende dai criteri adottati per la sua concreta quantificazione.

Per lungo tempo la giurisprudenza non ha fornito, a riguardo, soluzioni univoche. In alcune pronunce il danno risarcibile, partendo dal presupposto ch'esso non derivi dall'inadempimento e che sia sottratto ai limiti cui soggiace il danno da responsabilità precontrattuale (c.d. interesse negativo), è ricondotto all'alveo dei

danni derivanti da illecito extracontrattuale e risarcibili nei limiti del danno emergente e del lucro cessante (c.d. interesse positivo).

Altre volte, sulla scia della richiamata giurisprudenza comunitaria, si è fatto ricorso a taluni criteri interpretativi che avevano lo scopo di realizzare una sorta di automatismo risarcitorio che fosse efficace per il lavoratore e dissuasivo per il datore di lavoro.

In alcune pronunce, si è ritenuto che il criterio adottabile fosse quello del risarcimento per equivalente, assumendo a parametro la perdita del posto di lavoro che consegue al divieto di conversione sancito dall'art. 36 cit. Sulla scorta di tali considerazioni, il danno è stato, poi, quantificato facendo applicazione dell'art. 18 della l. n. 300/1970, nella parte in cui riconosce una indennità pari a 15 mensilità al lavoratore che, illegittimamente licenziato, comunque decida di dimettersi.

In altre circostanze ancora, accertata l'illegittimità della clausola di apposizione del termine, si è affermato che il divieto di conversione stabilito dalle disposizioni del d.lgs. n. 165 cit. realizzi un'ipotesi di risoluzione legale del contratto, che, nato a termine, si è trasformato in un contratto a tempo indeterminato a causa della violazione delle disposizioni del d.lgs. n. 368/2001. Pertanto, è stato ritenuto che la responsabilità di cui all'art. 36 cit. fosse di natura contrattuale, perché conseguente alla risoluzione legale del contratto.

Nel solco delle decisioni che escludono la natura aquiliana del risarcimento, si annoverano pure quelle pronunce che assumono a parametro per il risarcimento, il periodo trascorso senza lavorare tra un contratto e l'altro, liquidando in favore del lavoratore l'integrale trattamento retributivo e contributivo non corrisposto per il

periodo di cui si tratta. O, infine, quelle decisioni nelle quali al lavoratore è riconosciuta la retribuzione dovuta dal giorno della messa in mora fino alla pronuncia della sentenza che accerta la nullità del termine.

Per concludere, appare evidente che non è rinvenibile un unico criterio per la quantificazione del danno che discende dalla violazione delle disposizioni dell'art. 36 cit.

Anche su questa specifica questione, la tutela accordata ai lavoratori del settore pubblico si distanzia nettamente da quella riconosciuta ai lavoratori del settore privato, per i quali la problematica in ordine alla quantificazione del danno è stata risolta, con specifico riguardo alle conseguenze sanzionatorie per l'utilizzo illegittimo delle fattispecie di contratto a termine, da un intervento del legislatore.

L'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 ha stabilito che, nelle ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, facendo applicazione dei criteri indicati dall'art. 8, l. n. 604/1966.

La norma – che ha superato il vaglio della Corte costituzionale (sent. 11.11.2011, n. 303) e quello della Corte di Cassazione (sent. 31.1.2012, n. 1411) – introduce un'indennità, la cui misura prescinde dal danno effettivamente subito, che non si aggiunge alle voci di danno patrimoniale liquidate sulla scorta delle regole del diritto comune, ma si sostituisce ad esse, ristorando per intero il pregiudizio patito dal prestatore di lavoro a causa dell'assunzione illegittima.

Per il settore pubblico, nel contesto appena delineato, è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite che, allo stato, costituisce un punto di approdo decisamente convincente in grado di risolvere definitivamente il nodo interpretativo. La sentenza n. 5072/2016, dopo un'ampia ed articolata motivazione, arriva alla conclusione che al dipendente pubblico illegittimamente assunto con un contratto a tempo determinato spetti la tutela offerta dall'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 che prevede il pagamento di una somma che va da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità avuto riguardo ai criteri indicati dallo stesso legislatore nell'art. 8 l. n. 604/1996 e ciò a prescindere da ogni prova da parte del dipendente di aver subito un effettivo danno.

Il dipendente a termine, illegittimamente assunto, conserva comunque il diritto a richiedere un ulteriore risarcimento oltre a quello già riconosciutogli dall'art. 32, nell'ipotesi in cui dimostri che ha perso *chances* di lavoro perché impiegato in reiterati contratti a termine stipulati in violazione di legge.

All'interno del congegno sanzionatorio finalizzato alla tutela diretta del lavoratore interessato, si affiancano ulteriori previsioni, che ne costituiscono il completamento, aventi, al pari del risarcimento, lo scopo di scoraggiare l'utilizzo illegittimo delle forme contrattuali flessibili.

Al fine di combattere gli abusi è imposto che le amministrazioni redigano ogni anno un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, e lo trasmettano, entro il 31 gennaio, agli uffici preposti al controllo interno (art. 36, co. 3, cit.).

In materia di sanzioni per il reiterato uso dei contratti a termine si segnala una recente pronuncia della Corte Europea di Giustizia che, intervenendo in un settore nel quale è esclusa l'applicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ha affermato come la normativa nazionale che escluda la sanzione della conversione automatica del contratto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato, non sia rispettosa delle regole europee. Ciò in quanto, proprio per la inoperatività dell'art. 36 cit. e per la espressa esclusione della conversione, non esiste nessuna misura che sanzioni in maniera effettiva il ricorso abusivo alla contrattazione a termine (CGUE c-331/17, Sciotto/Fondazione Teatro dell'Opera di Roma).

Tale pronuncia - alla luce delle recenti modifiche normative intervenute ad opera del d.l. n. 87/2018 che hanno determinato il venir meno del limite di durata alla contrattazione a termine nella scuola - mette in luce l'impossibilità per l'ordinamento nazionale di non prevedere strumenti dissuasivi e sanzioni effettive per il reiterato ricorso ai contratti a tempo determinato.

Ulteriori disposizioni sono dirette, poi, a sanzionare il comportamento di coloro che, in ragione delle funzioni ricoperte, hanno violato, con l'assunzione illegittima, le disposizioni imperative che regolano la fattispecie di assunzione flessibile che ricorre nel caso concreto.

A riguardo, sono individuabili tre regole.

La prima, dettata dal legislatore delegato assieme a quella che vieta di sanzionare l'utilizzo illegittimo delle tipologie contrattuali flessibili con la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'amministrazione, rimarca la persistenza di ogni responsabilità e sanzione.

Si tratta di un'imputazione di responsabilità a carattere generale, che investe tutti i dipendenti, compresi gli interessati, che, con il loro comportamento, abbiano concorso a creare situazioni di illegittimità.

La seconda regola, allo scopo di preservare l'amministrazione dalle conseguenze che graverebbero sul piano economico, impone, in capo alle amministrazioni tenute all'esborso, l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo risarcitorio nei confronti dei dirigenti responsabili dell'illecito, nel caso che la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.

