



*DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto del Lavoro nel Pubblico Impiego*

**PRECARIATO E STABILIZZAZIONI NEL
LAVORO PUBBLICO.**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Antonio Pileggi

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Luigi Fiorillo

CANDIDATA

Maria Elena Recupero

Matr. 133203

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

*A mio padre,
perché in questi anni,
ho sempre sentito
il suo sangue dentro il mio,
e sono stata felice
e non ho avuto paura di niente.*

*A Zia Wilma e Zia Ivana,
la mia marcia in più dal 1996.*

INDICE

Introduzione.....pag. 7

CAPITOLO 1.....pag. 11

Il Contratto a tempo determinato nel Pubblico Impiego.

1. Definizione ed elementi caratteristici del Pubblico Impiego.....	pag. 11
2. La disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato.....	pag. 12
2.1. Applicazione della normativa sul lavoro subordinato nell'impresa (D.lgs. 81/2015).....	pag. 13
2.2. Esclusioni Generali e Specifiche.....	pag. 15
3. Requisiti di forma.....	pag. 17
4. I Diritti del lavoratore a termine.....	pag. 18
4.1. Trattamento economico, permessi e congedi per malattia.....	pag. 19
4.2. Diritto di precedenza.....	pag. 20
5. Limiti quantitativi.....	pag. 21
6. Divieti di ricorso al contratto a termine.....	pag. 22
7. Le causali giustificative.....	pag. 24
8. Proroga del contratto.....	pag. 26
8.1. Rinnovo del contratto a termine.....	pag. 28
9. Estinzione del rapporto di lavoro.....	pag. 29
9.1. Licenziamento per giusta causa.....	pag. 30
10. Il ruolo della contrattazione collettiva.....	pag. 33
10.1. Contrattazione e contratto a tempo determinato.....	pag. 33
10.2. Casi di contratti collettivi in deroga e Riforma Fornero.....	pag. 34

11. Violazione di disposizioni di legge sulla costituzione o proroga del rapporto.....	pag. 36
11.1. Nullità del contratto e Responsabilità del dirigente.....	pag. 37

CAPITOLO 2.....pag. 39

L'evoluzione storico-legislativa del contratto a termine nel lavoro pubblico dai primi anni del 900 ad oggi.

1. Stabilità e precarietà: gli interventi della prima metà del XX Secolo.....	pag. 39
2. La legislazione degli anni '70.....	pag. 42
2.1. Il modello dell'art. 3 l. 1376/1965.....	pag. 43
2.2. Il D.P.R. 276/1971 ed altri interventi ispirati ad esso.....	pag. 44
3. La legislazione degli anni '80.....	pag. 46
3.1. Il doppio binario di accesso al lavoro temporaneo.....	pag. 47
4. La prima fase della Privatizzazione del Pubblico Impiego.....	pag. 48
4.1. Il D.lgs. 29/1993.....	pag. 49
5. La seconda fase della Privatizzazione del Pubblico Impiego.....	pag. 54
5.1. La terza versione dell'art. 36 D.lgs. 29/1993.....	pag. 54
5.2. La disciplina contrattuale collettiva in materia di ricorso temporaneo al lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni dopo la seconda tornata contrattuale.....	pag. 57
6. L'art 36 D.lgs. 165/2001 e la legislazione dei primi anni 2000.....	pag. 62
6.1. Il rapporto tra D.lgs. 165/2001 e il D.lgs. 368/2001.....	pag. 63
6.2. Il rapporto tra disciplina nazionale e disciplina Comunitaria: in particolare la Direttiva 1999/70/CE.....	pag. 65
6.3. Il rapporto tra l'art. 36 D.lgs. 165/2001 e il D.lgs. 276/2003, attuazione della cosiddetta " <i>Legge Biagi</i> ".....	pag. 70

7. Le modifiche all'art. 36 D.lgs. 165/2001: una lunga stagione iniziata nel 2006.....	pag. 72
7.1. Gli interventi del 2007: pochi punti di contatto e molte divaricazioni tra lavoro nell'impresa e lavoro nelle pubbliche amministrazioni.....	pag. 75
7.2. Prove di omologazione tra lavoro nell'impresa e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: gli effetti degli interventi del 2008, 2009 e 2013.....	pag. 78
7.2.1. Le procedure di stabilizzazione previste dall'art. 4 del D.l. 101/2013 e dalla legge di stabilità del 2013 (l. 228/2012).....	pag. 84
8. Gli ultimi interventi sul lavoro a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni: dall'applicazione "adattata" del <i>Jobs Act</i> alla non applicazione del " <i>Decreto Dignità</i> "	pag. 87
8.1. La Riforma " <i>Madia</i> ".....	pag. 92
8.1.1. L'art. 20 D.lgs. 75/2017.....	pag. 96
8.2. Il " <i>Decreto Dignità</i> ": un passo indietro per l'omologazione tra lavoro pubblico e privato.....	pag. 98

CAPITOLO 3.....pag. 101

Il regime sanzionatorio per l'abusiva reiterazione di contratti a termine nel lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni tra giurisprudenza interna e comunitaria.

1. Premessa.....	pag. 101
2. Il regime attuale.....	pag. 103
2.1 La responsabilità per l'uso illegittimo dei contratti a termine.....	pag. 106

3. I principi affermati dalla Corte di Giustizia UE, in attuazione della Direttiva 1999/70/CE.....	pag. 112
4. La sentenza 89/2003 della Corte Costituzionale apre la strada all’infinito dibattito Giurisprudenziale tra giudici nazionali e Corte di Giustizia.....	pag. 114
4.1 Le successive questioni di pregiudizialità comunitaria sollevate dal Tribunale di Genova nel 2004.....	pag. 117
4.2 Le sentenze del 2006 della Corte di Giustizia UE: il caso greco “Adeneler”.....	pag. 118
4.2.1 La risposta alle questioni di pregiudizialità comunitaria provenienti dall’Italia: le sentenze “Marrosu e Sardino” e “Vassallo”.....	pag. 120
4.3 La questione di pregiudizialità comunitaria del Tribunale di Rossano del 2009 e la successiva ordinanza “Affatato” della Corte di Giustizia.....	pag. 122
4.4 La sentenza “Carratù” e l’ordinanza “Papalia” del 12 Dicembre 2013.....	pag. 126
4.5 Il necessario intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la Sentenza 15 Marzo 2016, n. 5072.....	pag. 129
4.5.1 L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite 4 Agosto 2015, n. 16363.....	pag. 130
4.5.2 Gli orientamenti “confusi” nelle pronunce precedenti del Giudice di Legittimità.....	pag. 131
4.5.3 La pronuncia a Sezioni Unite.....	pag. 134
4.6 La nuova ordinanza di pregiudizialità comunitaria del Tribunale di Trapani del 5 Settembre 2016.....	pag. 137
4.7 L’ultima pronuncia della Corte di Giustizia: la Sentenza “Santoro”, 7 Marzo 2018, C-494.....	pag. 139
4.8 La sentenza 248/2018 della Corte Costituzionale.....	pag. 144

4.9 L'ultima pronuncia della Cassazione del 2019 sull'impossibilità di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nel Pubblico Impiego.....pag. 145

Conclusioni.....pag. 150

Bibliografia.....pag. 152

Introduzione

La trattazione si prefigge l'obiettivo di esaminare al meglio la situazione attuale dei contratti a tempo determinato stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni e le conseguenti situazioni di "precariato", alla luce del percorso legislativo e giurisprudenziale svoltosi nel panorama italiano ed europeo nell'ambito della suddetta problematica.

Dopo aver delineato le caratteristiche essenziali del rapporto di "Pubblico Impiego", connotate da specialità in quanto volte alla realizzazione di obiettivi di tipo pubblicistico, collegate ai fini di buon andamento della Pubblica Amministrazione, che trovano il loro perno nella norma Costituzionale dell'articolo 97 Cost., viene descritta la disciplina di riferimento per la forma flessibile del contratto a termine. Partendo dalla formulazione dell'art. 36, D. lgs. 30 Marzo 2001, n. 165, norma rubricata, appunto, "*Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile*", viene analizzato il collegamento, operato dall'art. 2 del medesimo decreto, alle "*disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*" e la conseguente applicazione del corpus normativo relativo al settore privato, individuato prima nel D.lgs. 368/2001, oggi abrogato e sostituito, ad opera del *Jobs Act*, dal D.Lgs. 81/2015, con le dovute limitazioni e i dovuti adattamenti necessitati dai caratteri speciali del settore pubblico.

L'elaborato proseguirà con la descrizione del "tumultuoso cammino" della legislazione nell'ambito dei contratti a tempo determinato alle dipendenze della Pubblica Amministrazione: un percorso iniziato già nella prima metà del secolo scorso ma, possiamo dire, allo stato attuale mai terminato. Si partirà analizzando le arcaiche norme dei primi del Novecento in cui la contrapposizione tra stabilità e precarietà si basava su circostanze molto differenti a quelle odierne; passando per la legislazione degli anni '70, di carattere prettamente "difensivo", e quella

degli anni '80, con il suo doppio binario di accesso al lavoro temporaneo e la maggiore incisività concessa alla contrattazione collettiva, si arriverà a quella che è stata una delle riforme più importanti per il settore del lavoro pubblico, vale a dire la “Privatizzazione o Contrattualizzazione del pubblico impiego”, sistematicamente divisa in due fasi. Proprio ad opera delle novità introdotte da quest'ultima, la disciplina operante per il lavoro pubblico sarà ufficialmente ancorata alle regole di natura privatistica operanti per il lavoro nell'impresa, chiaramente anche con riguardo ai contratti a termine. Il d.lgs. 29/1993, emanato in attuazione della l. 129/1992, aprirà la strada dalla suddetta riforma. Sarà l'articolo 36 di questo decreto a dettare le regole per la stipulazione dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, norma più e più volte “ritoccata” dal legislatore e dalla contrattazione di comparto nella prima e seconda tornata contrattuale avutasi durante il processo di privatizzazione, e poi trasmigrata nello stesso art. 36 del D.lgs. 165/2001. Il nuovo millennio, infatti, si aprirà con l'emanazione dell'appena citato decreto, un nuovo punto di partenza per la razionalizzazione della disciplina del lavoro pubblico, per questo anche denominato “Testo Unico del Pubblico impiego”. A questo punto la legislazione italiana si troverà a dover fare i conti con le nuove regole provenienti dall'Unione Europea, che nel nostro ambito, si traducono nella Direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, in attuazione della quale verrà emanato il D.lgs. 368/2001, che costituirà la normativa di riferimento per il lavoro nell'impresa. Dopo le necessarie chiarificazioni sull'applicazione dello stesso al pubblico impiego, verranno messe in luce le continue modifiche apportate all'art. 36 del D.lgs. 165/2001, che dal 2006 proveranno ad avvicinare, con risultati piuttosto scarsi, la disciplina dei due macro-settori. Si giungerà, infine, agli ultimissimi interventi per la situazione del precariato italiano, estrinsecatisi, spesso, anche in procedure di stabilizzazione “di massa”, di tanto in tanto previste per determinate categorie di lavoratori. Le grandi novità apportate dal cosiddetto “*Jobs Act*” che prevederà l'abrogazione del D.lgs. 368/2001, sostituito dal D. lgs. 81/2015, necessiteranno di diversi adattamenti per

l'applicazione di quest'ultimo al settore delle pubbliche Amministrazioni. Si passerà, poi a delineare i tratti salienti della Riforma "Madia", un'ulteriore prova di razionalizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, nuovamente intervenuta, in maniera anche piuttosto incisiva sulla formulazione dell'art. 36 D.lgs. 165/2001. Il lungo processo normativo troverà il suo punto di arrivo nell'emanazione del cosiddetto "*Decreto Dignita*", un intervento del 2018, che appronterà delle modifiche al suddetto D.lgs. 81/2015, le quali, per volere del legislatore, servitosi di una tecnica normativa piuttosto discutibile, non saranno estendibili alla disciplina del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, compiendo, di fatto un passo indietro per l'omologazione delle discipline dei due settori.

La trattazione si sposterà, poi, alla descrizione del vasto contenzioso nazionale e sovranazionale avente ad oggetto l'abusiva reiterazione di contratti a termine e le eventuali conseguenze relative all'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, originatosi nell'ambito del precariato del pubblico impiego. Infatti, la differenza più incisiva tra il settore pubblico e quello privato, si concretizza nell'impossibilità di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato nel caso di abusi da parte della Pubblica Amministrazione: circostanza che ha portato i giudici nazionali a dubitare della legittimità della stessa alla luce dei principi europei racchiusi nella Direttiva 99/70/CE. Nonostante anche la Corte Costituzionale, nel 2003, si sia pronunciata in senso favorevole rispetto alla legittimità della normativa interna a riguardo, sono stati comunque moltissimi i tribunali italiani che hanno deciso di rivolgersi alla Corte di Giustizia, per risolvere le questioni di pregiudizialità comunitaria rispetto al suddetto divieto di conversione. Il giudice Europeo, in un contesto in cui diversi Stati, tra cui anche la Grecia, si trovavano in situazioni critiche riguardo al precariato pubblico, si è più volte pronunciato, con sentenze di una certa importanza contenutistica quale "*Adeneler*", "*Marrosu e Sardino*" e "*Vassallo*", le quali hanno scongiurato il contrasto tra la normativa interna e quella comunitaria. Tuttavia il contenzioso è proseguito, addirittura allargandosi ad altri quesiti come

i criteri adeguati per la quantificazione del risarcimento del danno e la definizione dello stesso, ai quali la giurisprudenza Comunitaria ha dato risposte abbastanza precise definendo il concetto di “Danno Comunitario” e individuando in quelli dell’art. 32, comma 5, l. 183/2010, n. 183, i parametri adeguati alla commisurazione dello stesso. Di notevole importanza è stato, poi, l’intervento della Cassazione a Sezioni Unite del 2016 che, dirimendo i contrasti presentatesi anche nelle sue pronunce precedenti, avrebbe dovuto mettere un punto di fine alla questione. Tuttavia possiamo dire che ciò non è avvenuto: negli ultimi due anni la Corte di Giustizia è tornata a pronunciarsi a riguardo con la sentenza “*Santoro*”, e anche la giurisprudenza italiana, in particolare quella Costituzionale, è stata presa in causa nuovamente. Resta solo da chiedersi, quindi, se il legislatore dovrebbe intervenire su una normativa che pur non contraria ai principi comunitari, non risulti soddisfacente per i soggetti, vale a dire i tanti precari pubblici italiani, che lamentano una lesione dei propri diritti nell’impossibilità di conversione del contratto in tempo indeterminato, in situazione di abusi.

CAPITOLO 1

Il Contratto a tempo determinato nel Pubblico Impiego.

1. Definizione ed elementi caratteristici del Pubblico Impiego.

La pubblica amministrazione persegue i propri fini attraverso le persone fisiche che agiscono al suo servizio formando e manifestando la volontà stessa degli organi a cui sono preposte oppure svolgendo varie attività tecniche o materiali.

Diviene così il rapporto di servizio la relazione giuridica che intercorre fra le varie amministrazioni e le persone fisiche che agiscono per essa.

Si costituisce un rapporto di pubblico impiego, dunque, quando il dipendente svolge un'attività professionale a servizio di un ente pubblico dietro retribuzione. Partendo da tale definizione possiamo desumere, quindi, le caratteristiche fondamentali del rapporto:

- la presenza di un soggetto Pubblico, in quanto i pubblici dipendenti nell'esercitare la loro attività devono realizzare finalità che competono allo Stato e agli enti pubblici;
- la preminenza dell'ente pubblico, che si pone su un piano di supremazia rispetto ai dipendenti, le cui attività e responsabilità sono disciplinate con provvedimenti amministrativi autoritari;
- il servizio esclusivo della Nazione;
- la prestazione lavorativa presenta i seguenti caratteri: *personale, professionale, continua e retribuita*.

La regolamentazione del rapporto di impiego è di essenziale importanza poiché i dipendenti dello Stato conseguono i fini istituzionali degli enti pubblici.

Per questo motivo la disciplina pubblicistica del rapporto organico, vale a dire del rapporto in base al quale il dipendente è legittimato all'esercizio di poteri inerenti all'ufficio, strettamente connessi con profili organizzativi della stessa Pubblica Amministrazione, si riflette in diverse disposizioni di rango costituzionale che, direttamente o indirettamente, si riferiscono al rapporto di lavoro pubblico.¹

I principi fondamentali in materia di pubblico impiego sono dunque fissati a livello costituzionale. Il fulcro è rappresentato dall'art. 97² che dispone la riserva di legge, e quindi il Principio di Legalità, inerente all'organizzazione dei pubblici uffici e stabilisce l'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso, secondo il principio di buon andamento dell'amministrazione.

2. La disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato.

Il Decreto Legislativo 30 marzo 2001 n. 165, denominato anche Testo Unico sul Pubblico Impiego, così come modificato dai successivi interventi legislativi, rappresenta il punto di partenza per la regolamentazione dei rapporti di Lavoro alla dipendenza della Pubblica Amministrazione e di conseguenza, detta anche le regole per la gestione dei contratti di lavoro cosiddetti "flessibili".

Le Pubbliche Amministrazioni possono stipulare contratti flessibili solamente utilizzando le forme del contratto a tempo determinato, del contratto di formazione e lavoro e del contratto di somministrazione, nel rispetto delle regole dettate dall'articolo 36, comma 1, del Decreto Legislativo n.165/2001. Al fine di evitare gli abusi verificatisi in passato, il comma 3 dello stesso articolo precisa che le Pubbliche Amministrazioni, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva ministeriale, debbano redigere un analitico

¹ GASPARRO N., "La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili", Cacucci Editore, 2006.

² Articolo 97 Cost.: "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."

rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate e trasmetterlo entro il 31 gennaio ai servizi di controllo interno, ai nuclei di valutazione e alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la funzione pubblica. Quest'ultimo, 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.

Il contatto a tempo determinato è un contratto di lavoro subordinato al quale viene apposta una clausola volta a stabilire la durata del rapporto lavorativo.

Il ricorso al tempo determinato è del tutto residuale. Infatti, lo stesso art. 36 afferma che le amministrazioni assumono “*esclusivamente*” con contratti di lavoro a tempo indeterminato. Da questa circostanza risulta facile desumere a contrario l'eccezionalità del contratto a termine.

Sempre nell'ambito di esigenze di tipo straordinario, le assunzioni a termine sono possibili solo qualora siano legittimate da ragioni tecniche, organizzative e produttive, temporanee e eccezionali e comunque subordinate al preventivo ricorso di processi di mobilità da attivarsi all'interno del settore pubblico.

Le procedure di reclutamento, da considerarsi sempre obbligatorie nell'ambito del lavoro pubblico, sono previste, ovviamente, anche per le assunzioni a termine. La forma concorsuale con le specifiche caratteristiche descritte dall'art. 35 del d.lgs. 165/2001, sembra essere la più utilizzata attualmente.

2.1 Applicazione della normativa sul lavoro subordinato nell'impresa (D.lgs 81/2015).

Ai sensi del secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. 165/2001, recante le “*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, “*i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse*

disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo". Ciò significa che, con le dovute particolarità specificate dalla legislazione del pubblico impiego, ai rapporti di lavoro a tempo determinato sarà applicabile la normativa prevista per il lavoro subordinato nell'impresa. Inizialmente la disciplina era dettata solo dal d.lgs. n.368/2001³, ma dopo una lunga stagione di modifiche normative (l.183/2010; legge di riforma del mercato del lavoro contenuta nella n. 92/2012; d. l. 76/2013 convertito in l. 99/2013; d. l.34/2014 convertito in l. 78/2014), l'ultimo intervento incisivo in questo campo è rappresentato dall'emanazione del Decreto Legislativo n. 81/2015 (*Jobs Act*), attuativo della legge delega n. 183/2014 ed entrato in vigore il 25 giugno 2015, che ha abrogato il D.Lgs. 368/2001, e i cui articoli da 19 a 29 contengono oggi l'intera disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato. La normativa di riferimento sarà quindi, il d.lgs. 81/2015, che nel frattempo è stato riformato dal D.L. 87/2018, convertito in legge con modificazioni dalla L. 96/2018 (c.d. Decreto Dignità) la cui applicazione è, però, preclusa al pubblico impiego.

Le particolarità più rilevanti rispetto al settore privato possono essere così fissate: Il contratto a tempo determinato può essere utilizzato per esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale, mentre quello a tempo indeterminato deve ritenersi esclusivo per il fabbisogno ordinario; Per prevenire fenomeni di precariato le amministrazioni pubbliche sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per i concorsi pubblici a tempo indeterminato (art. 36 co.2); I contratti a termine posti in essere con violazione delle norme citate sono nulli, determinano responsabilità erariale e responsabilità disciplinare del dirigente, al quale non viene altresì corrisposta la retribuzione di risultato; l'eventuale violazione dei limiti di legge non comporterà, in nessun caso, la trasformazione del rapporto a tempo

³ Il d.lgs. 368/2001 è stato adottato dal Governo Italiano in esecuzione della legge delega 422/2000, che lo ha delegato ad emanare le norme occorrenti per dare attuazione ad una molteplicità di direttive, tra le quali, appunto, la 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

determinato in un rapporto a tempo indeterminato. Il lavoratore pubblico potrà, quindi, chiedere esclusivamente il risarcimento del danno.⁴

2.2. *Esclusioni generali e specifiche.*

È necessario sottolineare che la normativa generale del Pubblico Impiego, vale a dire il d.lgs. 165/2001 con successive modifiche ed integrazioni, non trova applicazione nei confronti di alcune categorie di dipendenti pubblici individuati dallo stesso articolo 3 del decreto: magistrati ordinari, amministrativi e contabili; avvocati e Procuratori dello Stato; personale Militare e di Polizia; personale della carriera Diplomatica e della carriera prefettizia; dipendenti degli enti che svolgono le loro attività nelle materie contemplate dall'art. 1 del d. lgs. Del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691 (funzione creditizia, valutaria e di risparmio) e delle leggi 4 giugno 1985, n.281 e 10 ottobre 1990, n. 387 (borsa e mercato); dipendenti della Camera dei Deputati, del Senato, della Corte Costituzionale, soggetti ad Autodichia; professori e Ricercatori universitari.

Mentre le appena citate esclusioni riguardano l'applicazione della normativa generale del Pubblico Impiego, vi sono poi delle categorie di dipendenti pubblici contrattualizzate alle quali non sarà riferibile il d. lgs. 81/2015. Si tratta dei dirigenti, del personale sanitario e del personale della Scuola e le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

Per i dirigenti è prevista una specifica normativa modellata sulle diverse caratteristiche del rapporto di lavoro e degli incarichi; per il personale Sanitario, essendosi prevista solo l'esclusione dell'applicazione delle regole previste dal d. lgs. 81/2015, ma non una disciplina specifica, l'assunzione a termine di tale personale, è assoggettata alle sole regole fissate dall'art. 36 d. lgs. 165/2001, riguardanti le ragioni giustificatrici della clausola appositiva del termine e le

⁴ CASOTTI A., GHEIDO M. R., “*Lavoro a tempo determinato*”, IPSOA, 2009.

conseguenze sanzionatorie, ma non tutte le altre richieste nel campo del lavoro subordinato nell'impresa.

Per il personale docente, amministrativo, tecnico e ausiliario della Scuola Pubblica vige una disciplina speciale costituita dal d. lgs. 297/1994, da poco integrata con la legge di riforma del sistema nazionale di istruzione (l. n. 107/2015): si prevede una specifica normativa per il conferimento di supplenze annuali e di quelle temporanee sino al termine dell'attività lavorativa. Le esigenze didattiche vengono soddisfatte utilizzando il personale di ruolo, e quello non ancora immesso in ruolo, attraverso il conferimento di incarichi a tempo determinato e ciò al fine di garantire *“la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo”*. I docenti non di ruolo, inseriti in una graduatoria, sono tutti destinati ad essere assunti in pianta stabile. Infatti è prevista l'assegnazione del 50% dei posti disponibili mediante l'indizione di concorso per titoli ed esami e il restante 50% utilizzando, appunto, il personale non di ruolo inserito nella graduatoria. Riguardo a questa categoria, bisogna sottolineare, però, che dopo l'aggiunta del comma 5-quinquies all'articolo 36, che lo prevede espressamente, sarà applicabile il sistema sanzionatorio previsto per la generalità dei pubblici dipendenti in caso di uso illegittimo del contratto a tempo determinato.

Per quanto riguarda il personale degli enti pubblici di ricerca regolamentati e individuati dal d. lgs. 218/2016, lo stesso comma 5-quinquies⁵ suggerisce che le modalità di assunzione a termine sono assoggettate alla disciplina specifica contenuta nel sopracitato decreto e non dall'art. 36.⁶

⁵ L'art. 36 comma 5-quinquies così recita: *“resta fermo quanto stabilito dal medesimo”*, riferendosi, appunto, al d. lgs. 218/2016.

⁶ FIORILLO L., *“Il diritto del lavoro nel pubblico impiego”*, Piccin Nuova Libreria, 2018.

3. Requisiti di forma.

L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da un atto scritto *ad substantiam*. Al lavoratore deve essere consegnata una copia dell'atto entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. L'appena citato arco temporale durante il quale il lavoratore può dare inizio alla prestazione senza che gli sia stato ancora consegnato il contratto contenente l'apposizione del termine, consente, in sostanza, una formalizzazione anche successiva del contratto a tempo determinato a condizione che comunque la data apposta sull'atto sia antecedente o contestuale all'inizio dell'attività lavorativa.⁷ La forma scritta non è richiesta per i rapporti a termine di natura puramente occasionale, non superiore ai dodici giorni.

In carenza di forma scritta il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno, quantificabile nelle retribuzioni maturate nel periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

Il D.lgs. 81/2015 si limita a richiedere il requisito della forma scritta esclusivamente per il termine di durata del contratto e il D.lgs. 165/2001 non prevede il rispetto di alcuna forma con riguardo alle causali. Deve, quindi, ritenersi che il requisito di forma debba essere rispettato, a pena di nullità del contratto, esclusivamente per il termine, mentre non sia necessario per le causali. Ciò avviene in ossequio al principio dell'onere della prova, poiché, trattandosi di un fatto costitutivo dell'esercizio legittimo del potere di accedere a forme di contratto flessibile, graverà sul datore di lavoro in base al principio generale dell'art. 2697 c. c., come risulta dal dettato della norma e dal termine "comprovate".⁸

⁷ FIORILLO L., "*Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*", in "Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale", a cura di Giuseppe Santoro Passarelli, IPSOA, 2006.

⁸ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., "*Il Lavoro Pubblico*", Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

4. I diritti del lavoratore a termine.

Come nel lavoro nell'impresa, anche per il settore pubblico trova applicazione la clausola 4 dell'accordo quadro della direttiva 99/70/CE⁹, la quale postula il principio di non discriminazione, punto cardine dello *status* giuridico del lavoratore a termine. L'articolo 25 del d.lgs. 81/2015 rappresenta la trasposizione "nazionale" di tale principio, applicabile dunque anche al pubblico impiego: *"il lavoratore a termine ha diritto ad ogni trattamento, in specie retributivo, in atto nell'impresa per i lavoratori a tempo indeterminato comparabili, seppure in proporzione al periodo lavorativo prestato, e sempre che il predetto trattamento non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine"*.

Tuttavia, la Corte di Giustizia, ha da tempo chiarito con diverse pronunce¹⁰ che il divieto di trattamenti discriminatori nelle condizioni d'impiego non opera qualora *"la disparità di trattamento constatata sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che contraddistinguono la condizione di lavoro di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria. Tali elementi possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato, dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro"* secondo quanto

⁹ Ai sensi della clausola 4 della Direttiva 99/70/CE *"i lavoratori a tempo determinato, per quanto riguarda le condizioni di impiego, non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive"*.

¹⁰ Corte Giust. 13 Settembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05; Corte Giust. 22 Dicembre 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 e C-4456/09; C. Giust. Ord. 18 Marzo 2011, Montoya Medina, C-273/10.

pronunciato al punto 51, dell'ordinanza 14 Settembre 2016, relativa alla causa C-16/15 "*Lopez Servicio Madrilen0 de Salud*".¹¹

Qualsiasi diritto maturato dal lavoratore si estinguerà, comunque, decorso un anno dalla cessazione del rapporto.

Il lavoratore assunto a termine deve poi ricevere una formazione sufficiente ed adeguata alle caratteristiche delle mansioni oggetto del contratto, al fine di prevenire specifici rischi connessi all'esecuzione del lavoro. Sarà la contrattazione collettiva, con degli interventi mirati, a prevedere le occasioni e gli strumenti idonei per l'arricchimento del bagaglio professionale.¹²

Nei casi di applicazione di regole contrattuali o legali per le quali è rilevante il numero dei lavoratori occupati nell'amministrazione, bisogna tener conto anche di coloro che hanno un contratto a tempo determinato, prendendo in considerazione il numero medio mensile di dipendenti a termini impiegati negli ultimi due anni sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro.

4.1 Trattamento economico, permessi e congedi per malattia.

La Pubblica Amministrazione che si serve di rapporti di lavoro a tempo determinato, deve applicare il trattamento economico e normativo previsto per il personale a tempo indeterminato dai rispettivi CCNL di comparto, riproporzionato in ragione della prestazione effettivamente eseguita (Principio *pro rata temporis*).

I Permessi possono essere concessi senza retribuzione, solo per motivate esigenze e fino ad un minimo di 10 giorni. La concessione di permessi retribuiti è prevista solo in caso di matrimonio.

Circa i congedi per malattia, tenuto conto delle disposizioni contenute nei diversi contratti di comparto, al lavoratore viene corrisposto il trattamento economico e le indennità per un periodo non superiore a quello di attività

¹¹ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., "*Il Lavoro Pubblico*", Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

¹² GALATINO L., "*Diritto del Lavoro Pubblico*", G. Giappichelli Editore, Torino, 2014

lavorativa nei dodici mesi precedenti la malattia ma, comunque, non oltre la cessazione del rapporto di lavoro. In relazione alla conservazione del posto, si evidenzia che il rapporto di lavoro non può superare il termine minimo fissato dalla contrattazione collettiva dai diversi comparti per il lavoro a tempo indeterminato.¹³

4.2 Diritto di precedenza.

Mentre nell'ambito del lavoro privato a qualsiasi lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi, è concesso un diritto di precedenza nel caso di assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro, entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine, nel pubblico impiego tale prerogativa è prevista solo per il personale che sia stato reclutato secondo le procedure previste dall'art. 35 co.1 lett. b) del d.lgs. 165/2001: coloro che sono stati assunti "*mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità*", poiché si tratta di una forma di assunzione per la quale non risulta necessario l'espletamento di un concorso pubblico, modalità, quest'ultima, che preclude la fruizione di un diritto di precedenza.

Al dipendente che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine con la stessa amministrazione, abbia lavorato per un periodo superiore a sei mesi, è riconosciuto il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato che la stessa amministrazione effettui entro l'anno per lo svolgimento delle medesime mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine. Del pari, il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali, avrà un diritto

¹³ GASPARRO N., "*La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili*", Cacucci Editore, Bari 2006.

di precedenza rispetto alle assunzioni a termine che l'amministrazione faccia per le stesse attività.

L'unico privilegio di cui potrà godere il personale assunto con modalità diverse da quella prevista dalla lettera b) dell'art 35, sarà il riconoscimento del periodo già lavorato ai fini della valutazione dei titoli per la procedura concorsuale.

5. Limiti quantitativi.

Il legislatore precisa che i contratti collettivi nazionali stipulati con i sindacati comparativamente più rappresentativi possano determinare i limiti quantitativi del ricorso al contratto a termine, anche in misura non uniforme e dunque con eventuali differenziazioni parametrize alle aree geografiche o ai comparti merceologici o alle dimensioni aziendali. Peraltro, sempre in riferimento alla legislazione per il settore privato, è previsto che il numero complessivo di contratti a termine sottoscritti da un datore di lavoro non possa superare il 20% del numero di lavoratori a tempo indeterminato, in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione ovvero, nel caso di assunzione nel corso dell'anno, con riferimento all'organico presente al momento della stipulazione del contratto.¹⁴ Nel caso in cui l'Amministrazione ha un numero di dipendenti inferiore a 5 unità, ha comunque la possibilità di stipulare un contratto a tempo determinato.

L'ambito della definizione dei limiti quantitativi sembra essere, quindi, la parte di disciplina che viene rimessa totalmente al volere delle parti sociali, vale a dire che viene regolata interamente dai contratti collettivi. Infatti, la contrattazione collettiva nazionale stipulata dall'ARAN può addirittura derogare al limite individuando soglie di contingentamento sia più alte che più basse.

In caso di sfioramento del tetto è stabilita una sanzione amministrativa per ogni singola assunzione che ecceda il limite, pari al 20% della retribuzione mensile

¹⁴ GALATINO L., *“Diritto del Lavoro Pubblico”*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.

se si tratta di un solo lavoratore, del 50% in caso di più unità, importo che matura a cadenza mensile per l'intera durata dello sfioramento quantitativo. Nella fattispecie non si configurano diritti in capo al dipendente che non può promuovere azioni di tipo risarcitorio, trattandosi di un interesse generale, proprio del nostro ordinamento, rivolto al contenimento dell'utilizzo di questa tipologia di assunzione.¹⁵

E' la legge a prevedere espressamente quali sono le categorie di assunzioni che non vanno a integrare il limite del 20%. Sono escluse dal computo, infatti, le assunzioni a termine di tipo sostitutivo e, in particolare, agli istituti pubblici di ricerca per l'assunzione a termine di dipendenti che svolgono funzioni di insegnamento e di ricerca, e agli istituti della cultura di appartenenza statale per assunzioni a termine di dipendenti la cui attività debba soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di carattere culturale.

6. I divieti di ricorso al contratto a termine.

Sempre nel d.lgs. n. 81/2015, l'art. 20, co. 1, prescrive che *“L'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa:*

a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;

b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;

¹⁵ FIORILLO L., *“Il diritto del lavoro nel pubblico impiego”*, Piccin Nuova Libreria, 2018.

c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato;¹⁶

d) da parte di datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.”

La ratio sottostante a questi divieti è legata alla prevalenza dell'interesse contrapposto rispetto a quello della flessibilità¹⁷. Bisogna, però, conformare il dettato a quelle che sono le diverse condizioni del pubblico impiego. L'art. 36, d.lgs. n. 165/2015, nulla dispone in ordine a ciascuna ipotesi di divieto di apposizione del termine, pertanto l'art.21 sembra operativo anche nel settore pubblico nel caso di sciopero (lett. a) e non operativo in caso di trattamenti di integrazione salariale dei dipendenti (lett. c), istituto inaccessibile nel settore pubblico.

