

I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE



I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di Chiara Severino

PREMESSA

Molto spesso oggi si parla di lavoratori precari e di precarietà, quale deriva patologica di quella flessibilità voluta dall'autonomia collettiva e dal legislatore per regolare, con maggiore elasticità organizzativa e gestionale, alcune forme contrattuali del lavoro in generale e del lavoro pubblico in particolare.

Il presente saggio si prefigge lo scopo di approfondire, sotto l'aspetto normativo e sindacale, la disciplina e la regolamentazione di quelle tipologie contrattuali dette appunto "atipiche" e "flessibili", sfociate nell'odierno fenomeno sociale e patologico del lavoro flessibile, chiamato anche - non del tutto impropriamente - lavoro precario.

Non essendo stata prevista, almeno inizialmente, una regolamentazione dei contratti atipici nel settore pubblico, la materia è stata rimandata all'autonomia contrattuale delle parti e in particolare agli accordi locali e alla contrattazione di II livello, trovando solo in seguito una parziale disciplina a partire dalla tornata negoziale 1998-2001.

Nel corso del tempo, tuttavia, a seguito del mutamento del contesto socio-economico, e vista la necessità di riorganizzare il sistema di welfare e trovare un modello occupazionale più vicino alla politica sociale della Comunità europea, anche nel nostro Paese il legislatore è andato alla ricerca di regole flessibili per gestire il personale dipendente e l'organizzazione del lavoro. Per tale motivo si è ritenuto necessario inserire, nel testo del decreto legislativo n. 165/2001, impropriamente chiamato Testo unico del Pubblico Impiego, alcune eccezioni alla regola dell'accesso al lavoro pubblico mediante procedura selettiva (concorso).

In questo studio abbiamo voluto affrontare le problematiche applicative sorte in seguito ai recenti interventi legislativi che, non tenendo sufficientemente conto della specificità del pubblico impiego e delle norme che lo regolano, modificando il mercato del lavoro privato e le tipologie contrattuali regolate dal codice civile e dalle legge speciali, hanno impattato, in qualche modo, anche sul lavoro pubblico.

Nell'ultima parte del lavoro offriremo degli spunti di riflessione per una possibile disciplina e regolamentazione delle tipologie contrattuali atipiche e flessibili nel pubblico impiego.

Capitolo I

IL LAVORO ATIPICO E FLESSIBILE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E RELAZIONI SINDACALI

Il quadro generale

La contrattazione collettiva è il principale strumento con cui i lavoratori, aggregati sindacalmente, negoziano condizioni di lavoro più favorevoli di quelle che avrebbero potuto ottenere agendo singolarmente. L'Europa, fin dal 1848, riconosce nelle Convenzioni fondamentali e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea la libertà di associazione e di organizzazione sindacale. La Costituzione italiana riconosce tale diritto nell'art. 39. Nel settore pubblico, le relazioni sindacali nascono come strumento di "riscontro" dai fallimenti e dai corporativismi legislativi degli anni Sessanta e Settanta. Con la legge quadro sul pubblico impiego, la n. 93, emanata nel 1983, per la prima volta viene riconosciuto alla contrattazione collettiva il ruolo di fonte di regolamentazione dei rapporti alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Nel 1992 si avvia un percorso di privatizzazione del pubblico impiego, che l'anno successivo sfocia nel D.Lgs n. 29/1993, che rappresenta il primo tentativo di razionalizzazione delle amministrazioni pubbliche, di disciplina della materia e di riduzione delle diversità da sempre esistenti tra lavoro pubblico e privato. Tuttavia, nonostante l'intenzione di avvicinare i due settori, le differenze legate alla natura dei datori di lavoro, ai fini da essi perseguiti e agli strumenti giuridici impiegati rappresentano degli elementi di specificità ineliminabili.

Uno dei nodi principali è costituito dal principio contenuto nell'art. 97 della Costituzione, secondo il quale la Pubblica Amministrazione, a differenza del datore di lavoro privato, non può scegliere liberamente il contraente, in quanto vincolata all'accesso mediante concorso. Tanto meno può modificare le regole sulla contrattazione, in quanto trattasi di norme inderogabili di organizzazione.