In base alle previsioni della norma, tale forma di responsabilità, più incisiva sul piano economico rispetto a quella amministrativa, è, dunque, subordinata alla realizzazione di una duplice condizione: oltre al pagamento del danno riconosciuto al dipendente è richiesto che il dirigente responsabile dell'illecito abbia agito con dolo o colpa grave.

Ad aggravare le conseguenze che incombono sui dirigenti responsabili della violazione delle disposizioni prescritte dalla legge contribuisce, poi, una terza previsione dell'art. 36 cit. che contempla la soggezione degli stessi dirigenti alla disciplina della responsabilità di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 e la rilevanza delle violazioni ai fini della valutazione dell'operato di ciascun dirigente.

È questa una forma di responsabilità che investe direttamente il rapporto di lavoro del dirigente, si aggiunge a quella pecuniaria e soggiace alla specifica disciplina prevista dal d.lgs. n. 165 cit. e dal d.lgs. n. 150/2009.

Il richiamo alla disciplina dell'art. 21 cit. ricorre anche altrove nelle disposizioni dell'art. 36 cit., con specifico riguardo a tutti i contratti di lavoro previsti

dallo stesso articolo. La norma – specificato che i contratti stipulati in violazione delle norme sull'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile stabilite dal decreto delegato sono nulli e determinano responsabilità erariale – ribadisce la responsabilità dei dirigenti anche ai sensi dell'art. 21 cit. e nega, ai responsabili, l'erogazione della retribuzione di risultato (co. 5-*quater*).

E' appena il caso di rilevare che essa consiste in una specificazione del generale principio già fissato dall'art. 36 cit., tuttavia è utile al legislatore per rimarcare come l'abuso di tutte le forme contrattuali flessibili non solo incida sulla valutazione delle prestazioni e delle competenze organizzative del dirigente, ma rilevi, altresì, ai fini del rinnovo e della revoca dell'incarico dirigenziale nonché della stessa conservazione del posto di lavoro.

2. L'orientamento della giurisprudenza

Con la sentenza del 6 giugno 2012 n. 10127 la Cassazione interviene per la prima volta sulla vicenda relativa alle supplenze del personale docente della scuola pubblica effettuate mediante la stipulazione di contratti a tempo determinato di durata pari all'anno scolastico o al periodo di assenza del personale insegnante di ruolo.

La pronuncia riveste una notevole importanza in ragione della posizione assunta dalla giurisprudenza di merito di primo grado che, ritenendo illegittimo l'uso del contratto a termine per la violazione del d. lgs. n. 368/2001 sia per la ordinarietà

delle esigenze organizzative che per la reiterazione di una pluralità di contratti con lo stesso docente, ha sanzionato l'Amministrazione con una condanna al risarcimento del danno secondo quanto previsto dall'art. 36, comma 2, del d. lgs. n. 165/2001, in altre circostanze ha addirittura convertito l'originario contratto a termine in uno a tempo indeterminato, disapplicando la normativa di cui al citato art. 36 ed applicando integralmente il d.lgs. n. 368/2001 anche nella parte relativa agli aspetti sanzionatori.

L'allarme provocato da questa giurisprudenza per il rischio di una rilevante compromissione della finanza pubblica, ha indotto il legislatore ad uno specifico intervento che ha escluso dall'ambito di applicazione della normativa generale che disciplina il contratto a tempo determinato i contratti stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e di quello amministrativo operante all'interno della struttura scolastica.

La sentenza ribalta integralmente l'orientamento pressoché univoco della giurisprudenza di merito, sulla base dell'assorbente considerazione che l'utilizzo di personale supplente nella scuola pubblica è regolamentato da una specifica disciplina la cui esaustività non consente l'applicazione né del d. lgs. n. 368/2001, né dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

La Suprema Corte interviene con riferimento ad una sentenza della Corte di Appello di Perugia che, in riforma della decisione di primo grado, aveva già ritenuto insussistente un abuso del ricorso a contratti a termine sulla base di considerazione che comunque si confrontavano con le regole fissate dal d. lgs. n. 368/2001. I giudici di appello ritengono che la normativa per le supplenze nel settore scolastico costituisca un'ipotesi di valutazione *ex ante* delle esigenze organizzative poste a

fondamento dei contratti a termine e che le esigenze siano comprovate dalla necessità di sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto la cui mancata presenza in servizio è contingente e imprevedibile; escludendo, poi, la reiterazione di più contratti a termine in capo ad uno stesso lavoratore in base alla considerazione che ciascun incarico è svincolato dai precedenti, di cui non costituisce la proroga.

La Cassazione conferma la decisione di secondo grado, con motivazione in parte diverse, conferendo, in tal modo, al sistema di reclutamento dei docenti della Scuola pubblica una forte valenza sistematica ed una sua peculiarità che non solo lo esclude in radice dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 368/2001, ma lo differenzia anche all'interno dello stesso settore pubblico.

La sentenza prende le mosse dall'art. 70, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, che dopo aver ribadito il principio di carattere generale per il quale le disposizioni del decreto si applicano al personale della scuola, specifica che la regola non vale per le procedure di reclutamento che restano assoggettate alla particolare disciplina fissata dal T.U. sulle disposizioni legislative in materia di istruzione (d.lgs. 297/1994).

Il richiamo alla regola stabilita dall'art. 70 cit. è determinante ai fini della motivazione della sentenza, la norma non solo esclude la materia del reclutamento scolastico dalle regole fissate, per l'intero settore pubblico contrattualizzato, ma consente alla Corte di ritenere non applicabile la normativa dei contratti a termine prevista per il settore privato (e quindi il d.lgs. n. 368/2001) restituendo piena legittimità alle norme del T.U. sui criteri di assunzione a termine del personale docente e, destituendo di ogni fondamento quelle interpretazioni giurisprudenziali

che hanno sostenuto la valenza abrogativa del d.lgs. n. 368/2001 nei confronti della speciale normativa sopra richiamata.

La Cassazione spiega anche la ragione dell'intervento del legislatore che ha escluso dall'ambito di applicazione del d. lgs. 368/2001 i contratti a termine stipulati nel settore scolastico: si tratta della esplicitazione di un principio già enucleabile dal precedente sistema che non ha comportato alcuna innovazione.

La sentenza suscita grande interesse nella parte in cui valuta lo speciale regime di reclutamento del personale scolastico. All'esito di una puntuale ricostruzione della normativa vigente in materia, la Cassazione mette in evidenza come il conferimento dell'incarico di supplenza sia il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato sottolineando come il modello ideato dal legislatore, non solo realizza un percorso formativo-selettivo mediante il quale il personale della scuola viene immesso in ruolo in virtù di un sistema alternativo a quello del concorso, ma vale a connotare di una sua intrinseca specialità il corpus normativo al reclutamento del personale scolastico.