Sorge così un dubbio sull'ipotesi del divieto di assunzione a termine nelle unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi della l. 23.7.1991, n. 223 (lett.b). Se a rigore questa ipotesi non riguarda i lavoratori pubblici, non è da escludere che il divieto operi analogicamente nel caso l'amministrazione esperisca procedure di dichiarazione degli esuberanti di personale e di collocamento in disponibilità (artt. 33 ss., d.lgs. n. 165/2001), aventi una ratio tutto sommato analoga alle suddette procedure.

¹⁶ La *ratio* di questo divieto è quella di evitare che il datore di lavoro possa destrutturare l'organico sostituendo personale in pianta stabile con lavoratori a termine.

¹⁷ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A. “*Il Lavoro Pubblico*”, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

7. Le causali giustificative.

Come già evidenziato, per le assunzioni a termine sono sempre necessarie specifiche causali giustificative.

Nel settore privato, dopo l'ultimo incisivo intervento del Decreto Dignità (D. l. 87/2018), la stipula del contratto a tempo determinato è valida se le ragioni che la determinano sono: *ragioni temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività del datore di lavoro; ragioni sostitutive; ragioni connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria; ragioni relative a lavorazioni e a picchi di attività stagionali, individuati con decreto del ministero del lavoro.*

La situazione è diversa per il settore pubblico. In tale ambito, infatti, sono richieste esigenze "*temporanee ed eccezionali*". La scelta della temporaneità e dell'eccezionalità quali condizioni necessarie provoca un'importante restrizione delle possibilità di ricorrere a questo strumento. In *primis*, i due requisiti devono coesistere e non essere alternativi: questo risulta un importante motivo di esclusione della validità della causale. A questo si deve aggiungere che il termine eccezionalità suggerisce la necessità di situazioni straordinarie, occasionali comunque non ripetibili negli stessi tempi e nelle stesse modalità e, di fatto, non legate ad esigenze organizzative di tipo fisiologico; mentre la temporaneità attiene a situazioni organizzative non strutturali, esigenze giustificanti la limitazione della durata del rapporto anche riferite all'ordinaria attività dell'amministrazione. Il campo di utilizzazione viene ancor più ristretto dalla mancanza di ulteriori causali fissate tassativamente e dall'impossibilità della contrattazione collettiva di individuarne di nuove. Quest'ultimo motivo, in particolare, può far venir meno la legalità di alcune causali già presenti nei contratti collettivi come quelle costitutive di rapporti stagionali o dalla sostituzione di lavoratori assenti per ferie, trattandosi in entrambi i casi di esigenze temporanee ma nelle quali manca il requisito dell'eccezionalità, essendo le stesse, collegate ad esigenze organizzative di tipo fisiologico.

Tuttavia, il Dipartimento della Funzione pubblica, è intervenuto con un parere del 2008, per chiarire proprio i dubbi appena espressi. Esso ha così affermato *“E' senz'altro ammissibile la riconduzione di dette esigenze alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo previste dall'art. 1 del citato D.lgs. 368/2001, anche riferibili all'ordinaria attività e quindi al fabbisogno ordinario, purché caratterizzate dalla temporaneità. Per quanto riguarda la somministrazione vale quanto previsto dall'art. 20, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. In armonia con il primo comma dell'art. 36, nonché per prevenire un uso distorto del lavoro flessibile, è invece escluso che le predette esigenze possano riferirsi ad un fabbisogno ordinario e permanente, anche in presenza di un regime restrittivo delle assunzioni a tempo indeterminato. La valutazione sulla temporaneità dell'esigenza rimane facilmente identificabile. Riguardo l'eccezionalità occorre precisare che non va intesa in termini di imprevedibilità quanto piuttosto di straordinarietà. La previsione è di rafforzamento del concetto stesso di temporaneità escludendo che l'esigenza possa avere un carattere riconducibile ad un bisogno permanente. Al fine di dare adeguata evidenza alle esigenze sottese si ritiene applicabile il disposto di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs 368/2001 che prevede di darne specifica nel contratto individuale di lavoro a tempo determinato”*.

Da quanto appena riportato, risulta che, ad esempio, la causale di sostituire lavoratori assenti rientra nell'ambito delle esigenze di carattere esclusivamente temporaneo, circostanza che è stata sempre ricorrente nel nostro ordinamento, sin dalla l. 230/1962. La giurisprudenza ha interpretato la causale ritenendo che non sia necessaria l'indicazione del nominativo del lavoratore assente nella ragione sostitutiva, essendo, invece, sufficiente la corrispondenza tra il numero dei lavoratori a termine e il numero delle giornate di assenza per il medesimo settore. E' stato dunque ritenuto legittimo il ricorso al contratto a termine per sostituire un numero indeterminato di lavoratori che nel periodo fruivano a turno di ferie, purché le giornate svolte dai lavoratori a tempo determinato non fossero superiori al numero di giorni di ferie fruiti dai dipendenti; è stata altresì ritenuta legittima la

sostituzione indiretta, cioè di lavoratori in servizio ma distolti a sostituire altri lavoratori assenti.¹⁸

Anche gli incrementi di attività integrano una delle tipiche ipotesi di esigenze che giustificano il ricorso a contratti a termine: si tratta di casi che comportano un incremento particolarmente rilevante dell'attività ordinariamente esercitata dall'impresa, nel nostro caso dall'Amministrazione, tale da non potere essere affrontata con la normale struttura organizzativa e produttiva, anche se efficientemente ed adeguatamente programmata.

8. Proroga del contratto.

La disciplina legislativa generale concernente la proroga dei rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato, applicabile con alcune eccezioni anche alle pubbliche amministrazioni, è contenuta negli articoli 19 e 21 del d.lgs 81/2015.

In base all'art. 19 del d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dal d. l. 87/2018, la stipulazione di un contratto a termine per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale fra datore di lavoro e lavoratore è consentita per una durata non superiore a 24 mesi¹⁹, ma come abbiamo già accennato, le modifiche apportate dal suddetto "Decreto Dignità" non si applicano al Pubblico Impiego. Per i dipendenti delle amministrazioni, quindi, il limite resta di 36 mesi, ma il superamento di un nuovo concorso pubblico a tempo determinato da parte di una persona che ha già avuto un rapporto a termine con la stessa amministrazione consente di azzerare la durata del contratto precedente al fine del computo massimo dei trentasei mesi.

Anche l'art. 21 del d.lgs. n. 81 del 2015, relativo alla proroga ossia le la mera prosecuzione del contratto stipulato tra le parti, ha subito delle modifiche a seguito

¹⁸ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *"Il Lavoro Pubblico"*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

¹⁹ Prima delle modifiche apportate dal d. l. 87/2018 la durata non doveva superare i 36 mesi.

del d. l. 87/2018 che, come al solito, non vengono applicate al Pubblico Impiego. Infatti, per il settore privato, i limiti temporali sono stati abbassati, anche in questo caso, ad un massimo di ventiquattro mesi, e a un totale di quattro proroghe consentite. La norma esordisce richiedendo, per la validità della proroga, la presenza delle condizioni descritte dall'articolo 19 comma 1 per il contratto a termine in generale. Sono, inoltre, necessari anche degli ulteriori presupposti contenuti nel comma 2: la durata iniziale del contratto deve essere inferiore a trentasei mesi;²⁰ la proroga può essere concessa per un massimo di cinque volte nell'arco di trentasei mesi a prescindere dal numero dei contratti;²¹ il rapporto di lavoro non può mai superare una durata massima complessiva di 36 mesi; è necessario il consenso del dipendente;²²

Si ricorda, inoltre, che in presenza di più contratti si tiene conto anche di quelli di somministrazione a tempo determinato stipulati sempre tra le stesse parti aventi ad oggetto mansioni di pari livello contrattuale e categoria legale.

E' prevista anche una proroga tacita nel caso in cui il contratto continui di fatto dopo la sua iniziale scadenza. Bisogna però, fare una differenziazione a seconda della durata del contratto iniziale: per un contratto inferiore a sei mesi, tale proroga è ammessa per la durata massima di trenta giorni; nel caso di contratto di durata superiore, la stessa è legittima per la durata di cinquanta giorni. In questi casi al dipendente spetterà una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto nella misura del 20% fino al decimo giorno e del 40% per ciascun giorno ulteriore. Mentre se la proroga oltrepassa questi brevi periodi "cuscinetto", il contratto si considera illegittimo, con eventuale sanzione risarcitoria per il lavoratore.

L'aspetto centrale ed attuale della materia riguarda le conseguenze sanzionatorie all'illegittima apposizione del termine e dell'eventuale proroga regolate dall'art. 36, co. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale la violazione

²⁰ Con le modifiche apportate dal d. l. 87/2018, nel settore privato il limite massimo è di 24 mesi.

²¹ Con le modifiche apportate dal d. l. 87/2018, nel settore privato possono aversi fino a quattro proroghe.

²² GALATINO L., "Diritto del Lavoro Pubblico", G. Giappichelli Editore, Torino, 2014.

di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte della pubblica amministrazione, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. L'eventuale azione di nullità del contratto deve essere proposta entro i termini stabiliti per l'impugnazione del licenziamento individuale.

8.1 Il Rinnovo del contratto a termine.

E' necessario sottolineare che non si può parlare di successione di contratti, che avviene esclusivamente per effetto del rinnovo tra le parti, laddove il dipendente conduca più rapporti di lavoro a termine con la PA, anche per un periodo superiore ai 36 mesi, qualora si tratti di contratti di lavoro autonomi, perché tutti scaturenti dal superamento di specifiche ed autonome procedure concorsuali.

Si deve ricordare, in proposito, che il rinnovo del contratto a termine nella PA non deve considerarsi ammesso. Infatti, sempre l'articolo 36, comma 2, del d.lgs 165/2001 stabilisce che le assunzioni a tempo determinato sono ammesse *“nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti”*, dunque mediante concorso. Il rinnovo (paragonabile, nella sostanza, al riaffidamento di un contratto al precedente contraente mediante procedura negoziata) ovviamente non è un concorso: sicché il rinnovo nella PA corrisponde ad una violazione delle procedure di reclutamento e non può trovare applicazione. Ne consegue che la corretta ed attenta applicazione delle norme speciali vigenti per il pubblico impiego scongiura del tutto il pericolo di un'illecita successione di contratti a termine.

Sarà possibile stipulare un nuovo contratto solo dopo aver aspettato gli intervalli fissati dalla legge: almeno dieci giorni nel caso in cui l'originario

contratto sia di durata inferiore a sei mesi; almeno venti giorni se il contratto sia di durata superiore.²³

9. Estinzione del rapporto di lavoro.

Il rapporto di lavoro a termine cessa per scadenza del termine ovvero per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c.

Non si ritiene, invece, legittimo il recesso per giustificato motivo poiché la l'art.1, legge n.604 del 1966 riferisce espressamente tale ipotesi al contratto a tempo indeterminato.

La disciplina in proposito, dunque, è ancora quella dettata dal codice civile, secondo cui nessuna delle parti, fatti salvi i casi di giusta causa, è legittimata a recedere *ante tempus*, dovendo altrimenti il recedente risarcire il danno subito dalla controparte ai sensi del regime generale sull'adempimento delle obbligazioni.

In ragione di ciò, in caso di licenziamento, il lavoratore potrà chiedere il ristoro del pregiudizio patito, tendenzialmente corrispondente alle retribuzioni che egli avrebbe percepito se il rapporto non fosse stato anticipatamente risolto, salva la prova del cosiddetto *aliunde perceptum* da parte del lavoratore o della possibilità per questi di limitare i danni usando l'ordinaria diligenza nella ricerca di un'altra occupazione.

Parallelamente, anche il lavoratore dimissionario *ante tempus* dovrà risarcire il datore di lavoro per il danno cagionatogli.²⁴

Qualora il lavoratore ritenga illegittimo il recesso datoriale del contratto a termine, ovvero intende far valere la nullità del termine apposto al contratto, avrà l'onere di impugnare il licenziamento nei termini previsti dall'art 6 della legge n. 604 del 1966, oggi trasfuso nell'art. 28, comma 1, D.lgs. 81/2015, secondo il quale:

²³ Tali previsioni non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati in attività stagionali e per quelle individuate dai contratti collettivi nazionali.

²⁴ GALATINO L., "Diritto del Lavoro Pubblico", G. Giappichelli Editore, Torino, 2014

il lavoratore che intenda impugnare il contratto per una delle ragioni appena citate, deve comunicare, all'amministrazione, con qualsiasi atto scritto, entro 120 giorni dalla cessazione del rapporto, la volontà di contestarne la validità; nei successivi 180 giorni deve depositare il ricorso in Cancelleria o comunicare la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Nonostante, anche in questo caso, la novella del 2018 ha abbia modificato il primo dei suddetti termini, portandolo a 180 giorni, per le pubbliche amministrazioni resta fermo quanto asserito dall'art. 28, comma 1, al netto delle modifiche.²⁵

9.1 Il Licenziamento per giusta causa.

Il licenziamento per giusta causa è un licenziamento disciplinare, che si giustifica per condotte del dipendente talmente gravi da non consentire la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto di lavoro.

L'articolo 55-quater del d. lgs. 165/2001 elenca in maniera sistematica le ipotesi che, nel pubblico impiego, rappresentano giusta causa di licenziamento. La lettera della norma così statuisce: *“Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi:*

a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;

b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;

²⁵ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *“Il Lavoro Pubblico”*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;

d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;

e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;

f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro;

f-bis) gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'art. 54, comma 3;

f-ter) commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'art. 55sexies, comma 3;

f-quater) la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio;

f-quinquies) insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'art. 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009.

Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello

stesso. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta.”

La norma fa anche delle precisazioni riguardo al diritto al preavviso. Il comma 3, infatti asserisce che non sarà concesso nessun preavviso al lavoratore che abbia compiuto una condotta che rientra fra i casi delle lettere a), d), e) ed f), aggiungendo poi, delle conseguenze più gravi per chi viene colto in flagranza.²⁶

Nel licenziamento per giusta causa è richiesta una pregnante verifica della gravità dell'inadempimento: è necessario che questo sia idoneo a ledere il rapporto fiduciario tra le parti. Dalla casistica elencata dall'art. 55-quater possiamo desumere che la «giusta causa» che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro è ravvisabile anche in fatti e comportamenti che, oltre a costituire inadempimento contrattuale, producano effetti riflessi nell'ambiente di lavoro e siano tali da far venir meno la fiducia che impronta di sé il detto rapporto.

Trattandosi di licenziamento disciplinare e venendo dunque irrogato come massima sanzione disciplinare, esso deve essere proporzionato alla gravità del fatto commesso dal lavoratore.

²⁶ Sulle conseguenze della flagranza: art. 55-quater, comma 3-bis: *“Nel caso di cui al comma 1, lettera a), la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato. La sospensione è disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, ove ne venga a conoscenza per primo, dall'ufficio di cui all'art. 55 bis, comma 4, con provvedimento motivato, in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i suddetti soggetti ne sono venuti a conoscenza. La violazione di tale termine non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile.”*; e comma 3-quinquies: *“Nei casi di cui al comma 3-bis, per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte dell'ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati.”*

10. Il ruolo della contrattazione collettiva.

L'art.40 del d.lgs. 165/2001 prevede due autonomi livelli di contrattazione collettiva per il pubblico impiego: la contrattazione collettiva nazionale definita di comparto, che disciplina, in coerenza con il settore privato, *“la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti tra i diversi livelli”* e la contrattazione collettiva integrativa, attivata autonomamente da ciascuna pubblica amministrazione, che si svolge *“sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono.”*

Il rapporto tra legge e contratto collettivo nel settore pubblico può essere assimilato a quello vigente nel diritto privato: la disciplina pattizia avrà il compito di integrare ed adattare la normativa legale, con i limiti dettati dalle parti inderogabili, secondo le esigenze avvertite dalle parti. Valgono sempre i principi generali vigenti nell'ordinamento del diritto del lavoro, per cui si avrà sempre il divieto di deroga *in peius* della normativa legale da parte di quella contrattuale. In particolare rimane la competenza esclusiva delle amministrazioni nell'individuazione delle necessità organizzative che possono determinare il ricorso a forme contrattuali. Inoltre, poiché i contratti collettivi devono regolamentare la materia in applicazione della disciplina del settore privato, questi devono anche recepire quanto previsto dalla stessa con riferimento all'individuazione dei contingenti di personale utilizzabile.²⁷

10.1 Contrattazione e contratto a tempo determinato

Ai sensi della seconda parte del primo comma dell'art. 36 d. lgs. 165/2001 *«I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a*

²⁷ MIRANDA N., *“Il nuovo contratto a termine nel lavoro “privato” e “pubblico”*”, CEDAM, Padova, 2007.

tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina. »

Il comma 2 dell'articolo 36 (come modificato dall'art.49 del d. l. n. 112/2008, convertito in l. 133/2008) statuisce che i contratti collettivi “*provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, in relazione a quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*”, circoscrivendo, così, il loro intervento al solo fine di individuare i contingenti di personale utilizzabile. Nella disciplina del contratto a termine del settore pubblico, dunque, la contrattazione collettiva, oltre a non poter derogare le norme di legge se non espressamente autorizzata, non ha più il potere di dare attuazione alle norme sostanziali sulla disciplina del rapporto che valgono per il settore privato, ad esso armonizzandole.

Organici, necessità di personale, scelta delle tipologie contrattuali sono tutti decisi dalla Pubblica Amministrazione, mentre la contrattazione può intervenire sulla quantificazione del personale utilizzabile con i vari tipi di contratto, con esclusione di ogni possibilità di incidere sulle regole del rapporto. ²⁸

10.2 Casi di Contratti collettivi in deroga e riforma Fornero

Un esempio dell'efficacia derogatoria ancora concessa ai contratti collettivi può essere ritrovato nelle novità che la riforma Fornero (L.92/2012) ha apportato

²⁸ GASPARRO N., “*La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili*”, Cacucci Editore, Bari 2006.

alla disciplina del contratto a tempo determinato e in particolare, riguardo l'istituto del rinnovo degli stessi.

L'art.5 comma 3 ha esteso il periodo di intervallo tra la fine di un contratto e la stipulazione di quello successivo: sessanta giorni e novanta giorni rispettivamente per i contratti a termine di durata fino a 6 mesi oppure superiore a sei mesi. Il ripristino degli intervalli più brevi disposti dalla precedente normativa (rispettivamente venti giorni e trenta giorni) è peraltro possibile solo se lo dispongano i contratti collettivi stipulati dai sindacati più rappresentativi, stabilendone le condizioni, nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle circostanze definite dalla stessa disposizione. La norma risulta, però, di difficile interpretazione. Lo stesso comma 3, infatti, prosegue configurando l'intervento sostitutivo del Ministero del Lavoro in difetto della stipulazione del contratto collettivo entro dodici mesi, onde stabilire le specifiche condizioni per l'operatività delle condizioni previste.²⁹

Parrebbe dunque che ai contratti collettivi sia affidato esclusivamente il compito di individuare tali condizioni, fermo restando le circostanze definite dalla legge come presupposto necessario da rispettare anche nello svolgimento dell'attività negoziale. In senso contrario, tuttavia si esprime l'ultima parte del comma 3 che afferma testualmente: *“I termini ridotti di cui sopra trovano applicazione per le attività di cui al comma 4-ter (attività stagionali) e in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali c.p.r. sul piano nazionale”*. Quest'ultima parte amplia dunque considerevolmente la funzione “autorizzatoria” dei contratti collettivi a rendere applicabile l'intervallo più ridotto, ma lascia aperto il dubbio di essere contraddittorio rispetto alla prima parte della disposizione.

L'applicabilità della norma al settore pubblico è controversa. A favore dell'estensione dell'applicazione della norma in oggetto si è espresso il

²⁹ SCARPONI S., *“Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la Riforma Fornero”*, vol. XV, Novembre - Dicembre 2012 della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2012.

Dipartimento della Funzione Pubblica con due pareri del 19/9/2012 e del 28/9/2012, argomentando dal rinvio operato dall'art. 36 d.lgs. 165/2001.

In effetti, se si parte dal presupposto che le disposizioni applicate nel settore pubblico siano quelle derivanti dalle norme privatistiche (come già detto, prima d. lgs. 368/2001 che sarà poi interamente abrogato e sostituito dal d.lgs. 81/2015), salvo incompatibilità o espressa esclusione di applicabilità, la conclusione non può che essere nel senso di ritenere applicabile l'innovazione appena citata apportata dalla riforma Fornero. Nello specifico, anzi, la citata Nota D.P.F. costituisce un atto che potrebbe integrare una delle forme con le quali il Ministero definisce le modalità e i tempi di applicazione della riforma al settore pubblico ai sensi dell'art.1, comma 8, l. n. 92/2012.³⁰

11. Violazione di disposizioni di legge sulla costituzione o proroga del rapporto.

In tema di pubblico impiego, la violazione di disposizioni sulla costituzione del rapporto a tempo determinato, si risolve in un vizio di legittimità dell'atto autoritativo di nomina o di proroga della nomina, che va tempestivamente impugnato, secondo le regole generali; pertanto, allorché i provvedimenti di nomina o di proroga siano divenuti inoppugnabili, non è possibile contestarne la legittimità al fine di far derivare, da una diversa configurazione del rapporto, pretese a diritti o indennità.³¹

L'atto costitutivo del rapporto, in particolare, ha immediata portata lesiva e carattere autoritativo, pertanto deve essere impugnato nel termine di decadenza stabilito in via generale per la tutela degli interessi legittimi, altrimenti il giudice amministrativo, in contrasto con i principi generali, dovrebbe disapplicare la

³⁰ SCARPONI S., *“Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la Riforma Fornero”*, vol. XV, Novembre - Dicembre 2012 della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2012.

³¹ Consiglio di Stato, sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6052.

determinazione autoritativa della pubblica amministrazione. Ciò serve ad affermare che il soggetto che abbia ricevuto una pluralità di incarichi a termine, ove intenda chiedere l'accertamento della costituzione di un rapporto di pubblico impiego, è tenuto ad impugnare i singoli atti.³²

Bisogna, comunque, sempre ricordare la più importante particolarità della disciplina Pubblico Impiego riportata dall'articolo 5 del d. lgs. 165/2001. Detto articolo, infatti, commina l'assoluta impossibilità di conversione del rapporto di lavoro a termine presso le pubbliche amministrazioni in rapporto a tempo determinato, anche in caso di gravi violazioni di disposizioni di legge. Al lavoratore coinvolto spetterà solo ed esclusivamente il risarcimento del danno la cui quantificazione è frutto di un lungo processo giurisprudenziale.³³

11.1 Nullità del contratto e Responsabilità del dirigente.

Nei casi in cui, vengono violate le disposizioni sulla costituzione o la proroga del rapporto, il contratto sarà nullo e produrrà gli effetti di cui all'art. 2126 c.c. intitolato, appunto, "Prestazioni di fatto con violazione di legge". Questa norma statuisce che: *"La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione"*, detta, quindi, una chiara regolamentazione degli effetti della nullità.

Nel caso di contratto nullo, può determinarsi la responsabilità del dirigente che ha causato o non ha impedito il verificarsi della violazione della normativa in esame. Egli risponderà nei casi di Dolo o Colpa grave secondo le previsioni generali della legge n. 20/1994 e di quelle specifiche dell'art. 36 co. 2 d. lgs. 165/2001. E' infatti prevista un'azione di regresso nei confronti del dirigente per

³² Tribunale Amministrativo Regionale Sicilia Catania, sez. III, 10 febbraio 2004, n. 159.

³³ Vedi Capitolo 3.

il recupero delle somme pagate dall'Amministrazione a titolo di risarcimento del danno. In più, secondo la gravità del comportamento del responsabile, le ulteriori sanzioni possono consistere nel mancato rinnovo dell'incarico, nella revoca dello stesso e messa a disposizione del dirigente o, nei casi di maggiore gravità, nella risoluzione del rapporto di lavoro. La violazione rileva, altresì, ai fini della valutazione che, ogni anno, l'amministrazione di appartenenza fa delle prestazioni di ciascun dirigente.³⁴

³⁴ GASPARRO N., *“La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili”*, Cacucci Editore, Bari 2006.

CAPITOLO 2

L'evoluzione storico-legislativa del contratto a termine nel lavoro pubblico dai primi anni del 900 ad oggi.

1. Stabilità e precarietà: gli interventi della prima metà del XX secolo

Per gli impiegati civili dello Stato, il concetto di stabilità è stato a lungo sinonimo della possibilità per l'Amministrazione di destituire il lavoratore per soli motivi disciplinari o per l'essere incorso in condanne penali. Così, infatti, suggeriva la legislazione dei primi del '900 racchiusa nel r. d. 693/1908 (Approvazione del testo unico delle leggi dello stato degli impiegati civili) e nel r. d. 2960/1923 (Disposizioni sullo stato giuridico degli impiegati civili dello Stato). Sarà l'allegato A del r. d. 148/1931, a rendere possibile per la prima volta, per il personale di ruolo, oltre alla destituzione per motivi disciplinari, l'esonero dal servizio in caso di *“riduzione di posti per limitazione, semplificazione o soppressione di servizi”* ovvero per motivo oggettivo o, ancora, *“per scarso rendimento o per palese insufficienza imputabile a colpa dell'agente nell'adempimento delle funzioni del proprio grado”*.

Per quanto riguarda il concetto di precarietà, un primo intervento che sembra chiarire la situazione è il r.d.l. 100/1937 (Disposizioni circa il trattamento del personale non di ruolo in servizio presso l'Amministrazione dello Stato). L'articolo 4 co. 1 così recita: *“il personale sussidiario e quello di ruolo destinato a coadiuvare quest'ultimo in mansioni, servizi e lavori di cui non è determinata, né può prevedersi la durata, è nominato con la qualifica di avventizio. Questo personale può essere assunto con la forma del contratto annuale, eventualmente*

rinnovabile per uguali periodi". La disposizione appena citata suggerisce, per l'avventizio, una condizione di "precariato permanente", vissuta dal lavoratore con l'aspettativa del rinnovo reiterato del contratto o della nomina. Proseguendo con l'esame dell'art. 4, si incontra, al comma 3, la figura del lavoratore *giornaliero o diurnista*, qualificato come precario in considerazione dei lavori al cui svolgimento è adibito anche se, paradossalmente, *"non ne sia determinata o non possa prevedersene la durata a condizione che il lavoro sia necessario per sopperire ad esigenze eccezionali, momentanee dei servizi, anche se periodicamente ricorrenti"*.

Sempre dalla stessa normativa, emerge anche un'altra caratteristica del non ruolo: l'anzianità del lavoratore precario diventa requisito preferenziale per l'assunzione in ruolo. Rispetto a questa prerogativa, però, si avrà un'inversione di tendenza con l'avvento del d. lgs. 207/1947, secondo il quale *"sono vietate nuove assunzioni di personale non di ruolo presso le Amministrazioni dello Stato, per qualunque titolo e sotto qualsiasi forma e su qualsiasi capitolo di bilancio"*. Detta norma risulta essere il primo caso di regime limitativo del ricorso al personale non di ruolo, perciò è necessaria l'introduzione di un primo apparato sanzionatorio. L'art. 12, commi 2 e 3, infatti, recita: *"in caso di infrazione alle predette disposizioni, i provvedimenti relativi sono nulli. I dirigenti degli uffici o dei servizi, centrali o periferici, che abbiano emessi i provvedimenti di assunzione o promosso gli impegni di spesa sono personalmente e solidalmente responsabili delle somme conseguentemente erogate"*.³⁵

Essendo stata prevista, per la prima volta una limitazione per le assunzioni a termine, si apre, allo stesso tempo la questione delle deroghe. Questa sembra essere affrontata dal d.pr. 246/1948 a norma del quale, *"le assunzioni di carattere eccezionale e straordinario di breve durata"* (che costituiscono una delle eccezioni previste dall'art.12 d. lgs. 207/1947)³⁶, sono disposte *"previo parere favorevole*

³⁵ DEL PUNTA R., ROMEI R., *"I rapporti di lavoro a termine"*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

³⁶ Le eccezioni previste dall'art.12 sono le seguenti: 1) *assunzioni e riassunzioni previste dal d.lgs.lgt. 138/1946*; 2) *assunzioni di personale tecnico necessario per le esigenze della ricostruzione*; 3) *assunzioni*

della Commissione Centrale per l'avventiziato, per servizi o lavori straordinari determinati nel provvedimento che le dispone, e non possono essere disposte per una durata superiore a tre mesi, prorogabili di non oltre un altro mese.

Il personale assunto in base al predetto art. 12, nn. 2, 3 e 4, non può essere trasferito ad altro servizio della stessa o di altra amministrazione, quando sia ultimato il servizio o il lavoro per il quale è stato assunto.”

Emergono, quindi, due elementi di notevole interesse: il ruolo di vigilanza e coordinamento riconosciuto alla Commissione sopracitata³⁷, ma soprattutto, l'introduzione del precariato “a durata determinata”, quale sostituto del “non ruolo”, sterilizzato nel suo riprodursi. Questo tipo di assunzioni diventa, dunque, l'unico strumento alternativo all'utilizzo del personale di ruolo. Si tratta di un deciso cambio di prospettiva rispetto a quanto disposto dal r. d. l. 100/1937, per il quale l'alternativa all'appartenenza al ruolo consisteva, invece, nel “precariato permanente del non ruolo”, così definito proprio per l'indeterminatezza della durata dell'esigenza.

Meritano di essere brevemente analizzate anche le soluzioni adottate con la l. 67/1952, che sembrano discostarsi dal r. d. l. 100/1937. I *salariati di ruolo*, assunti stabilmente o iscritti a matricola, vengono denominati *operai permanenti*; i *salariati non di ruolo*, assunti, cioè a tempo, con contratti di lavoro di durata non superiore alla scadenza dell'anno finanziario ma rinnovabili e rescindibili, vengono denominati *operai temporanei*. Tuttavia, a conferma della tendenza a distinguere il precariato permanente del “non ruolo” dalla temporaneità “a durata determinata”, la stessa normativa afferma che “*ogni amministrazione ha facoltà di assumere, con contratto di diritto privato, per esigenze imprevedute ed indilazionabili, operai giornalieri, a condizione che sia stabilito il termine massimo entro cui debbono essere licenziati.*”, ciò a compensazione del “*divieto*

di carattere eccezionale e straordinario di breve durata; 4) assunzione del personale degli uffici regionali e provinciali del lavoro, di cui al d. lgs. 450/1946.

³⁷ Con l'istituzione del Consiglio superiore della Pubblica Amministrazione, ad opera del d. p. r. 3/1957, la Commissione viene soppressa.

di assumere personale salariato non di ruolo presso le Amministrazioni dello Stato, anche con ordinamento autonomo, per qualunque titolo e sotto qualsiasi forma, e su qualsiasi capitolo di bilancio”, contenuto nell’art. 39.

Questo lungo excursus relativo alla prima metà del secolo scorso, può essere concluso desumendo il declino della distinzione tra “ruolo” e “non ruolo”, inteso quest’ultimo come vero regime applicabile ai lavoratori in condizione di “precarietà permanente”. Il “non ruolo” viene assorbito dal “ruolo”, e ciò ha prodotto un notevole ampliamento degli organici di ruolo, di aggravio permanente, della spesa pubblica e di blocco quasi totale degli accessi dall’esterno del “non ruolo”. Da questo periodo emerge con decisione la fattispecie della temporaneità “a durata limitata”, imperniata sull’eccezionalità dell’esigenza dell’amministrazione, la quale sarà un concetto ricorrente anche nella legislazione successiva.

2. La legislazione degli anni ‘70

Anche gli interventi legislativi degli anni ’70, sembrano confermare la tendenza descritta nel precedente paragrafo. Contingenti numerici predeterminati dagli organi di governo o di vertice della singola amministrazione, e requisiti legislativi stringenti, caratterizzeranno la legislazione del pubblico impiego relativa ai contratti a termine nel decennio considerato.

Secondo l’art. 25 l. 775/1970 il Governo è delegato “*ad emanare norme aventi valore di legge ordinaria per disciplinare le assunzioni temporanee, per esigenze di carattere eccezionale e non ricorrenti, di personale straordinario, con gli stessi criteri stabiliti dall’art. 3 della l. 1376/1965*”. La delega viene attuata mediante il d. P. R. 276/1971 (Assunzioni temporanee di personale presso le Amministrazioni dello Stato), questo rappresenta l’archetipo degli interventi che interesseranno le altre amministrazioni e rimarrà in vigore fino a quando il CCNL

del Comparto Ministeri del 2001 lo disapplicherà ai sensi dell'art. 72 del d. lgs. 29/1993.

2.1 Il modello dell'art. 3 l.1376/1965

Il richiamo fatto dal suddetto art. 25 della l. 775/1970 all'art. 3 della l. 1376/1965, per la definizione dei criteri, suggerisce l'adozione della disciplina adottata dagli enti pubblici economici come modello per tutte le Amministrazioni dello Stato. Detto articolo richiede la necessaria presenza di "esigenze di servizio di carattere eccezionale", che la legge stessa presume si verifichino in determinati frangenti dell'anno; secondo lo stesso, si dovrà rispettare il limite dei contingenti fissati dagli organi centrali di vertice dell'amministrazione e dovrà, inoltre, riguardare, solo personale da applicare a mansioni delle carriere esecutive ed ausiliarie. L'articolo prosegue concentrandosi sull'aspetto del rapporto tra utilizzo temporaneo del lavoro subordinato e procedure di reclutamento: nella nuova prospettiva della "precarietà a durata determinata", viene meno la necessità di procedure selettive di reclutamento, poiché il personale straordinario può essere considerato come una riserva alla quale l'amministrazione può attingere in caso di esigenze eccezionali. Detta riserva è rappresentata dagli "elenchi provinciali e zonali degli aspiranti", nei quali gli interessati sono iscritti secondo l'ordine di presentazione delle domande. Il comma 10 dell'art. 3, poi statuisce che tutto il personale assunto in forza di questa norma, non può essere tenuto in servizio per un periodo di tempo complessivo superiore a 90 giorni nell'anno solare, la conseguenza dello sfioramento di questo termine sarà la decadenza dal servizio alla scadenza dei 90 giorni e l'obbligo di aspettare almeno sei mesi per una nuova assunzione.

2.2 Il D.P.R 276/1971 ed altri interventi che si ispirano ad esso.

Come già specificato, il d. P. R. 276/1971 rappresenta l'attuazione della delega affidata al governo dall'art 25 l. 775/1970.

L'art. 1 del d. P. R. conferma il meccanismo già descritto dall'art. 3 della l. 1376/1965: la categoria del personale straordinario sostituisce, nell'ambito delle Amministrazioni dello Stato, quella del personale non di ruolo.

L'esigenza alla quale si deve far fronte per l'assunzione di personale a tempo determinato deve essere *eccezionale* e *indilazionabile* ovvero non affrontabile utilizzando personale già in ruolo o che possa essere assunto mediante concorso. Il ricorso a quest'ultimo, infatti, sarebbe in netto contrasto sia con il requisito dell'*eccezionalità*, a causa della natura indeterminata e stabile del rapporto che verrebbe a crearsi, sia con il *carattere indilazionabile* dell'esigenza, in considerazione della durata imprevedibile del concorso.