Nonostante il tentativo di omogeneizzare la disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato – messo in atto con il D.Lgs n. 165/2001 - le modifiche ulteriori apportate dalla legge delega n. 15/2009 e dal decreto delegato n. 150/2009 (la cosiddetta riforma Brunetta) hanno rilegificato

una serie di materie prima riservate alla contrattazione. Tale dietro-front ha comportato, almeno nel pubblico impiego, una notevole compressione del ruolo sindacale rispetto alla sua precedente pervasività anche in materie riservate, ex lege, alle amministrazioni.

Al D.Lgs n. 150/2009 è seguita una fase di stallo, sia sotto il profilo normativo che sotto il profilo economico, della regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico a livello sindacale, dovuta principalmente alle manovre finanziarie intervenute a razionalizzare le risorse pubbliche e porre dei tetti di spesa alle stesse amministrazioni, dapprima bloccando il rinnovo della contrattazione nazionale e integrativa e la crescita delle retribuzioni fino al 2013, poi facendo slittare il suddetto termine al 2014.

Tuttavia, proprio nel momento in cui si credeva che, alla luce della riforma Brunetta e dell'emanazione dei D.L. n. 78/2010, n. 98/2011 e n. 138/2011, si stesse celebrando la "scomparsa del sindacalismo", le organizzazioni sindacali, con l'Intesa del 4 febbraio 2011 e quella del 3 maggio 2012, hanno rilanciato il ruolo della contrattazione collettiva a livello nazionale.

Sotto il profilo del rapporto di lavoro e del contratto individuale, le cose cambiano con la legge n. 92/2012, la cosiddetta riforma Monti-Fornero, provvedimento basato in sostanza su una previsione di superamento della distinzione tra diritto del lavoro pubblico e diritto del lavoro privato (basti pensare al dibattuto tema dell'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori anche al settore pubblico). A tutt'oggi sembra evidente un'applicazione in toto della legge n. 92/2012, non essendo intervenuti provvedimenti, anche di natura legislativa, di armonizzazione delle previsioni in essa contenute al pubblico impiego. Questo potrebbe ingenerare non poche difficoltà di interpretazione e applicazione di norme che, pensate per il diritto del lavoro privato, non sono adeguate alla struttura e alla specificità ordinamentale del lavoro pubblico.

La contrattazione collettiva tra legge e autonomia privata

In relazione al ruolo della contrattazione collettiva nel pubblico impiego è ampiamente riconosciuto che essa trovi la sua principale ragione d'essere «nell'esigenza di ridimensionare il ruolo della legge nella regolazione degli aspetti funzionali del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, del quale non è in grado di disciplinare tutti gli aspetti»¹. Quale sarebbe, dunque, il ruolo della fonte legislativa? Secondo l'Autore, essa «dovrebbe [...] fissare i principi generali di organizzazione degli uffici, mentre nella rego-

1. G. Mammone, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego*, 2001.

lazione del rapporto di lavoro dei dipendenti della pubblica amministrazione [...] dovrebbe fornire una disciplina minima aperta all'integrazione in senso migliorativo della contrattazione collettiva (e, ove possibile, individuale)».

Sulla materia vi sono stati numerosi processi di riforma, susseguendosi fino ad arrivare alla cosiddetta seconda privatizzazione del pubblico impiego e alla sua (quasi) definitiva attuazione con i decreti legislativi n. 396/1997, n. 80/1998 e n. 387/1998, che hanno ridisegnato l'originario schema del decreto legislativo n. 29/1993.

La rigida divisione, inizialmente prevista tra le materie regolate dalla legge e quelle regolate dalla contrattazione collettiva, viene superata con il D.Lgs n. 80/1998, che stabilisce che le amministrazioni pubbliche debbano definire le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e gestire i rapporti di lavoro con le capacità e i poteri dei datori di lavoro privati. Successivamente, il d.lgs n. 165/2001, prevedendo che la contrattazione collettiva si svolga su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali, fa venir meno la necessità di configurare specifiche norme di attribuzione.