In particolare, la presenza di graduatorie ad esaurimento, la certezza per coloro che ne fanno parte di aver diritto alla definitiva immissione in ruolo, costituiscono elementi che consentono al giudice di legittimità, da una parte, di affermare che la normativa in esame costituisce una delle poche legittime ipotesi di applicazione dell'art. 97 Cost. nella parte in cui consente alla legge ordinaria di derogare alla regola del concorso pubblico, dall'altra, di evidenziare la atipicità del modello di flessibilità in entrata presente nel settore scolastico che, pur comportando una situazione di precarietà, è destinata a trasformarsi in una attività professionale stabile.

La Corte sottolinea quali siano le esigenze organizzative che impongono il ricorso agli incarichi di supplenza, conferendo così piena legittimità sostanziale all'azione amministrativa la cui conformità alle regole di buona amministrazione era stata non poco offuscata da alcune sentenze dei giudici del lavoro di primo grado e da una parte della dottrina. Peraltro la Corte evidenzia che il ricorso al contratto a termine fonda la sua ragione organizzativa nell'esigenza di supplire ad una rilevante finalità pubblica, quale è quella di garantire il corretto funzionamento della struttura scolastica, ed è determinata, oltre che dalle fisiologiche esigenze costituite dalla necessità di sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto, dalla discrasia che si crea tra organico di fatto e di diritto.

La Corte, sul presupposto che il giudice nazionale, nell'applicare il diritto interno ha l'obbligo di interpretarlo alla luce del testo e dello scopo delle direttive comunitarie, si preoccupa comunque di verificare se la normativa contenuta nel t.u. della Scuola in materia di incarichi di supplenze, sia conforme alla dir. 1999/70/CE.

L'attenzione è forse incentrata sull'aspetto determinante della disciplina in esame, nella parte in cui consente di ricorrere ad una pluralità di incarichi di insegnamento temporanei con uno stesso docente.

Da questo punto di vista rileva quanto stabilito della clausola 5, punto 1, lett. a, per la quale, lo stato membro in assenza di una normativa equivalente per la prevenzione degli abusi, deve prevedere ragioni obiettive che giustifichino il ricorso ad una pluralità di contratti a tempo determinato.

La Corte altresì sottolinea che il corpus normativo che regola il reclutamento a termine del personale scolastico si riferisce a circostanze specifiche, si basa su fattori

oggettivi volti ad assicurare continuità ad un servizio pubblico, non comporta alcuna valutazione discrezionale del personale, ed infine garantisce all'incaricato la sua definitiva immissione in ruolo in ragione del numero delle supplenze assegnate.

L'impostazione seguita dalla Corte, che trova un suo precedente nella sentenza Angelidaki²² richiamata in motivazione, è inoltre ampiamente avallata da una recente decisione della Corte di Giustizia che si è soffermata esclusivamente sulla clausola 5, punto 1, lett. a, messa a confronto con una normativa interna che prevede la possibilità di utilizzare in modo ricorrente contratti a tempo determinato.

Il giudice europeo afferma che la reiterazione di più contratti a termine, anche se permanente e in contesto lavorativo che rende possibile il ricorso al contratto a tempo indeterminato, non comporta di per sé l'assenza di una ragione obiettiva, essendo comunque necessario che le autorità degli stati membri prendano in considerazione tutte le circostanze del caso concreto.

Con riferimento a quest'ultima sentenza della Corte europea, è stato osservato che quest'ultima si attaglia perfettamente al settore scolastico italiano, opportunamente considerato come segmento di lavoro pubblico del tutto peculiare cui non si applica l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 rilevando però che, con riferimento agli incarichi conferiti in relazione ad esigenze strutturali permanenti che presuppongono una vacanza in organico, si possa configurare un abuso, nel momento in cui il giudice nazionale operi la verifica sulla fattispecie.

La sentenza in commento dimostra che, anche ad un esame del caso concreto, la normativa posta a disciplina degli incarichi di supplenza del personale docente

²² C. Giust. 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, RGL, 2009

della scuola, non contraddice le finalità imposte in materia dall'ordinamento europeo e ciò proprio alla luce dell'interpretazione della giurisprudenza comunitaria.

In tal senso pare calzante quanto affermato dalla Corte in ordine al fatto che i singoli incarichi a termine rimangono temporanei e collegati ciascuno alla specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico. Come ultima considerazione giova rilevare che il dibattito sulla questione non è parso destinato a sopirsi, il Tribunale di Trento²³, sul presupposto che il giudice ordinario non può direttamente disapplicare la disciplina nazionale perché la direttiva non è precisa e incondizionata, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale per violazione degli artt. 11 e 117, co.1, della Cost. con preciso riferimento alla clausola 5, punto 1 lett. a, dell'accordo quadro.

2.1 I principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea

La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva n. 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti, nonché di personale amministrativo, tecnico e

²³ T. Trento 27 settembre 2011, MGL 2012

ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente a un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La Corte di Giustizia dichiara, con la sentenza 26 novembre 2014 - Cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13, che la normativa italiana sul contratto di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola è contraria al diritto dell'Unione, onde risulta non giustificato il rinnovo illimitato di detti contratti per soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole pubbliche.

Alcuni insegnanti e un collaboratore amministrativo, assunti con ripetuti contratti di lavoro a tempo determinato annuali, che li hanno visti impegnati per oltre 36 mesi in cinque anni, hanno chiesto al giudice del lavoro l'accertamento dell'illegittimità dei contratti sottoscritti, la loro conversione a tempo indeterminato, il risarcimento del danno subito. Il tribunale di Napoli e la Corte Costituzionale si sono rivolte alla Corte di giustizia, chiedendole di precisare se la normativa italiana sia conforme all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce e, in particolare, se quest'ultimo consenta il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di

posti vacanti e disponibili, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, senza la previsione di tempi certi per l'espletamento dei concorsi ed escludendo qualsiasi risarcimento del danno subito a causa di un siffatto rinnovo. È noto, infatti, che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro obbliga gli Stati membri, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi, a introdurre una o più misure attuative, consistenti in norme che indichino o le ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti, o la durata massima totale dei contratti di lavoro successivi, o il numero dei rinnovi dei suddetti contratti.

La direttiva ha avuto attuazione, nel lavoro privato, con il decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368. Per il lavoro pubblico privatizzato, il ricorso ai contratti a tempo determinato è disciplinato dall'articolo 36 del Dlgs 30 marzo 2001 n. 165, il quale, al comma 5, dispone che in ogni caso *«la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative»*.