L'art. 4 statuisce la nullità di diritto delle assunzioni a tempo eseguite in violazione delle norme appena descritte, prevedendo la responsabilità del funzionario che ne è stato l'artefice. La formulazione della sanzione risulta molto vaga anche rispetto ai caratteri della responsabilità del funzionario (e non dirigente) ma soprattutto, sembra riferirsi esclusivamente alle sole assunzioni e non ad altre formalità procedurali, come per esempio il superamento del termine dei 90 giorni³⁸.

Il modello utilizzato nel D. P. R. 276/1971 verrà poi ripreso in diverse disposizioni della seconda metà degli anni '70.

In primis l'art. 6 della l. 70/1975 (Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro del personale dipendente), partirà dal suddetto modello, discostandosene, però, per alcuni aspetti come l'adeguata motivazione richiesta per considerare eccezionale un'esigenza, l'obbligo per le amministrazioni di attingere dalle liste di collocamento, l'applicazione della sanzione della nullità

³⁸ Vale a dire l'intervallo da rispettare tra un'assunzione e la successiva, fissato dall'art. 10, co.3 della l.1376/1970 e riproposto anche nel d.P.R 276/1971.

di diritto non solo alle assunzioni ma anche alle conferme in servizio ovvero all'utilizzo del personale temporaneo oltre il limite massimo di 90 giorni.

Dagli stessi presupposti partirà anche il d.l. 702/1978, convertito in legge dall'art. 1 della l. 3/1979, il quale disciplina il ricorso al personale straordinario da parte degli enti locali, nell'ambito di un riordino complessivo delle risorse umane, che comprende anche l'assorbimento in ruolo del personale non di ruolo.

Per finire è utile ricomprendere anche il D. P. R. 761/1979 in quelli che ricalcano il modello del D.P.R. 276/1971. Detto intervento, infatti, consente il ricorso al personale straordinario collegandolo alla presenza di "*particolari, inderogabili e temporanee esigenze assistenziali*", peraltro obbligando le amministrazioni ad attingere all'ultima graduatoria di idonei formatasi nell'espletamento di concorsi per assunzioni in ruolo, anche dopo un anno dalla sua approvazione, per il conferimento, secondo l'ordine della stessa, di incarichi per la copertura di posti vacanti o disponibili per assenza o impedimento del titolare, qualora non sia stato possibile ricoprire i posti stessi, entro tre mesi dalla vacanza o dalla disponibilità, mediante trasferimento interno o comando".

Dall'analisi di queste disposizioni si inizia a notare il problema dell'assenza di riferimenti alla situazione giuridica del lavoratore assunto in violazione delle norme limitative suddette. Detta mancanza, risulta ancora più evidente, se si sposta lo sguardo verso l'ambito del lavoro privato: la l. 230/1962, infatti, era intervenuta sull'art. 2097 c.c., per dettare una disciplina estremamente garantista a favore del lavoratore a termine privato assunto in violazione delle disposizioni in essa contenute. Prima di detta legge, anche per il settore privato, era esclusa la conseguenza della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato "viziato" in tempo indeterminato, e vigeva la regola del risarcimento del danno, di difficile prova da parte del lavoratore e di difficile quantificazione da parte del giudice. Dopo l'emanazione della legge 230/1962, che per la prima volta disciplinò la sanzione della trasformazione in tempo indeterminato, sorse un importante contenzioso sull'applicabilità della stessa anche al settore pubblico, ma ne risultò una risposta negativa da parte di giurisprudenza e dottrina.

3. La legislazione degli anni '80.

La legislazione del nuovo decennio si inserisce in un contesto in cui si è finalmente chiarito il significato del carattere dell'eccezionalità, richiesto per le assunzioni a termine. Basando il ragionamento sulla differenza tra fabbisogno ordinario e fabbisogno straordinario, l'eccezionalità può essere prevedibile e reiterata fintantochè, una volta stabilizzatasi ovvero diventata ordinaria, non si decida (e sia consentito) di assumere personale di ruolo per farvi fronte.³⁹ Questa interpretazione, sembra confermata anche dalla necessità del carattere indilazionabile dell'esigenza stessa, la cui soluzione non può essere rimandata nel tempo, in attesa cioè, che venga presa la decisione di assumere personale di ruolo.

In questo quadro si apre la strada per un maggiore incisività⁴⁰ della negoziazione collettiva anche con riguardo alle assunzioni a tempo determinato: infatti con la l. 93/1983 (legge-quadro sul pubblico impiego) viene prevista la stipula di accordi per ciascuno dei comparti individuati, la cui efficacia è condizionata al recepimento in D. P. R., previa delibera del Consiglio dei Ministri. Avendo riguardo alla prima tornata contrattuale, avutasi tra il 1983 e il 1985, la materia del tempo determinato, non sembra destare particolare interesse. L'unico comparto che si occupa di questa tematica è quello del personale degli enti locali. Il D.P.R. 34/1984 (norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 29.4.1983 per il personale dipendente degli enti locali) dedica l'art. 9 alle "assunzioni a tempo determinato", utilizzando, per la prima volta, una terminologia omologata a quella del settore privato; prevede norme specifiche in

³⁹ DEL PUNTA R., ROMEI R., *"I rapporti di lavoro a termine"*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

⁴⁰ L'art. 9 l. 382/1975 aveva permesso alla negoziazione collettiva di inserirsi, ma solo come strumento indiretto, nella produzione della disciplina del trattamento economico del personale delle pubbliche amministrazioni.

materia di lavori stagionali considerandoli quale un *genus* a sè stante e non una *species* del lavoro a termine.

Il centro nevralgico della legislazione degli anni '80, risulta essere, il D. P. R. 13/1986, un accordo intercompartimentale in cui all'art.3, viene affidato alle amministrazioni, sentite le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative su base nazionale, il compito di definire *“nel quadro di apposito programma predisposto dal Governo, progetti speciali occupazionali, finalizzati alla realizzazione di nuovi servizi o al miglioramento di quelli esistenti, rispondenti alla necessità di soddisfare bisogni a carattere produttivo e sociale”*. Questi progetti avranno *“durata non superiore ad un anno, dandosi preferenza, a titolo esemplificativo, ai settori della lotta all'evasione fiscale e contributiva, del catasto, della tutela dei beni culturali e ambientali, dell'ecologia e della protezione civile, della difesa del suolo, del patrimonio idrico, boschivo e florofaunistico, della difesa del litorale e della sua utilizzazione sociale, dei servizi di assistenza agli anziani e ai portatori di handicap ed ai progetti di formazione-lavoro”*. Il personale addetto ai progetti andrà individuato *“in parte tra quello già in servizio e in parte espressamente reclutato con contratto a tempo determinato limitato alla durata del progetto con le modalità che saranno previste dalla emananda legge sul rapporto di lavoro a tempo parziale nel pubblico impiego”*. E proprio in attesa dell'emanazione della legge appena citata, l'articolo 3 del D.P.R. 13/1986, verrà utilizzato quel modello per gli accordi della seconda tornata contrattuale, svoltasi tra il 1985 e il 1987.

3.1 Il doppio binario di accesso al lavoro temporaneo

Il legislatore interverrà in questo ambito solo con la l. 554/1988 (*Disposizioni in materia di Pubblico Impiego*), creando un sistema di accesso al lavoro temporaneo totalmente slegato e con finalità totalmente diverse da quello previsto dalla legislazione a *“carattere difensivo”* degli anni '70.

L'art. 7 comma 6 della sopracitata legge, permette alle Amministrazioni di costituire, rapporti di lavoro a tempo determinato, pieno o parziale, per profili professionali ascritti a qualifiche funzionali non superiori alla settimana e di durata non superiore ad un anno, prorogabile per eccezionali esigenze a due, per la realizzazione di specifici "progetti-obiettivo", nell'ambito delle previsioni di cui agli accordi sindacali contemplati dalla l. 93/83, negli specifici settori indicati nell'art.3 del D.P.R. 13/1986, nonché per ulteriori esigenze riguardanti altri settori da individuare, però, con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Quella appena descritta è una disciplina autonoma e proattiva parallela a quella già esistente, che infatti non viene abrogata. Si è di fronte, quindi, a un doppio binario per l'accesso al lavoro a termine: uno con il solo obiettivo di far fronte a delle stringenti ma anche cicliche esigenze delle amministrazioni; l'altro, di tipo progettuale, destinato, in alcune ipotesi attraverso la formazione-lavoro, a permettere l'inserimento in pianta stabile del lavoratore.

4. La prima fase della Privatizzazione del Pubblico Impiego.

Gli anni '90 rappresenteranno un periodo di grandi riforme per i lavoratori pubblici: con la l. 421/1992, inizierà quello che sarà un lungo e travagliato processo che porterà la regolamentazione del rapporto di lavoro del personale alle dipendenze della pubblica amministrazione italiana (statali o di altri enti territoriali), da una disciplina di diritto pubblico ad una di natura privatistica. Un momento di grande svolta per il sistema italiano che prenderà, appunto, il nome di "privatizzazione"⁴¹ del Pubblico Impiego.

Il primo intervento esplicito in questo senso è l'art. 2 della legge 421/1992, il quale delega il legislatore a "*prevedere, con uno o più decreti, salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione*

⁴¹ Anche detta "contrattualizzazione".

delle Pubbliche Amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle Amministrazioni dello Stato e degli enti di cui agli artt. 1, comma 1, e 26, comma 1, l. 93/1983, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi”. Il dettato di questa norma sembra finalmente sciogliere i dubbi sorti riguardo alla disciplina da applicare nell’ambito del lavoro pubblico, anche e soprattutto in riferimento al tempo determinato: vi è finalmente una riconduzione ufficiale agli istituti e le regole del settore privato, quindi al diritto civile ovvero diritto del lavoro. Continua, però ad essere preservato l’interesse generale al quale mirano gli obiettivi della Pubblica Amministrazione, in quanto vengono comunque tracciati dei limiti collegati al perseguimento dello stesso.

4.1 Il d. Lgs. 29/1993

In attuazione della legge delega viene emanato il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell’organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell’art. 2 l. 421/1992⁴²) il quale, all’art. 2 ribadisce che i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono disciplinati dalle disposizioni delle sezioni II e III, capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, ma allo stesso tempo richiede la salvaguardia, oltre che del già considerato interesse pubblico, della necessaria compatibilità delle norme lavoristiche con la “specialità del rapporto” i cui limiti sono, però, già stati tracciati dallo stesso legislatore nel medesimo decreto.⁴³ Sembrerebbe, quindi, che in assenza di disposizioni esplicite in senso contrario, le norme del diritto del lavoro dovrebbero trovare immediata applicazione, ma ad una così semplice conclusione,

⁴² Il riferimento alla legge è operato, laddove non specificato diversamente, al testo originario, al netto delle sue modifiche.

⁴³ “(...) *in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto*”

si oppone l'art. 72 dello stesso d. lgs. 29/1993, in materia di periodo transitorio. L'appena citato articolo così recita: *“gli accordi sindacali recepiti in decreti del Presidente della Repubblica come previsto dalla legge 93/1983, e le norme generali e speciali disciplinanti il rapporto di impiego pubblico integrano la disciplina del rapporto di lavoro di cui all'art.2, comma 2, nella parte non abrogata ed esplicitamente o implicitamente dal presente decreto. (...) Le disposizioni delle predette norme e dei predetti accordi sindacali recepiti in Decreti del Presidente della Repubblica sono derogabili da quelle dei contratti collettivi stipulati come previsto dal titolo III; esse cessano in ogni caso di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, dal secondo contratto collettivo previsto dal presente decreto”*. La disposizione in oggetto risulta molto complessa in quanto presuppone un'attivazione trifasica.⁴⁴

La prima fase riguarda il periodo precedente alla prima tornata contrattuale e prevede l'integrazione della disciplina del rapporto di lavoro da parte delle norme generali e speciali che disciplinano il rapporto di lavoro pubblico, nonché degli accordi sindacali recepiti in D. P. R., nella parte non abrogata dal d. lgs. 29/1993. Nell'ambito del ricorso al lavoro a tempo determinato, il decreto non sembra contenere alcuna disposizione che lo disciplini né che abroghi implicitamente o esplicitamente il corpus di norme risultante dai contratti collettivi e dalle norme generali in materia di pubblico impiego, per cui l'integrazione può avvenire senza particolari problemi. Infatti l'art. 36 del d. lgs. 29/1993 ai sensi del quale *“restano ferme le disposizioni per la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato di cui al d.p.c.m. 127/1989”*, non deve trarre in inganno: detta disposizione si riferisce esclusivamente alle assunzioni, cioè alla fase di costituzione del rapporto, considerata come la sola scelta del contraente e non riferita alla disciplina del rapporto. Tutto il corpus di norme del pubblico impiego, integrerà, quindi, la disciplina privatistica dell'utilizzo del lavoro temporaneo, nel senso di impedire

⁴⁴ DEL PUNTA R., ROMEI R., *“I rapporti di lavoro a termine”*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

l'applicazione di quest'ultima quando la prima risulti esaustiva. Per esempio, in caso di nullità di diritto che colpisce l'assunzione a termine illegittima, non sarà possibile invocare la nullità parziale prevista dall'art. 1419 c.c.

Tuttavia, si ha un cambiamento di tendenza quando l'art. 17 del d. lgs. 546/1993 va a modificare il sopracitato art. 36 aggiungendovi il comma 4 in forza del quale “è fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi” seppur con varie esclusioni⁴⁵. La stessa disposizione asserisce, inoltre, la nullità di diritto delle assunzioni effettuate in violazione del suddetto divieto e prevede la responsabilità personale, patrimoniale e disciplinare a carico di chi le ha disposte.

Lo stesso divieto viene riproposto dall'art. 3, comma 23, della l. 537/1993 (Interventi corretti in materia di finanza pubblica), il quale si rivela decisivo in quanto, all'esito di un lungo processo interpretativo⁴⁶, può essere ricondotto alle “norme generali e speciali disciplinanti il rapporto di impiego pubblico” ed essere, quindi, oggetto di eventuale deroga dalla contrattazione collettiva, a differenza dell'art. 36 d. lgs. 29/1993, di indubbia inderogabilità.

Si può, adesso, passare alla seconda fase, corrispondente alla conclusione della prima tornata contrattuale. In questo frangente la contrattazione collettiva è autorizzata a derogare agli accordi sindacali recepiti in D.P.R. e alle norme generali e speciali disciplinanti il rapporto di impiego pubblico. Facendo riferimento al complesso di contratti stipulati, si può evincere la tendenza omogenea ad interpretare la deroga come una disapplicazione delle disposizioni appena citate e la sostituzione delle stesse con quelle scelte in sede collettiva. Per

⁴⁵ Le esclusioni previste sono: il personale della scuola, delle istituzioni universitarie e degli enti di ricerca e di sperimentazione, il personale militare e quello dell'amministrazione giudiziaria, delle Forze di Polizia e delle agenzie per l'impiego di cui all'art. 24 l. 56/1987, nonché il personale civile necessario per la formazione del personale militare, per gli accertamenti sanitari della leva e per le strutture sanitarie militari.

⁴⁶ In questo senso: ZOPPOLI A., “Il rapporto a termine nella riforma del pubblico impiego: verso la flessibilità “fisiologica” del lavoro”, in RUASCIANO M., Zoppoli L., a cura di “Lo “spazio negoziale” nella disciplina del lavoro pubblico”, Il Mulino, Bologna, 1995; DELL'OLIO M., “Istituti di flessibilità: tempo parziale, tempo determinato, mansioni” in DE MARTIN G. C., a cura di “Il nuovo assetto del lavoro pubblico”, Franco Angeli Editore, Milano, 1999.

quanto riguarda l'ambito del tempo determinato, la situazione risultante dai contratti dei diversi comparti risulta piuttosto differenziata. Il contratto del comparto Ministeri (CCNL 16 maggio 1995) non tratta il tema del contratto a termine, per cui conferma la disciplina precedente; lo stesso avviene per il contratto del comparto Scuola (CCNL 4 Agosto 1995) che fornisce una descrizione dettagliata della disciplina di settore (d. lgs. 297/1994). Il meccanismo della disapplicazione con successiva sostituzione ad opera delle norme di origine collettiva si ha invece nei contratti relativi al comparto Enti pubblici non economici (CCNL 6 Luglio 1995), al comparto Regioni-autonomie locali (CCNL 6 luglio 1995), e al comparto Sanità (CCNL 1 Settembre 1995). In tutti e tre i contratti è prevista la disapplicazione dell'art.3, comma 23 l. 537/1993, facendo, così venire meno il vincolo dei tre mesi. Si opera una riscrittura della disciplina previgente, tramite la modifica di diverse parti della stessa.

In primis, ognuna delle disposizioni esordisce statuendo che *“l'amministrazione può assumere personale a tempo determinato, in applicazione e ad integrazione di quanto previsto dalla l. 230/1962 e successive modificazioni”*: la l. 230/1962 (Disciplina del contratto a tempo determinato) diventa così il testo di riferimento, qualora manchino disposizioni speciali contenute nel d. lgs. 29/1993 o nella contrattazione collettiva. Tuttavia l'aggancio alla legge avviene sempre in un'ottica collegata alla precedente giurisprudenza e legislazione del pubblico impiego: la contrattazione collettiva, infatti, aggiunge causali riconducibili alla ratio della l. 230/1962 come i lavori stagionali e i motivi sostitutivi, ma comunque ribadisce che in nessun caso il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.⁴⁷L'unica licenza concessa tra le causali è rappresentata dalle *“attività connesse allo svolgimento dei progetti finalizzati secondo la disciplina di cui al d.p.c.m. 127/1989 e all'art. 3,*

⁴⁷ In questo senso: Art. 16, comma 9, del CCNL Regioni-autonomie locali del 6 luglio 1995. L'art. 16, comma 8, dispone anche che *“nelle ipotesi previste dall'art. 2, comma 2, l. 230/1962, la proroga o il rinnovo del contratto a termine sono nulli e il rapporto di lavoro si estingue alla scadenza”*.

comma 4, d.P.R. 268/1987, quando alle stesse non sia possibile far fronte con il personale in servizio”.

Nei tre contratti in esame viene richiamato l’art.36 d. lgs. 29/1993 per quanto riguarda le procedure di selezione del personale da reclutare, equiparando, in tal modo, le assunzioni a tempo determinato a quelle a tempo indeterminato. Si dispone poi, per il trattamento economico e normativo del personale assunto a tempo determinato, l’applicazione di quanto *“previsto dal presente contratto per il personale assunto a tempo indeterminato, compatibilmente con la natura del contratto a termine”*, con diverse precisazioni in materia di ferie, permessi non retribuiti e assenze per malattia.

Si arriva così, alla terza fase di attuazione dell’art. 72, comma1, d. lgs. 29/1993, cioè quella nella quale le disposizioni vigenti *“cessano in ogni caso di produrre effetti dal momento della sottoscrizione, per ciascun ambito di riferimento, del secondo contratto collettivo previsto dal medesimo decreto”*, corrispondente, come si può facilmente desumere dalla lettera della norma, alla conclusione della seconda tornata contrattuale. Essa si inserisce nell’ambito della seconda fase della riforma e in particolare nel contesto delineato dalle disposizioni di delega dell’art. 9, comma 4, l. 59/1997 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa) come attuate dal d. lgs. 80/1998 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa emanate in attuazione dell’art.11, comma 4, l.59/1997) e successive modificazioni e integrazioni. Degli appena citati interventi, si rivelano inerenti e di particolare importanza per la nostra trattazione: l’art 9, comma 4, lett.a l. 59/1997 che annovera tra i criteri della di delega il *“completare l’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”*; l’art. 2, comma 2, d. lgs. 29/1993, così come sostituito dall’art.2 d.lgs. 80/199, il quale statuisce che *“i*

rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”.

5. La seconda fase della Privatizzazione del Pubblico Impiego.

La norma che apre la strada alla seconda fase della riforma iniziata nel 1992, è il già citato articolo 9, comma 4 lett.a l. 59/1997. Il criterio in essa racchiuso potrebbe trarre in inganno, in quanto sembrerebbe chiedere al legislatore, per il lavoro pubblico, un'estensione *sic et simpliciter* delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa. In realtà così non è: bisogna in ogni caso preservare le prerogative collegate alla presenza della pubblica amministrazione nel rapporto di lavoro. Infatti è lo stesso art. 4 che richiede il necessario collegamento “*ai principi contenuti negli art. 97 e 98 della Costituzione e ai criteri direttivi di cui all'art. 2 l. 421/1992*” e, in particolare, per quanto riguarda questi ultimi, al riferimento ai “*limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate*”. E' questa la motivazione per cui nel nuovo testo dell'art.2, comma 2 d. lgs. 29/1993 viene inserito il periodo “*fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*”: inciso che permette al legislatore di operare differenziazioni anche molto profonde tra la disciplina del lavoro pubblico e quello alle dipendenze dell'impresa.

5.1 la terza versione dell'art. 36 D.lgs. 29/1993.

In questa seconda fase si assiste all'attribuzione di un ruolo preminente alla contrattazione collettiva, infatti il nuovo art. 36 d. lgs. 29/1993, come modificato dall'art.22 d. lgs. 80/1998, affida ad essa la definizione disciplina in materia di

contratti a tempo determinato, di contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e dalla fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo. Lo stesso art. 36, afferma poi, al comma 7, che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle procedure di reclutamento descritte dai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. In più, grazie al sopracitato art.2, comma 2 del d. lgs. 29/1993, il legislatore può inserire nel medesimo art. 36, il divieto di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in tempo indeterminato. Il comma 8, infatti lo ripropone, perfezionandolo nei seguenti termini *“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. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave”*.

La lettura di questa nuova versione dell'art. 36 permette di mettere in risalto diversi elementi di innovazione che suggeriscono la volontà del legislatore di modificare profondamente le modalità di ricorso al lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni⁴⁸.

In primis, viene per la prima volta utilizzata l'espressione *“forme contrattuali flessibili”*, termine che testimonia la stretta correlazione tra organizzazione flessibile degli uffici e organizzazione flessibile del lavoro⁴⁹. L'organizzazione

⁴⁸ La disciplina dettata dall'art. 36 commi 7 e 8 d. lgs. 29/1993 non si applica agli uffici di diretta collaborazione del ministro di cui all'art. 14 comma 2 d. lgs. 29/1993 (oggi d. lgs. 165/2001), per i quali i rapporti di lavoro a tempo determinato sono disciplinati da norme di diritto privato e cessano automaticamente di produrre effetti automaticamente se non confermati entro trenta giorni dal giuramento del nuovo ministro.

⁴⁹ Sul punto: D'ORTA C., *“Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni”*, LPA, 2000; PINTO V., *“La flessibilità del lavoro alle dipendenze della Pubblica*

degli uffici deve, infatti, modellarsi su quella che è la missione dell'amministrazione, la quale a sua volta deve dare ascolto alle mutevoli esigenze della collettività. Risulta molto più chiaro, così, l'intento generale del d. lgs. 80/1998, che ha voluto estendere alle amministrazioni pubbliche gli istituti della flessibilità sia in entrata che in uscita, propri del lavoro dell'impresa, permettendole di avere maggiore reattività per le esigenze eccezionali attraverso i primi, e consentendole di ripristinare il proprio organico di ruolo per esigenze che, nate come eccezionali, si sono andate stabilizzando e richiedano un impegno costante, tramite i secondi.⁵⁰

Il secondo elemento di innovazione è rappresentato dall'assenza del contratto a tempo parziale nella lista delle tipologie contrattuali flessibili. Tale assenza è giustificata dalla preesistenza di una disciplina speciale (art. 1, commi 58,59 l. 662/1996) dettata per il part-time che, in particolare, concedeva il diritto alla trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale con la sola richiesta da parte del lavoratore pubblico. Questa caratteristica determina l'esclusione della suddetta forma contrattuale perché risulta estranea alla razionalità organizzativa sottostante all'utilizzo delle forme flessibili.

La norma presenta, però, anche un ampliamento del novero delle tipologie contrattuali utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni: mentre il tempo determinato e la formazione-lavoro erano già stati introdotti rispettivamente dalla contrattazione collettiva nella prima tornata (1994-1997) e dalla legislazione precedente (art. 26bis l. 28/1977), l'innovazione è rappresentata dalla fornitura di lavoro temporaneo, fino a quel momento estraneo al lavoro pubblico.

L'ultimo appunto rispetto alle novità introdotte dall'ulteriormente modificato art. 36, è rappresentato dall'attribuzione alla contrattazione collettiva del compito di disciplinare, per tutte le forme di contratti flessibili previste dalla norma, in

Amministrazione", in GAROFALO M. G., LEONE G., a cura di "La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali", Cacucci Editore, Bari, 2009

⁵⁰ L'intento risultante da questa lettura del d. lgs. 80/1998 si pone in netto contrasto con la logica delle stabilizzazioni, che ha l'obiettivo di far fronte alle esigenze divenute ordinarie utilizzando il personale precario stabilizzato.

applicazione di quanto previsto dalle disposizioni per il lavoro alle dipendenze dell'impresa. Il rinvio legale operato dal comma 7, letto in coordinato con il comma 8, risulta molto ampio, avendo come limite la sola introduzione della sanzione della conversione: si tratta di un rinvio integrativo⁵¹ oltre che attuativo, delle disposizioni del settore privato.

5.2 La disciplina contrattuale collettiva in materia di ricorso temporaneo al lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni dopo la seconda tornata contrattuale.

Per descrivere la disciplina risultante dalla seconda tornata contrattuale, bisogna, in primis, fare una distinzione delle diverse tipologie contrattuali flessibili utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni: il contratto a termine, già preso in considerazione dalla prima tornata; i contratti formativi, oggetto di rinvio alla disciplina privatistica da parte della l. 285/1977; la fornitura di lavoro temporaneo, del tutto nuova per il settore pubblico.

La disciplina del contratto a termine è caratterizzata da omogeneità nei vari comparti e le novità sono piuttosto limitate. Nell'ambito delle causali, oltre alla confermata centralità di quelle sostitutive, trovano conferma anche tre delle precedenti. In particolare: particolari esigenze straordinarie, anche derivanti dall'assunzione di nuovi servizi o dall'introduzione di nuove tecnologie, non fronteggiabili con il personale in servizio, in un limite temporale massimo che varia da comparto a comparto; attività connesse allo svolgimento di specifici progetti o programmi predisposti dalle amministrazioni, quando alle stesse non sia possibile far fronte con il personale in servizio, in un limite temporale massimo che varia da comparto a comparto; la temporanea copertura di posti vacanti nelle

⁵¹ FIORILLO L., *“Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili”*, in CARINCI F., D'ANTONA M., diretto da *“Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Commentario, Vol. II”*, Giuffrè, Milano, 2000.

diverse categorie, in un limite temporale massimo che varia da comparto a comparto e purché siano avviate le procedure per la copertura dei posti stessi.⁵²

Risulta invece di nuova creazione il riferimento operato dall'art. 7, comma 1 lett. c del CCNL Regioni-autonomie locali del 14 Settembre 2000, alle “esigenze organizzative dell'ente nei casi di trasformazione temporanea di rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, per un periodo di sei mesi”.

Viene ovviamente ribadita la nullità del contratto quando l'apposizione del termine non risulti da atto scritto o esso sia stato stipulato al di fuori delle ipotesi previste; si ribadisce che la nullità andrà a colpire anche la proroga e il rinnovo, quando si tratti di assunzione successive al termine, con il fine di eludere disposizioni di legge o di contratto collettivo. In tutti questi casi si applicherà la disciplina dettata dall'art. 2126⁵³ mentre viene ribadito che “in nessun caso il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato”. Le parole “in nessun caso” fanno pensare che la disposizione possa riferirsi anche a ipotesi ulteriori rispetto a quelle di “violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori”, alle quali si limita l'art.36, comma 7 d. lgs. 29/1993.

Passando ai contratti formativi, la disciplina risultante dalla contrattazione della seconda tornata, ricalca, con i necessari adattamenti, quella legale prevista dall'art. 36, comma 7, d. lgs. 165/2001. Tuttavia bisogna sottolineare la caratteristica che distingue tale tipologia di contratti dalle altre forme di rapporto di lavoro subordinato temporaneo: il proporre al lavoratore e presupporre al datore di lavoro, una prospettiva di inserimento in pianta stabile nell'organizzazione in cui sono inseriti. Questa particolarità è enfatizzata da una disposizione che ritroviamo in diversi contratti collettivi⁵⁴, in forza della quale “*non è consentita la*

⁵²In particolare: CCNL Ministeri del 16 Maggio 2001, art. 19; CCNL Regioni-autonomie locali del 14 Settembre 2000, art. 7; CCNL Sanità del 20 Settembre 2001, art. 31.

⁵³ZOLI C., “*Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*”, ADL , 2001.

⁵⁴In particolare: art.21, comma 17, CCNL Ministeri del 16 maggio 2001; art. 3, comma 19, CCNL Regioni-autonomie locali del 14 Settembre 2000; art. 33, comma 17, CCNL Sanità del 20 Settembre 2001; art. 26, comma 16, CCNL Enti pubblici non economici del 14 Febbraio 2001.

stipula di contratti di formazione e lavoro da parte delle amministrazioni che non confermano almeno il 60% dei lavoratori il cui contratto sia scaduto nei 24 mesi precedenti, fatti salvi i casi di comprovata impossibilità correlati ad eventi eccezionali e non prevedibili". In più, negli stessi accordi di comparto⁵⁵, ad eccezione di quello Ministeri, prevedono il ricorso ai contratti formativi esclusivamente "nell'ambito della programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'art. 39, comma 2 l. 449/1997". Questa rappresenta un'ulteriore particolarità del suddetto tipo contrattuale, non richiesta per il tempo determinato e il lavoro temporaneo. L'unica eccezione in questo senso è rappresentata dal comparto Ministeri, nel cui contratto si afferma che l'amministrazione fa ricorso al contratto a termine per soddisfare particolari esigenze straordinarie e per attività connesse allo svolgimento di specifici progetti o programmi quando nell'ambito della programmazione del fabbisogno non si sia deciso di fare ricorso alle altre forme di flessibilità. Trova spazio, così, per la prima volta nella contrattazione collettiva, la prerogativa di collegare l'utilizzo delle forme flessibili a una logica di programmazione, dalla quale risulterebbero escluse solo le esigenze realmente imprevedibili.

Per finire, risulta molto più articolata la disciplina relativa alla fornitura di lavoro temporaneo che, come già specificato, prima della seconda tornata contrattuale era del tutto estranea al settore del lavoro pubblico. Essa rappresenta l'unica tipologia di forma flessibile, per la quale si è fatto ricorso a un contratto collettivi nazionale quadro o intercompartimentale, denominato appunto "*Contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo del 9 Agosto 2000, di seguito CCNQ*", divenuto il modello di riferimento per i contratti dei singoli comparti, i quali andranno a svolgere una funzione integrativa nelle parti per le quali sono destinatari di un rinvio.

⁵⁵ Vedi nota 35.

Deve, inoltre, ricordarsi che la l. 196/1997 riveste un ruolo centrale in quanto essa è richiamata in ogni contratto di comparto, non solo nella norma di apertura (“le amministrazioni possono stipulare contratti di lavoro temporaneo, secondo la disciplina della l. 196/1997”), ma anche in quella di chiusura che così statuisce “per quanto non previsto dal presente articolo si rinvia alle disposizioni della l. 196/1997”. Il risultato è che, fatta eccezione per le causali e i limiti numerici, oggetto di rinvio alla contrattazione collettiva, la disciplina sulla fornitura di lavoro temporaneo è sostanzialmente quella prevista dalla l. 196/1997.

Il CCNQ, a differenza della legge che disciplina solo le ipotesi specifiche alla presenza delle quali è consentito stipulare il contratto in esame, prevede anche dei criteri generali ai quali le amministrazioni, a monte, devono attenersi per l'utilizzazione di tale tipologia contrattuale. Ciò può avvenire “*per soddisfare esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica, o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità di reclutamento ordinario*”. In ogni caso “*il ricorso al lavoro temporaneo deve essere improntato all'esigenza di contemperare l'efficienza operativa e l'economicità di gestione*” e “*in nessun caso potrà essere utilizzato per sopperire stabilmente e continuativamente a carenze organiche*”. Queste affermazioni sono collegate all'obbligo delle amministrazioni, estraneo invece all'ambito dell'impresa, di operare un calcolo costi/benefici del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo ed a evitare che la sua reiterazione finisca per coprire fabbisogni ordinari ai quali non si riesce a far fronte con il personale organico o quello che si potrebbe assumere. Da queste affermazioni si potrebbe desumere una residualità nell'utilizzo di questa forma contrattuale, rispetto alle altre tipologie di contratti flessibili. L'art. 2, comma 1, del CCNL attribuisce, poi, alla contrattazione di comparto, la definizione delle ulteriori ipotesi di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo. Restando, comunque, ferme quelle già previste dall'art. 1, comma 4, l. 196/1997 e quelle legali dell'art. 1, comma 2, lett. b e c della medesima legge, vale a dire i casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali e i casi di sostituzione dei

lavoratori assenti, fermi restando i divieti di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo di cui al comma 4.

Dai contratti di comparto risulta una disciplina pressappoco omogenea, a parte qualche specificità di settore. In sintesi, oltre alla riproposizione dei due casi sopracitati di origine legale, le ipotesi più ricorrenti sono le seguenti: le punte di attività e, per un periodo massimo di sessanta giorni, le attività connesse ad esigenze straordinarie derivanti anche da innovazioni legislative o da afflussi straordinari di utenza; gli eventi eccezionali e motivati non considerati in sede di programmazione dei fabbisogni, per la temporanea copertura di posti vacanti, per un periodo massimo di 60 giorni e a condizione che siano state avviate le procedure per la loro copertura, il limite temporale è elevato a centottanta giorni per la temporanea copertura di posti relativi a profili professionali non facilmente reperibili o comunque necessari a garantire standard definiti di prestazione, in particolare nell'ambito dei servizi assistenziali; specifiche esigenze di supporto tecnico nel campo della prevenzione e sicurezza degli ambienti di lavoro, purché l'autonomia professionale e le relative competenze siano acquisite dal personale in servizio entro e non oltre quattro mesi.

Per quanto riguarda i limiti quantitativi, l'art.3 del CCNQ fissa nel 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori in servizio presso l'amministrazione e arrotondando, in caso di frazioni, all'unità superiore, il limite massimo dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo stipulabili. La contrattazione di comparto, poi, fissa quelle che sono le esclusioni soggettive per le qualifiche di esiguo contenuto professionale. Significativi sono, inoltre gli obblighi di informazione e consultazione, di regola preventivi, per i rappresentanti dei lavoratori nella determinazione al ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo, che hanno la funzione di rendere partecipe la delegazione sindacale delle scelte dell'amministrazione ha intenzione di fare. In particolare, è l'art.5 del CCNQ, che si occupa di questo ambito, così statuisce: *“Le amministrazioni provvedono alla tempestiva e preventiva informazione e consultazione della delegazione sindacale abilitata alla contrattazione decentrata integrativa sul numero, sui motivi, sul*

contenuto, anche economico, sulla durata prevista dei contratti di lavoro temporaneo e sui relativi costi. Nei casi di motivate ragioni d'urgenza, le amministrazioni forniscono l'informazione in via successiva, comunque non oltre i cinque giorni successivi alla stipulazione dei contratti di fornitura, ai sensi dell'art.7, comma 4, punto a della l. 196/1997. (...) Alla fine di ciascun anno le amministrazioni forniscono alla delegazione sindacale di cui al comma 1, tutte le informazioni necessarie alla verifica del rispetto della percentuale fissata dall'art.3".