La contrattazione collettiva viene collocata, dunque, tra le fonti di regolazione del rapporto di lavoro e di impiego pubblico, a condizione che la stessa sia svolta su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali, compatibilmente con il principio affermato dall'art. 97 della Costituzione. Sarebbero pertanto rimessi alla regolazione di legge quelle competenze degli uffici, la cui lesione è suscettibile di tradursi in vizio di legittimità del procedimento con cui è esercitata la funzione pubblica e, quindi, in violazione del principio di legalità².

Quanto alla natura giuridica della contrattazione collettiva del pubblico impiego, alcuni³ ritengono che i contratti collettivi, pur costituendo lo strumento per ricondurre al diritto civile la disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, non possano essere equiparati al contratto collettivo di diritto comune, ma neppure possano costituire fonti di diritto obiettivo. Il contratto collettivo del lavoro pubblico, secondo parte della dottrina⁴, viene configurato come una sorta di contratto ad evidenza pubblica, in ragione dell'alternanza di negoziazioni di diritto privato e di fasi procedimentali di diritto pubblico. Secondo altri⁵, invece, il contratto collettivo ha

2. L. Zoppoli, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, 4 e ss.

3. Tra gli altri, L. Zoppoli, *op. cit.*

4. Sul punto v. M. D'Antona, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in FI, 1995, V, c. 41.

5. V., *ex multis*, M. Rusciano, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in DLRI, 1996, 245 e ss.

un'efficacia funzionale, ovvero ha lo scopo di temperare le esigenze organizzative dell'amministrazione, la tutela dei dipendenti e l'interesse degli utenti, per garantire il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione. Secondo altri ancora⁶, il contratto collettivo del pubblico impiego deve essere inquadrato tra le *fonti del diritto* in ragione dell'obbligo, a carico dell'amministrazione pubblica, di osservarne le clausole, di riconoscere un trattamento economico non inferiore a quello contrattuale, di attribuire i poteri di rappresentanza legale dell'Aran in relazione a tutte le pubbliche amministrazioni. Secondo altri, infine, il contratto collettivo non è configurabile come fonte di diritto comune, in quanto si pone a metà tra la legge e il contratto individuale «con la naturale vocazione a dettare regole, a carattere generale ed astratto, da applicare ad una serie aperta di rapporti giuridici, intercorrenti tra soggetti diversi da quelli che direttamente lo stipulano»⁷.

La giurisprudenza, sul punto, ha affermato e ribadito che «in materia di rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'efficacia derogatoria riconosciuta al contratto collettivo rispetto alla legge presuppone che la legge della cui deroga si tratti non investa la fonte collettiva del compito della propria attuazione, poiché ove ciò accada viene meno il presupposto stesso di operatività della disciplina concernente la suddetta efficacia»⁸.

Dunque, il rapporto tra legge e contrattazione collettiva nel settore pubblico risulta essere più complesso rispetto al settore privato, proprio in virtù del criterio della riserva di legge previsto dall'art. 97 Cost., da cui deriva un ampliamento delle deroghe alla disciplina lavoristica comune posto in essere dallo stesso legislatore (art. 2, comma 2, D.Lgs n. 165/2001).

In tema di relazioni sindacali nel pubblico impiego e di contrattazione collettiva, bisogna necessariamente evidenziare il concetto enunciato dalla Corte Costituzionale⁹, secondo cui i contratti collettivi di diritto comune sono veri e propri atti di autonomia privata in quanto, come affermato dalla dottrina in senso generale con riferimento alle relazioni sindacali, «un "primario rilievo", rispetto ai commi successivi, deve essere assegnato al primo comma dell'art. 39 Cost. e, quindi, alla libertà dell'organizzazione sindacale. Ond'è che sino a quando l'art. 39 Cost. non sarà attuato, "non si può, né si deve, ipotizzare conflitto fra attività norma-