La norma è stata ritenuta dalla Corte costituzionale rispettosa degli articoli 3 e 97 della Costituzione, atteso che il meccanismo della conversione contrasterebbe con il principio costituzionale per il quale l'instaurazione del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni deve avvenire mediante concorso, principio posto a

presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (Corte costituzionale 27 marzo 2013 n. 89). A sua volta, la Corte di giustizia ha affermato - e ribadito nella decisione in esame - che tale previsione non è in contrasto con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, purché siano previste, altre misure effettive per evitare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato stipulati in successione. In particolare, la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato, anche con specifico riferimento all'articolo 36 del D. lgs n. 165 del 2001, che la direttiva n. 1999/70/Ce non osta all'applicazione, per sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti di lavoro a tempo determinato, di una norma interna che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine successivi, che debbano essere considerati abusivi per essere destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro. È essenziale che l'ordinamento nazionale rispetti i principi di equivalenza e di effettività, che preveda misure che, al contempo, consentano di riparare in maniera adeguata il pregiudizio subito, assumano efficacia deterrente, e non presentino eccessive difficoltà di attuazione (Corte di giustizia 7 settembre 2006, in causa C-180/04, Corte giustizia 23 aprile 2009, in causa C-378/07; Corte giustizia 1° ottobre 2010, in causa C-3/10; Corte di giustizia 3 luglio 2014, in causa C-362/13).

L'articolo 70, comma 8, del Dlgs n. 165 del 2001 dispone che per il reclutamento del personale della scuola, docente e Ata (amministrativo, tecnico e ausiliario), continuano ad applicarsi le procedure di cui al Dlgs 16 aprile 1994 n. 297, il quale, agli articoli 399 e 551, stabilisce che l'accesso ai ruoli del personale docente e amministrativo avviene per il 50 per cento dei posti tramite concorso e per il 50 per

cento tramite le graduatorie permanenti, nelle quali è inserito il personale assunto a tempo determinato e abilitato all'insegnamento (cosiddetto doppio canale). A sua volta, l'articolo 1 del decreto del ministero della Pubblica istruzione 13 giugno 2007 n. 131 stabilisce, in sintonia con l'articolo 4 della legge 3 maggio 1999 n. 124, che gli incarichi dei docenti e del personale amministrativo della scuola sono di tre tipi: supplenze annuali, su posti vacanti e disponibili, in quanto privi di titolare (cosiddette supplenze annuali su organico di diritto, con scadenza al termine dell'anno scolastico, cioè al 31 agosto); supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, su posti non vacanti, ma ugualmente disponibili (cosiddette supplenze su organico di fatto, con scadenza al termine dell'attività didattica, cioè al 30 giugno); supplenze temporanee per ogni altra necessità, ossia supplenze brevi, come accade per la sostituzione di personale assente o per la copertura di posti resisi disponibili, per qualsiasi ragione, soltanto dopo il 31 dicembre, e destinate a terminare non appena venga meno l'esigenza per cui sono state disposte.

Ancora, l'articolo 4, commi 1 e 11, della legge n. 124 del 1999, nel disciplinare il conferimento delle supplenze per la copertura dei posti vacanti, dispone, al comma 1, che alla copertura *«delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento*

delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo». Infine, l'articolo 10, comma 4-bis, del D. lgs n. 368 del 2001 esclude che le disposizioni del decreto, specificamente di quella che limita a 36 mesi il periodo massimo di lavoro a termine e ricollega al superamento di detto limite temporale l'effetto della conversione del contratto a tempo indeterminato (articolo 5, comma 4-bis), trovino applicazione in relazione ai contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale scolastico.

In sintesi, la normativa nazionale del settore scolastico non prevede né la durata massima dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulabili con lo stesso prestatore, né l'indicazione del numero massimo dei possibili rinnovi, quindi nessuna delle due contromisure previste dalle lettere b) e c) della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro. Anzi, il meccanismo di reclutamento è concepito in termini di massima ripetizione, posto che ogni periodo lavorato comporta l'aumento del punteggio per la graduatoria permanente e, di conseguenza, la progressione nell'ordine di preferenza per le successive assunzioni a termine. In tale contesto, il vigente meccanismo delle supplenze, che autorizza la reiterabilità delle assunzioni, per essere conforme alla direttiva deve essere giustificato in via residuale da una ragione oggettiva ai sensi della lettera a) della richiamata clausola, ragione individuata dallo Stato italiano nella finalità di assicurare la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, caratterizzato da esigenze quantitative variabili e non programmabili, in modo da rendere concreto il diritto costituzionale all'istruzione ed allo studio.

2.2 L'orientamento del giudice italiano

In passato si sono registrate alcune sentenze del giudice del lavoro di primo grado che hanno aggirato il divieto legale di costituzione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella pubblica amministrazione, a fronte di contratti a tempo determinato stipulati in violazione di legge.

Il Tribunale di Siena e quello di Livorno hanno, negli anni scorsi, accertato la illegittimità della clausola appositiva del termine per il contrasto con il d. lgs. n. 368/2001, previa disapplicazione del comma 5 dell'art. 36 d. lgs. 165/2001, hanno convertito il contratto a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato, condannando l'amministrazione al reinserimento dell'insegnante nello stesso posto e con le stesse mansioni.²⁴

Si tratta di sentenze che arrivano a disattendere la regola che impone il divieto di conversione del contratto a termine.

In questo settore non opera la tutela in forma specifica sancita dal d. lgs. n. 36/2001, che prevede la conversione dell'originario contratto a termine in uno a tempo indeterminato, ma vige la disciplina speciale dettata dall'art. 36 d. lgs. n. 165/2001 che, in caso di nullità della clausola appositiva del termine, esclude tassativamente tale possibilità, riconoscendo, in alternativa, al lavoratore interessato un risarcimento del danno. In tal senso è apparso quanto mai opportuno l'intervento della giurisprudenza finalizzato a fornire criteri con i quali procedere ad una effettiva quantificazione del danno.

²⁴ Tribunale di Siena, 27 settembre 2010; Tribunale di Livorno, 25 gennaio 2011.

Il giudice comunitario, in diverse circostanze, ha ritenuto la piena compatibilità della normativa italiana, sottolineando che l'ordinamento interno deve apprestare, in caso di abuso nella successione di più contratti a termine nel settore pubblico, un modello sanzionatorio effettivo e comunque equivalente a quello presente nel settore privato.

Un avallo sulla legittimità della normativa che utilizza la sanzione risarcitoria è stato fornito anche dalla Corte Costituzionale investita della questione, in ordine ad una presunta disparità di trattamento per la diversità di tutela apprestata dall'ordinamento per il lavoratore illegittimamente assunto con contratto a termine nel settore privato e quello occupato nel settore pubblico.

Il giudice delle leggi, ha avuto modo di precisare che le esigenze di imparzialità e buon andamento, imposte dall'art. 97 Cost., per la gestione del personale da parte dell'amministrazione, non solo non consentono di ritenere omogenee le due situazioni, ma giustificano la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati.

Sulla scia di questo ragionamento, la Corte valorizza la regola del pubblico concorso, enunciata dal terzo comma dell'art. 97 Cost.

Il quadro giurisprudenziale formatosi in materia, nel rispetto della volontà del legislatore, del dettato della Corte Costituzionale e di quella europea, ha approntato

una tecnica di tutela, per il dipendente pubblico illegittimamente assunto con un contratto flessibile, incentrata sul risarcimento del danno.

In questo contesto si inseriscono le sentenze che hanno disposto la conversione di contratti a termine ritenuti illegittimi in relazione agli incarichi di supplenza conferiti al personale docente.