6. L'art. 36 del D. lgs. 165/2001 e la legislazione dei primi anni 2000.

Il coronamento della seconda fase della riforma volta alla privatizzazione del Pubblico impiego, si ha con l'emanazione del d. lgs. 165/2001, denominato "*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*", anche definito, in contrasto con il suo carattere prettamente compilativo⁵⁶, Testo Unico sul Pubblico Impiego. Esso abroga il d. lgs. 29/1993, il cui art. 36, come modificato dall'art. 22 d. lgs. 80/1998, viene trasfuso, senza rilevanti modifiche, all'interno dell'art. 35, in ambito di reclutamento del personale, nel quale vengono riportati i commi da 1 a 6, e all'interno dell'art. 36, rubricato "*utilizzo dei contratti di lavoro flessibile*", in cui confluiscono i commi 7 e 8.

Nei primi anni del nuovo millennio, la disciplina dell'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato è stato oggetto di modifiche profonde, a testimonianza dell'importanza sociale e politica del tema. Il sistema dell'originario art. 36 del d. lgs. 165/2001 prevedeva un rinvio alle norme del codice civile e dei rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, pur mantenendo sempre i due correttivi rappresentati dal limite del divieto di conversione e dalla centralità del ruolo della

⁵⁶ CARINCI F., "*Spes ultima dea*", LPA, Suppl., 2001.

contrattazione collettiva: ciò ha permesso un'applicazione delle novità legislative rispettosa di quelli che erano stati i limiti previsti dalla riforma degli anni novanta.

Questo è accaduto almeno fino al 2006, anno in cui il legislatore ha deciso di intervenire sull'art. 36, attribuendogli caratteri di autonomia spesso maggiori senza mai provvedere ai necessari accorgimenti nel collegamento con la disciplina corrispondente dettata per il settore privato, a sua volta in continua trasformazione. Dal 2006 in poi le differenze per il regime del pubblico impiego, prima saldamente fondate solo dal divieto di conversione, si sono man mano moltiplicate creando un sistema abbastanza aggrovigliato e di difficile comprensione.

6.1 Il rapporto tra d.lgs. 165/2001 e il d.lgs. 368/2001.

Poco dopo l'intervento in materia di pubblico impiego, viene emanato il d.lgs 368/2001 in attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES⁵⁷, il quale va a modificare in maniera nettamente incisiva il quadro normativo del contratto a termine, abrogando la l. 230/1962 e l'art. 23 l. 56/1987. Questo intervento risulta piuttosto incisivo anche per l'ambito delle pubbliche amministrazioni in quanto, di fatto viene eliminato tutto il corpus normativo di riferimento al quale esse si rifacevano per la definizione delle norme relative al contratto a tempo determinato. In più, risulta piuttosto "menefreghista" l'atteggiamento del legislatore, che non prende in considerazione la vacanza provocata e fa sì che sorga un critico dibattito sul rapporto che intercorre tra il d.lgs. 368/2001 e il lavoro pubblico.

Chiarita e smentita⁵⁸ subito l'interpretazione giurisprudenziale piuttosto estrema secondo la quale il d.lgs. 368/2001 avrebbe soppiantato l'art. 36 d.lgs. 165/2001, l'analisi deve porre il suo accento sulle conseguenze della sostituzione della l. 230/1962 e dell'art. 23 l. 56/1987 con il d.lgs. 368/2001, esaminando cioè

⁵⁷ Rispettivamente: Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe; European Centre of Employers and Enterprises providing Public Services; Confederazione Europea dei Sindacati.

⁵⁸Definitivamente: Cass. 13 Gennaio 2012, n.392.

anche cosa cambia per il settore privato e come può essere applicato al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Le modifiche più significative per il lavoro nell'impresa sono rappresentate dalla caducazione dell'incipit secondo il quale “*il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato*”, con le conseguenze che ne derivano in ambito di conversione, e dall'aver escluso la contrattazione collettiva dalla determinazione di causali alternative a quelle legali. In particolare, queste ultime diventano piuttosto facili da rilevare ed appetibili per il datore di lavoro e sono così descritte: ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Entrambe le modifiche non sembrano incidere più di tanto sul fronte della disciplina per le pubbliche amministrazioni. Infatti, mentre la prima sembra andare proprio nella direzione dell'art. 36 d.lgs. 165/2001 e della contrattazione di comparto, che limitano al massimo le ipotesi di conversione anche se non la escludono del tutto, la seconda modifica, risulta *prima facie* più significativa, per poi essere ridimensionata dalla lettura dell'art. 36, comma 1, d. lgs. 165/2001 che funge da norma autonoma di rinvio alla contrattazione collettiva. Essa così recita: “*i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*”. La norma rimane, anche dopo l'abrogazione dell'art. 23 l. 56/1987, pienamente in vigore e può andare ad integrare le disposizioni del d.lgs. 368/2001, anche per quanto riguarda le causalità⁵⁹, e anche nel senso di continuare a richiedere la presenza del requisito della temporaneità e straordinarietà delle esigenze, fatto salvo il limite invalicabile rappresentato dal divieto di conversione⁶⁰. Il trend della contrattazione collettiva sembra essere in linea con un atteggiamento conservativo della disciplina antecedente all'emanazione del d.lgs. 368/2001, nei comparti più rilevanti non è

⁵⁹ PRETEROTI A., “*Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*”, ADL, 2005.

⁶⁰ SANTUCCI R., “*Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*”, DRI, 2003.

più intervenuta a modificare quello che si era deciso nella seconda tornata contrattuale⁶¹.

6.1 Il rapporto tra disciplina nazionale e disciplina Comunitaria: in particolare la Direttiva 1999/70/CE.

Come abbiamo già sottolineato, il D.lgs. 368/2001 viene emanato in attuazione della Direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato stipulato da UNICE, CEEP e CES. Il recepimento di tale Direttiva ha messo in luce molti dei nodi legati al rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario⁶². Il principale problema legato al recepimento, sarebbe, ad avviso di alcuni⁶³, l'abbassamento dei livelli di tutela riconosciuti al lavoratore, sino a quel momento dal legislatore italiano, in caso di ricorso illegittimo al contratto a tempo determinato da parte del datore di lavoro, risultando ciò in contrasto con la clausola 8, par. 3, della stessa Direttiva che così statuisce: *“L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso”*.

Tuttavia la questione deve più che altro essere posta su tre aspetti più circoscritti, che riguardano più specificamente, l'ambito della nostra trattazione. In particolare: il primo è collegato all'applicabilità della direttiva al lavoro pubblico; il secondo è connesso alla presenza, nella disciplina italiana di recepimento, di misure effettive per evitare il ricorso abusivo a contratti a termine

⁶¹ Fanno eccezione solo i comparti Università e Scuola, mentre il comparto Ricerca, già dalla seconda tornata contrattuale, ha adottato una disciplina *praeter legem*, totalmente discostata dall'art. 36 D.lgs. 165/2001 e dal D.lgs. 368/2001.

⁶² SCIARRA S., *“Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, INT, n. 52/2007.

⁶³ In particolare: DELFINO M., *“Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale”*, DLRI Editore, 2002 ; CARABELLI U., LECCESE V., *“Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”. INT, n. 64/2005, 2005.

stipulati in successione; il terzo riguarda la legittimità, in termini di razionalità, della diversa disciplina sanzionatoria vigente in Italia per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni e quello nell'impresa, in relazione alle conseguenze dell'utilizzo illegittimo del contratto a tempo determinato, per entrambe le parti del rapporto.

Il terzo degli aspetti appena citati, era già stato sottoposto al vaglio della Corte Costituzionale⁶⁴ con riferimento al divieto di trasformazione sancito dal D.P.R. 276/1971, vale a dire in tempi piuttosto lontani e ancor prima dell'esistenza dell'art. 36 D.lgs. 29/1993. La Corte in quel caso aveva dichiarato infondate le censure mosse dal giudice rimettente, basandosi, in particolare, sulla questione dell'ostacolo posto alla trasformazione dell'art. 97, comma 3, in cui si afferma che *“agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*. E' qui utile richiamare l'importanza del principio concorsuale e il significato dell'espressione *“impieghi pubblici”*. Il suddetto principio è collegato alla necessità di una valutazione comparativa ad evidenza pubblica, aperta a tutti gli aspiranti, *“salvo i casi stabiliti dalla legge”* che spesso consistono nell'obbligo per l'amministrazione di attingere a graduatorie accessibili a tutti e imparzialmente tenute dai servizi per l'impiego. Quanto all'espressione *“impieghi pubblici”*, venuto meno il canale parallelo del *“non ruolo”*, non può essere fatta alcuna distinzione nel meccanismo di accesso tra impieghi a termine e impieghi a tempo indeterminato⁶⁵, trattandosi, in ogni caso, di due *species* dello stesso *genus* rappresentato dal lavoro subordinato. D'altro canto, con l'estensione della disciplina del licenziamento, individuale e collettivo, per motivi oggettivi anche ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, si rende, per la prima volta, non adeguata l'equivalenza ruolo-stabilità, ma ci si sposta più su un piano, tipico del lavoro alle dipendenze dell'impresa, di opposizione tra temporaneità e durata indeterminata del rapporto. La dottrina⁶⁶, peraltro, sottolinea come il

⁶⁴ C. Cost. 3 Marzo 1986, n. 40.

⁶⁵ SARACINI P., *“Contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche: divieto di conversione e risarcimento del danno”*, RGL, II, 2008.

⁶⁶ CIUCCIOVINO S., *“Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D.lgs. n. 368/2001”*, DLRI, 2007.

rapporto a tempo determinato goda di una maggiore stabilità, risultando legittimo soltanto il recesso per giusta causa. Questa è la differenza tra il nuovo lavoratore a termine e il lavoratore che un tempo apparteneva al “non ruolo”: quest’ultimo poteva, infatti, essere estromesso dall’impiego, *in qualsiasi momento e a giudizio insindacabile dell’amministrazione*, prima della scadenza del contratto o della conclusione del periodo di nomina.

Così analizzata l’obbligatorietà del concorso, vediamo che l’art. 97 esalta il principio dell’imparzialità, garantito attraverso la pubblicità della selezione e l’apertura di essa al numero più ampio possibile di aspiranti. Ciò va chiaramente a collidere con la trasformazione del rapporto che può considerarsi una vicenda del tutto “privata”, per quanto mediata dal giudice, tra lavoratore ed amministrazione, precludendo agli altri potenziali interessati di concorrere per quella posizione o anche solo di venirne a conoscenza.⁶⁷ Questo dell’imparzialità risulta essere uno dei profili più importanti da proteggere, per evitare assunzioni “*indiscriminate, clientelari, destinate a trasformarsi in assunzioni a tempo indeterminato*”⁶⁸.

La Corte Costituzionale è tornata sugli stessi argomenti anche con la Sentenza 27 Marzo 2003, n. 89. Questa volta le censure riguardavano l’art. 36, comma 2 D.lgs. 165/2001, ma sono state rigettate con le medesime motivazioni della sentenza 40/1986.

Dopo questi chiarimenti preliminari e obbligati, è possibile concentrarci in maniera più specifica sul rapporto tra disciplina nazionale e disciplina comunitaria. Dal 2006 si riscontrano sollecitazioni piuttosto insistenti da parte dei giudici greci e italiani della Corte di giustizia, che è varie volte⁶⁹ intervenuta sui tre aspetti controversi elencati all’inizio del paragrafo, affermando, rispetto al primo dei dubbi, l’applicabilità della direttiva 99/70/CE anche al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e delle imprese pubbliche.

⁶⁷ ALES E., “*Contratti di lavoro e Pubbliche Amministrazioni*”, UTET, Torino, 2007.

⁶⁸ C. Cost. 3 Marzo 1986, n. 40.

⁶⁹ C. Giust. 4 Luglio 2006, causa C-212/04; C. Giust. 7 Settembre 2006, causa C-53/04; C. Giust. 7 Settembre 2006, causa C-180/04; C. Giust. 12 Giugno 2008, causa C-364/07; C. Giust. 24 Aprile 2009, causa C-380/07; C. Giust. 1 Ottobre 2010 (Ordinanza), causa C-3/10.

Il secondo degli aspetti sopracitati, vale a dire quello relativo alla presenza, nell'ordinamento italiano, delle misure effettive richieste dal diritto comunitario, volte ad evitare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione, è risultato, invece, molto più complesso da ricostruire ed affrontare. Ad esso, infatti, si riferisce il nucleo della direttiva e su di esso si modella il dibattito nella prospettiva del non regresso. Per compiere una ricostruzione valida del ragionamento, tuttavia, è necessario prendere in considerazione alcune considerazioni sulla disciplina italiana e sul suo rapporto con quella comunitaria.

Intanto bisogna sottolineare la non sovrapposibilità tra il piano delle misure effettive e quello delle sanzioni in caso di loro violazione, senza cadere in errore mal interpretando i termini usati dalla Corte di Giustizia che parla di “*misura effettiva per evitare e, nel caso sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi*”.

Le misure anti-abuso sono elencate tassativamente nella clausola 5 della dir. 99/70/CE, e si sostanziano nella previsione, da parte del legislatore nazionale: di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti o rapporti di lavoro tempo determinato; della durata massima totale dei suddetti contratti o rapporti successivi; del numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Esse sembrano essere richieste in maniera cumulativa e non alternativa. La disciplina di tali misure, nel silenzio dell'art. 36, deve essere individuata nel D.lgs. 368/2001 e nella contrattazione collettiva: saranno queste, quindi, le fonti oggetto di verifica di compatibilità con il diritto comunitario. La disciplina di fonte collettiva precedente all'emanazione del D.lgs. 368/2001, in tema di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo, rinvia o ripropone quelle già previste dal combinato disposto degli artt. 1 e 2 della l. 230/1962, vale a dire l'obbligo di motivazione di qualsiasi contratto a termine e la previsione di intervalli minimi tra contratti successivi. Con l'abrogazione della legge del '62 e la sostituzione della stessa ad opera del D.lgs. 368/2001, il rinvio si intende rivolto al combinato disposto degli artt. 1 e 5 del decreto di analogo contenuto. Al contrario, la contrattazione collettiva sembra ignorare del tutto gli altri due tipi di misure anti-abuso richieste

dalla direttiva, peraltro mirate a colpire un tipo di abuso molto ricorrente da parte delle pubbliche amministrazioni vale a dire quello della reiterazione di contratti a termine conclusi con lo stesso lavoratore nel rispetto degli intervalli, per le stesse mansioni ma con causali solo formalmente differenti, per lo più consentita sia dalla l. 230/1962 che dal D.lgs. 368/2001 nel testo originario. Risulta quindi, che nella disciplina precedente all'emanazione della l. 247/2007, e quindi quella in vigore al momento delle pronunce della Corte di Giustizia, mancava del tutto qualsiasi riferimento a limiti massimi, temporali o numerici, di reiterazione di contratti a termine con lo stesso lavoratore: da ciò il mancato rispetto da parte della legislazione italiana, di uno degli obblighi imposti dalla direttiva.

Rimane da chiarire l'aspetto relativo all'apparato sanzionatorio. Bisogna sottolineare che, rifacendosi al meccanismo di rinvio che sottostà all'art. 36 D.lgs. 165/2001, nel comma 2 non sono specificate le disposizioni imperative in materia di assunzione o di impiego di lavoratori la cui violazione attribuisce al lavoratore il diritto al risarcimento del danno, non essendo prospettabile la conversione in rapporto a tempo indeterminato. Le disposizioni in considerazione, devono essere, quelle del D.lgs. 368/2001 con le eventuali integrazioni operate dalla contrattazione collettiva: tutte le violazioni di tali norme producono come unica conseguenza il risarcimento del danno. Da ciò risulta che la situazione italiana si divide nettamente, quanto all'apparato sanzionatorio, tra costituzione del rapporto a tempo indeterminato, per il lavoro nell'impresa e risarcimento del danno per il lavoro pubblico. Questa "polarizzazione"⁷⁰ viene valutata rispetto alla sua compatibilità con il diritto comunitario nella Sentenza della Corte di Giustizia Marrosu e Sardino⁷¹ dalla quale emergono, trattate in maniera riassuntiva, le seguenti considerazioni: la conversione non è prevista dall'ordinamento comunitario né come misura volta a evitare gli abusi né come loro misura sanzionatoria; la direttiva, come suggerisce anche la sua definizione ad opera

⁷⁰ DEL PUNTA R., ROMEI R., "*I rapporti di lavoro a termine*", Giuffrè Editore, Milano 2013.

⁷¹ C. Giust. 7 Settembre 2006, causa C-180/04.

dell'art. 288 TFUE⁷², non specifica le sanzioni che gli Stati devono adottare: su di essi vige esclusivamente un obbligo di risultato ottenibile con qualsiasi sanzione che abbia i caratteri della proporzionalità, dell'effettività e dell'essere dissuasiva; quindi la previsioni di sanzioni diversificate per il lavoro privato e pubblico, rientra a pieno diritto nelle scelte legittimamente esercitabili dallo Stato Membro; tuttavia le sanzioni devono essere nè, per il principio di equivalenza, *“meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna”*, né, per il principio di effettività, *“rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giudiziario comunitario”*; tuttavia il giudice comunitario può fornire spunti interpretativi al giudice nazionale: come è avvenuto nel caso di specie, con il diritto al risarcimento del danno, ritenuto in linea con i criteri stabiliti dalla Corte. Con ciò è stata fornita anche un'indicazione positiva, che potremmo definire implicita, circa la legittimità dell'art. 36, comma 2 D.lgs. 165/2001.

6.2 Il rapporto tra l'art. 36 D.lgs 165/2001 e il D.lgs. 276/2003, attuazione della cosiddetta “Legge Biagi”.

Il contesto politico-sociale in cui si innesca la vicenda collegata all'applicazione del D.lgs. 368/2001 alle pubbliche amministrazioni non è ancora molto propenso alla maggiore integrazione possibile delle discipline pubbliche e private. Il legislatore è intenzionato a negarsi la possibilità di produrre normative applicabili solo alle pubbliche amministrazioni. Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D.lgs 165/2001 *“eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata sono*

⁷² *“La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.”*

ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario". Si tratta di una norma unidirezionale, che non impedisce al legislatore di escludere le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione di disposizioni introdotte per il lavoro dell'impresa.

Questo è accaduto di fatto con il D.lgs. 276/2003, emanato in attuazione della l. 30/2003, conosciuta come "Legge Biagi", la quale, all'art. 6 ha permesso al legislatore delegato di escludere dall'ambito di applicazione delle proprie disposizioni, le pubbliche amministrazioni. Ciò è stato chiaramente inserito, infatti, nell'art. 1, comma 2, D.lgs. 276/2003. E' rilevante la differenza tra la tecnica utilizzata dall'appena citato Decreto e il precedente D.lgs. 368/2001: quest'ultimo, infatti, ignora del tutto il problema del coordinamento con l'art.36 D.lgs. 165/2001, legittimando le più varie ipotesi interpretative. Il D.lgs. 276/2003, dedica una particolare attenzione alla soluzione della criticità.

Esso esordisce all'art. 1, comma 2 con la dichiarazione di principio che vede la non applicazione del decreto alle pubbliche amministrazioni, per poi passare all'estensione diretta, a tutte le amministrazioni della disciplina relativa alla somministrazione di lavoro a tempo determinato e delle sanzioni amministrative elencate nell'art. 19 (art. 86), a fronte dell'abrogazione degli art. da 1 a 11 del D.lgs. 196/1997. Prosegue, poi, con l'estensione ai soli enti di ricerca delle norme sui contratti di inserimento (art. 54) e la non applicazione della sanzione della costituzione di un rapporto di lavoro con l'amministrazione che ha utilizzato la prestazione in caso di somministrazione irregolare (art. 86). Prevede infine l'applicazione, in via esclusiva, della disciplina vigente in materia di contratti di formazione e lavoro, disapplicata per il lavoro nell'impresa (art. 89).

La modifica apportata dal D.lgs. 276/2003 che, ai fini della trattazione, rileva maggiormente, consiste nell'abrogazione degli art. da 1 e 11 del D.lgs 196/1997, contenente la disciplina del lavoro temporaneo anche pubblico. L'intervento risulta d'impatto minore rispetto all'abrogazione della l. 230/1962 e dell'art. 23 l. 56/1987, in quanto lo stesso legislatore prevede la sostituzione della fornitura di

lavoro temporaneo con la somministrazione.⁷³ Anche in questo caso, tuttavia, un ruolo di mediatore è attribuito alla contrattazione collettiva che continua avere il controllo delle ipotesi di ricorso alla somministrazione nelle pubbliche amministrazioni, anche subordinandole al requisito della temporaneità e della straordinarietà. In più, anche nello stesso lavoro nell'impresa non esiste un divieto di negoziazione collettiva di norme restrittive del ricorso al suddetto tipo contrattuale, trovandosi di fronte, piuttosto, a un “disincentivo legale” a negoziare costituito dall'ampiezza e dalla permissività delle causali e delle esigenze richieste, vale a dire “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20, comma 3, D.lgs. 276/2003). In ogni caso, sulla falsariga di tutte le altre forme contrattuali flessibili, la contrattazione collettiva di comparto non ha più introdotto regole per la fornitura di lavoro temporaneo, restando, quest'ultima, ancora disciplinata dagli accordi precedenti all'avvento del D.lgs. 276/2003.

7. Le modifiche all'art. 36 D.lgs. 165/2001: una lunga stagione iniziata nel 2006.

Dopo pochi anni dalla sua emanazione, il legislatore decide di intervenire direttamente sul testo dell'art. 36 D.lgs. 165/2001: con l'art. 4, comma 2, d.l. 4/2006, convertito nella l. 80/2006 inizia una lunga e travagliata stagione di interventi sui contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni.

La legge del 2006 rappresenta un intervento normativo che si iscrive in un più ampio quadro finalizzato al contenimento della spesa e che, in questo contesto, si occupa anche della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico preoccupandosi di evitare che il suo utilizzo possa in qualche modo compromettere

⁷³ BOLEGO G., “*La somministrazione di lavoro a tempo determinato*” in “Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”, a cura di CARINCI F., ZOPPOLI L., Vol. V.1, in “Diritto del lavoro. Commentario”, diretto da CARINCI F., UTET, Torino, 2004.

l'obiettivo del risanamento economico.⁷⁴ Esso integra della versione originaria del 2001 dell'art. 36 2001 che, di fatto rimane inalterata in quanto a contenuto. Alle amministrazioni è consentito, secondo quanto inserito nel nuovo comma 1-bis, “attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione dei contratti con le agenzie di cui all'art.4 comma 1, lettera a, D.lgs. 276/2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi”. Dette aggiunte, rispondono ad una logica molto più sfavorevole, rispetto al passato, del ricorso alle forme contrattuali flessibili⁷⁵, visto il loro utilizzo piuttosto incontrollato da parte delle amministrazioni, essendo l'unica alternativa al blocco delle assunzioni a tempo indeterminato.

Dal nuovo comma 1-bis emerge la necessità dell'esistenza di due requisiti: il primo riguarda la presenza di “esigenze temporanee ed eccezionali”, il secondo la configurazione del loro utilizzo quale *extrema ratio*, vale a dire dopo l'esaurimento delle procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea ed essendo stata valutata e respinta con un'adeguata motivazione⁷⁶ “l'opportunità di attivazione dei contratti con le agenzie di cui all'art.4 comma 1, lettera a, D.lgs. 276/2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi”.

Analizzando il primo dei requisiti, si può notare la volontà del legislatore di ripristinare condizioni di utilizzo che corrispondano alla logica di base della normativa degli anni settanta, collegata alle esigenze temporanee e non ordinarie, al ricorrere delle quali, alla contemporanea presenza dei presupposti indicati nelle causali, si possono legittimamente utilizzare le forme flessibili, discostandosi,

⁷⁴ FIORILLO L., “Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”, Cap. 17 di “Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

⁷⁵ SOTTILE G., “Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego”, DLM, 2006.

⁷⁶ MAINARDI S., “Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80”, LPA, 2006.

quindi, dalla logica delle causali oggettive “depurate” dalla temporaneità e dalla straordinarietà dell’esigenza, tipica del D.lgs. 368/2001. L’obiettivo del legislatore è quello di escludere la possibilità per le amministrazioni, di utilizzare il contratto a termine e la somministrazione di lavoro derogando alle norme limitatrici già presenti nella contrattazione collettiva di comparto, nelle quali la logica della temporaneità e della straordinarietà dell’esigenza permea le stesse causali. Si tratta, quindi, di un rinvio rafforzativo, poiché si teme un ridimensionamento delle clausole già presenti nei contratti collettivi a causa della mancata reazione degli stessi rispetto al mutato contesto normativo creatosi con l’entrata in vigore dell’art. 1 del D.lgs. 368/2001 e dall’art. 20 del D.lgs. 276/2003. Infatti l’intervento del legislatore, mira proprio a scongiurare l’applicazione diretta delle causali contenute negli appena citati articoli, non potendo, così, le amministrazioni, fare affidamento sul venir meno, negli stessi, del requisito della temporaneità e della straordinarietà delle esigenze.

Passando al secondo requisito, vale a dire l’uso delle forme flessibili solo come *extrema ratio*, esso risponde alla vecchia logica del legislatore di ridistribuire razionalmente il personale in servizio tramite spostamenti anche temporanei, da settori che presentano eccedenze ad altri che risultano, invece, in carenza di personale. Tuttavia esso testimonia anche un approccio opposto a quello troppo cauto e poco reattivo della contrattazione collettiva nei confronti della fornitura di lavoro temporaneo (ormai somministrazione).

L’integrazione operata dalla l. 80/2006, quindi, per un verso assume la fisionomia di norma “manifesto” tramite la quale il legislatore esprime il proprio sfavore al ricorso, in base alle sole causali oggettive, alle forme contrattuali flessibili, arrivando a preferire a queste persino le esternalizzazioni; per altro verso rappresenta un tentativo di attivare un circuito valido di mobilità interna, equiparabile a quello previsto dall’art. 30 D.lgs. 165/2001 per le assunzioni di nuovo personale.⁷⁷

⁷⁷ DEL PUNTA R., ROMEI R., “I rapporti di lavoro a termine”, Giuffrè Editore, Milano 2013.

In tale contesto, e come accadeva già negli anni quaranta grazie alla Commissione centrale per l'avventiziato⁷⁸, viene introdotto un controllo di tipo preventivo ed esterno alle singole amministrazioni, per valutare la ragionevolezza del ricorso alle forme contrattuali flessibili: iniziano a sorgere, infatti, difficoltà sempre crescenti da parte dei dirigenti pubblici nell'esercizio delle prerogative datoriali e quindi anche di quelle collegate alla scelta del tipo contrattuale.

7.1 Gli interventi del 2007: pochi punti di contatto e molte divaricazioni tra lavoro nell'impresa e lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Gli interventi del 2007 che hanno interessato il lavoro nell'impresa e quello alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni solo apparentemente rispondono alla stessa logica, ma vediamo che analizzandoli nello specifico sono tanti i punti di divergenza.

Partendo dalla prima tipologia di lavoro, bisogna analizzare l'art. 1, comma 40 l. 247/2007 che introduce dei correttivi al D.lgs. 368/2001. In primis l'appena citato articolo, ha la funzione di adattare la disciplina nazionale del contratto a tempo determinato al contenuto della Direttiva 99/70/CE che, come abbiamo già avuto modo di sottolineare nei paragrafi precedenti, è uno dei più importanti interventi comunitari in ambito di tipologie flessibili di lavoro: viene riproposto il contratto a tempo indeterminato quale strumento "normale"⁷⁹ di assunzione e si individua in 36 mesi il limite massimo della durata totale di contratti a tempo determinato, reiterati con lo stesso lavoratore e con le stesse mansioni. I correttivi della legge 247/2007 hanno, però, anche la funzione di stimolare lo sviluppo occupazionale. A questa istanza rispondono: l'esclusione per le attività stagionali, dall'applicazione del limite massimo dei 36 mesi (art. 5, comma 4-ter D.lgs. 368/2001) e l'incentivazione, attraverso una più chiara definizione del diritto di

⁷⁸ Come già specificato, la Commissione viene soppressa ad opera del D.P.R. 3/1957.

⁷⁹ La locuzione utilizzata dal legislatore risulta molto "forte": "*Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*" (Art. 1, comma 1, D.lgs. 368/2001)

precedenza, della permanenza del lavoratore a termine nell'impresa, qualora ne ricorrano i presupposti organizzativi (art. 5, comma 4-quater, 4-quinquies, e 4-sexies D.lgs. 368/2001).

Le modifiche alle disposizioni sembrano essere la risposta alle istanze limitatrici fatte proprie da gran parte della dottrina e della giurisprudenza e sono in linea con quanto previsto dal "Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili" sottoscritto dal Governo e dalle Parti Sociali il 27 Luglio 2007.

Totalmente diversa è, invece, la situazione nel Pubblico Impiego. Il nuovo testo dell'art. 36 D.lgs. 165/2001, così come sostituito dall'art. 3, comma 79 della l. 244/2007, sarebbe dovuto essere l'applicazione pratica di quanto previsto in teoria dal "*Memorandum d'intesa su lavoro pubblico e organizzazione dei servizi (per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche)*", un accordo tra Governo e Parti sociali, sottoscritto il 18 Gennaio 2007. Il *Memorandum*, infatti, prevedeva al punto 5, il ricorso a forme flessibili in base a tipologie e limiti individuati nella contrattazione collettiva, non inserendo alcuna novità rispetto all'assetto degli anni precedenti. Sempre lo stesso punto, conteneva un surreale riferimento alla "scomparsa del precariato" attuata tramite sistemi di reclutamento da pianificarsi con la legge finanziaria del 2008, si assiste al tentativo di eliminare nel settore pubblico il ricorso a forme di impiego flessibili. Viene radicalmente modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, sovvertendone l'impianto normativo e ripristinando il modello antecedente alla riforma del lavoro pubblico perfezionatasi con il d.lgs. n. 80/1998, poi confluito nel d.lgs. n. 165/20013. Ma la norma è rimasta in vigore per appena tre mesi.⁸⁰

Tuttavia, non si giustifica la clamorosa "scossa" che il legislatore dà al ruolo della contrattazione collettiva sia rispetto al punto 5 del Memorandum, sia rispetto all'assetto degli ultimi anni. Il nuovo art. 36, comma 1, D.lgs. 165/2001, infatti,

⁸⁰ FIORILLO L., "*Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale*", Cap. 17 di "Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

così recita: *“Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi”*, estremizzando, in maniera anche un po’ irragionevole, l’approccio della direttiva in favore del rapporto a tempo indeterminato, con l’utilizzo delle parole *“assumono esclusivamente”*; e cancellando, con la modifica di cui al comma 4, il ruolo della contrattazione collettiva, alla quale non è, ovviamente, consentito derogare alle suddette disposizioni.

Frutto di un’assolutizzazione sembrano essere anche le disposizioni che rappresentano il necessario completamento dell’apparato sanzionatorio vale a dire il comma 2 che così recita *“in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l’utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale”*, e il comma 3 *“le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l’assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile”*. Detto completamento, viene ulteriormente rafforzato dalla previsione secondo la quale *“le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione”* (comma 6). Con quest’ultima aggiunta, veniva, di fatto, introdotta una sorta di responsabilità oggettiva in capo al datore di lavoro pubblico il quale, se non avesse vigilato sul rispetto delle regole, avrebbe rischiato di incorrere in conseguenze negative sulla sua intera organizzazione che si sarebbero riverberate anche sulla collettività in quanto avrebbero compromesso, per ben tre anni, la funzionalità dei suoi uffici ove si fossero verificate esigenze fisiologiche di turn-over quali, ad esempio, la necessità di sostituire personale cessato dal servizio per raggiunti limiti di età o per dimissioni.

Nei commi successivi (7-11), tuttavia, si individuano delle previsioni specifiche che sottraggono molte delle amministrazioni pubbliche dall’applicazione dei primi commi dell’art. 36, depotenziando di molto gli effetti

positivi delle modifiche. A ciò deve aggiungersi che il Dipartimento della Funzione Pubblica è stato “costretto” ad emanare una circostanziata circolare (n. 3/2008) al fine di arginare gli effetti dei divieti imposti dalla legge.⁸¹

7.2 Prove di omologazione tra lavoro nell’impresa e lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: gli effetti degli interventi del 2008, del 2009 e del 2013.

La l. 133/2008, emanata in attuazione del d. l. 112/2008 interviene nuovamente in entrambi gli ambiti del lavoro, privato e pubblico: sul primo versante, apportando modifiche all’art. 21 del D.lgs. 368/2001; sul secondo versante, in maniera molto più incisiva, sostituendo integralmente il dettato dell’art. 36 D. lgs. 165/2001, così come era stato riformulato dall’art. 79, comma 3, l. 244/2007.

Rispetto a questo ultimo intervento sostitutivo, è necessario sottolineare il ripristino del modello del rinvio⁸², mantenendo le cautele già emerse nella versione del 2006 per l’integrazione delle causali con le esigenze⁸³, così riportato nella lettera del nuovo art. 36: *“per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa (...)”* ovvero *“di quanto previsto dal D.lgs. 368/2001, dell’art. 3 d. l. 726/1984, convertito, con modificazioni, dalla l. 863/1984, dall’art. 16 d. l. 299/1994, convertito con modificazioni, dalla l. 451/1994, dal D.lgs. 276/2003”*.

⁸¹ FIORILLO L., *“Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”*, Cap. 17 di *“Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

⁸² CARINCI F., *“La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l. d. n. 15/2009”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 88/2009.

⁸³ FIORILLO L., *“Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico”* in *“Il contratto a tempo determinato”*, a cura di FERRARO G., Giappichelli editore, Torino, 2008.

Contemporaneamente, viene notevolmente ridimensionato il ruolo della contrattazione collettiva, la quale *“ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge (...)”* provvede *“a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro”* solo con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile.

Da quanto detto rispetto alle modifiche dell'art. 36 risultanti dalla nuova versione del 2008, appare evidente un cambio di prospettiva, per quel che riguarda la disciplina delle ipotesi di ricorso temporaneo al lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni. Questa, infatti, è demandata alla legge, nello specifico, per il contratto a termine, all'art. 1, comma 1, D.lgs. 368/2001, per la somministrazione, all'art. 20, comma 4, D.lgs. 276/2003, non essendo più affidata alla contrattazione collettiva, che, adesso, ha il solo compito di stabilire i contingenti di personale utilizzabile. Tuttavia, la presenza di ragioni tecniche organizzative, produttive o sostitutive richiesta dalle disposizioni legali sopracitate, non basta, dovendosi corredare anche della presenza di esigenze temporanee ed eccezionali.