6. V. A. Maresca. *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in DLRI, 1996, 183 e ss.

7. M. Rusciano, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in RTDCP, 2009, 29 e ss.

8. Cass., 27 settembre 2005, n. 18829, in GC, 2006, vol. 3, 531, con nota di Gerardis.

9. C. Cost., 12 febbraio 1963, n. 1.

tiva dei sindacati e attività legislativa”»¹⁰. In un’altra pronuncia, la Corte ha anche escluso la possibilità, per il legislatore ordinario, «di cancellare o di contraddire ad arbitrio la libertà delle scelte sindacali e gli esiti contrattuali di esse»¹¹.

Nonostante le pronunce della giurisprudenza costituzionale, nel corso degli anni tale materia ha subito numerose modifiche e cambiamenti. Negli anni Settanta ciò è avvenuto a seguito delle riforme istituzionali (Regioni, decentramento, riassetto ministeri, EPNE e SSN) e nel 1983 con la legge quadro sul pubblico impiego; nel 1992-93, con il D.Lgs n. 29/93, poi confluito nel testo unico del 2001 (D.Lgs n. 165/2001), con la riforma del pubblico impiego e la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, ma anche nel 1996-97 con le cosiddette Leggi Bassanini (legge n. 59/1997, n. 127/1997, n. 191/1998 e, infine, n. 50/1999)¹².

Ma è a partire dal 2006, anno dell’emanazione del D.L. n. 4/2006, convertito in L. n. 80/2006, recante misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione, che la dottrina attua, sotto il profilo del *drafting* legislativo e in relazione al ruolo della contrattazione collettiva, un’inversione di rotta rispetto alla legislazione precedente in materia di flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. La L. n. 80/2006 pone importanti limiti all’utilizzo, da parte delle amministrazioni pubbliche, dei contratti di lavoro flessibili. Inoltre, con tale legge viene portato alle estreme conseguenze il problema del contenimento della spesa per il personale.

Il problema di base che preoccupava la dottrina già al tempo dell’emanazione della legge n. 80/2006 e che purtroppo a tutt’oggi non appare risolto, è l’utilizzo di «una tecnica normativa disorganica, segnata da un iperattivismo del legislatore, [che] finisce con il contraddire in modo evidente anche l’investimento inizialmente fatto sulla contrattazione collettiva e sul ruolo della fonte contrattuale con riguardo alla disciplina dei rapporti di lavoro, al punto da sollecitare e rendere attuale il ricorso al meccanismo della deroga al contratto collettivo rispetto alla legge, definito dal primo comma dello stesso art. 2 del D.Lgs n. 165/2001»¹³.

10. M. Persiani, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, n. 4 - 5, 1031 ss. Sul punto v., anche C. Cost., 30 luglio 1980, n. 141 in GC, 1980, I, 1164.

11. C. Cost., 7 febbraio 1985, n. 34, in RGL, 1985, II, 37.

12. C. Russo, G. Faverin (a cura di), *Da una riforma all’altra. Il lavoro pubblico dopo il D.Lgs n. 150 del 27 ottobre 2009*, in *Union Tool-Box*, 7, CISL FP, Roma, 2009.

13. S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006*, n.80, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 2006, n. 45.

La contrattazione collettiva dopo il D.Lgs n. 150/2009 e le manovre estive

In relazione al rapporto legge-contratto collettivo, il problema più delicato sorge nel 2009, con il D.Lgs n. 150, attuativo della legge delega n. 15. Attraverso una modifica sostanziale del decreto legislativo n. 165/2001, esso si pone, tra gli altri, l'obiettivo di ridurre il campo di intervento della contrattazione collettiva, prevedendo che le norme di legge, dichiarate imperative, vengano inserite di diritto nei contratti collettivi in applicazione degli articoli 1339 e 1419, comma 2, C.C.. Logica conseguenza di tale previsione legislativa è quella di mettere a rischio la libertà negoziale tutelata dall'art. 39, comma 1, della Costituzione, nel caso di utilizzo eccessivo e irragionevole del suddetto principio.