Prendendo le mosse dalla legislazione speciale che regola il reclutamento nel settore della Scuola, si osserva come già dalla medesima formulazione della previsione normativa emerga un'esigenza lavorativa non più oggettivamente temporanea, estrinsecante la precisa volontà elusiva di ordinarie assunzioni a tempo indeterminato.

In conseguenza di ciò, si afferma che tali incarichi concretizzano un abusivo utilizzo del lavoro flessibile, in contrasto con i precetti normativi interni e comunitari, facendone derivare non il diritto dell'insegnante al risarcimento del danno, bensì la nullità parziale dei contratti impugnati con la conseguente dichiarazione della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dunque, premesso come già rilevato, che la *ratio* della inoperatività della conversione debba essere individuata esclusivamente nella salvaguardia del principio del concorso nell'accesso al pubblico impiego, si ritiene che, una volta rispettata la procedura selettiva, perché osservata al momento dell'assunzione a termine, escludere la conversione determini la violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Superato lo scoglio del concorso pubblico, le pronunce si sono confrontate con la previsione contenuta nell'art. 36, comma 5, come citato, sul divieto di conversione; in questa circostanza l'ostacolo viene aggirato ricorrendo alla tecnica della

disapplicazione per contrasto con la direttiva comunitaria in materia di contratto a tempo determinato.

Si ritiene che la regola del concorso sia stata rispettata in quanto il docente assunto con contratto a termine, ha già superato una procedura selettiva al momento del suo inserimento in graduatoria. A sostegno di detta motivazione viene menzionata la sentenza della Cassazione, S.U., n. 529 del 15 gennaio 2010.

Ad ogni modo la pronuncia parrebbe affetta da un evidente errore interpretativo, l'equiparazione delle due diverse procedure selettive.

Sempre la Cassazione viene chiamata in causa per ridimensionare le regole del concorso come ostacolo insormontabile alla conversione di un contratto a termine.

Il riferimento è ad una pronuncia che ha trasformato in un rapporto stabile nei confronti di un ente pubblico non economico (Inail) un originario contratto a tempo determinato, pur non essendo stata esperita alcuna procedura selettiva. Si tratta della sentenza n. 9555/2010 che ha statuito in ordine alla conversione solo in ragione del fatto che lo speciale rapporto di lavoro dei portieri degli stabili dell'Inail, pur essendo pubblico, non è assoggettato alla disciplina propria del rapporto di pubblico impiego, ma a quella di diritto privato con la conseguenza che a questa tipologia di rapporto non si applica il d.lgs. n. 165/2001 e quindi l'art. 36.

E' appena il caso di precisare che il contenimento della spesa pubblica assurge a principio essenziale in tema di reclutamento nelle amministrazioni, in quanto alle stesse è preclusa la possibilità di acquisire nuovo personale, allorchè, prima dell'emanazione dei bandi di concorso, non vengano preventivamente individuate le disponibilità finanziarie.

Lo snodo determinante a sostegno dell'orientamento giurisprudenziale per trasformare i contratti a termine, stipulati dal personale docente in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è costituito dalla disapplicazione dell'art. 36 cit. nella parte in cui esclude la conversione contrattuale, prospettando una tutela risarcitoria.

Tale ultimo principio è ritenuto in contrasto con la direttiva 99/70/CE, per violazione del principio di non discriminazione, e dall'altro con il principio di necessaria giustificazione causale di recesso. In ragione di ciò si applica la normativa speciale per il settore pubblico a vantaggio dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 ed, in generale, del principio presente nell'ordinamento giuslavoristico, derivante dall'art. 2058 c.c. sull'applicazione della tutela in forma specifica in luogo del risarcimento per equivalente che si traduce nel ripristino di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Anche in questa circostanza la dottrina ha sottolineato come le argomentazioni giurisprudenziali non appaiono convincenti.

E' opportuno ricordare che gli atti normativi dell'Unione europea siano capaci di produrre effetti diretti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri.

Alla capacità di siffatta efficacia diretta si affianca il primato del diritto dell'Unione, da intendersi quale prevalenza immediata della norma sovranazionale su qualsiasi disposizione interna incompatibile; con l'effetto che al primato di cui sopra, consegua l'obbligo del giudice nazionale di procedere ad un'interpretazione della norma interna tale che la stessa risulti conforme ai precetti dell'Unione, e in caso contrario, alla immediata disapplicazione della norma nazionale. E' stato osservato che nell'eventualità del contrasto della norma interna con una disposizione

dell'Unione di natura soltanto programmatica, l'antinomia *de qua* non possa risolversi con la disapplicazione della norma nazionale in favore della fonte sovranazionale, dovendo continuare ad applicarsi la norma nazionale fino all'eventuale accertamento della sua incostituzionalità per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

Deve altresì rilevarsi che, nell'intento di superare l'empasse della natura non autoapplicativa della fonte dell'unione, è stata riconosciuta centrale rilevanza, per il caso della direttiva *de qua*, al principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato nello stesso settore pubblico, ritenendolo di immediata applicazione e capace di investire l'intera disciplina del rapporto, dunque anche la vicenda afferente le conseguenze riguardanti la illegittima apposizione della clausola del termine.

Lo scopo dell'accordo quadro recepito dalla direttiva non è quello di armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato con quelle previste per il contratto a tempo indeterminato, quanto mirare ad evitare che i lavoratori a tempo determinato siano trattati, per ciò che attiene alle condizioni d'impiego, in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

In ogni caso l'intera costruzione prospettata dalle sentenze in esame si infrange con la regola del concorso pubblico che, non solo non consente di ritenere comparabili, nel settore pubblico, le due tipologie di lavoratori, ma legittima a pieno titolo la inoperatività della clausola per la sussistenza di ragioni oggettive; lo status di dipendente pubblico di ruolo, di cui gode il lavoratore a tempo indeterminato nella

pubblica amministrazione in virtù del suo accesso attraverso il superamento di un concorso pubblico, non consente di equiparare quest'ultimo, dal punto di vista della tutela del posto di lavoro, al lavoratore che ha operato con contratto a termine nella stessa amministrazione.

E' del tutto pacifico che il divieto di conversione nel settore pubblico è posto a tutela di interessi superindividuali, in quanto impedisce che per mezzo di tale strumento sanzionatorio, si possano creare rapporti a tempo indeterminato senza la preventiva programmazione del fabbisogno del personale, fuori da quanto consentito dal bilancio dello Stato, con possibile grave nocumento alla pubblica amministrazione.

Pertanto, la persistenza del divieto di conversione nel settore pubblico, da un lato esclude la disparità di trattamento tra lavoratori comparabili, dall'altro sebbene lo costituisce, è comunque giustificato da ragioni oggettive.

La fattispecie che ha generato il contenzioso sollevato dai docenti precari della scuola pubblica è caratterizzata da evidenti ragioni patologiche.

Il modello di reclutamento per il personale della scuola pubblica ha generato evidenti disfunzioni in ragione del mancato espletamento delle procedure concorsuali, previste a cadenza triennale e che, nella pratica, non vengono realizzate da più di un decennio.