Basandosi su quanto detto in precedenza⁸⁴ rispetto al significato del carattere dell'eccezionalità inteso come quell'esigenza, anche ricorrente, non fronteggiabile con il personale ordinariamente in servizio e quindi, non solo quella legata alla straordinarietà dell'attività o dell'evento⁸⁵, si possono tranquillamente escludere le

⁸⁴ Vedi Paragrafo 3, Capitolo 2.

⁸⁵ In questo senso C. Giust. 26 Gennaio 2012, causa C-586/10, Küçük, FI, 2012, IV, 117, secondo la quale *“La clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che compare in allegato alla direttiva 1999/70, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale che consente di concludere un contratto di lavoro a tempo determinato qualora il lavoratore sostituisca un altro lavoratore può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola. Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non*

ipotesi di contrasto con l'inciso secondo il quale il ricorso al lavoro temporaneo è consentito anche se riferibile all'ordinaria attività del datore di lavoro, introdotto nell'art. 1 D.lgs. 368/2001 ad opera dell'art. 21 del d. l. 112/2008 e già presente nell'art. 20 D.lgs. 276/2001. Per rafforzare questa interpretazione, può essere preso in esame il l'art. 36, comma 1 D.lgs. 165/2001 nella versione del 2008, che conferma l'obbligo di ricorso esclusivo da parte delle amministrazioni ai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, già presente nella versione del 2007, limitandolo però, alle esigenze connesse con il proprio fabbisogno.

La vicenda travagliata dell'art.36 prosegue con l'emanazione del d. l. 101/2013, denominato "*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*" che, sembra, però smentire l'interpretazione appena descritta. La modifica apportata al comma 2 dell'art. 36, da parte dell'art. 4, comma 1 lett. a, del suddetto decreto legge, che al posto delle parole "*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*" inserisce "*per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*", mette, infatti, l'eccezionalità in alternativa alla temporaneità. Con ciò sembrerebbe rifarsi ad un concetto di eccezionalità dell'esigenza, riconducibile alla straordinarietà dell'attività o dell'evento, marcando così, la differenza con il D.lgs. 368/2001 non solo con riferimento all'attività ordinaria ma anche rispetto alle causali. Per dare ulteriore conferma di questa impostazione, si può prendere in esame il nuovo comma 5-ter dell'art. 36 D.lgs. 165/2001, introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. b, d. l. 101/2013, secondo il quale "*le disposizioni previste dal D.lgs. 368/2001 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al*

comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), di detto accordo quadro, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola. Tuttavia, nella valutazione della questione se il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato sia giustificato da una ragione obiettiva siffatta, le autorità degli Stati membri, nell'ambito delle loro rispettive competenze, devono prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro." (punto 56 e dispositivo)

comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato”.

Per completare il quadro delle condizioni di utilizzo, viene richiamato il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, da parte delle amministrazioni che, ai sensi dell'art. 35 D.lgs. 165/2001, procedono alla selezione di personale temporaneo, imponendo loro anche il divieto di utilizzo dello stesso lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio (art. 36, comma 3 D.lgs. 165/2001). Quest'ultima disposizione ha alla base la medesima ratio anti abuso che troviamo in quella già introdotta per il lavoro privato dall'art. 5 comma 4-bis del D.lgs. 368/2001, ma allo stesso tempo se ne discosta rispetto al risultato ottenibile, da una parte per aver circoscritto a cinque anni l'arco temporale nel quale calcolare i 36 mesi, da un'altra parte, estendendo il riferimento a tutte le tipologie di contratto flessibile, e quindi anche all'impiego in mansioni differenti.

Sempre dal comma 3 dell'art. 36, possiamo desumere che la contrattazione collettiva non può derogare ai limiti posti per l'utilizzo reiterato di contratti a tempo determinato, come, al contrario, è consentito dall'art. 5, comma 4-bis, D.lgs. 368/2001 dopo la modifica introdotta dall'art. 21, comma 2, d. l. 112/2008 che inserisce la seguente statuizione *“fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”*.

Importanti novità, sono poi introdotte nell'ambito dell'apparato sanzionatorio. Nella versione del 2008, infatti, viene eliminata la prescrizione, presente in quella del 2007, in forza della quale *“le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione”*, ma per compensare questa caducazione, vengono enfatizzate le conseguenze in capo al dirigente che ha posto in essere o autorizzato la violazione. Oltre al risarcimento del danno a favore del lavoratore, infatti, egli sarà responsabile anche ai sensi dell'art. 21 D.lgs. 165/2001 per la cosiddetta

“responsabilità dirigenziale per non corretto esercizio delle prerogative datoriali”, con ricadute in sede di valutazione del suo operato. Quest’ultima previsione dà un grande contributo alla costruzione di una sanzione effettivamente dissuasiva dell’abuso delle forme di lavoro flessibili⁸⁶, poiché le conseguenze negative hanno un impatto diretto sul rapporto del dirigente, senza la necessità di aspettare la condanna al risarcimento del danno per l’amministrazione e la rivalsa di questa nei confronti dello stesso dirigente.

Nel 2009, il legislatore interviene nuovamente sul comma 3 dell’art. 36 D.lgs. 165/2001, per mezzo dell’art. 17, comma 26 d. l. 78/2009, convertito in l. 102/2009. Tale modifica fa venir meno il divieto di utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell’arco dell’ultimo quinquennio, e il richiamo al rispetto del principio di trasparenza nella selezione del personale temporaneo; allo stesso tempo viene introdotta, a titolo di compensazione, una forma di controllo esterno contro l’abuso delle forme contrattuali flessibili: ciascuna amministrazione dovrà redigere, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l’innovazione, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, da trasmettere, entro il 31 Gennaio di ogni anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno nonché al Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Qualora dal rapporto emergessero irregolarità nell’utilizzo di tali forme contrattuali, al dirigente responsabile non potrà essere corrisposta la retribuzione di risultato. Questa disposizione, oggi espunta dal comma 3 e trasfusa, ad opera dell’art. 4, comma 1, lett. c, d. l. 101/2013, nel comma 5-quater dello stesso art. 36 D.lgs. 165/2001 che così statuisce *“i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì responsabili ai sensi dell’articolo 21. Al dirigente*

⁸⁶ Così anche Cass. 13 Gennaio 2012, n. 392.

responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato", permette di avere una sanzione diretta a carico del dirigente, che sembra andare oltre quella prevista dalla versione del 2008 dello stesso art. 36, che consisteva nel tener conto della violazione commessa per dolo o colpa, solo in termini di responsabilità dirigenziale, richiedendo quindi la prova della presenza dell'elemento soggettivo da parte dell'amministrazione.⁸⁷ Si tratta di un ritorno al passato, in particolare alla legislazione degli anni Settanta, costituito dalla previsione di nullità del contratto e di responsabilità erariale delle somme erogate al lavoratore in considerazione della loro irrecuperabilità collegata al dettato dell'art. 2126 c.c. La responsabilità erariale andrà ad aggiungersi a quella per dolo o colpa grave rispetto alle somme eventualmente ottenute dal dipendente a titolo di risarcimento del danno, rendendo così la sanzione nettamente più efficace, effettiva e dissuasiva e in linea con quanto richiesto dal diritto comunitario.

Come già specificato, l'art. 17, comma 26 d. l. 78/2009 interviene anche su altri due diversi aspetti. Il primo di questi è l'eliminazione del divieto di utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio, con l'abrogazione del comma 3 dell'art. 36 D.lgs. 265/2001 e l'introduzione del comma 5-bis che così afferma: *"le disposizioni previste dall'art. 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'art. 35, comma 1, lettera b, del presente decreto"*. L'abrogazione del comma 3, infatti, determina l'applicabilità del suddetto art. 5, comma 4-bis D.lgs. 368/2001 al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in forza del rinvio operato dall'art. 36, comma 2 al D.lgs. 368/2001 per gli istituti non altrimenti regolati dallo stesso art. 36. Tale assetto produce degli effetti positivi: da un lato consente di recuperare,

⁸⁷ FIORILLO L., *"Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale"*, Cap. 17 di *"Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

anche per le pubbliche amministrazioni, il tetto dei 36 mesi (che era venuto meno con l'abrogazione del comma 3), dall'altro permette di estendere il ruolo della contrattazione collettiva, oltre l'individuazione dei contingenti di personale utilizzabile, fino a consentirle la deroga del tetto temporale.

Questa interpretazione è rafforzata dall'aggiunta del nuovo comma 5-ter all'art. 36 D.lgs. 165/2001, ad opera dell'art. 4, comma 1, lett. b, d. l. 101/2013, ai sensi del quale: *“le disposizioni previste dal D.lgs. 368/2001 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato”*.

Il ritorno, dopo l'inversione di tendenza avutasi nel 2007, al modello del rinvio, regolato da disposizioni speciali inserite nell'art. 36 D.lgs. 165/2001 sembra allineare la disciplina del ricorso temporaneo al lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni con quanto disposto dall'art. 2, comma 2 dello stesso D.lgs. 165/2001 vale a dire con l'applicazione delle regole per il lavoro nell'impresa, fatte salve le specifiche esclusioni previste nello stesso decreto che assumono, anche per espressa previsione del legislatore⁸⁸, carattere imperativo.

7.2.1 Le procedure di stabilizzazione previste dall'art. 4 del D. l. 101/2013 e dalla legge di stabilità del 2013 (l. 228/2012).

L'art. 4, comma 6, del D.L. n. 101/2013 dispone che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legge, 1° settembre 2013, e fino al 31 dicembre 2015, al fine di favorire una maggiore e più ampia valorizzazione della professionalità acquisita dal personale con contratto di lavoro a tempo determinato e, al contempo, ridurre il numero dei contratti a termine, le amministrazioni

⁸⁸ Art. 2, comma 2, D.lgs. 165/2001, così come modificato dall'art. 1, comma 1 l. 15/2009 e dall'art. 33, comma 1, lett. a, D.lgs. 150/2009.

pubbliche possono bandire, nel rispetto del limite finanziario fissato dall'art. 35, comma 3-bis, del d.lgs. n. 165/2001, a garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno, nonché dei vincoli per le assunzioni previsti dalla legislazione vigente e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di mobilità cui all'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, vale a dire *“procedure concorsuali, per titoli ed esami, per assunzioni a tempo indeterminato di personale non dirigenziale riservate esclusivamente a coloro che sono in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1, commi 519 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché a favore di coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto hanno maturato, negli ultimi cinque anni, almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici”*.

Dette procedure riservate potranno essere avviate, con contratti a tempo pieno o parziale, solo rispetto alle assunzioni relative agli anni 2013, 2014 e 2015, anche complessivamente considerate, in misura non superiore al 50%. Le graduatorie definite in esito alle medesime procedure sono utilizzabili per assunzioni nel triennio 2013-2015.

E' necessario, tuttavia, un coordinamento con le procedure riservate introdotte dalla legge di stabilità 2013. Lo stesso art. 4, comma 6, precisa che le procedure in esame possono essere avviate *“in alternativa a quelle di cui all'art. 35, comma 3-bis, del d.lgs. n. 165/2001”*. Il riferimento è alle procedure riservate introdotte dalla legge n. 228/2012 (Legge di Stabilità 2013), che prevedono la facoltà per le pubbliche amministrazioni, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno e dei vincoli finanziari vigenti, di *“avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: a) con riserva di posti, nel limite del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che*

emana il bando; b) per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato almeno tre anni di contratto di collaborazione coordinata e continuativa nell'amministrazione che emana il bando" (art. 35, comma 3-bis, d.lgs. n. 165/2001).

Entrambe le disposizioni perseguono l'obiettivo di agevolare il graduale "assorbimento" del precariato salvaguardando il principio costituzionale del concorso pubblico. Evidenti sono, tuttavia, le differenze tra le due procedure.

I nuovi concorsi riservati previsti nel D.L. n. 101/2013 si presentano come misure urgenti di "stabilizzazione dei precari", speciali rispetto alle ordinarie procedure di reclutamento, limitate temporalmente (triennio 2013-2015) e indirizzate ad una platea ben definita di precari, nel solco delle prime stabilizzazioni del 2007 e 2008. E difatti, tra i possibili beneficiari della riserva figurano anche i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalle leggi finanziarie 2007 e 2008). Per essi, il legislatore prevede la massima riserva possibile: il 50% dei posti messi a bando.

Le procedure introdotte dalla legge di stabilità 2013, invece, rientrano tra le modalità ordinarie di reclutamento per l'assunzione di personale previste dall'art. 35 del T.U.P.I., che le amministrazioni possono sempre utilizzare, senza limiti temporali, ogniquale volta intendano valorizzare nei concorsi pubblici l'esperienza professionale acquisita con rapporto di lavoro flessibile. Con esse, in pratica, l'esperienza professionale diviene "titolo preferenziale" di accesso al pubblico impiego, in linea peraltro con quanto definito nel Protocollo sul lavoro pubblico definito il 3 maggio 2012 tra il Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione, le Regioni, le Province e i Comuni e le Organizzazioni sindacali, che prevedeva, tra l'altro, l'introduzione di "*percorsi di accesso mediante un reclutamento ispirato alla "tenure-track"*".

Le due procedure possono essere attivate l'una in alternativa all'altra. L'obiettivo del legislatore sembra essere quello di consentire alle

amministrazioni, con le nuove misure, di “stabilizzare” una grossa fetta di precariato “di lungo corso” nel triennio 2013-2015, ferma restando la possibilità di valorizzare adeguatamente l’esperienza professionale nell’ambito delle ordinarie procedure di reclutamento, da attivare secondo le modalità previste dall’art. 35, comma 3-bis, del D.lgs 165/2001. La scelta spetta alle amministrazioni interessate, tenuto conto delle proprie specifiche esigenze e dei limiti finanziari e quantitativi imposti dalla legge.

L’efficacia delle graduatorie viene prorogata fino al 31 dicembre 2015. Fino a tale data, infatti, per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, l’autorizzazione all’avvio di nuove procedure concorsuali, ai sensi dell’articolo 35, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, è subordinata all’emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, verificata l’assenza di graduatorie vigenti, per ciascun soggetto pubblico interessato, approvate dal 1° gennaio 2008 relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza. L’efficacia delle graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, vigenti alla data di approvazione del presente decreto, relative alle amministrazioni pubbliche soggette a limitazioni delle assunzioni, è prorogata fino al 31 dicembre 2015.

8 Gli ultimi interventi sul lavoro a tempo determinato nelle Pubbliche amministrazioni: dall’applicazione “adattata” del *Jobs Act* alla non applicazione del “*Decreto Dignità*”.

Il contesto legislativo appena delineato, muta relativamente con l’emanazione del “*Jobs Act*”: una riforma del diritto del lavoro, promossa e attuata in Italia dal governo Renzi, attraverso l’emanazione di diversi provvedimenti

legislativi varati tra il 2014 e il 2015⁸⁹, volta a flessibilizzare il mercato del lavoro. Tale riforma, tuttavia, si sarebbe dovuta dedicare solamente all'ambito del lavoro nell'impresa ma forse per l'urgenza di provvedere rispetto al precariato pubblico, il legislatore del Jobs Act si è preoccupato, parlando di lavoro flessibile, di estendere le novità anche a quello presso le pubbliche amministrazioni, disciplinandolo nel D.lgs. 81/2015, pur in assenza di specifiche previsioni nella legge delega 183/2014. Il decreto affronta tutte le tipologie contrattuali atipiche: ognuna di esse viene adattata in qualche modo alle peculiarità del settore pubblico, prendendo come parametro l'art. 97 Cost. e tenendo conto delle difficili questioni dei rimedi praticabili in caso di abuso della flessibilità.

Il D.lgs 81/2015 risulta essere, dopo l'abrogazione da parte del medesimo, del D.lgs. 368/2001, la normativa di riferimento per il lavoro subordinato nell'impresa. In particolare, il capo III del d.lgs. 81/2015 è dedicato alla disciplina del contratto a tempo determinato. Solo nell'art. 29, recante "*esclusioni e discipline specifiche*", si arriva a parlare di pubbliche amministrazioni. Esso conferma che "*resta fermo quanto disposto dall'art. 36 del decreto legislativo n. 165/2001*" (art. 29, comma 4) che, come sappiamo⁹⁰, consente il ricorso alle forme contrattuali cosiddette "flessibili" previste dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nel settore privato, con le dovute limitazioni collegate alla natura pubblica del rapporto. Ovviamente bisogna, discernere, le disposizioni del capo III applicabili anche al settore pubblico.

La prima disposizione che può essere estesa a tale settore è l'art. 19 che regola "*apposizione del termine e durata massima*", con esclusione, però del comma 2 che prevede la conversione a tempo indeterminato, e della possibilità di stipulare validi contratti a termine privi di forma scritta, di durata inferiore a dodici giorni, di cui al comma 4, in contrasto con il principio per cui i contratti della pubblica amministrazione sono soggetti all'obbligo di forma a pena di nullità, in coerenza

⁸⁹ In particolare: d. l. 34/2014 (*Decreto Poletti*) convertito in l. 78/2014; l. 183/2014; D.lgs. 22/2015; D.lgs. 23/2015; D.lgs. 80/2015; D.lgs. 81/2015; D.lgs. 148/2015; D.lgs. 149/2015; D.lgs. 150/2015; D.lgs. 151/2015.

⁹⁰ Vedi paragrafo 7.2, Capitolo 2.

con i principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione previsti dall'art. 97 Cost. E', infatti, consolidato l'orientamento per cui, anche per l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, è richiesta la forma scritta *ad substantiam*⁹¹. Dalla lettera dell'art. 19 D.lgs. 81/2015, adattato al lavoro pubblico, emerge che la stipulazione di un contratto a termine per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale fra datore di lavoro e lavoratore è consentita per una durata non superiore a 36 mesi, ma il superamento di un nuovo concorso pubblico a tempo determinato da parte di una persona che ha già avuto un rapporto a termine con l'amministrazione consente di azzerare la durata del contratto precedente al fine del computo massimo dei trentasei mesi. Da notare, tuttavia, che la norma in commento ha trasformato il contratto a tempo determinato nel sistema privato in "acausale". A differenza di quanto disposto in precedenza dal d.lgs 368/2001, dunque, non occorre indicare le cause che giustificano l'impiego del rapporto a termine. Ciò, invece, non vale per il tempo determinato nel lavoro pubblico. Infatti, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, del d.lgs 165/2001 il lavoro a tempo determinato è ammesso "*Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*". Dunque, nel lavoro pubblico il contratto a termine è rimasto causale e può essere giustificato solo in presenza delle condizioni indicate sopra.

Per quanto riguarda, invece, gli articoli 20, 21 e 22, dedicati rispettivamente a "*divieti di assunzione a termine*", "*proroghe e rinnovi*" e "*continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine*", anche essi si applicheranno con gli adeguati adattamenti al lavoro pubblico, e soprattutto non potrà mai valere la regola della conversione. Bisogna solo sottolineare in maniera più specifica, che i divieti previsti dall'art. 20 sono in parte riferibili esclusivamente al lavoro privato,

⁹¹ In questo senso: Cass. 26 Novembre 2006, n. 170; Cass. 26 Gennaio 2007, n. 1752; Cass. 17 Gennaio 2013, n. 1167.

infatti: non si applicherà né quello della lettera b),⁹² poiché la legge 223/1991 non si applica alla Pubblica Amministrazione, né quello della lettera c)⁹³.

L'art. 23, denominato “*Numero complessivo di contratti a tempo determinato*” rappresenta una sorta di compensazione all’eliminazione della causalità del contratto. A fronte, dunque, della fortissima liberalizzazione del lavoro a tempo determinato, consentita, nel settore privato, dall’assenza della necessità di connettere l’utilizzo del rapporto ad una causa giustificatrice, il legislatore ha fissato allora un limite al suo utilizzo, determinandolo in una percentuale non superiore al 20% dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al primo gennaio di ogni anno. Dunque, una limitazione ai contratti a termine occorre, per dare concretezza al principio ivi enunciato, del resto mutuato dalla normativa europea. Tuttavia, nel settore pubblico, anche se tale compensazione non è necessaria, si può concludere che essa trovi spazio nella Pubblica Amministrazione, perché non si reperisce nel d.lgs 165/2001 una previsione espressa in deroga.

Quanto ai diritti di precedenza ex art. 24, d.lgs. 81/2015 deve citarsi la previsione dell’art 36, comma 5-bis del. D.lgs. 165/2001, secondo la quale “*le disposizioni previste dall’articolo 5, commi 4-quater, a-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all’articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto*”. Si tratta delle previsioni che nell’art. 5 del D.lgs. 368/2001 disciplinavano i diritti di precedenza, ritenute applicabili al pubblico impiego solo per le assunzioni che avvengono “*mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e*

⁹² “*presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi a norma degli articoli 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi*”.

⁹³ “*presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell’orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato*”.

profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo". Anche se le previsioni del decreto del 2001 sono state abrogate, rimane comunque valido il principio per cui il diritto di precedenza non è ritenuto estraneo al pubblico impiego. Da ciò può desumersi l'applicazione dell'art. 24 anche al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni, nello specifico, solo a coloro che sono stati assunti con la procedura sopracitata. E cioè nei casi in cui non vi sia una graduatoria concorsuale e si attinga, invece, direttamente al collocamento.

Gli art. 25 "*Principio di non discriminazione*", 26 "*Formazione*" e 27 "*criteri di computo*", non fanno sorgere alcun dubbio sulla loro applicabilità al pubblico impiego senza particolari precisazioni.

L'art. 28, relativo a decadenze e tutele, viene applicato al lavoro pubblico per la parte che disciplina l'impugnazione del contratto a tempo determinato (comma 1), ma, chiaramente, non può trovare applicazione il rimedio risarcitorio previsto al comma 2, in quanto conseguenza della conversione a tempo indeterminato.

Da ultimo, all'interno dell'art. 29, rubricato "*Esclusioni e discipline specifiche*", risulta utile ai fini della nostra trattazione, il riferimento al personale volontario del Corpo dei Vigili del Fuoco, al personale docente ed ATA della scuola, al personale sanitario, anche dirigente, del Servizio Sanitario Nazionale e i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della legge 30 dicembre 2010, n. 240, vale a dire nell'ambito del sistema universitario: tutte queste categorie, quindi, saranno esentate dall'applicazione della nuova disciplina sul termine. Bisogna, però, fare una brevissima digressione per illustrare la vicenda del personale docente e ATA della scuola: all'esito dell'immane contenzioso nazionale e comunitario sulla normativa scolastica relativa alle "supplenze annuali" (l. 124/1999)⁹⁴, quale sistema elusivo del contratto a termine, è stata emanata la l. 107/2015, meglio conosciuta come "*Buona Scuola*". Il conferimento degli incarichi a termine e le eventuali stabilizzazioni, saranno regolate, per il settore scolastico, dalle disposizioni racchiuse in questa legge.

⁹⁴ I meccanismi previsti dalla legge 124/1999 sono stati ritenuti idonei dalla Corte Costituzionale nella sentenza 187/2016.

Per concludere l'excursus delle disposizioni applicabili, bisogna citare l'art. 55 del D.lgs. 81/2015 denominato "*abrogazioni e norme transitorie*" nel quale è fatta salva la vigenza dell'art. 9, comma 28, d. l. 78/2010 che prevede la possibilità "*per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le agenzie fiscali (...), gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni e integrazioni, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura*" di "*avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009*" fermo quanto previsto "*dagli articoli 7, comma 6, e 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*". Con questa disposizione, il lavoratore coglie l'occasione per ribadire il contenimento della spesa per le pubbliche amministrazioni che vogliono assumere a tempo determinato, quasi a ribadire, ancora una volta, la centralità del contratto a tempo indeterminato e l'eccezionalità del termine⁹⁵.

8.1 La Riforma "Madia".

La pubblica amministrazione ed il settore del lavoro pubblico si trovano, infine, al centro di una nuova stagione di cambiamenti, inaugurati dall'emanazione della legge di delega al governo n. 124 del 2015 denominata Legge "Madia" per il cognome del Ministro per la semplificazione e la Pubblica amministrazione che l'ha approvata. Detta legge sarà l'intervento iniziale di un'articolata Riforma attuata tramite l'emanazione di una lunga serie di decreti⁹⁶: essa vuole collocarsi

⁹⁵ ZILLI A., "*Il lavoro flessibile nelle p.p. a.a. dopo il Jobs Act*", Vol. XVIII, Maggio-Agosto 2015, della rivista della rivista "Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni", Giuffrè Editore, 2015.

⁹⁶ D.lgs. 10/2016 (Taglialeggi); D.lgs. 97/2016; D.lgs. 116/2016; D.lgs. 126/2016; D.lgs. 127/2016; D.lgs. 169/2016; D.lgs. 171/2016; D.lgs. 174/2016; D.lgs. 175/2016; D.lgs. 177/2016; D.lgs. 179/2016; D.lgs. 218/2016; D.lgs. 222/2016; D.P.R. 219/2016; D.lgs. 43/2017; D.lgs. 74/2017; D.lgs. 75/2017; D.lgs. 95/2017; D.lgs. 97/2017; D.lgs. 98/2017; D.lgs. 217/2017; D.lgs. 228/2017; D.lgs. 232/2017.

esattamente a metà strada tra le esigenze di riduzione dei costi e quelle di semplificazione e contrasto ai fenomeni di malaffare negli uffici pubblici.

La Legge di Delega è stata anche oggetto di giudizio costituzionale, in particolare con la sentenza di tipo manipolativo n. 251, depositata il 25 novembre 2016, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittime diverse sue disposizioni: gli artt. 11, comma 1, e 17, comma 1, nella parte in cui prevedono che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previa acquisizione del parere reso in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni; gli artt. 18 e 19, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, commi 1 e 4, della medesima legge n. 124 del 2015, prevedono che i decreti legislativi attuativi siano adottati previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata.

Il Decreto legislativo che prevede un intervento sulla disciplina del tempo determinato, risulta di emanazione successiva alla data della sentenza, per cui dovrebbe essersi adattato alle “istruzioni” fornite dalla Corte Costituzionale. Siamo infatti parlando del D.lgs. 25 Maggio 2017 n. 75, recante *“Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”*, la cui adozione è stata preceduta dall'accordo siglato dalla Ministra Madia e i principali sindacati del pubblico impiego, vale a dire CGIL, CISL e UIL, in data 30 Novembre 2016.

L'art. 9 del Decreto Lgs. n.75 del 2017 modifica l'art.36 del D,lgs. 165/2001, rubricato precedentemente *“Utilizzo di contratti di lavoro flessibile”* in attuazione del criterio di delega di cui all'art.17, comma 1, lett. o) della Legge n.124/2015 che prevede di disciplinare le forme di lavoro flessibile, *“con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro pubblico, anche al fine di prevenire il precariato”* al fine di allinearne la regolamentazione con quelle individuate nel D.Lgs. 81/2015.

Di fatto, l'obiettivo non sembra sia stato raggiunto appieno poiché l'articolo individua sì le fattispecie di lavoro flessibile consentite alle pubbliche amministrazioni, ma rinvia poi genericamente alle 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 preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche”*: ne deriva una regolamentazione *“ibrida”* di queste tipologie contrattuali la cui disciplina è dettata congiuntamente dall'art. 36 D.lgs. 165/2001 e dalle disposizioni del D.Lgs. 81/2015 per quanto compatibili con la specialità del rapporto di pubblico impiego, con le consuete e inevitabili complicazioni in punto di ricostruzione sistematica della disciplina.

Ma vediamo in cosa si sostanziano le modifiche apportate dal D.lgs 75/2017. In Primis, viene modificata la rubrica dell'art. 36, che diventa *“Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile”*. Il primo comma resta immutato, continuandosi ad affermare la regola del tempo indeterminato e la necessità delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35 del medesimo decreto. Il secondo comma definisce le tipologie di contratti flessibili di cui l'amministrazione può servirsi, continuando a ribadire la necessità della presenza di comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale. Le tipologie sono: il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, i contratti di formazione e lavoro, la somministrazione a tempo determinato e le 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 preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche”*. Un'importanza fondamentale ha la modifica che, sempre al secondo comma, prevede la riappropriazione da parte della fonte legislativa, della disciplina della materia dei contratti flessibili a differenza del testo precedente che la affidava alla contrattazione collettiva. Nello specifico, per la disciplina del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e per il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato il nuovo comma 2 dell'art. 36 rinvia alla regolamentazione dettata in via generale dal D Lgs. 81/2015 con alcune deroghe ed eccezioni. In particolare, per quel che riguarda i contratti a

tempo determinato il diritto di precedenza si applica al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo (ex art 35, c. 1, lett. b), come già sottolineato in precedenza⁹⁷.

Il comma 3 viene totalmente riscritto, e, sempre nell'ottica di combattere gli abusi nell'utilizzo di queste tipologie contrattuali si prevede che le amministrazioni redigano, previa informazione alle organizzazioni sindacali tramite invio all'Osservatorio paritetico incardinato presso l'ARAN, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate. Il rapporto deve essere redatto sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione e deve essere trasmesso entro il 31 gennaio di ciascun anno ai nuclei di valutazione, agli organismi indipendenti di valutazione e al Dipartimento della funzione pubblica che a sua volta redige una relazione annuale al Parlamento.

Il quadro normativo dettato dall'art.36 del D.Lgs. 165/2001, integrato e modificato D.Lgs. n.75/2017, si completa con la conferma del comma 5, il quale 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”*; con l'abrogazione dei commi 5-bis e 5-ter che contengono riferimenti a disposizioni abrogate⁹⁸ dal più volte richiamato D.Lgs. 81/2015 e con la *nullità* dei contratti di lavoro (non più solo quelli a tempo determinato) posti in essere in violazione del nuovo articolo 36 del D.Lgs. 165/2001. Infine, il nuovo comma 5-quinquies precisa che la disciplina del lavoro flessibile di cui all'art. 36, fatto salvo il comma 5, (secondo cui, come si è visto, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato) non si applica al

⁹⁷ Paragrafo 8, Capitolo 2.

⁹⁸ Le disposizioni abrogate sono quelle del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica mentre per gli enti di ricerca pubblici, rimane fermo quanto stabilito dal Decreto legislativo n. 218 del 2016 “*Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca ai sensi dell'articolo 13 della legge 7 agosto 2015, n. 124*”.

Il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili resta comunque vietato nelle amministrazioni che procedono al riassorbimento dei precari attuando il piano triennale disciplinato all’art. 20 del decreto n. 75/2017.

8.1.1 L’art. 20 D.lgs. 75/2017.

Proprio la disposizione appena citata risulta di particolare interesse riguardo alle problematiche collegate ai contratti a tempo determinato, in particolare al quadro delle stabilizzazioni dei precari. L’art. 20 D.lgs. 75/2017 introduce una disciplina, di natura transitoria, finalizzata alla stabilizzazione del personale precario attraverso una valorizzazione delle “*professionalità da tempo maturate e poste al servizio delle Pubbliche Amministrazioni*”. Le nuove disposizioni produrranno i propri effetti solamente per il triennio 2018-2020.

La norma prevede due distinte modalità esperibili per la stabilizzazione dell’attuale personale precario non dirigenziale. Al comma 1 viene prevista la diretta assunzione dei dipendenti a tempo determinato in possesso di specifici requisiti previsti dallo stesso art. 20, vale a dire chi sia in servizio, successivamente alla data del 28 Agosto 2015⁹⁹, anche per un solo giorno, con contratti a tempo determinato presso l’amministrazione che procede all’assunzione; chi sia stato già selezionato dalla medesima amministrazione con procedure concorsuali in relazione alle medesime attività svolte, “*intese come mansioni dell’area o*

⁹⁹ Data di entrata in vigore della Legge n. 124/15.

categoria professionale di appartenenza”¹⁰⁰, e chi abbia maturato, entro il 31 Dicembre 2017, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, alle dipendenze dell’amministrazione che procede all’assunzione. Il comma 2 prevede l’indizione di concorsi riservati per il 50% a soggetti che abbiano prestato servizio mediante forme di lavoro flessibile i cui contratti presentino le seguenti caratteristiche: risultino alle dipendenze dell’Amministrazione che bandisce il concorso alla data del 25 Agosto 2015; al 31 dicembre 2017 abbiano maturato almeno 3 anni di durata, anche non continuativi, negli ultimi otto anni presso l’Amministrazione che procede all’assunzione.

Per esplicita previsione normativa sono esclusi, dalla possibilità di stabilizzazione, i lavoratori che hanno svolto le proprie attività presso le Pubbliche Amministrazioni mediante contratto di somministrazione.

In base al tenore letterale delle disposizioni contenute nell’art. 20 appare evidente che l’attivazione delle procedure di stabilizzazione a favore di personale precario, in possesso dei requisiti previsti dalla legge, non costituisce, per le Pubbliche Amministrazioni, un obbligo bensì una mera facoltà. Pertanto, i dipendenti interessati non possono vantare, nei confronti degli Enti presso i quali sono stati impiegati con forme di lavoro flessibile, alcun diritto alla stabilizzazione, risultando titolari di una posizione di mera aspettativa di fatto. Le Amministrazioni inoltre possono esercitare tale facoltà *“solo qualora ricorrano effettive esigenze funzionali dell’Ente e, comunque, nel rispetto dei principi generali in materia di programmazione del fabbisogno e di dotazione organica ai sensi dell’art. 35, comma 4, del D.lgs. n. 165/01”*¹⁰¹.

L’immissione in ruolo del personale precario non è l’effetto automatico delle disposizioni di legge che disciplinano la procedura di stabilizzazione, bensì l’effetto di un’attività di tipo discrezionale che deve necessariamente essere posta in essere dall’Amministrazione interessata. Ai fini dell’applicazione della disposizioni in commento, appare opportuno ricordare che, *“vertendosi in tema di*

¹⁰⁰ Circolare n. 3/2017, pag. 4, del Ministero della Semplificazione e della Pubblica Amministrazione.

¹⁰¹ Circolare n. 3/2017, Pag. 6, del Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione.

processo di stabilizzazione del personale precario, la relativa normativa, in quanto dettata sia pure in parziale deroga al principio costituzionale del pubblico concorso per accedere ai pubblici uffici, deve considerarsi di stretta interpretazione ed applicazione, né può essere interpretata alla luce di pretesi significati impliciti od inespressi, bensì secondo il significato evincibile dal tenore letterale della parole e dalla loro connessione”¹⁰².

Per quanto riguarda la giurisdizione delle procedure inerenti alle stabilizzazioni, il Giudice ordinario sarà competente riguardo a quelle di diretta assunzione dei dipendenti a tempo determinato in possesso di specifici requisiti (art. 20, comma 1, del Dlgs. n. 75/17), mentre il Giudice amministrativo in relazione ai concorsi riservati a soggetti che abbiano prestato servizio mediante forme di lavoro flessibile (art. 20, comma 2, del Dlgs. n. 75/17).