La compressione del potere sindacale e la forte ripresa della regolamentazione di fonte legale sono state interpretate da qualcuno come una giusta limitazione ad un eccessivo intervento sindacale nella vita amministrativa o, come si dice, ad una "pancontrattualizzazione", che ha investito anche materie riservate, per legge, all'amministrazione, e che ha portato, conseguentemente, ad una de-responsabilizzazione degli stessi poteri dirigenziali; esito negativo che «aumenta i condizionamenti e le interferenze di un'amministrazione già lenta per altri motivi; perché, rinviando a livelli via via più analitici, produce, da un lato, incertezza sulle regole, dall'altro, una negoziazione continua; perché riduce, a tutto favore dell'azione sindacale collettiva, l'area della contrattazione individuale; perché, infine, finisce per privilegiare la contrattazione, considerato che la consultazione slitta sempre in concertazione e quest'ultima in contrattazione»¹⁴.

Un'altra disposizione contenuta nella riforma Brunetta, provvedimento legislativo di chiara «matrice antisindacale»¹⁵, stabilisce che il contenuto della riserva di legge - nonostante riguardi un nucleo minimo di materie riconducibile alla dimensione costituzionalizzata del pubblico impiego - venga ampliato fino a ricomprendere materie che prima erano proprie del potere negoziale o dirigenziale, come ad esempio i sistemi di valutazione del personale e l'apparato sanzionatorio applicabile ai dipendenti pubblici.

Da notare che la legge delega n. 15/2009 e il decreto delegato n. 150/2009 arrivano alla fine di una lunga stagione di riforme, accompagnate da importanti accordi sindacali, che hanno sempre contribuito ad "accelerare" i processi di riforma.

Al contrario, emerge ora una situazione nuova, un disegno in base al quale la legge diviene essa stessa lo strumento principale del cambiamento,

14. S. Cassese, *Potere ai sindacati*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 febbraio 2001.

15. E. Gragnoli, *Contrattazione collettiva, relazioni sindacali e riforma dell'Aran*, in *LPA*, 2008, 993 e ss.

con la conseguente cancellazione di tutti gli altri sistemi di rappresentanza, quali la contrattazione e il ruolo autonomo del sindacato, rompendo, in tal modo, il delicato equilibrio istituzionale nel rapporto tra Stato centrale e sistema regionale, sia in termini di *governance* dell'Aran, sia in termini di autonomia nella definizione delle linee di indirizzo dei contratti collettivi per i settori che riguardano direttamente ed esclusivamente il sistema regionale e delle autonomie locali.

Quanto, invece, alla disciplina delle tipologie contrattuali atipiche e flessibili, il decreto legislativo n. 150/2009, ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative, in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, demanda la regolamentazione ai contratti collettivi nazionali.

Alla luce di quanto appena esposto, il modello che la legge delega n. 15/2009 propone è quello per cui nelle pubbliche amministrazioni si debba contrattare il meno possibile, puntando ad «una verticalizzazione delle relazioni di potere»¹⁶, in nome di una razionalizzazione legata alla fissazione di tetti di spesa ed al rispetto dei vincoli finanziari.

Il 2011 è stato il primo anno di applicazione delle norme di contenimento della spesa di personale contenute nel decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. L'art. 9 in esso contenuto prevede un complessivo quadro di misure volte ad incidere su tutte le variabili che determinano il costo del lavoro pubblico, con interventi come, ad esempio, la sospensione della contrattazione collettiva per l'intero triennio 2010-2012; il blocco, fino al 2014, della crescita dei trattamenti individuali ordinariamente spettanti ai dipendenti; la fissazione di un limite - esteso, per la prima volta, a tutte le pubbliche amministrazioni - alla crescita delle risorse destinate ai trattamenti accessori; la riduzione percentuale dei redditi più elevati; l'obbligo di ridurre i fondi unici in misura proporzionale ai dipendenti in servizio; la rigorosa conferma della percentuale di crescita prevista per la contrattazione collettiva 2008-2009 (non ancora all'epoca conclusa); la disapplicazione, per un triennio e senza possibilità di recupero, dei meccanismi di adeguamento retributivo per le categorie di personale non contrattualizzato; l'inasprimento e la generalizzata estensione a tutti i comparti di contrattazione dei limiti al turn over del personale.