Si è cercato di dimostrare che le motivazioni addotte dalle sentenze prese in esame non sono idonee, sotto il profilo giuridico, a legittimare la coattiva immissione in ruolo dei docenti assunti con incarichi di supplenza a tempo determinato. Le forti perplessità in ordine all'impianto motivazionale sono confermate dalla Corte di

Appello di Firenze che con ordinanza 8 febbraio 2011, ha sospeso la provvisoria esecutorietà della sentenza del Tribunale di Siena, richiamando la consolidata giurisprudenza della Cassazione sul principio della non convertibilità del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato nel settore pubblico.

Sempre con riferimento alla fattispecie oggetto di analisi, pare opportuno richiamare altre due pronunce di merito: Tribunale di Genova 25 marzo 2011 *“In caso di contratto a termine illegittimamente stipulato con la pubblica amministrazione, la tutela risarcitoria prevista in luogo della conversione del contratto a tempo indeterminato è compatibile con- la dir. 99/70/CE purché rappresenti una misura effettiva, destinata ad evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine: la fonte di una misura sanzionatoria appropriata deve individuarsi nell'art. 18, l. -n. 300/1970. perché alla portata strettamente risarcitoria del danno abbina l'effetto dissuasivo in ragione della rigidità del valore economico previsto”*, e Tribunale di Trieste 29 marzo 2011 *“Nell'ambito del pubblico impiego, l'art. 36 d. lgs. n.165/2001 esclude che il contratto a termine illegittimo stipulato con la pubblica amministrazione possa trasformarsi in contratto a tempo indeterminato prevedendo un'ipotesi di responsabilità risarcitoria del datore di lavoro secondo le regole generali del nostro sistema civilistico in cui la tutela risarcitoria è finalizzata al ristoro del danno effettivo, che deve essere provato dal ricorrente”*.

In particolare, i ricorrenti sostenevano l'illegittimità dei suddetti successivi contratti a termine, per contrasto con direttiva comunitaria e la normativa interna, ex d.lgs. n. 368/2001, dal momento che sarebbero stati in realtà stipulati per esigenze

lavorative assolutamente non transitorie, bensì per soddisfare necessità permanenti della scuola, chiedendo in via principale la condanna del Ministero alla conversione dei contratti in esame in contratti di lavoro a tempo indeterminato e, in via subordinata, la condanna al risarcimento del danno subito, quantificato in 20 mensilità della retribuzione globale di fatto o nella diversa somma, maggiore o minore che risulterà di giustizia.

La reiterazione dei contratti di lavoro controversi è frutto dell'applicazione della normativa del sistema di reclutamento illustrato.

Alcuni tra questi risultano stipulati per il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche, altri invece trovano ragione nell'effettiva vacanza del posto. Afferma ancora la citata sentenza del Tribunale di Genova: *"La disciplina delle supplenze nel comparto scolastico non stabilisce limiti temporali o numerici alla reiterazione dei contratti termine"*. Tali ampie e pregevoli argomentazioni, esposte con riferimento alla questione dell'illegittimità dei contratti dal Tribunale di Genova, in fattispecie del tutto analoghe alla presente, appaiono in effetti sostanzialmente condivisibili.

Nell'ambito delle due fattispecie oggetto di analisi, anche la domanda subordinata di risarcimento del danno non merita accoglimento.

Va evidenziato che i ricorrenti, con distinti atti introduttivi tra loro, chiedevano il risarcimento del danno, quale (automatica) misura sanzionatoria della mancata conversione, pur a fronte di illegittima apposizione del termine.

Essi chiedevano quindi un risarcimento del danno in una misura tale da essere idonea dal dissuadere il Ministero dal “*prosequire nella proficua opera di sfruttamento del lavoro precario*”, così in realtà invocando una sorta di pena privata.

Tuttavia, partendo dalle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, va da subito osservato che la Corte di giustizia non ha autorizzato il giudice nazionale a creare misure sanzionatorie non previste dall'ordinamento interno per contrastare l'abusivo ricorso del contratto a termine.

La Corte di giustizia ha diversamente affermato che la misura sanzionatoria va rinvenuta all'interno del singolo ordinamento nazionale, dovendo il giudice verificare se si tratti di misura adeguata, nei termini sopra indicati.

La normativa interna che disciplina fattispecie è contenuta nell'art. 36 d.lgs. 165/2001, norma che, in considerazione delle esigenze del settore pubblico, ha previsto un ben preciso meccanismo sanzionatorio per le ipotesi di eventuale violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impegno di lavoratori.

Facendo proprie le osservazioni esposte sui punto da una parte della dottrina, giova porre in evidenza che nella logica della Corte di giustizia, il risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo, così si legge nei punti 55 della sentenza Marrosu Sardino e 40 della sentenza Vassallo, non può che essere ristoro economico di un pregiudizio riportato, e cioè risarcimento dei danno in senso stretto.

Il meccanismo riparatorio previsto dall'art. 36, lungi dal perseguire un'autonoma funzione puramente punitiva non può essere disconnesso dalla sua

funzione tipica di rimediare a specifici, concreti pregiudizi, allegati e provati; anche il sistema di liquidazione di tipo equitativo richiede, in ogni caso la prova del danno e della sua natura.

In altri termini, se si prevede il risarcimento del danno derivante dalla prestazione resa, lo stesso non può essere correlato automaticamente alla mancata stabilizzazione del rapporto: il danno risarcibile, infatti, non compensa in sé la precarizzazione di un rapporto che, applicando le regole del rapporto di lavoro privato, sarebbe stabile: non realizza. sia pure attraverso la tecnica risarcitoria una sorta di corrispettivo della precarizzazione.

Al contrario, secondo le regole generali, è necessario che il ricorrente alleghi e fornisca la prova dei danni a lui derivati dalla prestazione resa in virtù di un contratto con termine illegittimamente apposto; i danni pur astrattamente risarcibili non sono automatici, ma eventuali, e vanno in concreto allegati e provati. La giurisprudenza della Corte di giustizia è bene ribadirlo, non ha autorizzato il giudice nazionale a creare una sanzione diversa rispetto a quella prevista dall'ordinamento interno.

2.3 Il “danno comunitario” nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 5072/2016

Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato, in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione, il

dipendente che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al risarcimento del danno, con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, L. 4 novembre 2010, n. 183, e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, L. 15 luglio 1966, n. 604.

Quello deciso dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza in commento, di cui sopra la massima, è senz'altro uno dei casi più celebri della ultradecennale saga sui rimedi applicabili in caso di illegittima apposizione del termine e – in specie – di abuso nella reiterazione di contratti a tempo determinato nel settore pubblico “contrattualizzato”.