Al fine di poter ricorrere allo strumento delle stabilizzazioni è necessario, ai sensi del comma 4 dell’art. 20 del D.lgs. n. 75/17, che le Amministrazioni abbiano rispettato nel quinquennio 2012-2016 i vincoli di finanza pubblica e ciò deve essere garantito per tutto il periodo indicato dalla norma: basta un singolo sfioramento per precluderne la possibilità.

8.2 Il Decreto Dignità: un passo indietro per l’omologazione tra lavoro pubblico e privato.

Per concludere la lunga e travagliata storia del contratto a tempo determinato, bisogna necessariamente citare l’intervento che, da ultimo è intervenuto nell’ambito in esame. Stiamo parlando del d. l. 87/2018, convertito in l. 96/2018, meglio conosciuto con la denominazione “Decreto Dignità”, un intervento che ha influito su diversi aspetti della normativa relativa ai contratti a tempo determinato contenuta nel D.lgs. 81/2015.

La particolarità di queste norme sta nel fatto che, il legislatore, dopo aver

¹⁰² Circolare n. 3/2017, Pag. 7, del Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione.

modificato alcune delle norme del suddetto D.lgs. 81/2015, ha precisato, nell'art.1, che tali disposizioni non trovano applicazione per la pubblica amministrazione, alla quale “*continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto*”. Ciò ha comportato che, nonostante gli art. 1 sul contratto a tempo determinato, 2 sul contratto di somministrazione e 3 sul regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, del d. l. 87/2018 abbiano previsto la sostituzione di alcune norme del D.lgs. 81/2015, deve registrarsi la contemporanea vigenza di differenti testi normativi, in quanto alla pubblica amministrazione continuano ad applicarsi, riguardo ai contratti a tempo determinato, le disposizioni del D.lgs. 81/2015 nel testo precedente alle modifiche apportate dal *Decreto Dignità*.

Esistono, insomma, due testi degli artt. 19, 21 e 28 del D.lgs. 81/2015: uno originario applicabile ai rapporti di lavoro pubblico e uno, modificato, applicabile al rapporto di lavoro privato, con conseguente sovrapposizione di medesime disposizioni normative, contenenti testi differenti.

In particolare, possiamo notare come il testo modificato preveda, all'art. 19, un abbassamento del limite di durata complessivo da 36 a 24 mesi del contratto a tempo determinato, applicabile per il lavoro nell'impresa ma non per il lavoro pubblico per il quale il tetto resta fermo a 36. Delle modifiche sono intervenute anche per l'art. 28, in tema di impugnazione del termine illegittimamente apposto al contratto: da 120 giorni, si è passati a 180 giorni per manifestare, con atto scritto, la volontà di contestarne la validità. Anche in questo caso, per le pubbliche amministrazioni, resta fermo il termine di 120 giorni. Per quel che riguarda l'art. 21, infine, bisogna specificare che il numero di proroghe possibili, si abbassa a quattro, sempre nel rispetto del limite dei 24 mesi, per il settore privato in quanto il primo comma rinvia al nuovo art. 19, comma 1, del medesimo decreto. Come si è più volte ribadito, restando valida la disciplina al netto delle modifiche apportate dal D.lgs. 87/2018, per il lavoro pubblico si manterrà il limite delle 5 proroghe

possibili, in un tetto massimo di durata di 36 mesi.¹⁰³

¹⁰³ AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *“Il Lavoro Pubblico”*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

CAPITOLO 3

Il regime sanzionatorio per l'abusiva reiterazione di contratti a termine nel lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni tra giurisprudenza interna e comunitaria.

1. Premessa.

Il fenomeno del precariato nel pubblico impiego ha dato origine ad un vasto contenzioso nazionale e sovranazionale avente ad oggetto l'abusiva reiterazione di contratti a termine e le eventuali conseguenze relative all'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro. Spesso, infatti, le assunzioni a termine hanno di fatto costituito un vero e proprio sistema parallelo di reclutamento del personale, utilizzato per eludere il principio del concorso pubblico, il rispetto delle dotazioni organiche ed i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica.

Il problema è stato oggetto di una nutrita costellazione di provvedimenti giurisdizionali che, con sempre più assiduità nell'arco dell'ultimo ventennio, si sono susseguiti ed occupati della materia. Infatti, sul punto si sono registrati un importante, ancorché datato, intervento della Corte Costituzionale, svariate pronunce di tribunali, corti di merito e di legittimità, nonché circa una decina di sentenze significative della Corte di Giustizia¹⁰⁴.

Non può, peraltro, trascurarsi che, anche sotto il profilo legislativo, detta questione si presenta connotata da grande attualità, atteso che tra gli obiettivi del

¹⁰⁴ DE LUCA M., "Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego", in *Lavoro e giur.*, 2016, 2.

d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (Riforma Madia) si riscontra anche quello di ridurre il precariato nella Pubblica Amministrazione, sia attraverso la stabilizzazione di dipendenti in possesso di almeno tre anni di anzianità di servizio, anche non continuativi negli ultimi otto, sia ricorrendo a procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, ai precari della Pubblica Amministrazione.

L'elemento che è stato maggiormente dibattuto nel largo contenzioso creatosi, riguarda le conseguenze dell'abuso di contratti a termine e le diversità esistenti al riguardo tra il settore pubblico e quello privato.

La differenza fondamentale emerge, come più volte sottolineato nella trattazione, dalla lettura dell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel quale si stabilisce che *“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”*.

In sintesi, mentre per i lavoratori privati è prevista la possibilità della trasformazione del contratto in contratto a tempo indeterminato, oltre alla corresponsione, a titolo risarcitorio di un'indennità parametrata alle retribuzioni (art. 32, commi 5 e 7, della l. 183/2010 e oggi art. 28 del d.lgs. n. 81 del 2015), ciò non accade per i lavoratori del settore pubblico.

Questa differenza di trattamento del lavoro pubblico rispetto a quello alle dipendenze di privati deriva principalmente dalla diversità di disciplina, rispettivamente applicabile nei due suddetti macro-settori, in materia di modalità di assunzione del personale, diversità principalmente incentrata sulla estraneità all'impiego privato del pubblico concorso, principio cardine del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sancito dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione.

Il pubblico concorso in quanto metodo che offre le migliori garanzie di selezione dei più capaci è *“un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'Amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora*

*le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi ragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione"*¹⁰⁵

Del resto, nonostante la riforma, tra il lavoro privato e quello pubblico, contrattualizzato o non, restano fisiologicamente notevoli differenze che ruotano principalmente sulle diverse individualità e caratteristiche dei datori di lavoro e sui loro differenti obiettivi, sicché può dirsi che anche il lavoro pubblico "contrattualizzato" comunque non è stato realmente privatizzato.

Questo, del resto risulta indirettamente confermato anche dall'art. 1, comma 3, del d. l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 (c.d. "*Decreto dignità*") che ha escluso i contratti di lavoro stipulati dalle Pubbliche Amministrazioni dalle disposizioni da esso introdotte in materia di contratti di lavoro a tempo determinato¹⁰⁶, di esonero contributivo per favorire l'occupazione giovanile e di somministrazione di lavoro¹⁰⁷.

2. Il regime attuale.

La norma di riferimento per il sistema sanzionatorio del contratto a termine dei dipendenti della Pubblica Amministrazione è rappresentata dall'art. 36, comma 5, D.lgs. 165/2001. Essa costituisce l'espressione di un principio generale, basato sull'art. 97 Cost., che caratterizza tutta la disciplina del pubblico impiego privatizzato, il quale esclude che dalla violazione di norme riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte di pubbliche amministrazioni possa derivare la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Le ragioni

¹⁰⁵ C. Cost 16 Maggio 2002, n. 194.

¹⁰⁶ Vedi nel dettaglio paragrafo 8.2, Capitolo 3.

¹⁰⁷ TRIA L., "*Contratti di lavoro a termine e rimedi: lo stato dell'arte nella giurisprudenza di legittimità*", n. 2/2019 della rivista "Lavoro Diritti Europa", Guerini next, 2019.

di questa esclusione sono sicuramente da ascrivere al valore che assume, nel settore pubblico, la tutela dell'organizzazione dell'amministrazione, essendo l'attività di quest'ultima determinante per la realizzazione dell'interesse pubblico che non consente l'applicazione, in materia di assunzioni flessibili, delle tecniche di tutela dei diritti del lavoratore comunemente utilizzate nel settore privato.¹⁰⁸

La tutela del lavoratore resta improntata a quanto assicurato dall'art. 2126 c.c. ed al "*risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*".

Infatti, analizzando il d.lgs. 81 del 2015, vediamo che la suddetta conversione è prevista per i contratti a termine di lavoro privato, nel caso di prosecuzione di fatto del lavoro oltre il termine, per le riassunzioni a termine che non hanno rispettato l'intervallo prescritto, per il superamento del limite massimo complessivo, fissato in 24 mesi dal decreto dignità¹⁰⁹, e in caso di mancato rispetto delle condizioni legittimanti l'ulteriore contratto. Nonostante il lavoro pubblico rientri nel campo di applicazione sia della Direttiva 99/70/CE e del D.lgs. 81/2015, tali regole di trasformazione del contratto sono esplicitamente escluse per la necessaria salvaguardia del concorso.

In tutte le ipotesi di accertata illegittimità del contratto a termine, il lavoratore può, dunque, chiedere esclusivamente il risarcimento del danno. I casi in cui ciò è previsto sono: l'asserita assenza di forma scritta del contratto, la mancata indicazione o la genericità o l'insussistenza della causale giustificativa; la prosecuzione di fatto del lavoro oltre il termine pattuito; il superamento del limite massimo complessivo dei 36 mesi; la riassunzione a termine senza il rispetto degli intervalli prescritti; l'illecita reiterazione, mediante proroga o rinnovo anche di rapporti che, sebbene formalmente qualificati di collaborazione, si siano svolti nelle forme tipiche del lavoro subordinato.

¹⁰⁸ FIORILLO L., "*Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale*", Cap. 17 di "Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

¹⁰⁹ Come già specificato, tale abbassamento, da 36 a 24 mesi per il limite massimo, non si estende al pubblico impiego essendo, quest'ultimo escluso dall'applicazione del "*Decreto dignità*".

Con riguardo alla quantificazione del danno nel caso di abusiva reiterazione di contratti a termine, dopo un lunghissimo contenzioso giurisprudenziale che sarà descritto nel seguito del capitolo, la Corte di Cassazione ha affermato, nella sua sentenza pronunciata a Sezioni Unite il 15 Marzo del 2016, che essa andrà parametrata al criterio dettato dall'art. 32, comma 5, l. 183/2010, oggi trasposto nell'art. 28, commi 2 e 3, della l. 81/2015, così com'è stato interpretato autenticamente dalla l. 92/2012: l'indennità sarà esaustiva di tutti i danni, retributivi e contributivi, subiti dal lavoratore nei periodi , ripetuti di allontanamento dal lavoro per effetto dell'indebita frammentazione del rapporto, mentre, con riferimento ai periodi lavorati, il lavoratore ha diritto ad essere regolarmente retribuito.¹¹⁰ Essa potrà essere concessa nella misura compresa 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. 604/1966, cioè avendo riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità del prestatore di lavoro e al comportamento e alle condizioni delle parti.¹¹¹

L'illegittimità dell'apposizione del termine andrà verificata in relazione a ciascuno dei contratti oggetto dell'impugnativa giudiziale, anche per gli effetti che possono derivare da detto accertamento in relazione al riconoscimento e alla quantificazione del danno risarcibile ex art. 36, comma 5, D.lgs. 165/2001.

L'indennità di cui si parla, rappresenta una sorta di “penale” stabilita dalla legge a carico del datore di lavoro per la nullità del termine apposto al contratto e determinata dal giudice nei limiti e con i criteri dettati dalla legge, a prescindere sia dall'esistenza del danno effettivamente subito dal lavoratore, in quanto quest'ultimo è esonerato da ogni onere probatorio a riguardo, sia dalla messa in mora del datore di lavoro, sia dalla detrazione di un eventuale “*aliunde*

¹¹⁰ CC SL, 2 Luglio 2018 n. 17248.

¹¹¹ FIORILLO L., “*Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale*”, Cap. 17 di “*Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

perceptum". Tale risarcimento, infatti ha carattere "onnicomprendivo" di ogni danno subito per effetto della nullità del termine, nel frangente di tempo che va dalla scadenza dello stesso alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione del rapporto.¹¹²

L'indennità in questione, pur avendo funzione risarcitoria, rientra tra i crediti di lavoro, e su di essa spetteranno la rivalutazione monetaria e gli interessi legali, ai sensi dell'art. 429 c. p. c., dalla data della pronuncia giudiziaria dichiarativa dell'illegittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro subordinato. La quantificazione del risarcimento è censurabile in sede di legittimità in quanto essa spetta al giudice di merito, del tutto analogamente a quanto accade per l'indennità concessa ai sensi dell'art. 8, l. 604/1966, in quanto quest'ultimo criterio è richiamato dallo stesso art. 32, l. 183/2010.

Inoltre, nelle ipotesi di reiterazione illegittima dei contratti a termine, è stato altresì affermato che le procedure di stabilizzazione e di assunzione in ruolo previste dal legislatore, costituiscono una misura ritenuta equivalente e idonea a sanzionare l'abuso, in piena compatibilità con quanto prescritto dal diritto dell'Unione Europea. Le suddette procedure, infatti, permettono al danneggiato di ottenere il medesimo "bene della vita" per il quale agirebbe giudizialmente, senza preclusioni per la risarcibilità di danni ulteriori e diversi, in questo caso, però, senza alcuna agevolazione sul piano del regime probatorio.¹¹³

2.1 La responsabilità per l'uso illegittimo dei contratti a termine.

Il modello sanzionatorio, oltre ad apprestare una tutela diretta nei confronti del lavoratore illegittimamente assunto a termine, si caratterizza per ulteriori principi, che fanno da corollario a quello risarcitorio appena illustrato, con effetti fortemente deterrenti sulla stipulazione di contratti invalidi.

¹¹² CC SL, 10 Luglio 2015 n. 14461.

¹¹³ CC SL, 3 Luglio 2017, n. 16336.

In combinato disposto con la regola, di carattere più generale, sancita dal terzo comma dell'art. 36, che, al dichiarato scopo di combattere gli abusi, impone alle amministrazioni di adottare la procedura di comunicazione delle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, prevedendo altresì che ad eventuali irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile debba conseguire l'impossibilità di erogazione della retribuzione di risultato in favore dei dirigenti responsabili, si colloca la seconda parte del quinto comma della stessa norma che fissa alcuni punti fermi in tema di responsabilità del personale pubblico che, in ragione delle funzioni ricoperte, ha violato disposizioni imperative riguardanti «*l'assunzione o l'impiego*» di personale assunto a termine.¹¹⁴

Il primo dei suddetti principi rimarca la persistenza di «*ogni responsabilità e sanzione*», il secondo impone alle amministrazioni l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili, il terzo, innovando rispetto alla originaria formulazione dell'art. 36, investe di una ulteriore ed autonoma responsabilità il dirigente pubblico che, nel dar corso ad un contratto a termine, violi quanto disposto dalla norma in esame: una triplice forma di reazione che le amministrazioni sono chiamate ad adottare, una di carattere generale, le altre due, più specifiche, riguardanti la posizione del dirigente.

La prima si sostanzia in una imputazione di responsabilità a tutto campo 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. Le conseguenze di tale responsabilità sono anche di natura disciplinare e possono comportare, in presenza di comprovate e gravi mancanze, anche una sanzione di tipo espulsivo.

¹¹⁴ FIORILLO L., "Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale", Cap. 17 di "Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

La formula utilizzata dal legislatore, collegata a quella contenuta nell'art. 55, comma 1, d.lgs. n.165/2001, consente di attribuire al dipendente anche una responsabilità amministrativa per danno erariale azionata dalla Corte dei Conti.¹¹⁵

La seconda forma di responsabilità che grava direttamente sui dirigenti, si ha in presenza di due condizioni: il riconoscimento di un risarcimento del danno in capo al dipendente e conseguente pagamento dello stesso da parte dell'amministrazione; comportamento doloso o affetto da colpa grave del dirigente che ha disposto l'assunzione o l'impiego illegittimo.

Si configura, infatti, un'ipotesi tipica di responsabilità contrattuale, di conseguenza l'azione che l'amministrazione è obbligata ad esercitare rappresenta una vera e propria azione di regresso nei confronti del dirigente il quale, se ha operato con dolo o colpa grave, è tenuto a restituire all'amministrazione l'intera somma che quest'ultima ha dovuto erogare a seguito dell'accertato, e riconosciuto, danno in capo al lavoratore assunto in modo illegittimo.

A questo proposito è stato anche affermato che *“la richiamata responsabilità patrimoniale non può riguardare solo quanto corrisposto come risarcimento del danno, ma anche gli importi versati per le retribuzioni”*. Il principio deve comunque essere letto alla luce dell'effettivo danno subito: nel caso in cui la prestazione lavorativa sia stata eseguita, ricevuta utilmente dall'amministrazione e conseguentemente retribuita, non si ritiene che il dirigente, una volta accertata la sua responsabilità nella stipulazione di un contratto invalido, sia tenuto a rifondere anche la retribuzione percepita dal dipendente.

Questa seconda fattispecie di responsabilità, molto più incisiva sul piano strettamente economico rispetto a quella amministrativa, non opera nei confronti

¹¹⁵ Si tratta di una forma di responsabilità particolarmente incisiva, con riferimento alla fattispecie esaminata nel testo, essendo mutata, in virtù della giurisprudenza della Corte dei Conti, la sua originaria funzione reintegrativo-risarcitoria in una indennitaria-sanzionatoria.

del dirigente ogni qual volta il dipendente interessato venga risarcito del danno subito.¹¹⁶

Il legislatore ha limitato la responsabilità del dirigente ai casi di dolo e colpa grave. La qualificazione del dolo non presenta problemi particolari: si tratta dell'ipotesi in cui il soggetto abbia previsto e voluto il danno erariale come conseguenza della propria azione od omissione, secondo la nozione generale delineata dall'art.43 c.p. Per la identificazione del concetto di colpa grave un valido aiuto è rinvenibile nella elaborazione offerta in materia 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 all'agente e dalla sua personale preparazione professionale nel settore al quale è preposto”*¹¹⁷; sempre la Corte precisa 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 normale diligenza del bonus pater familias, bensì di quella particolare diligenza occorrente con riguardo alla natura e alle caratteristiche di una specifica attività”*¹¹⁸. Lo stesso giudice evidenzia poi che tale colpa si configura quando l'agente è in grado di prevedere l'evento dannoso. Significativo sotto questo profilo il principio, ormai fatto proprio dalla Corte dei Conti, per il quale tale forma di colpa *“si sostanzia in un comportamento caratterizzato dalla volontarietà degli atti posti in essere, nonché dalla negligenza, la quale a sua volta potrà consistere in una straordinaria deficienza volitiva che rilevi il disprezzo dei doveri di comportamento più elementari”*¹¹⁹.

¹¹⁶ FIORILLO L., *“Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”*, Cap. 17 di *“Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

¹¹⁷ C. Conti, sez. giur. Reg. Sicilia 16.7.1997, in GAS, 1997, 893; C. Conti, sez. giur. Reg. Trentino 21.04.2008 n. 21; C. Conti, sez. giur. Reg. Calabria 27.4.2006 n. 369; C. Conti, sez. giur. centr. d'appello 29.01.2004 n. 59.

¹¹⁸ C. Conti sez. giur. reg. Veneto 6 giugno 2005 n. 896 in Foro amm. TAR 2005, 7/8, 2627.

¹¹⁹ C. Conti, sez. giur. Reg. Toscana, 16.6.1996, 379 in RCC, 1996, 137; C. conti, sez. giur. reg. Abruzzo,

Possiamo quindi affermare che questa particolare forma di responsabilità, non costituisce un ordinario criterio di valutazione del comportamento del dirigente, ma intende colpire quelle condotte caratterizzate da una sostanziale consapevolezza di porre in essere atti palesemente illegittimi e contrari ai principi di buona amministrazione.

Non è escluso che le due tipologie di responsabilità appena delineate possano concorrere tra di loro essendo, la prima, azionabile d'ufficio dalla Procura della Corte dei Conti e, la seconda, attivata *ope legis* dall'amministrazione al fine di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento.¹²⁰

La terza tipologia di responsabilità investe direttamente il rapporto di lavoro del dirigente, si aggiunge a quella di tipo pecuniario ed è assoggetta alla disciplina prevista dall'art. 21 d.lgs. n. 165/2001 e dall'art. 5 d.lgs. n. 286/1999.

A ben vedere si tratta di una specificazione del più generale principio già fissato dallo stesso comma in esame nella parte in cui fa salva «*ogni responsabilità e sanzione*» a fronte di un uso illegittimo degli strumenti di flessibilità messi a disposizione dallo stesso art. 36 ; tuttavia quella che potrebbe ritenersi una inutile ripetizione può contribuire in modo significativo ad indirizzare le pubbliche amministrazioni verso un uso corretto e non inflazionato degli strumenti di flessibilità in entrata.

Il richiamo esplicito all'art. 5 del d.lgs. n. 286/1999, e soprattutto all' art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, con riferimento all'uso, da parte del dirigente, del contratto a tempo determinato, comporta una valutazione molto incisiva in ordine al suo operato. Un ricorso illegittimo al contratto a tempo determinato da parte del dirigente, non solo incide sull'apprezzamento delle sue prestazioni e competenze organizzative che il datore di lavoro pubblico è chiamato ad effettuare con cadenza annuale, ai sensi dell'art. 5 cit., ma acquista una sua specifica rilevanza ai fini del

18.07.2006, n. 462 in Riv. corte conti, 2006, 4, 114; C. Conti, sez. II giur. Centr., 17.7.2000 n. 246 in Riv. corte conti, 2000, 5, 83.

¹²⁰ FIORILLO L., “*Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale*”, Cap. 17 di “*Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

rinnovo dell'incarico dirigenziale, della sua eventuale revoca e della conservazione del posto di lavoro, ai sensi dell'art. 21 cit. richiamo a quest'ultima norma riveste un particolare significato. La gestione della flessibilità in entrata rientra tra le materie oggetto della responsabilità dirigenziale così come tipizzata dall'art. 21 che ha introdotto, accanto alla responsabilità disciplinare, una ulteriore tipologia che tiene conto dei profili fiduciari e di reciproco affidamento tra datore e prestatore di lavoro e utilizza come parametri di valutazione il raggiungimento o meno degli obiettivi e l'osservanza o meno delle direttive imputabili al dirigente.

Tale tipo di responsabilità *“trascende dal comportamento colposo dell'agente concentrandosi piuttosto sui risultati complessivi prodotti sull'organizzazione dell'ufficio cui il dirigente è preposto”*⁹³ e, di conseguenza, applicata alla flessibilità in entrata, ne impone una attenta ed oculata gestione e ciò soprattutto per le conseguenze sanzionatorie previste sempre dall'art. 21 cit.¹²¹

Sotto questo profilo la norma prevede una gradualità delle sanzioni in relazione alla *«gravità dei casi»* che, in aggiunta alla decurtazione della retribuzione di risultato, comunque comminata dall'art. 36, comma 5-quater, D.lgs. 165/2001, prevista nell'ambito della responsabilità dirigenziale anche se tale sanzione trova problemi di inquadramento, in quanto non si riesce ad affermare con sicurezza se appartenga all'ambito di responsabilità appena citato, a quella disciplinare o, addirittura ad un *tertium genus*¹²², possono arrivare al mancato rinnovo dell'incarico dirigenziale, alla revoca dello stesso o, addirittura, alla risoluzione del rapporto di lavoro.

¹²¹ FIORILLO L., *“Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”*, Cap. 17 di *“Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

¹²² AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *“Il Lavoro Pubblico”*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

3. I principi affermati dalla corte di Giustizia UE, in attuazione della Direttiva 1999/70/CE.

Il tema del trattamento dei lavoratori e, in particolare, quello dei contratti a termine rappresenta un tema di centrale interesse per l'Unione europea. L'emanazione della direttiva 1999/70/CE, "*relativa all'accordo quadro CES, UNICE, CEEP sul lavoro a tempo determinato*", costituisce il primo intervento comunitario contenente la una compiuta regolazione del contratto a termine.

Preliminarmente, bisogna sottolineare che per costante giurisprudenza della CGUE, il carattere pubblico dell'ente datore di lavoro non incide sulla tutela di cui beneficia un lavoratore in base alla clausola 5 dell'accordo quadro. La direttiva 1999/70 e l'accordo quadro sono, infatti, applicabili anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le Amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico¹²³, poiché la clausola 3, punto 1 dell'accordo quadro, nel fornire la definizione della nozione di «lavoratori a tempo determinato» include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro¹²⁴.

A questa direttiva è stata data attuazione con il d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, la cui disciplina è stata molto contestata, poiché tale decreto avrebbe addirittura consentito un utilizzo indiscriminato del contratto a termine, attraverso un superamento dei principi restrittivi vigenti precedentemente in ambito nazionale. La direttiva e la sua disciplina attuativa sono stati oggetto di numerosi interventi della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia nonché della Corte di cassazione.

Le sentenze della Corte di Giustizia relative alla nostra normativa nazionale in materia sono molto numerose, ma non sono state indenni nemmeno legislazioni

¹²³ In tal senso, sentenze: C. Giust. 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, punto 54; C. Giust. 7 settembre 2006, *Vassallo*, C-180/04, punto 32.

¹²⁴ In tal senso, sentenze: C. Giust. del 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, punto 56; C. Giust. 26 novembre 2014, *Mascolo e a.*, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, punto 67; C. Giust. 14 settembre 2016, *Pérez López*, C-16/15, punto 24; C. Giust. 25 ottobre 2018, *Martina Sciotto*, C.-331/17, punto 43

di altri Paesi UE attuative della direttiva stessa: la prima delle sentenze emesse al riguardo, che ha dato vita al contenzioso sull'applicazione della Direttiva, è stata la famosa C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, Mangold, aveva ad oggetto la legislazione tedesca. In tale pronuncia, risultava che quest'ultima “*senza imporre altri requisiti, consentiva di stipulare senza limiti temporali un numero illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato consecutivi in assenza di una ragione obiettiva*”.¹²⁵

La maggior parte delle questioni pregiudiziali proposte dai giudici italiani hanno riguardato contratti a termine stipulati nel settore pubblico, con particolare riferimento alle sanzioni per l'abuso di successione di contratti a termine nel lavoro pubblico¹²⁶. Fin dalle prime sentenze la Corte di Giustizia ha affermato l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma la facoltà di scegliere le forme ed i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia di risultato della direttiva è rimessa al volere degli Stati. Alla luce della stessa giurisprudenza dell'Unione Europea, secondo la quale le misure per prevenire gli abusi e per reprimerli devono essere adeguate all'obiettivo di impedire l'uso ingiustificato dei contratti a termine e cancellare le conseguenze della violazione, spetta, comunque, al giudice nazionale la valutazione in merito all'effettiva equivalenza in concreto tra il risarcimento monetario e la misura sufficiente, effettiva e dissuasiva, richiesta dalla direttiva, per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro.

In definitiva, nelle sentenze che riguardano il nostro ambito di interesse, la Corte di Giustizia ha statuito, come principio generale, la compatibilità con i principi della direttiva, nel caso di contratti a termine stipulati al di fuori dei limiti, di un rimedio esclusivamente risarcitorio, purché questo presenti i caratteri dell'adeguatezza e della dissuasività.

¹²⁵ C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*.

¹²⁶ In particolare, sentenze: C. Giust. 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo*; C. Giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*.

In ambito di principi alla base della direttiva 99/77/CE, bisogna necessariamente citare la clausola di non regresso, secondo cui: «*L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso*» (clausola 8.3). Il significato di queste parole sta nell'evitare che la fase di recezione delle direttive sia l'occasione utile a vanificare gli scopi dell'armonizzazione, e della garanzia dell'effetto utile delle direttive, specie quando l'armonizzazione normativa fa perno sul principio di non discriminazione. Anche questa regola è stata molte volte citata¹²⁷, quale parametro interpretativo essenziale per la verifica della compatibilità della normativa italiana con quella comunitaria e, in un'ottica ancora più ampia, la correttezza del recepimento della Direttiva stessa.

Vediamo quindi, qual è il “cammino” che la giurisprudenza comunitaria e interna, ha percorso nell'attuazione e interpretazione della Direttiva.

4. La sentenza 89/2003 della Corte Costituzionale apre la strada all'infinito dibattito Giurisprudenziale tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia.

A seguito dell'emanazione della direttiva 99/70/CE, la Corte costituzionale è dovuta intervenire sulla valutazione della legittimità sulla nostra legislazione relativa al Pubblico impiego. In particolare, nella sentenza 89/2003 viene messa al vaglio della Consulta la norma relativa ai contratti flessibili stipulabili dalla Pubblica Amministrazione, vale a dire l'art. 36 D. Lgs. 165/2001. Tale disposizione, tuttavia, era già stata sottoposta al giudizio del Tribunale di Torino (Ordinanza 22 Gennaio 2001), il quale aveva ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale per irrilevanza nel caso in esame, essendo questo disciplinato da una normativa speciale.

¹²⁷ Ad esempio, risultano essere migliaia le sentenze sui contratti a tempo determinato di Poste Italiane, soprattutto quando si verteva in materia di primo e unico contratto a termine, che richiamano la clausola di non regresso.

Il Giudice di Pisa, ripropone la questione di legittimità sottolineando che il legislatore, nella riforma del pubblico impiego, si era basato sull'idea che, per migliorare l'efficienza della Pubblica Amministrazione, occorresse mutuare il modello del lavoro privato, prevedendo contratti individuali di lavoro in sostituzione dell'atto di nomina. Sempre il legislatore, tuttavia, continuava ad escludere la possibilità di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nel caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione e l'impiego di lavoratori. Questa differenza non di poco conto, ha portato il giudice rimettente a dubitare della legittimità costituzionale del suddetto art. 36 D. Lgs 165/2001 in relazione agli artt. 97 e 3 Cost. ed a ritenere che una tale disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati non fosse coerente con il nuovo assetto delineatosi con la privatizzazione del pubblico impiego, aggiungendo che sarebbe interesse della Pubblica Amministrazione escludere ogni forma di precariato, al fine di dare attuazione al principio di buon andamento della stessa. A giudizio del tribunale di Pisa, infine, il divieto di conversione del contratto a termine, consentirebbe al datore di lavoro pubblico un uso smisurato di tale tipologia contrattuale.

La corte Costituzionale ha deciso nel senso dell'infondatezza della questione di costituzionalità prospettata. In primis, la Consulta propende ancora per la non totale assimilazione del rapporto di lavoro pubblico e privato, anche a seguito della "Privatizzazione", basandosi soprattutto sull'esistenza del principio fondamentale del pubblico impiego "*del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione*". Alla luce di tale norma si giustifica la conseguenza che alla violazione di norme imperative corrispondano solo rimedi di carattere risarcitorio e non la conversione del rapporto. Le eccezioni al principio concorsuale, sono rimesse alla discrezionalità del legislatore, il quale deve rispettare i soli confini della non manifesta irragionevolezza, ma non ha alcun obbligo di uniformarsi alla disciplina del settore privato. Anche riguardo alla rispondenza di misure di stabilizzazione dei precari al principio di buon andamento, prospettata dal giudice

rimettente, la Consulta trova un argomento contrario nella stessa norma costituzionale *“laddove questa individua appunto, nel concorso lo strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza della pubblica Amministrazione”*.

In sostanza, la Corte Costituzionale, giustifica la disomogeneità tra i due macro-settori, basandosi sull'unica argomentazione, inerente al momento genetico del rapporto, della necessità del pubblico concorso per la scelta del personale da assumere presso la Pubblica Amministrazione. Essa legittima l'inesistenza della conversione come sanzione per la nullità del contratto a termine e la conseguente diversità di disciplina con il settore privato.¹²⁸ In sostanza la Corte ha sostenuto la piena conformità dell'art. 36 D.lgs. 165/2001 ai principi costituzionali: nello specifico la Corte, investita dalla questione *“della compatibilità di una speciale regolamentazione riservata al lavoro pubblico con il modello privatistico adottato”* ha osservato come *“l'unico elemento distonico di una disciplina della flessibilità per il resto comune al pubblico e privato”* fosse perfettamente conforme ai principi costituzionali degli artt. 3 e 97, in considerazione della non *“omogeneità”* dei due regimi dovuta *“al profilo genetico del rapporto”*.¹²⁹

Possiamo dire che dalla pronuncia della Corte traspariva la finalità di non incorrere in favoritismi ed assunzioni clientelari mediante l'uso illegittimo del contratto a tempo determinato che consenta l'instaurazione di rapporti *“stabili”* senza il rispetto del principio del pubblico concorso sancito all'art. 97 Cost.

Tuttavia, le perplessità rispetto alla validità di questa pronuncia si riscontravano sia in fatto, in quanto il principio del pubblico concorso non aveva né valenza pratica né valenza teorica rispetto all'accaduto in sé, sia rispetto all'invasione che era stata fatta nel campo interpretativo appartenente alla Corte di

¹²⁸ GRECO M. G., *“La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego supera il vaglio di costituzionalità”*, Vol. VI, Marzo-Aprile 2003, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2003.

¹²⁹ MILITELLO M. G., *“Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine”*, Vol. X, Novembre-Dicembre 2007, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2007.

Giustizia, essendo le norme in oggetto, sottoposte all'ambito di applicazione del diritto comunitario dopo l'emanazione della Direttiva 99/70/CE.

4.1 Le successive questioni di pregiudizialità comunitaria sollevate dal Tribunale di Genova nel 2004.

Le censure riscontratesi nel dibattito Giurisprudenziale, si sono concretizzate in due questioni di pregiudizialità comunitaria sollevate dal tribunale di Genova nel 2004.

La prima delle suddette è contenuta nell'ordinanza del 21 Gennaio 2004, resa nel giudizio contenente la domanda di un cuoco di un'azienda ospedaliera pubblica, licenziato dopo la stipulazione di due contratti a termine successivi, il quale chiedeva al tribunale in funzione di Giudice del lavoro, di dichiarare la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato con l'azienda ospedaliera, la condanna della stessa al pagamento delle retribuzioni dovute e al risarcimento del danno subito, sulla base del D.lgs. 368/2001. Il Giudice ha così, deciso di dover adire la Corte di Giustizia per risolvere il conflitto tra la disposizione italiana dell'art. 36 D.lgs. 165/2001, che vieta la conversione, con la norma successiva inserita nel D.lgs. 368/2001, emanata in attuazione della Direttiva 99/70/CE, che prevedeva, invece, la riqualificazione per tutti i contratti a termine, salvi i casi espressamente esclusi.