Con il D.L. n. 98/2011 si sono ulteriormente ristretti - per dichiarati fini di contenimento della spesa per il personale - gli spazi della contrattazione, e viene affidata ad una fonte di rango secondario, il regolamento governativo, la disciplina diretta di alcuni importanti aspetti del rapporto di lavoro pubblico, quali la proroga, fino al 31 dicembre 2014, delle disposizioni che

16. L. Zoppoli, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2009, n. 87.

limitano la crescita dei trattamenti economici, anche accessori, del personale; la fissazione delle modalità di calcolo relative all'erogazione dell'indennità di vacanza contrattuale per gli anni 2015-2017; la semplificazione, il rafforzamento e l'obbligatorietà delle procedure di mobilità del personale; l'ulteriore stretta sull'assenteismo. Ambiti, questi, tradizionalmente affidati alla contrattazione collettiva. Il tutto, poi, accompagnato da severe misure restrittive della spesa per il finanziamento della contrattazione, in particolare quella collettiva di secondo livello, le cui residue disponibilità per i trattamenti accessori sono affidate a rigidi parametri di merito e virtuosità (art. 19, D.L. n. 98/2011).

Il decreto legge n. 78/2010, disponendo il blocco della contrattazione collettiva di contenuto economico, è intervenuto purtroppo in un momento e in un settore ancora alla ricerca di un difficile equilibrio, dopo le modifiche e le novità introdotte con il D.Lgs n. 150/2009, per la contrattazione collettiva e per i contratti individuali. Questo ha creato numerosi problemi riguardanti la fase "transitoria" tra le nuove regole, il blocco ed il rinnovo contrattuale, in quanto numerose amministrazioni - sulla base di un errore applicativo in cui è incorso anche il Dipartimento della Funzione Pubblica con la circolare n. 7/2010 - hanno ritenuto di applicare immediatamente, fin dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150/2009, le disposizioni in esso previste, derogando ai contratti collettivi nazionali, dimenticando che, per effetto della clausola di ultrattività contenuta all'interno degli stessi contratti collettivi, è consentita per questi la vigenza anche dopo il termine di scadenza e fino alla firma del successivo contratto di pari livello, salvo in caso di recesso di una delle parti firmatarie. Tale impostazione è stata peraltro seguita dalla giurisprudenza ordinaria¹⁷.

Al decreto legge n. 78/2010 seguono, rafforzandone il contenuto, le due manovre estive del 2011 (D.L. n. 98 del 2011 e D.L. n. 138 del 2011), la legge di stabilità per il 2012 e il cosiddetto decreto salva Italia (D.L. n. 201 del 2011). Per quanto riguarda la contrattazione nazionale, il decreto legge n. 98/2011 ha previsto che i regolamenti adottati dal Ministro della pubblica amministrazione e dal Ministro dell'economia possano prorogare, fino a tutto il 2014, il blocco della crescita delle retribuzioni dei lavoratori pubblici (già prevista fino al 2013 dal decreto legge n. 78/2010).

Ulteriori tagli al settore pubblico e agli spazi di manovra della contrattazione vengono dall'art. 1 del D.L. 138/2011, nel testo risultante dalla legge di conversione del 14 settembre 2011, n. 148. Il metodo, già utilizzato in prece-

17. Trib. Torino 27 marzo 2010; Trib. Milano 4 agosto 2012; Trib. Pesaro 19 luglio 2010; Trib. Perugia 28 luglio 2012; Trib. Salerno 18 luglio 2010; Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010. *Contra*: Trib. Pesaro 2 febbraio 2010.

denti manovre finanziarie, è quello della riduzione numerica delle pubbliche amministrazioni, con conseguente assorbimento di personale presso altre amministrazioni e immediata riduzione forfettaria delle piante organiche. Si tratta di misure ricorrenti, che già in passato hanno dato adito alle consuete italiane furbizie di chi non può o non vuole sottrarsi, responsabilmente, ai sacrifici richiesti.