Il giudizio instaurato dinanzi al Tribunale di Genova dai due ricorrenti – entrambi assunti come operatori tecnici con qualifica di cuoco con una pluralità di contratti a termine dalla locale azienda ospedaliera universitaria – aveva infatti già occasionato un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia per risolvere la questione interpretativa se la Direttiva 1999/70/CE dovesse essere intesa nel senso che le clausole 1 e 5 dell'accordo quadro ad essa allegato ostino ad una disciplina interna, quale quella dettata dall'art. 36 del D. Lgs. n. 165 del 2001, che differenzia i rimedi applicabili ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con una pubblica amministrazione, rispetto a quelli instaurati con datori privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione – mediante “conversione” o

“trasformazione”, secondo quanto nel frattempo espressamente previsto dalla legge (art. 32, L. n. 183 del 2010 e, da ultimo, artt. 21 ss., D. Lgs. n. 81 del 2015) – di un rapporto a tempo indeterminato.

La questione, finalmente decisa dalle Sezioni unite è, probabilmente, la più significativa, oggi, tra quelle che agitano da anni il gigantesco contenzioso innescato dal sistematico ricorso abusivo ai contratti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, intrecciandosi strettamente con il filone del precariato scolastico, sul quale pure è attesa – dopo la notissima sentenza Mascolo del 26 novembre 2014 della Corte di giustizia (nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13) – la pronuncia della Corte costituzionale.

Due principali indirizzi interpretativi dividevano il campo della giurisprudenza di legittimità: da un lato, quello che faceva riferimento al parametro offerto dall'art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010; dall'altro, quello che individuava il criterio di commisurazione del danno nell'art. 8, L. n. 604 del 1966. Ad essi si aggiungeva – nel caso genovese che aveva per l'appunto occasionato la rimessione della questione alle Sezioni unite – il parametro risarcitorio desunto dalla previsione di cui al vecchio testo dell'art. 18, commi 4 e 5, dello Statuto dei lavoratori.

Ma il panorama della giurisprudenza di merito (e, in parte, per la verità, degli stessi orientamenti della Cassazione) era ancora più frastagliato, non solo per l'esistenza di varianti interne ai metodi liquidatori appena rammentati (ad esempio in ordine alla possibilità di dedurre o meno in via equitativa l'*aliunde perceptum* una volta assunto il parametro dell'art. 18 dello Statuto), ma anche per la delineazione di criteri alternativi, più o meno diversi, ancorché prevalentemente ancorati al

trattamento economico che sarebbe complessivamente spettato al lavoratore ove fosse stato (legittimamente) assunto a tempo indeterminato dalla pubblica amministrazione interessata.

Le Sezioni unite hanno fatto propria la soluzione che elegge, a parametro del risarcimento del danno comunitario da abuso del contratto a termine nel settore pubblico, l'art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010. Secondo la Corte tale soluzione si lascia preferire in quanto meglio delle altre soddisfa i requisiti di effettività, proporzionalità, deterrenza ed equivalenza imposti dalla esigenza di conformazione dei rimedi contemplati dall'ordinamento interno al diritto dell'Unione europea. Anzitutto, sul piano della equivalenza, la Corte ritiene che la fattispecie maggiormente omogenea rispetto ai rimedi azionabili nel settore privato sia quella – *«sistematicamente coerente e strettamente contigua»* – di cui all'art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010, alla cui stregua, in caso di illegittima apposizione del termine al contratto, ovvero di proroga o reiterazione dello stesso in violazione della legge, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo una indennità onnicomprensiva. La efficacia dissuasiva e, con essa, la stessa effettività della misura sono d'altra parte assicurate dal fatto che, con tale soluzione, è pienamente realizzata quella agevolazione della prova che la Corte di giustizia ha in più occasioni ritenuto essenziale, al fine di garantire la conformità dell'ordinamento interno alla clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE (si veda con particolare incisività l'ordinanza del 12 dicembre 2013 nella causa C-50/13, Papalia). Il lavoratore viene infatti esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto *ex lege* e determinato tra un minimo e un massimo, onde può dirsi

che un tale meccanismo presuntivo «esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria». Infine, quanto al criterio della adeguatezza e della proporzionalità del rimedio risarcitorio, ferma la determinazione entro la predetta misura minima e massima del danno presunto, il lavoratore pubblico – a differenza di quello dipendente da datore di lavoro privato (v. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303) – avrà sempre la possibilità di provare che le *«chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato»*.

Le Sezioni unite accolgono in tal modo una soluzione che, benché autorevolmente recepita in uno degli orientamenti interpretativi della Sezione lavoro della Suprema Corte, appariva tendenzialmente minoritaria nella giurisprudenza di merito, ove sembrava ricevere il consenso maggiore la tesi, difatti accolta anche dai giudici genovesi nel caso *de quo*, diretta ad ancorare il parametro risarcitorio al più robusto meccanismo presuntivo delineato dal combinato disposto dei commi 4 e 5 del vecchio testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Anche in dottrina si tendeva invero a sottolineare la maggiore rispondenza di tale ultimo parametro ai canoni di effettività ed efficacia dissuasiva richiesti dalla giurisprudenza comunitaria, rilevandosi come il parametro forfettario offerto da tale ultima previsione fosse quantomeno inidoneo ad assicurare il rispetto del principio di equivalenza.

È innegabile che nella struttura della fattispecie sanzionatoria che si trova oggi tipizzata nell'art. 28 del D. Lgs. n. 81 del 2015, l'indennizzo forfettario del danno non possa essere scisso dalla trasformazione del contratto in un comune rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Sotto tale profilo, le Sezioni unite giustificano la

diversa soluzione accolta per il settore pubblico contrattualizzato, rilevando come, proprio in virtù di questo diverso assetto normativo, la mancata conversione del rapporto si collochi come tale al di fuori dell'area del danno risarcibile. Nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in forza della regola generale (legittimamente) consacrata dall'art. 36 del D. Lgs. n. 165 del 2001 (e ribadita dall'art. 29, comma 4, del D. Lgs. n. 81 del 2015), il danno, in altri termini, non può essere commisurato (come avviene invece nella diversa logica dell'art. 18, L. n. 300 del 1970) alla perdita del posto di lavoro, *«perché una tale prospettiva non c'è mai stata»*, come sottolinea icasticamente la sentenza in commento.

Nella impostazione delle Sezioni unite – che è in ciò del tutto coerente con tale originaria e diremmo pregiudiziale difformità del dato normativo –, la equivalenza tra settore pubblico e privato quanto a rimedi azionabili viene recuperata ammettendo il lavoratore alla prova del maggior danno subito in concreto (per la perdita delle chances di impiego e più in generale di carattere professionale derivanti dall'illecito comportamento contrattuale della pubblica amministrazione), oltre la misura presunta, entro il minimo delle 2,5 e il massimo delle 12 mensilità, dall'art. 32 della L. n. 183 del 2010 (e, oggi, dall'art. 28 del D. Lgs. n. 81 del 2015).

Per la verità, in un primo momento la Suprema Corte è sembrata ritenere di poter assumere come assioma la diretta applicazione nell'area del lavoro pubblico della disciplina speciale del danno subito dal lavoratore privato nel periodo tra la cessazione del termine illegittimo e la sentenza costitutiva di un rapporto a tempo indeterminato introdotta dall'articolo 32, 5° comma, L. n. 183/2010.