Dopo aver affermato che nulla osterebbe all'applicazione del D.lgs. 368/2001 anche al lavoro pubblico, il giudice genovese ha sostenuto l'irrilevanza del principio del pubblico concorso nell'ambito della controversia in esame. Il primato del diritto di natura comunitaria, si esplica, infatti, non solo rispetto alle norme di rango primario, ma anche rispetto a quelle Costituzionali, salvo che una tale applicazione comporti "*violazioni di principi fondamentali dell'ordinamento nazionale o di diritti inalienabili della persona umana*"¹³⁰, ambito nel quale la

¹³⁰ In tal senso Corte Cost. sentenze: 18 Dicembre 1995, n. 509; 21 Aprile 1989, n. 232.

prescrizione dell'art. 97, comma 3, Cost, non sembrerebbe rientrare. In sintesi, le osservazioni del tribunale ligure sono state le seguenti: L'Accordo quadro e la Direttiva 99/70/CE hanno portata generale e sono applicabili anche al settore pubblico; il D.lgs. 368/2001, al cui art. 5 è prevista la conversione, è di emanazione successiva al D.lgs. 165/2001; il D.lgs. 368/2001 prevede, all'art. 11, l'abrogazione di tutte le norme che sono in contrasto con esso; il D.lgs. 368/2001 è di diretta derivazione comunitaria e quindi dovrebbe prevalere sul diritto interno; la Corte Costituzionale, nella sentenza 89/2003 ha invocato l'art. 97, comma 3 per giustificare il divieto di conversione nel settore pubblico, ma come è già stato esplicito nelle righe precedenti, il primato del diritto comunitario si ha anche nei confronti delle norme di rango costituzionale, salvo quelle espressione di principi fondamentali dell'ordinamento nazionale o di diritti inalienabili della persona umana, tra le quali non rientra l'art. 97, comma 3. L'atteggiamento del magistrato è rimasto, però, piuttosto prudente, poiché ha lasciato aperta, sul piano interpretativo, la strada ad una possibile diversa tesi della sussistenza concorrente del divieto di conversione, nonostante la sua tesi di possibile applicazione integrale del D.lgs. 368/2001 al pubblico impiego.¹³¹

Viene così sollevata questione di pregiudizialità comunitaria rispetto al contrasto dell'art. 36 D.lgs. 165/2001 con i principi della Direttiva 99/70/CE: la Corte di Giustizia si pronuncerà con le sentenze del 7 Settembre 2006 nelle cause C-53/04 (*Marrosu Sardino*) e C-180/04 (*Vassallo*).

4.2 *Le sentenze del 2006 della Corte di Giustizia UE: il caso greco "Adeneler".*

La prima sentenza promanata nel 2006 dalla Corte di Giustizia nell'ambito della riqualificazione dei contratti a termine pubblici si riferiva, nello specifico al caso della Grecia, Paese che, nel periodo in questione, viveva un periodo di forti tensioni riguardo alla situazione dei precari del settore pubblico. Sono stati molti,

¹³¹ FOGLIA R., COSIO R., "Il diritto del lavoro nell'unione Europea", Giuffrè Editore, Milano, 2011

infatti i rinvii pregiudiziali dei tribunali ellenici, relativi alle richieste di sanzionare gli abusi delle Pubbliche amministrazioni in relazione all'attuazione dei principi della Direttiva 99/77/CE, e in particolare alla richiesta di conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, istituto estraneo anche all'ordinamento pubblico greco.

La sentenza che assume interesse per la nostra trattazione è la cosiddetta “*Adeneler*”, 4 Luglio 2006, C-212/04¹³²: essa riguardava il caso di diversi addetti alle attività professionali di prelievo di campioni, di segretari, di tecnici e di veterinari presso l'ELOG¹³³, che avevano stipulato, a partire dal maggio 2001 e prima del termine ultimo entro il quale la direttiva avrebbe dovuto essere recepita nell'ordinamento giuridico ellenico, vale a dire il 10 luglio 2002, diversi contratti a termine successivi, gli ultimi dei quali sono scaduti tra giugno e settembre 2003 senza essere rinnovati. I ricorrenti, di fatto, venivano ogni volta riassunti per occupare lo stesso posto di lavoro per il quale era stato stipulato il contratto originario. Il giudice greco, ha ritenuto che, nonostante la norma costituzionale (del 2000) e quella ordinaria (del 1994) prevedessero il divieto di conversione, fosse possibile riqualificare i rapporti a tempo determinato nel pubblico impiego, interpretando il divieto come limitato alle sole ipotesi di apposizione del termine per esigenze temporanee e transitorie, non quelle che di fatto manifestano fabbisogni stabili e duraturi di manodopera.

Il Tribunale ellenico, quindi sollevava questione di pregiudizialità comunitaria rispetto all'interpretazione della clausola 5, n. 1 sulle ragioni obiettive e n. 2 sulle misure sanzionatorie, dell'accordo quadro contenuto nella Direttiva 99/70/CE, precisando che nel caso di specie: si tratta di contratti di lavoro a termine, diretti, in realtà, allo scopo di soddisfare “*fabbisogni permanenti e durevoli*” del datore di lavoro che dovevano essere considerati abusivi¹³⁴; i

¹³²MISCIONE M., “*La Corte Europea sui contratti a termine (Dal caso della Grecia)*”, dal mensile n. 10/2006 della rivista “*Il Lavoro nella Giurisprudenza*”, IPSOA, Milano, 2006.

¹³³ Persona giuridica di diritto privato appartenente al settore pubblico, con sede a Salonicco.

¹³⁴ Sentenza “*Adeneler*”, punti 99 e 105.

contratti di lavoro in questione si riferivano al periodo compreso tra il maggio 2001 e il settembre 2003, ed erano quindi scaduti prima dell'entrata in vigore del D.P.R. 164/2004, cioè antecedentemente alla regolamentazione specifica dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e risultava che, prima di questo intervento, il diritto nazionale ellenico non prevedesse altra misura effettiva per prevenire o sanzionare l'utilizzazione abusiva degli stessi¹³⁵.

La Corte ha così statuito che l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che, in caso di abusi, vieti in termini assoluti, nel settore pubblico, di convertire una successione di contratti a termine in un unico contratto di lavoro a tempo indeterminato (Punto 105). Perciò la legislazione ellenica sembra essere non conforme alla clausola 5. Tuttavia, la previsione di misure atte a contenere i predetti abusi è stata introdotta nel 2004 con il D.P.R. n. 164, il quale, anche se tardivamente rispetto all'emanazione della direttiva, ha concesso il rimedio del risarcimento del danno¹³⁶ o misure di stabilizzazione del precariato pubblico¹³⁷.

Le carenze dello Stato italiano rispetto alla stessa tipologia di problematiche, invece, saranno colmate soltanto a decorrere dal 1° Gennaio 2007, vale a dire la data di entrata in vigore del primo processo di stabilizzazione del precariato, attuato dalla l. 296/2006.

4.2.1 La risposta alle questioni di pregiudizialità comunitaria provenienti dall'Italia: le sentenze "Marrosu e Sardino" e "Vassallo".

In risposta alle due questioni pregiudiziali sollevate dal tribunale di Genova nel 2004, la Corte di Giustizia si è pronunciata nelle sentenze del 7 Settembre 2006, "Marrosu e Sardino" e "Vassallo", rispettivamente causa C-53/04 e causa C-180/04: esse risultano praticamente identiche e dirette alla stessa amministrazione.

¹³⁵ Sentenza "Adeneler", punti 100 e 105.

¹³⁶ Art. 7, n. 2, 2° cpv., D. P. R. 164/2004.

¹³⁷ Art. 11, D. P. R. 164/2004.

Le due pronunce erano molto attese poiché si aspettava una statuizione favorevole all'introduzione, nel sistema di lavoro pubblico italiano, della possibilità di conversione del contratto a termine in contratto a tempo determinato in caso di abuso derivante da successione di contratti a tempo determinato.

Ciò non è avvenuto in quanto la Corte di Giustizia ha sostenuto che la previsione della suddetta trasformazione va esclusa per l'Italia in quanto, la normativa nazionale contiene delle disposizioni diverse ma comunque destinate ad evitare effettivamente e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo. Nonostante il dispositivo si rifaccia spesso alla sentenza "Adelener", e venga ribadito il principio per cui la Direttiva 99/70/CE osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, la conversione del contratto, quando l'ordinamento interno non prevede, sempre in ambito pubblico, un'alternativa misura effettiva e dissuasiva atta a sanzionare l'utilizzo improprio di contratti a termine successivi, la mancanza in esame, rilevata in precedenza nel sistema greco, non è riscontrabile in Italia¹³⁸. Infatti la stessa Corte afferma che "*prima facie*", questa normativa esiste e "*sembra soddisfare i requisiti*". La disposizione "di garanzia" viene individuata nell'art. 36, comma 2, D.lgs. 165/2001, il quale "*sembra, prima facie, soddisfare gli obblighi ricordati dalla ai punti 38-38 della presente sentenza*" (Punto 55) precisando che "*tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, comma 2, prima frase del D. lgs. 165/2001 ne fanno uno adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della Pubblica Amministrazione di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*" (Punto 56).¹³⁹

Nelle pronunce in questione, poi, si avalla la tesi del risarcimento extra contrattuale supportato dall'art. 2043 c.c. e si quantifica lo stesso secondo i criteri

¹³⁸ MISCIONE M., "Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico", dal mensile n. 10/2006 della rivista "Il Lavoro nella Giurisprudenza", Milano, 2006.

¹³⁹ RANIERI M., "Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine", Vol. X, Maggio-Agosto 2007, della rivista "Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni", Giuffrè Editore, 2007.

del danno emergente e del lucro cessante. In particolare, si è statuito che i criteri di quantificazione del danno risarcibile individuati dall'ordinamento interno in sede di elaborazione della regola generale del *neminem laedere* (art. 2043 c.c.), attraverso il rinvio alle disposizioni in materia di risarcimento danni da inadempimento contrattuale (art. 1223 ss. c.c.), devono ritenersi operanti in ogni fattispecie legata ad un evento lesivo del nesso di causalità immediata e diretta compresa, appunto, l'ipotesi risarcitoria di cui all'art. 36, cit.¹⁴⁰

La corte non spende nemmeno una parola sull'art. 97, comma 3, Cost., che è la norma fondamentale per cui comunque la conversione del contratto rimane vietata in base al principio del concorso. Resta questa la norma "di garanzia" finale: senza concorso, non si è assunti dalla Pubblica Amministrazione e uno o più concorsi per lavori a termine non sono equivalenti ad un concorso stabile, a tempo indeterminato.

Si prepara così la strada ad una soluzione ragionevole del precariato pubblico, attraverso la stabilizzazione legislativa dei contratti a termine (come avvenuto in Grecia con il D.P.R. 164/2004) con le leggi finanziarie 296/2006 e 244/2007, con la minaccia, però, di altre forme di tutela risarcitorie inventate da quella stessa giurisprudenza che aveva sollevato i problemi a livello comunitario e, dopo la decisione della Corte di Giustizia, è costretta a trovare soluzioni nuove.

4.3 La questione di pregiudizialità comunitaria del Tribunale di Rossano del 2009 e la successiva ordinanza "Affatato" della Corte di Giustizia.

Le criticità collegate al dibattito giurisprudenziale nazionale e comunitario rispetto alle sanzioni per l'abuso della reiterazione di contratti a termine nel settore pubblico, raggiungono un altro punto critico nel 2009, quando il tribunale di

¹⁴⁰ FIORILLO L., "Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale", Cap. 17 di "Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

Rossano, solleva con l'ordinanza del 14 Dicembre, un'ulteriore questione di pregiudizialità comunitaria alla Corte di Giustizia.

Il Tribunale calabrese ha posto all'attenzione del giudice comunitario, una serie di questioni di pregiudizialità che riguardano l'intero apparato sanzionatorio in materia di contratti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, partendo da una fattispecie contrattuale di ricorso "abusivo" di rapporti a tempo determinato, nati da un'assunzione legittima ex art. 16 della l. 56/1987, da parte di un'azienda sanitaria, identica sostanzialmente, alle due situazioni precedenti esaminate nelle sentenze "*Marrosu e Sardino*" e "*Vassallo*"¹⁴¹. Il giudice rimettente delinea il percorso fatto dalla Giurisprudenza, sia italiana che comunitaria, in particolare cita le suddette sentenze del 2006, argomentando, in sostanza, che la sanzione del risarcimento dei danni, non ha alcuna possibilità di pratica e condivisa applicazione nell'ordinamento interno: la norma-sanzione mancherebbe di effettività, poiché si presenta priva di parametri di computo del danno, in un sistema giudiziale di liquidazione del risarcimento che, diversamente dagli ordinamenti di *common law*, non prevede la determinazione in via equitativa¹⁴² se non nei pochi casi espressamente previsti dalla legge, nei quali non rientra, certamente, l'art. 36 D. lgs. 165/2001.

Il Tribunale di Rossano, una volta accertato che la clausola del termine è stata apposta in violazione del d.lgs. n. 368/2001¹⁵⁴, ha ritenuto che il divieto di conversione imposto dall'art. 36 cit., a fronte di un contratto a termine illegittimo, si configura come una ipotesi di risoluzione legale del contratto, originariamente a termine, che per la violazione del d.lgs. n. 368/2001 si sarebbe trasformato in un contratto a tempo indeterminato. Ciò determina che "*la responsabilità di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 deve quindi ritenersi contrattuale (conseguente alla risoluzione legale del contratto) con l'obbligo da parte della p. a. di risarcire la perdita del lavoro*". Alla luce di queste considerazioni il giudice ritiene che un giusto parametro per compensare la perdita del posto di lavoro sia costituito dal

¹⁴¹ FOGLIA R., COSIO R., "*Il diritto del lavoro nell'unione Europea*", Giuffrè Editore, Milano, 2011.

¹⁴² Vale a dire il potere del Giudice di decidere secondo *aequitas* e non *secundum ius*.

tempo medio necessario per trovare una nuova occupazione stabile tenuto conto della zona geografica, dell'età del lavoratore interessato e del titolo di studio posseduto.¹⁴³

Il Tribunale calabrese continua le sue argomentazioni prendendo in esame altri settori della pubblica amministrazione (Scuola, Poste Italiane s.p.a, lavoratori socialmente utili o di pubblica utilità LSU/LPU) in cui si fa un uso elevatissimo di contratti o rapporti a tempo determinato, sottolineando da un lato, che l'art. 36 non rappresenta una norma-sanzione generale, dall'altro che per i settori appena citati, si applicano discipline autonome o speciali diverse dal D. lgs. 368/2001, vale a dire la presunta disciplina generale sul contratto a termine sia per le imprese che per le amministrazioni, e siffatte discipline speciali legittimerebbero *ex se* i contratti a tempo determinato senza prevedere alcuna sanzione in caso di abusi.¹⁴⁴

Il Giudice rimettente precisa poi, che anche le procedure di stabilizzazione previste dalle leggi finanziarie del 2006 e 2007, non si applicano a determinate categorie di lavoratori.

A tale proposito è intervenuto il Governo italiano che, nelle sue osservazioni scritte ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d. lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo

¹⁴³ FIORILLO L., *“Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”*, Cap. 17 di *“Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

¹⁴⁴ DE MICHELE V., *“L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico”*, dal mensile n. 11/2010 della rivista *“Il Lavoro nella Giurisprudenza”*, Milano, 2010.

quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

Dunque il Giudice comunitario, nell'ordinanza di risposta "*Affatato*" dell'1 Ottobre 2010, ha definito i confini della questione, rappresentando la necessità di verificare se il legislatore nazionale avesse rispettato la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario, cioè, in mancanza di norme equivalenti, se ha adottato una o più delle tre misure preventive che la disposizione della Direttiva 1999/70/CE ha previsto come obbligo per gli Stati membri al fine di evitare la precarizzazione (cioè l'uso abusivo) dei contratti a termine, anche nel lavoro pubblico. La Corte, questa volta soffermandosi su i principi di equivalenza ed effettività, ribadisce nuovamente, di non porre a carico del legislatore italiano un obbligo di non prevedere nel pubblico impiego un divieto di conversione nell'ipotesi di successione di contratti di lavoro a termine illegittimi, purché siano previste altre misure equivalenti di tutela ma, individuando la misura richiesta, in quanto espressamente invocata e ritenuta applicabile al settore del pubblico impiego dalla stessa Avvocatura generale dello Stato italiano, proprio nell'art. 5, comma 4-bis del D.lgs. 368/2001 e ritenendola rispondente ai predetti principi, non ha potuto che valutarla e ritenerla congrua.

Dunque, seppure limitatamente alle ipotesi in cui l'utilizzo del contratto a termine si sia protratto per oltre 36 mesi, viene legittimata dalla Corte di Giustizia la sanzione della riqualificazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato. In tal contesto la Corte europea rileva altresì che una siffatta soluzione non si pone in contrasto con alcun principio fondamentale del nostro ordinamento, e che dunque, laddove si versi nell'ipotesi di contratti nel pubblico impiego che siano stati stipulati nel rispetto delle norme che regolamentano le assunzioni ma relativi a fattispecie ipoteticamente escluse dall'ambito di applicazione della norma, la trasformazione non è comunque da ritenersi preclusa.

Tuttavia la sua giurisprudenza italiana, soprattutto quella di legittimità, non sembra ancora essere pronta a recepire tale possibilità. Saranno, infatti, ancora

molte le sentenze che non daranno adito alla possibilità di conversione in tempo indeterminato, del contratto in caso di reiterazione abusiva di contratti a termine, suggerendo la continuazione di una vicenda giurisprudenziale ancora irrisolta.

4.4 La Sentenza “Carratù” e l’ordinanza “Papalia” del 12 Dicembre 2013.

La sentenza “Carratù” e l’ordinanza “Papalia” della Corte di Giustizia del 12 dicembre 2013 riportano al centro del dibattito europeo le diverse problematiche dell’ordinamento italiano, della giurisprudenza nazionale e dei processi comunitari già svolti, ma chiariscono tutti i dubbi sollevati da Giudici rimettenti espressi con differente approccio interpretativo e culturale dal Tribunale di Napoli nella causa C-361/12 sull’art.32, commi da 5 a 7, della legge n.183/2010, tra la signora Carratù e Poste Italiane; e dal prudente Tribunale di Aosta nella causa C-50/13 sull’art.36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, tra il signor Papalia e il Comune di Aosta, convergenti però sull’unico obiettivo di assicurare una tutela effettiva ai precari pubblici o “equiparabili” rispetto alle continue ingerenze del legislatore nazionale nel modificare le regole processuali e sostanziali a protezione degli interessi esclusivi dello Stato¹⁴⁵.

Le risposte fornite ai due Giudici nazionali dalla Corte di giustizia con i due distinti e contestuali provvedimenti apportano delle revisioni, correzioni e integrazioni al corpus di regole desumibili dall’insieme delle precedenti sentenze europee relative alla situazione dei precari pubblici in Italia. Nelle due pronunce, sostanzialmente, viene “bocciata” la legislazione italiana che, di fatto, nega il riconoscimento delle tutele adeguate ai suddetti soggetti.

Nell’Ordinanza “Papalia” viene, ancora una volta, sottoposto all’attenzione della Corte, il regime sanzionatorio previsto per i contratti a termine stipulati dalla Pubblica Amministrazione, argomento già trattato nelle precedenti sentenze,

¹⁴⁵ DE MICHELE V., “La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di Giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari”, dal mensile n. 3/2014 della rivista “Il Lavoro nella Giurisprudenza”, Milano, 2014.

motivo per cui alla domanda di pronuncia pregiudiziale, si è risposto con Ordinanza. Nel caso in oggetto il tribunale di Aosta ha chiesto di chiarire se le disposizioni dell'art. 36, comma 5, D. lgs. 165/2001 che apprestano per il dipendente pubblico esclusivamente una tutela risarcitoria, possano considerarsi tali da tutelare effettivamente il lavoratore e siano comunque compatibili, benchè la norma italiana ponga in capo al lavoratore l'onere di provare la concreta sussistenza del danno, dimostrando che il proseguimento del rapporto di lavoro in base a una successione di contratti a tempo determinato l'abbia indotto a rinunciare a migliori opportunità d'impiego. A riguardo la Corte di giustizia ritiene che, richiedendo al dipendente la prova "*di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego*", di difficilissima produzione, il diritto del nostro Paese renda assai arduo l'esercizio dei diritti attribuiti dall'Unione ponendosi, pertanto, in contrasto con la direttiva 99/70/CE. Ribadendo quanto statuito sin dalla prima sentenza in argomento, spetta al giudice nazionale il compito di valutare se la normativa interna rispetti i principi di effettività ed equivalenza. Il giudice del rinvio viene, a tal fine, invitato a valutare se l'onere della prova posto in capo al lavoratore possa essere alleggerito in applicazione di quanto affermato dal Governo Italiano, secondo il quale il dipendente pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno sofferto a causa dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, invocando la presenza di elementi gravi, precisi e concordanti.¹⁴⁶

La Sentenza "*Carratù*" è utile ai fini della nostra trattazione poichè l'impugnazione di un contratto a termine illegittimo stipulato da Poste Italiane ha offerto l'occasione al tribunale di Napoli per sottoporre all'attenzione della corte il regime risarcitorio previsto dall'art. 32, commi da 5 a 7, della l. 183/2010 (il quale varia tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale) considerato penalizzante per il lavoratore a tempo

¹⁴⁶ FENOGLIO A., "*La Giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di lavoro. Rassegna delle decisioni del secondo semestre 2013 (II parte)*", dall'insero del n. 10/2014 del settimanale "Diritto e Pratica del Lavoro", Wolters Kluwer, 2014.

determinato se paragonato a quello previsto in base ai principi del diritto civile, nonché a quello di chi è assunto a tempo indeterminato e licenziato illegittimamente. Rispetto alla sua compatibilità con la clausola 4 dell'accordo quadro, la Corte rileva che tra le “*condizioni di impiego*” rientrano indubbiamente anche le indennità destinate a risarcire l'utilizzo illecito di un contratto a termine. Ciò non significa, tuttavia, che la direttiva imponga agli Stati membri di prevedere un'identica indennità in caso di apposizione illecita di un termine ad un contratto di lavoro e in caso di illecita interruzione di un contratto a tempo indeterminato: affinché il principio della parità di trattamento possa trovare applicazione è, infatti, necessario che i lavoratori assunti a tempo determinato si trovino in situazioni comparabili a quelle dei lavoratori a tempo indeterminato.¹⁴⁷

Quanto statuito dalla Corte Europea nell'ordinanza “*Papalia*” e nella sentenza “*Carratù*” per analogia risulta applicabile a tutto il Pubblico Impiego, aprendo la strada per i risarcimenti e/o conversioni dei contratti a termine dei precari. La Corte Europea, infatti, con il combinato disposto della sentenza e dell'ordinanza in questione ha affermato che alle Pubbliche Amministrazioni non si applicherà l'art. 36, comma 5, D.lgs. 165/2001 nella parte sanzionatoria, ma gli artt. 1, comma 1 e 2, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4-bis, del D. lgs. 368/2001: tra i quali rientrano le norme che prevedono la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto a termine.

I giudici italiani dovranno successivamente applicare gli orientamenti della Corte Europea, decidendo se procedere ad una stabilizzazione oppure ad un risarcimento.

¹⁴⁷ FENOGLIO A., “*La Giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di lavoro. Rassegna delle decisioni del secondo semestre 2013 (II parte)*”, dall'inserito del n. 10/2014 del settimanale “*Diritto e Pratica del Lavoro*”, Wolters Kluwer, 2014.

4.5 Il necessario intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 15 Marzo 2016 n. 5072.

In seguito ai numerosi pronunciamenti della Corte di Giustizia in ordine alla corretta attuazione della direttiva 99/70/CE ed all'emergere di un contrasto giurisprudenziale sempre più evidente in quanto l'interpretazione dei suddetti principi comunitari da parte dei giudici nazionali aveva incrementato le opinioni più divergenti nelle decisioni giudiziali, soprattutto in merito ai criteri da applicare per quantificare il risarcimento del danno ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, dopo l'ordinanza interlocutoria del 4 agosto 2015, n. 16363, è risultato necessario l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite della Cassazione, chiamate ad individuare *“la portata applicativa e la parametrizzazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001”*.

Infatti, le troppe divergenze nelle diverse soluzioni adottate in giurisprudenza avevano reso il quadro estremamente disomogeneo: alcune pronunce, seguendo più convintamente gli orientamenti europei sull'automatismo del danno, spesso individuavano un idoneo criterio di quantificazione nell'art. 18, commi 4 e 5, l. 20 maggio 1970, n. 300 (nella formulazione precedente alla riforma del 2012 e nella duplice versione: risarcimento pari a 15 mensilità di retribuzione, cioè nella misura sostitutiva della reintegra o aggiungendo a questa il valore minimo delle cinque mensilità) o, in alternativa, nell'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604¹⁴⁸ o ancora nell'art. 32 l. 183/2010 altre, talvolta in parallelo alla valorizzazione delle regole ordinarie sulla prova del danno, tendevano a contenere la quantificazione nei limiti dell'art. 1226 c.c. ¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Sul tema: Cass. civ., sez. lav., 22 gennaio 2015, n. 1181.

¹⁴⁹ Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2013, n. 19371.

4.5.1 L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite 4 Agosto 2015, n. 16363.

Il caso di specie, oggetto dell'ordinanza di rimessione, rimane quello di cui si è parlato nell'ambito del rinvio pregiudiziale sollevato dal tribunale di Genova con l'ordinanza 21 Gennaio 2004 e risolto con la sentenza della Corte di Giustizia "Marrosu e Sardino" e "Vassallo": due lavoratori con qualifica di operatori tecnici e cuochi assunti da un'Azienda Ospedaliera con reiterati contratti a termine che chiedevano l'accertamento dell'illegittimità dei termini di scadenza dei rispettivi atti negoziali, poiché in contrasto con il D.lgs. 368/2001 (artt. 1 e 5) e con la Direttiva 99/70/CE, e il conseguente diritto alla conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato o, in subordine, al risarcimento del danno con condanna del datore di lavoro a versare un'indennità non inferiore a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto, nonché il risarcimento del danno da liquidarsi in misura non inferiore a cinque mensilità.

A seguito della risposta da parte della Corte di Giustizia, il Tribunale, ritenuto che nel settore pubblico continuasse ad operare il divieto di conversione e ritenuta altresì illegittima l'apposizione del termine all'ultimo dei contratti stipulati per ciascuno dei due lavoratori per violazione dell'art. 1 del D. lgs. 368/2001, condannava l'azienda a risarcire il danno ai ricorrenti ex art. 36 D.lgs. 165/2001. Il risarcimento era commisurato alle cinque mensilità di retribuzione ai sensi del comma 4 dell'art. 18 (danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido) cui si aggiungevano le 15 mensilità sostitutive della reintegrazione ai sensi del comma 5 dell'art. 18 (prima delle modifiche apportate dalla l. 92/2012).

L'azienda propone appello alla corte di secondo grado di Genova, la quale lo respinge, in quanto anche secondo il suo orientamento, dall'accertata nullità del termine apposto ad un contratto con una pubblica amministrazione non può farsi luogo a conversione del rapporto, ai sensi dell'art. 36 D.lgs. 165/2001. La Corte d'appello di Genova argomenta la decisione citando le numerose sentenze della Corte di Giustizia intervenute nell'ambito in esame, dalle quali desume che il danno risarcito, per essere conforme al disposto del giudice europeo deve: avere

effettiva efficacia dissuasiva, non avere conseguenze di minor favore rispetto al settore privato, non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Tutti requisiti soddisfatti dal risarcimento forfettizzato dal Tribunale, che ha quantificato correttamente il pregiudizio derivante al lavoratore.

Ma l'azienda ospedaliera propone ricorso alla Cassazione la quale, dopo aver ricordato che sulla questione si è ripetutamente già pronunciata, capisce che anche il proprio orientamento non risulta uniforme: si sovrappongono almeno tre indirizzi diversi in relazione alla quantificazione del danno. Alla luce di ciò, il giudice di legittimità ha deciso di rimettere gli atti al presidente della Corte per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite Civili al fine di dirimere il contrasto giurisprudenziale in atto.

4.5.2 Gli orientamenti "confusi" nelle pronunce precedenti del Giudice di legittimità.

Fatta eccezione per la Sentenza 9555/2010, giustificata dalla fattispecie concreta¹⁵⁰, e l'ammissione espressa *incidenter tantum* con la sentenza 27363/2014, la giurisprudenza della Sezione Lavoro della Cassazione si è sempre dimostrata contraria alla trasformazione del rapporto di lavoro pubblico a termine in rapporto a tempo indeterminato.

La prima sentenza che bisogna ricordare è la 392/2012, in cui si presentava una fattispecie relativa alla richiesta di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto a tempo determinato instaurato con una AUSL. Nel caso di specie, il ricorrente aveva rilevato che per la figura professionale di centralinista presso l'azienda non era previsto alcun concorso pubblico e quindi non vi era alcuna

¹⁵⁰ Si trattava di portieri addetti alla vigilanza e custodia di edifici di proprietà dell'INAIL per i quali le modalità di accesso stabile al lavoro sono diverse dal concorso. In particolare, sono disciplinate dalla legge 56/1987, il cui art. 16 consente il reclutamento sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. Perciò la Cassazione ha ritenuto che non si potesse porre il limite costituzionale del divieto di conversione.

violazione di norma imperativa di legge ai sensi dell'art. 97, comma 3, Cost., trattandosi, invero, di assunzione che avviene, ai sensi degli artt. 35, comma 1, lett. a, e/o 36 del d.lgs. 165/2001, per mansioni e qualifiche medio-basse, con le modalità "uniche" di reclutamento " *sia a tempo indeterminato che a tempo determinato previste dall'art. 16 della legge n. 56/1987, per cui non scatta il divieto di conversione previsto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001* ".

La decisione è stata quindi così argomentata: " *in tema di pubblico impiego privatizzato, la disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, pur escludendo, in caso di violazione di norme imperative, la conversione in contratto a tempo indeterminato, introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con un'accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e il riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore e, pertanto, è speciale ed alternativa rispetto alla disciplina di cui all'art. 5 del D.lgs. 368/2001, ma pur sempre adeguata alla Direttiva 1999/70, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione*".

Nell'anno successivo, con la sentenza 19371/2012, la Corte così afferma. " *in materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto dell'art. 36 del D.lgs. 165/2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale (sent. 89/2003) e non è stato modificato dal d. lgs. 6 Settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua a favore del lavoratore soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti, per la cui determinazione trova applicazione, d'ufficio ed anche nel giudizio di legittimità, l'art. 32, commi 5 e 7 della legge 4 ottobre 2010, n. 183*". Lo *Ius superveniens* configura una sorta di penale ex lege a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo; quindi l'indennità sarà liquidata dal giudice, con i limiti e i criteri previsti dal suddetto art. 32, " *a prescindere*

dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore, trattandosi di indennità forfettizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine".¹⁵¹

Ancora la Corte di Cassazione interviene per lo stesso aspetto con la sentenza 27481/2014, questa volta statuendo che *“in materia di pubblico impiego privatizzato, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte della Pubblica Amministrazione, non determina la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma fonda il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 36, comma 5, D.lgs. 165/2001, interpretato – con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico – nel senso del danno “comunitario”, il cui risarcimento in conformità ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività, rispetto al ricorso abusivo a stipulazione di contratti a termine, è configurabile quale sanzione “ex lege” a carico del datore di lavoro, per la cui liquidazione è utilizzabile, in via tendenziale, il criterio indicato dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e non il sistema indennitario onnicomprensivo previsto dall'art. 32 della l. 183/2010, né il criterio previsto dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che non hanno alcuna attinenza con l'indicata fattispecie.”*¹⁵²

Leggendo le precedenti pronunce della Corte di Cassazione possiamo individuare almeno tre diversi indirizzi riguardanti la quantificazione del danno da risarcire. Il primo di questi, fatto proprio da alcuni Tribunali e Corti D'Appello, commisura la “sanzione risarcitoria” dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro alla misura sostitutiva della reintegrazione, vale a dire 15 mensilità ex art. 18, comma 5 dello Statuto dei lavoratori (prima della riforma del 2012), alla quale si aggiunge, in alcune pronunce, il valore minimo, fissato in cinque mensilità ex art. 18, comma 4 (prima della riforma del 2012) del danno

¹⁵¹ ALLAMPRESE A. “Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione del diritto dell'Unione Europea: parola alle Sezioni Unite”, Vol. XVII, Marzo-Aprile 2015, della rivista “Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”, Giuffrè Editore, 2015.

¹⁵² Nello stesso senso anche le successive: Cass. 23 Gennaio 2015, n. 1260 e 1261; Cass. 4 Febbraio 2015, n. 2024; Cass. 4 Febbraio 2015, n. 2026; Cass. 11 Febbraio 2015, n. 2685; Cass. 3 Luglio 2015, n. 13655.

provocato dall'intimazione del licenziamento invalido. Il secondo orientamento si aggancia all'indennizzo risarcitorio previsto per il lavoratore a termine nel settore privato, comminato dall'art. 32, comma 5, l. 183/2010. Il terzo indirizzo, preso quale migliore dalle più recenti pronunce di Cassazione, afferma che la nozione di danno applicabile deve essere quella di "danno comunitario", quantificabile secondo i criteri dell'art. 8 l. 604/1966.¹⁵³

4.5.3 La pronuncia a Sezioni Unite.

Data la grande confusione delle sue ultime interpretazioni, la Cassazione, come sopra specificato, decide di pronunciarsi a Sezioni Unite tramite la sentenza 5072/2016. Il giudice di legittimità, nella sua speciale composizione, esordisce ribadendo ancora una volta¹⁵⁴ l'effettività del divieto di conversione del rapporto di lavoro illegittimo in rapporto a tempo indeterminato, confermata, a suo avviso, anche dall'art. 29, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n.81. Nella loro pronuncia, le Sezioni Unite si sono soffermate su tre profili: la natura del danno, il tipo di pregiudizio sofferto, l'onere della prova.

Circa il primo aspetto, la sentenza ricostruisce la fattispecie in termini di responsabilità contrattuale, tanto che l'art. 1223 c.c., ad avviso della Corte, sarebbe in astratto la norma di riferimento per l'ipotesi di danno in esame.

Quanto al secondo aspetto, le Sezioni Unite in modo chiaro affermano che, in ragione dell'obbligatorietà del concorso pubblico e del conseguente divieto di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato, non è possibile commisurare il danno subito dal lavoratore sul parametro della perdita del posto di lavoro ("*com'è stato precisato, il danno è altro*"). Esso deve riferirsi alla «*prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*», come afferma

¹⁵³ ALLAMPRESE A. "Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione del diritto dell'Unione Europea: parola alle Sezioni Unite", Vol. XVII, Marzo-Aprile 2015, della rivista "Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni", Giuffrè Editore, 2015.