Successivamente la Corte di cassazione ha cercato di ricostruire sul terreno del diritto comunitario una speciale categoria di danno da illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con il pubblico dipendente, per trasferire poi questa categoria, affatto estranea al nostro sistema, sul terreno dell'ordinamento interno operando la quantificazione del risarcimento con l'ausilio dei criteri offerti dall'articolo 8, L. n. 604/1966; risarcimento che appare configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro.

Le Sezioni Unite sembrano ora voler ricondurre l'operazione ermeneutica, pur teleologicamente orientata all'adeguamento del diritto interno al diritto comunitario, sul terreno del diritto comune.

La Corte riconosce che *“occorre interrogarsi su cosa si intende per danno risarcibile”* ai sensi di tale referente per prendere poi atto che *“la norma non aggiunge altro e quindi deve farsi riferimento alla regola generale della responsabilità contrattuale posta dall'art. 1223 c.c., secondo cui il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita, nella specie dal lavoratore, come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenze immediate e dirette”*. Essendo tuttavia inconfigurabile un danno da perdita di un posto di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione, non conseguibile per via diversa da quella del pubblico concorso, alla Corte non resta che incardinare il danno medesimo sulla generica perdita delle chances di una *“occupazione alternativa migliore”*.

A questo punto però la Corte, per poter ridurre la questione nei termini di una difficile prova dell'ammontare del danno, restando nel contesto del diritto comune, è costretta a dare per scontato che un danno apprezzabile sussista discostandosi così

dalla propria pacifica giurisprudenza secondo cui *“il lavoratore-creditore che voglia ottenere i danni derivanti dalla perdita di chances deve provare, anche solo per presunzione o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto dei presupposti”*, cioè *“di quegli elementi di fatto idonei a far ritenere... una concreta, effettiva e non ipotetica probabilità di conseguire”* il risultato, ponendosi solo in tal momento la questione della quantificazione del danno subito. Filo conduttore dell’operazione ermeneutica si rivela quindi una sorta di presunzione *ex lege* che il dipendente pubblico a tempo determinato veda frustrata la sua aspettativa di una *“occupazione alternativa migliore”*. Mentre parrebbe lecito al contrario presumere che il rapporto precario con la pubblica amministrazione, sia instaurato proprio per l’assenza di una alternativa siffatta.

V’è da aggiungere che, una volta impostata e risolta la questione della sussistenza del danno sul terreno del diritto comune grazie all’anzidetta, inedita presunzione di essa, coerenza impone di ammettere che il datore di lavoro pubblico possa provare che il lavoratore non ha subito alcun danno, ad esempio, perchè la cessazione del rapporto a termine è stata seguita senza soluzione di continuità da un impiego stabile, ovvero, che il danno è imputabile al lavoratore stesso perchè ha rifiutato una vantaggiosa occasione di un siffatto impiego.

Una volta trasferita l’operazione ermeneutica sul terreno della determinazione quantitativa di un danno, di cui è acquisita la sussistenza, al fine di sottrarre tale determinazione alla valutazione equitativa del singolo giudice, la Corte è costretta ad una ulteriore forzatura del sistema calando nel testo legislativo dell’art. 36, D.Lgs. n. 165/ 2001 l’inedita categoria di una *“prova agevolata”* del danno all’interno del

range fissato dall'articolo 32, 5° comma, L. n. 183/2010. Non occorrono certo molte parole per spiegare come la disciplina ivi contenuta non integri affatto una forma di prova agevolata del *quantum* del danno subito dal lavoratore privato nell'intervallo tra la cessazione del rapporto a termine e la sentenza costitutiva di un rapporto a tempo indeterminato *ex tunc*; trattandosi invece della forfettizzata quantificazione onnicomprensiva del danno stesso nel contesto di una equilibrata valutazione legislativa dell'assetto degli interessi in gioco.

Insomma, difficile non concordare con le citate sentenze del 2014 e 2015 secondo cui il “*sistema indennitario onnicomprensivo*” previsto dall'art. 32, 5° comma, L. n. 183/2010 non ha “alcuna attinenza” con la fattispecie prevista dall'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001.

Bibliografia:

- M. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 240/2015.
- A. ALLAMPRESE, *Contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione nel diritto dell'Unione europea: parola alle Sezioni Unite*, in LPA, 2015, 317.
- G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, 2011, cit., p, 346.
- A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI, *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n.133*, Giappichelli, 2009.
- M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in LPA, 2008, 511.
- M. BROLLO, *Il part-time nel lavoro pubblico: il ripensamento del datore*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, 2011, 1516.
- S. BRUSATI, *Il contratto di lavoro a termine. Novità applicative*, Utet, 2012.
- U. CARABELLI, F. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, 259.

- B. CARUSO, *La regolazione*, cit., p, 231.
- M. CINELLI, G. FERRARO, *Lavoro, competitività, welfare*, Torino, 2008, 105.
- M. CINELLI, G. FERRARO, *Lavoro, competitività, welfare. Dal d.l. 122/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2012, 259.
- M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nelle p.a. tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, Collana Il Nuovo Diritto del Lavoro, Giappichelli 2015, 615.
- C. DE MARCO, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa* (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014).
- M. ESPOSITO, *Note critiche sulla fornitura del lavoro temporaneo nelle amministrazioni pubbliche*, 2003.
- L. FIORILLO, *Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel lavoro pubblico*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, Utet, Torino' 2008, p. 218 ss.
- L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, in RIDL, 20124, 883.
- L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2018.
- L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2017.
- L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del Giudice del lavoro. Una soluzione che non convince*, in RIDL, 2011, 2, 555.

- L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza della scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, nota a margine della sentenza di Cassazione 6 giugno 2012, n. 10127.
- L. GAETA, U. POTI, P. PASCUCCHI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2015.
- E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, cit., p. 710.
- LO STORTO, *La somministrazione del lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità*, in LPA, 2005, 545.
- S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in Lav. pubbl, amm., 2006, p. 12.
- G. NICOSIA, *Commento artt., 13-29, d.lgs. n. 165/2001*.
- P. PASSALACQUA, *Le sezioni unite sull'abuso del contratto a termine nella pubblica amministrazione optano per la trasposizione dell'indennità prevista per il settore privato: il cerchio si chiude davvero?*, in DRI, 2016, 829.
- V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013.
- A. PRETEROTI, *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet, 2017, 3064.

- D. SERRA, *La somministrazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: inapplicabilità della conversione*, in LG, 2016, 41.
- V. TALAMO, *Diversamente agile? Lo Smart Work nelle pubbliche amministrazioni*, in L. FIORILLO e A. PERULLI, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Giappichelli, Torino, 2017.
- A. VALLEBONA, *I precari della scuola: per fortuna non hanno ancora vinto*, nota in commento alla sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014, c-22/13.
- A. VISCOMI, *Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Studium Iuris, 1999, 1063.
- A. ZILLI, *Il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni dopo il Jobs Act*, in LPA, 2015, 457.