¹⁵⁴ In questo senso ad esempio: Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350.

la norma stessa, ed è originato dalla perdita di chance, perché «*se la p.a. avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso (...), il lavoratore (...) avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore*» oppure avrebbe potuto trovare un impiego alternativo (pubblico o privato), in ipotesi anche a tempo indeterminato.

Per quanto concerne il terzo aspetto, le Sezioni Unite, mutando il loro tradizionale orientamento¹⁵⁵ tendente ad escludere un danno *in re ipsa*, elaborano la nozione di «*danno comunitario, in presenza del quale il dipendente può limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze falsamente indicate come straordinarie e temporanee*», facendo ampio uso della prova presuntiva ed essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito. Sembra opportuno precisare che il suddetto meccanismo presuntivo opera esclusivamente nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine quale unica ipotesi che rientra nella sfera di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE. Ciò premesso, le Sezioni Unite affrontano le criticità relative alla quantificazione del risarcimento del danno ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. L'aver escluso che il danno consista nella perdita del posto di lavoro induce le Sezioni Unite coerentemente ad eliminare dal novero delle possibili soluzioni l'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300; l'art. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604; l'art. 3 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23: tutte disposizioni attinenti alla disciplina in materia di licenziamento illegittimo.

Invece, il dato normativo individuato e ritenuto compatibile con le sollecitazioni provenienti dalla realtà comunitaria, in quanto misura adeguatamente dissuasiva ed effettiva, è l'art. 32, comma 5, l. 183/2010, n. 183. Applicando tale norma, l'effettività del ristoro sarebbe assicurata da

¹⁵⁵ In tal senso vedi: Cass. civ., sez. lav., 15 giugno 2010 n. 14350; Cass. civ., sez. lav., 13 gennaio 2012 n. 392; Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2013 n. 19371; Cass. civ., sez. lav., 31 luglio 2014 nn. 17455-17456-17457.

un'agevolazione probatoria; infatti, il lavoratore ha diritto all'indennità omnicomprensiva, tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, senza necessità di alcuna prova¹⁵⁶. Poiché tale danno è provato *in re ipsa*, esso incarna una finalità capace di andare oltre a quella meramente riparatoria: si tratta di un danno comunitario, con finalità sanzionatoria, volto a colpire la violazione della direttiva n. 1999/70/CE, in materia di contratti a termine. La sopracitata norma, pur essendo stata formulata sulla diversa ipotesi di conversione del contratto a termine nel lavoro privato, diviene applicabile come parametro di riferimento anche all'ipotesi del lavoro pubblico, poiché la ratio sottostante risulta identica in entrambe le fattispecie: si tratta, infatti, di un'indennità risarcitoria prevista in caso di illegittima apposizione del termine e quindi invocabile anche nel settore pubblico nell'ambito del quale, però, manca il corredo della sanzione della conversione del rapporto. Proprio per garantire il rispetto del canone di equivalenza e scongiurare il rischio che il lavoratore privato possa godere di una tutela più incisiva (potendo ottenere la trasformazione del rapporto in contratto sine die ed, in aggiunta, l'indennità risarcitoria di cui alla l. n. 183/2010) rispetto al pubblico dipendente (che ha diritto al solo risarcimento da quantificarsi nella stessa misura) si prevede che l'indennizzo forfetizzato costituisca per il primo un limite al risarcimento, cioè una misura di contenimento del danno risarcibile, mentre per il secondo uno strumento di agevolazione probatoria, rappresentando l'entità minima ottenibile, potendo peraltro dimostrare che le possibilità di lavoro perse abbiano determinato un danno patrimoniale più elevato.

Per completezza, occorre ricordare che anche se la pronuncia in commento non affronta il tema, in caso di violazione della disciplina normativa che regola i contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, resta ferma la responsabilità

¹⁵⁶ CONTINI G., "La Corte di Cassazione e il danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine", dal n. 2 della rivista Argomenti Dir. Lav., Cedam, 2017.

patrimoniale del dirigente al quale siano ascrivibili le scelte in materia di assunzione (art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001).

4.6 La nuova ordinanza di pregiudizialità comunitari del Tribunale di Trapani del 5 Settembre 2016.

La soluzione fornita dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che doveva avere un esito risolutivo per il problema in esame, non ha ottenuto l'effetto chiarificatore richiesto. Infatti sono nate ancora altre perplessità, che non hanno tardato a palesarsi, a distanza di pochi mesi, in una nuova ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, emanata questa volta dal Tribunale di Trapani in data 5 settembre 2016.

L'ordinanza viene emanata nell'ambito di un giudizio in cui una lavoratrice, affermando di aver prestato attività lavorativa in forza di contratti a tempo determinato, nello specifico dal 1996 al 2002 come Lavoratrice Socialmente Utile, dal 2002 al 2010 con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, dal 4.10.2010 fino al 31.12.2016 con contratto di lavoro subordinato a tempo parziale, presso il Comune di Valderice, reputando gli stessi illegittimi, chiede al Tribunale adito, in via principale, la conversione di detti contratti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato a partire dalla fine del 36° mese e, in subordine, il risarcimento del danno subito. Nonostante il recente pronunciamento della Cassazione a Sezioni Unite, il giudice siciliano ha deciso di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per ottenere nuove interpretazioni rispetto alla compatibilità della normativa nazionale, individuata nell'art. 36, comma 5, D.lgs. 165/2001, con la direttiva CE n. 99/70. In particolare, il giudice a quo solleva la questione di pregiudizialità con riferimento al rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, essendo questi ritenuti dallo stesso, non pienamente rispettati dalla soluzione fornita dalla Corte di Cassazione.

Per quanto quel che riguarda il principio di equivalenza, il ragionamento del giudice a quo prende le mosse dalle differenze di regime sanzionatorio che ancora

oggi persistono tra settore pubblico e privato nell'ipotesi di reiterazione abusiva di contratti a termine e di violazione dei limiti di durata massima del contratto a tempo determinato: nel lavoro privato sono riconosciute al lavoratore sia la trasformazione del contratto a tempo indeterminato sia l'indennità di cui all'art. 32 della l. 183/2010, quest'ultima, peraltro, con la sola prova della violazione di quanto disposto dagli artt. 19 e segg del d.lgs. n. 81 del 2015; al lavoratore pubblico, invece, spetta esclusivamente l'indennità di cui all'art. 32 della l. n. 183 del 2010. Segnatamente, il giudice del rinvio non è convinto dall'argomentazione della Corte di Cassazione volta ad escludere il risarcimento basato sul valore del posto di lavoro per il dipendente pubblico: è vero che tale posto di lavoro non sarebbe mai spettato di diritto al dipendente senza aver superato una procedura concorsuale, ma è anche vero che, stando al principio di autonomia negoziale, anche nel settore privato, il lavoratore non avrebbe avuto diritto ad ottenere il posto di lavoro, senza il consenso della parte datoriale; quindi, anche nell'ipotesi del lavoro privato, dovrebbe essere negata la conversione, poiché il datore non avrebbe mai espresso alcuna volontà di assumere il dipendente a tempo indeterminato.

Passando al principio di effettività, il giudice a quo sostiene che risulta quantomeno dubbio che, per la pubblica amministrazione, la condanna possa soddisfare il requisito dissuasivo. Per ovviare alle disparità sussistenti tra la tutela dei lavoratori privati e pubblici e per assicurare una maggiore carica a quanto prospettato dalla Corte di Cassazione, il Tribunale di Trapani auspica, infine, che il risarcimento del danno possa essere commisurato al valore del posto di lavoro, non essendo rilevante il fatto che il lavoratore non aveva diritto all'assunzione, in quanto *“la fonte del risarcimento non va ricercata nel principio “del danno effettivo” ma nel fatto che, in situazioni analoghe, nel settore privato l'ordinamento italiano ha scelto di attribuire in natura il bene “assunzione a tempo indeterminato”.*

4.7 *L'ultima pronuncia della Corte di Giustizia: la Sentenza "Santoro" 7 marzo 2018, C-494.*

La Corte di Giustizia deve, quindi, pronunciarsi, ancora una volta, sull'interpretazione della clausola 5 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE. Il Giudice Europeo torna a ribadire i principi già affermati più volte nelle precedenti sentenze, confermando, in definitiva, anche quanto statuito sul tema dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Dopo aver approntato una ricostruzione del quadro legislativo e giurisprudenziale, comunitario e nazionale in materia, aver descritto in breve la vicenda che ha fatto chiedere il rinvio pregiudiziale e aver ritenuto infondata l'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano, la Corte di Giustizia si pronuncia nel merito confermando che *«la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro fissa agli stati membri un obiettivo generale, consistente nella prevenzione di abusi siffatti, lasciando loro nel contempo la scelta dei mezzi per conseguirlo, purché essi non rimettano in discussione l'obiettivo o l'efficacia pratica dell'accordo quadro»*. Aggiunge poi che nei casi in cui il diritto comunitario non preveda sanzioni specifiche per gli abusi accertati, le Autorità nazionali sono chiamate ad adottare misure che soddisfino i requisiti della proporzionalità e della dissuasività, volte a garantire la piena efficacia delle norme adottate. Conseguentemente nelle ipotesi di sanzioni di creazione nazionale e, quindi, anche nel caso in oggetto, alla Corte di Giustizia è rimessa esclusivamente la valutazione circa l'equivalenza e l'efficacia di dette misure.

Alla conferma che la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro *“non istituisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato”*, consegue che la stessa clausola non osta a che *“uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, a seconda che tali contratti o rapporti siano stati conclusi con un*

datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico”; tuttavia, lo Stato membro dovrà prevedere un’altra misura effettiva destinata ad evitare e sanzionare l’utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato.

Nel caso di specie, in ordine al rispetto del principio di equivalenza, la Corte, rinvia a quanto affermato dall’avvocato generale nei paragrafi 32 e 33 delle sue conclusioni, vale a dire: al paragrafo 32 *“Anzitutto, occorre ricordare che il principio di equivalenza muove dal presupposto che gli individui che fanno valere i diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione non devono essere svantaggiati rispetto a quelli che fanno valere diritti di natura meramente interna. Orbene, le misure adottate dal legislatore nazionale nell’adempimento degli obblighi risultanti dalla direttiva 1999/70, al fine di sanzionare l’utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato da parte dei datori di lavoro del settore privato, continuano ad attuare il diritto dell’Unione anche se il diritto nazionale prevede altre misure applicabili al settore pubblico. Di conseguenza, le modalità di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza, in quanto tali misure hanno esclusivamente ad oggetto l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione”* e al paragrafo 33 *“Alla luce di quanto precede, per quanto riguarda il principio di equivalenza, qualora lo Stato membro preveda unicamente nel settore pubblico misure risarcitorie quali misure sanzionatorie ai sensi della clausola 5, punto 2, dell’accordo quadro, ed escluda la conversione del rapporto di lavoro, riconosciuta nel settore privato, queste due situazioni non possono essere comparate al fine di stabilire se tale principio venga rispettato in quanto, in questi due casi, siamo in presenza dell’esercizio di diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione”*.

La Corte chiarisce che detto principio, nell’ambito dell’ordinamento europeo, opera esclusivamente nel raffronto tra diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione e diritti aventi natura meramente interna e, poiché nella materia d’interesse, le misure adottate dal legislatore italiano per il settore privato e per il settore pubblico hanno ad oggetto, esclusivamente, l’esercizio dei diritti conferiti

dall'ordinamento giuridico dell'Unione, dunque, *«le modalità di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza»*.

Con riferimento al principio di effettività, invece, è necessario compiere una valutazione complessiva delle disposizioni previste dal legislatore nazionale, compresi i meccanismi sanzionatori. In risposta ai quesiti posti dal Tribunale di Trapani, la Corte precisa in modo conciso che: *“in un'ipotesi come quella di cui al procedimento principale, gli Stati membri non sono tenuti, dalla clausola 5 dell'accordo quadro, a prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, non può nemmeno essere loro imposto di concedere, in assenza di ciò, un'indennità destinata a compensare la mancanza di siffatta trasformazione del contratto”*.

Il principio di effettività è quindi soddisfatto dalla previsione dell'indennità forfettaria di cui all'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/10, nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità della retribuzione, unitamente alla liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, subordinato alla sola dimostrazione in via presuntiva della perdita della mera possibilità di conseguire un vantaggio. La Corte evidenzia, altresì, la previsione da parte dell'ordinamento interno di altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, utilizzabili nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei loro dirigenti, la cui valutazione circa l'effettività e la dissuasività spetta comunque al giudice nazionale. Anche in questa circostanza, quindi, viene messa in evidenza l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia a pronunciarsi sulla compatibilità astratta della normativa interna con i principi europei, quando, invece, la decisione del caso concreto unitamente alla valutazione relativa all'effettiva irrogazione delle sanzioni previste spetta invece al giudice del rinvio; in sostanza, la responsabilità dell'emananda decisione, compete esclusivamente al giudice nazionale cui è affidata la valutazione delle particolari circostanze del caso concreto, nonché l'interpretazione del diritto nazionale.

Per concludere, la Corte di Giustizia statuisce che *«La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che, da un lato, non sanziona il ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, a una successione di contratti a tempo determinato mediante il versamento, al lavoratore interessato, di un'indennità volta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato bensì, dall'altro, prevede la concessione di un'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di detto lavoratore, accompagnata dalla possibilità, per quest'ultimo, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare».*

Esaminando il contenuto della sentenza, possiamo notare la Corte di Giustizia non fa che ribadire argomentazioni e concetti già espressi in passato, rimanendo fedele al suo indirizzo interpretativo. A testimonianza di ciò, per esempio, riafferma la compatibilità con il sistema comunitario di una legislazione nazionale che, nell'ipotesi di reiterazione abusiva di contratti a tempo determinato, non preveda la trasformazione in contratti a tempo indeterminato degli stessi.

Tuttavia, all'interno della pronuncia, è possibile scorgere anche taluni elementi di novità.

Anzitutto, è la prima volta che la Corte di Giustizia è chiamata a confrontarsi con la misura sanzionatoria individuata dalle Sezioni Unite e, quindi, a vagliare l'effettività, l'equivalenza e la dissuasività di un quadro normativo nazionale che, pur rimasto immutato, è stato comunque revisionato alla luce dell'interpretazione nomofilattica delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Quest'ultima, anche

se risultato di un'operazione ermeneutica inedita ma evidentemente valida, riceve il plauso da parte dei Giudici di Lussemburgo. Infatti, la creazione del c.d. "danno comunitario" era stata concepita, proprio al fine di adeguarsi, in *subiecta materia*, ai principi stabiliti dalla giurisprudenza dell'Unione. A sostegno della stessa, la Corte di Giustizia prima afferma con chiarezza la soddisfazione del requisito della proporzionalità di quest'ultima¹⁵⁷, ma soprattutto, continua, in relazione al diverso profilo dell'effettività, valorizzando un dato, mai trattata fino a questa pronuncia. Infatti, la Corte, nel ricostruire in modo integrale l'apparato sanzionatorio previsto dalla legislazione nazionale, prende atto di quanto previsto nel comma 5 dell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ossia della responsabilità del dirigente e dell'obbligo delle pubbliche amministrazioni di recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all'impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave (violazione che dovrebbe essere inoltre presa in considerazione ai fini della valutazione dell'operato di detti dirigenti i quali, a causa di siffatta violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato); e cita anche quanto previsto nel comma 5 quater, del medesimo art. 36, ovvero che le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione.

Sino alla pronuncia in esame, infatti, il vaglio della Corte di Giustizia ha focalizzato la sua attenzione pressoché esclusivamente sull'effettività della misura sanzionatoria costituita dal risarcimento dei danni. Con questo nuovo pronunciamento, accanto alla misura risarcitoria, ritenuta peraltro adeguata e tale da soddisfare il principio di effettività, si mettono in evidenza le ulteriori sanzioni, prima totalmente ignorate, previste dai commi 5 e 5-quater dell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. In altre parole, tra i due scenari che si erano proposti nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, i quali prospettavano o un invito al legislatore

¹⁵⁷ Punti 38 e 41 della sentenza in commento.

nazionale ad aumentare il tetto massimo dell'indennità forfettaria, in relazione alla durata dei rapporti a termine illecitamente reiterati (senza comunque che l'indennità forfettaria si sostituisse al completo risarcimento del danno subito) e la valutazione dell'attuale sistema sanzionatorio italiano nel suo complesso, la Corte di Giustizia sceglie in maniera inconfutabile la seconda opzione.

La pronuncia in esame sembrerebbe poter far cessare il così ampio dibattito giurisprudenziale in materia. Tuttavia, l'inciso finale della sentenza: «[...] *purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*» potrebbe offrire margini di manovra e dare spazio ad un'eventuale ulteriore rimessione della questione alla della Corte di Giustizia, tutto ciò in attesa di un auspicato e definitivo intervento del legislatore che disciplini modo puntuale ed esaustivo le conseguenze dell'abuso dei contratti a termine nell'impiego alle dipendenze della pubblica amministrazione.

4.8 *La sentenza 248/2018 della Corte Costituzionale.*

Un'ulteriore questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale ordinario di Foggia in funzione di giudice del lavoro. Il giudice a quo era stato adito da più lavoratori, tutti già alle dipendenze dell'Istituto zooprofilattico sperimentale (IZS) della Puglia e della Basilicata, con rapporti di lavoro a tempo determinato, per l'accertamento della illegittimità degli stessi, con la conseguente trasformazione dei rapporti a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001, prospettato come applicabile, in particolare, in ragione della natura di ente pubblico economico dell'IZS, e per la condanna dell'Amministrazione al pagamento di un'indennità risarcitoria. La questione di legittimità era riferita, in particolare alla parte in cui le suddette norme non consentirebbero la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato per il personale sanitario, qualora i contratti a termine superino i trentasei mesi di servizio anche non continuativo con

mansioni equivalenti presso la stessa azienda sanitaria, per presunta violazione degli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., in quanto impedirebbero ogni forma di tutela sanzionatoria rispetto all'abusiva reiterazione dei contratti medesimi, in modo analogo a quanto previsto dalla disciplina del settore della scuola, fatta oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale con la sentenza di questa Corte n. 187 del 2016.

La Consulta ha ritenuto infondate le questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 10 comma 4 ter del d.lgs. n. 368/2001 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), e dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 sollevate nel suddetto giudizio di legittimità costituzionale promosso dal tribunale pugliese.

I giudici, dopo un lungo, attento e puntiglioso esame delle norme europee (in particolare della direttiva 1999/70/CE), delle sentenze emanate dalla Corte di Giustizia sull'argomento, delle conseguenti sentenze dei giudici italiani e della normativa italiana, dichiarano ancora una volta non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate. La Corte conclude, poi, asserendo un concetto già esplicito, più e più volte dai Giudici Europei racchiuso in queste parole: *“Difatti, se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza euronitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di Cassazione”*.

4.9 L'ultima pronuncia della Cassazione del 2019 sull'impossibilità di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato nel Pubblico Impiego.

Le ultime pronunce d'interesse per la nostra trattazione è rappresentata dalle sentenze n. 9114 del 2019, n. 9115 del 2019 e 9116 del 2019 della Corte di

Cassazione, Sezione Lavoro, le quali, relativamente al pubblico impiego fanno, ancora una volta, il punto sugli effetti della successione e della mancata conversione di contratti a termine nel pubblico impiego.

Le tre sentenze hanno in comune la medesima vicenda e cioè quella di una lavoratrice assunta con il profilo operatore di sostegno, categoria C, posizione economica C2, del CCRL del comparto unico della Valle d'Aosta, che in forza di una pluralità di contratti a tempo determinato succedutisi nel tempo a decorrere dall'anno 2003 fino all'anno 2009, proponeva ricorso al Giudice del lavoro: per far dichiarare, previo accertamento della illegittimità dell'apposizione del termine, la trasformazione dei contratti in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della Regione Valle d'Aosta a far data della prima stipulazione; per ottenere la corresponsione delle somme non percepite nei periodi di interruzione del rapporto di lavoro tra i singoli contratti; per il risarcimento dei danni derivatili dall'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, da liquidarsi nella misura di venti mensilità della retribuzione globale di fatto o nella diversa misura ritenuta adeguata; per la condanna della Regione Valle d'Aosta *“in ogni caso....a rifondere alla ricorrente tutti i danni patiti in conseguenza del contegno illegittimo tenuto dal datore di lavoro nel caso per cui è giudizio da liquidarsi anche in via equitativa da parte del Giudice del Tribunale di Aosta, salva determinazione nei termini di legge”*.

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Aosta, dopo aver ritenuto la fondatezza delle ragioni di illegittimità prospettate a fondamento del ricorso, nega la conversione del rapporto di lavoro, in applicazione del divieto di cui all'articolo 97 Cost., comma 3, e dell'art. 36, comma 2, Decreto Legislativo n. 165 del 2001, ma riconosce il diritto della ricorrente al risarcimento del danno conseguente all'abusiva reiterazione e liquida il danno nella misura di venti mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Il giudice valdostano rigetta la domanda di risarcitoria per il mancato pagamento della retribuzione nei periodi non lavorati intercorsi tra i diversi contratti, mentre riconosce, in caso di continuità dei contratti

a tempo determinato, con la sola interruzione dell'attività scolastica coincidente con le vacanze estive, la retribuzione illegittimamente non pagata.

La sentenza viene impugnata da entrambe le parti e rimessa alla Corte di appello di Torino. Quest'ultima nega il diritto di della lavoratrice al risarcimento del danno riconosciuto dal primo giudice e riforma il capo della sentenza di primo grado che aveva condannato la Regione al pagamento, in applicazione analogica della L. n. 300 del 1970, articolo 18, di venti mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La Corte d'appello di Torino ha osserva che, in primis, i contratti a tempo determinato erano stati stipulati in violazione della Legge Regionale n. 68 del 1989, e della Legge Regionale n. 22 del 2010, articolo 42, che, con norme d'identico contenuto, stabiliscono che il ricorso ai contratti a termine da parte della Regione deve essere giustificato da esigenze straordinarie e temporanee, fissando comunque, un limite temporale di nove mesi. Prosegue respingendo la domanda volta ad ottenere la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in quanto l'art. 97 Cost. e gli artt. 35 e 36 del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, hanno carattere speciale e prevalgono sulla disciplina del contratto a termine dettata dal Decreto Legislativo n. 368 del 2001, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità. Infine, sempre in conformità ai dettami della Cassazione, il giudice di secondo grado statuisce che il danno patito non può ritenersi in *re ipsa*, ma deve essere dimostrato in giudizio al contrario di quanto fatto dalla lavoratrice che non aveva fornito alcuna deduzione o allegazione in merito.

La lavoratrice, non soddisfatta dalla pronuncia della Corte d'Appello, decide di ricorrere in Cassazione, la quale si pronuncia ribadendo, grossomodo, quanto già detto in precedenza rispetto all'argomento in discussione.

In ordine alla mancata conversione del rapporto di lavoro, ha innanzitutto richiamato il consolidato orientamento della Corte costituzionale, cui si è uniformata la costante giurisprudenza. Nel caso di specie afferma che il concorso

pubblico costituisce la modalità generale ed ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, anche delle Regioni, pure se a statuto speciale.

Nessun vincolo al riguardo può ravvisarsi in una pretesa esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato, visto che ad esso il principio del concorso è del tutto estraneo (Corte Cost. sentenza n. 89 del 2003, cit.).

Tutte e tre le sentenze della Corte di Cassazione hanno dunque concluso cristallizzando il principio, già espresso in precedenza dai medesimi giudici, secondo il quale *“In materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dal Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 36, comma 5, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), L. n. 183 del 2010, articolo 32, comma 5, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito”* (Cass. SS. UU. n. 5072/2016), ed ancora: *“In materia di pubblico impiego privatizzato, il danno risarcibile di cui al Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 36, comma 5, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli Europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed e' configurabile come perdita di “chance” di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'articolo 1223 c.c.”*.

Per quanto concerne infine la pretesa relativa al diritto alle retribuzioni per gli intervalli non lavorati la Corte Suprema ha deciso per l'infondatezza della richiesta sul presupposto che *“l'esclusione de iure della conversione dei contratti*

di lavoro a termine in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato rende i singoli contratti del tutto autonomi. La possibilità di riconoscere la retribuzione per gli intervalli non lavorati (nel caso in esame, con statuizione accolta dal primo giudice, ma riformata dalla Corte di appello, erano stati riconosciuti gli emolumenti per il periodo di mancata prestazione lavorativa coincidente con il periodo feriale) presuppone l'unicità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e dunque una conversione che non è configurabile nella specie”.

L'esame finale delle tre pronunce in commento, è utile per suggerirci che, un dibattito che sembrava essersi chiuso, prima con l'intervento delle Sezioni Unite nel 2016 e poi con l'ulteriore sentenza comunitaria, la cosiddetta “Santoro” del 2018, è in realtà sempre all'ordine del giorno. I precari della Pubblica Amministrazione sembrano, infatti non arrendersi davanti al divieto di conversione del contratto e continuano a rivolgersi ai Giudici italiani che, tuttavia, di comune accordo con la Corte di Giustizia, riscontrano i caratteri dell'effettività, della dissuasività e della proporzionalità anche nel solo ristoro economico costituito dal risarcimento del danno.

Conclusioni

A seguito delle considerazioni svolte nel corso della presente trattazione, si ritengono doverose alcune riflessioni conclusive che permettano di interpretare nel modo più corretto il quadro giuridico, ma anche sistematico e sociale, relativo ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, con particolare riguardo alle criticità generate nell'ambito dei contratti a tempo determinato.

La situazione odierna risulta ancora piuttosto critica, infatti, il precariato sembra essere una “piaga sociale” che in Italia, non perde mai il requisito dell'attualità.

In tutti questi anni gli abusi da parte delle Pubbliche Amministrazioni nell'utilizzazione delle forme contrattuali flessibili, primo su tutte il contratti a termine, e le altre situazioni critiche come quella dello scorrimento delle graduatorie aperte, o le irragionevoli procedure di “stabilizzazione”, hanno creato moltissimi problemi giuridici con plurimi interventi sia del legislatore, sia della giurisprudenza delle Corti europee centrali, della Corte costituzionale e dei Giudici ordinari e amministrativi, sia della dottrina. Ma, nonostante ciò, le criticità non sembrano affatto risolte, mentre migliaia di persone tuttora stanno pagando le conseguenze di questa situazione, che ha avuto ed ha costi umani e economici elevatissimi per l'intero sistema. A ciò deve aggiungersi che l'uso e l'abuso dei contratti a termine e flessibili in genere e il conseguente precariato, si sono riscontrati e tuttora si riscontrano soprattutto in settori-chiave del lavoro pubblico come la Scuola, la Sanità, la Ricerca, dove hanno raggiunto picchi esageratamente elevati. Dovendosi Aggiungere a questi, anche i profili critici relativi ai costi della corruzione e della cattiva amministrazione in senso lato, fenomeni che, comunque, incidono sull'immagine e sull'attrattività del nostro Paese per gli investitori anche stranieri.

Per queste e per molte altre ragioni si deve assolutamente cambiare rotta e puntare su Pubbliche Amministrazioni di qualità e “sane” da tutti i punti di vista, nella consapevolezza che le suddette sono chiamate a produrre “valori” e non profitti, ma dai valori, comunque, possono nascere profitti. Gli obiettivi appena descritti, sono stati fissati quale punto di partenza dell'ultima riforma relativa al settore pubblico, vale a dire la Riforma “*Madia*”, emanata, appunto per contribuire alla razionalizzazione del settore pubblico.

Negli ultimi anni, infatti, abbiamo assistito ad un grave allontanamento tra valori e interessi che ha portato in primo piano gli egoismi, mettendo da parte la solidarietà, principio cardine della nostra Carta Costituzionale, su cui è fondata la nostra democrazia. I giudici e gli avvocati possono avere un ruolo di particolare importanza per il raggiungimento dei suddetti obiettivi: spetta porre l'attenzione sulle questioni controverse, in una dimensione individuale ma eventualmente anche collettiva.

Il sistema italiano, partendo dal cittadino, fino ad arrivare agli organi di Governo, dovrebbe impegnarsi per raggiungere finalmente l'obiettivo di ottenere nuove Pubbliche Amministrazioni che conformino il loro operato ad un "costume democratico", e che quindi rappresentino un esempio virtuoso da imitare per tutti i consociati. Tutto questo puntando a prevenire degli abusi, piuttosto che dover rimediare agli stessi e pensare alla loro sanzione, come del resto ci insegnano l'Unione Europea, il Consiglio d'Europa e l'OIL.

A mio parere, ci troviamo davanti ad un problema che si sarebbe dovuto risolvere anni e anni orsono, con un intervento "dall'alto" molto più incisivo e risolutorio in quanto, nonostante il problema sia sempre al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale, non si è mai provveduto davvero ad eliminarlo dalla base. Gli interventi succedutisi, infatti, a mio avviso, piuttosto che cercare di estirpare dalla radice il problema della precarietà, hanno semplicemente tagliato i rami secchi di un albero che ricresce troppo velocemente.

Lo strumento del contratto a tempo determinato dovrebbe rappresentare, infatti, un "aiuto" per situazioni di bisogno eccezionale e temporaneo, nelle Pubbliche Amministrazioni, e non un'infinita fonte di criticità e note di demerito per le stesse.

Si dovrebbe quindi ricostituire un sistema che, forse come non ha mai fatto, enfatizzi una delle caratteristiche più importanti del lavoro pubblico, racchiusa nel primo comma dell'art. 36 D.lgs. 165/2001 il quale suggerisce, con una formulazione anche piuttosto "forte", che la regola generale per le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni deve essere il contratto a tempo indeterminato.

Bibliografia

ALES E., *“Contratti di lavoro e Pubbliche Amministrazioni”*, UTET, Torino, 2007.

ALLAMPRESE A. *“Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e danno da violazione del diritto dell’Unione Europea: parola alle Sezioni Unite”*, Vol. XVII, Marzo-Aprile 2015, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2015.

AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A., *“Il Lavoro Pubblico”*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, Milano, 2019.

BOLEGO G., *“La somministrazione di lavoro a tempo determinato”* in *“Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni”*, a cura di CARINCI F., ZOPPOLI L., Vol. V.1, in *“Diritto del lavoro. Commentario”*, diretto da CARINCI F., UTET, Torino, 2004.

CARABELLI U., LECCESE V., *“Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”. INT, n. 64/2005, 2005.

CARINCI F., *“La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l. d. n. 15/2009”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 88/2009.

CARINCI F., *“Spes ultima dea”*, LPA, Suppl., 2001.

CASOTTI A., GHEIDO M. R., *“Lavoro a tempo determinato”*, IPSOA, 2009.

CIUCCIOVINO S., *“Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D.lgs. n. 368/2001”*, DLRI, 2007.

CONTINI G., *“La Corte di Cassazione e il danno da abuso del contratto a termine nel pubblico impiego: una storia senza fine”*, dal n. 2 della rivista *Argomenti Dir. Lav.*, Cedam, 2017.

DE LUCA M., *“Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego”*, in *Lavoro e giur.*, 2016, 2.

DE MICHELE V., *“L’insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico”*, dal mensile n. 11/2010 della rivista *“Il Lavoro nella Giurisprudenza”*, Milano, 2010.

DE MICHELE V., *“La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di Giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari”*, dal mensile n. 3/2014 della rivista *“Il Lavoro nella Giurisprudenza”*, Milano, 2014.

DEL PUNTA R., ROMEI R., *“I rapporti di lavoro a termine”*, Giuffrè Editore, Milano 2013.

DELFINO M., *“Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale”*, DLRI Editore, 2002

FENOGLIO A., *“La Giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di lavoro. Rassegna delle decisioni del secondo semestre 2013 (II parte)”*, dall’inserito del n. 10/2014 del settimanale *“Diritto e Pratica del Lavoro”*, Wolters Kluwer, 2014.

FIORILLO L., *“Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico”*, in *“Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale”*, a cura di Giuseppe Santoro Passarelli, IPSOA, 2006.

FIORILLO L., *“Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra novità legislative e interpretazione giurisprudenziale”*, Cap. 17 di *“Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”*, a cura di FIORILLO L., PERULLI A., Giappichelli, 2013.

FIORILLO L., *“Il diritto del lavoro nel pubblico impiego”*, Piccin Nuova Libreria, 2018.

FIORILLO L., *“Il nuovo contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico”* in *“Il contratto a tempo determinato”* Ferraro G., a cura di FERRARO G., Giappichelli editore, Torino, 2008.

FIORILLO L., *“Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili”*, in *“Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Commentario, Vol. II”*, diretto da CARINCI F., D’ANTONA M., Giuffrè, Milano, 2000.

FOGLIA R., COSIO R., *“Il diritto del lavoro nell’unione Europea”*, Giuffrè Editore, Milano, 2011

GALATINO L., *“Diritto del Lavoro Pubblico”*, G. Giappichelli Editore, Torino 2012.

GASPARRO N., *“La Pubblica Amministrazione ed i contratti di lavoro flessibili”*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

GRECO M. G., *“La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego supera il vaglio di costituzionalità”*, Vol. VI, Marzo-Aprile 2003, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2003.

MAINARDI S., *“Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80”*, LPA, 2006.

MILITELLO M. G., *“Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine”*, Vol. X, Novembre-Dicembre 2007, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2007.

MIRANDA N., *“Il nuovo contratto a termine nel lavoro “privato” e “pubblico”*”, CEDAM, Padova, 2007.

MISCIONE M., *“La Corte Europea sui contratti a termine (Dal caso della Grecia)”*, dal mensile n. 10/2006 della rivista *“Il Lavoro nella Giurisprudenza”*, IPSOA, Milano, 2006.

MISCIONE M., *“Non trasformazione dei contratti a termine nel lavoro pubblico”*, dal mensile n. 10/2006 della rivista *“Il Lavoro nella Giurisprudenza”*, Milano, 2006.

PRETEROTI A., *“Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio”*, ADL, 2005.

RANIERI M., *“Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine”*, Vol. X, Maggio-Agosto 2007, della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2007.

SANTUCCI R., *“Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni”*, DRI , 2003.

SARACINI P., *“Contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche: divieto di conversione e risarcimento del danno”*, RGL, II, 2008.

SCARPONI S., *“Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche e la contrattazione collettiva dopo la Riforma Fornero”*, vol. XV, Novembre - Dicembre 2012 della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2012.

SCIARRA S., *“Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro”*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”, INT, n. 52/2007.

SOTTILE G., *“Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego”*, DLM, 2006.

TRIA L., *“Contratti di lavoro a termine e rimedi: lo stato dell’arte nella giurisprudenza di legittimità”*, n. 2/2019 della rivista *“Lavoro Diritti Europa”*, Guerini next, 2019.

ZILLI A. , *“Il lavoro flessibile nelle p.p. a.a. dopo il Jobs Act”*, Vol. XVIII, Maggio-Agosto 2015, della rivista della rivista *“Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni”*, Giuffrè Editore, 2015.

ZOLI C., *“Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico”*, ADL , 2001.