Concludendo, possiamo affermare che in Italia, fin dal 1993, si sono alternate due misure - la regolazione del rapporto di lavoro pubblico da un lato e la contrattazione collettiva dall'altro - come i due estremi di oscillazione di un pendolo, e «tra rafforzamento del controllo e consolidamento delle responsabilità, tra accentramento e decentramento della disciplina, tra ingerenza della legge e autonomia collettiva»¹⁸ hanno dato ragione ora all'uno, ora all'altro.

Lavoro pubblico privatizzato e flessibilità in entrata

Nonostante tutti i tentativi di avvicinare il settore pubblico e quello privato, tra essi permangono significative differenze. Tale consapevolezza muoveva, nel 2003, l'attuazione della cosiddetta riforma Biagi (legge delega n. 30/2003 e D.Lgs n. 276/2003), che ha rappresentato un arresto del processo di equiparazione del lavoro pubblico a quello privato. Tale riforma, non direttamente applicabile alla pubblica amministrazione, ridefiniva in generale le regole del mercato del lavoro, ampliando i profili contrattuali con l'obiettivo di elevare i tassi di occupazione.

Per quel che attiene il lavoro pubblico, sono proprio le norme costituzionali su cui essa si fonda a dettare le regole. Esse stabiliscono che l'accesso al lavoro pubblico - fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge - debba avvenire mediante procedura concorsuale selettiva, in virtù del principio per cui, essendo i pubblici impiegati a servizio esclusivo della Nazione, questi debbano essere scelti secondo metodi e criteri il più possibile imparziali ed oggettivi¹⁹. Tale principio è stato trasposto nel decreto legislativo n. 165/2001, art. 35, che contiene la regola generale per il reclutamento del personale nel pubblico impiego, ovvero l'assunzione con contratto individuale di lavoro a seguito di superamento di procedure selettive volte all'accertamento della professionalità.

In tema di reclutamento, tuttavia, il legislatore ha previsto alcune eccezioni, contenute nel disposto normativo dell'art. 36, D.Lgs n. 165/2001. Tale

18. C. Russo (a cura di), *op. cit.*, 19 e ss.

19. V., *ex plurimis*, C. Cost., n. 453/1990 in FI, 1991, I, 395 e C. Cost., n. 161/1990 in GI, 1992, I, 1, 437.

articolo, oggetto di numerose modifiche nel corso degli anni, prevede che le pubbliche amministrazioni possano avvalersi, per esigenze connesse con il proprio fabbisogno, di forme contrattuali flessibili, ma solo per esigenze temporanee ed eccezionali e nel rispetto delle norme vigenti.

Nell'ambito del processo di privatizzazione del pubblico impiego, l'inserimento di una disciplina relativa all'assunzione di personale a tempo determinato ha rappresentato un vero e proprio "banco di prova", utile alla verifica del grado effettivo di omogeneizzazione tra lavoro pubblico e privato²⁰. Secondo alcuni autori²¹, l'esplicita previsione legislativa della possibilità, per le pubbliche amministrazioni, di ricorrere a forme contrattuali flessibili, molto in uso nel settore privato, ha rappresentato una vera e propria novità.

Anche la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha accolto con favore l'introduzione nel pubblico impiego di principi di flessibilità che, applicando e garantendo il principio costituzionale dell'efficienza della *res publica*, senza pregiudicarne l'imparzialità, hanno assicurato una maggiore produttività alla prestazione lavorativa e un utilizzo più flessibile della stessa.

Non sono mancate le obiezioni sulla legittimità costituzionale dell'affidamento della regolamentazione del rapporto di pubblico impiego alle fonti del diritto privato, nonché alla contrattazione collettiva nazionale e decentrata, in quanto ciò farebbe venir meno il precetto costituzionale dell'assunzione mediante concorso e il divieto, estraneo al lavoro privato ma esistente nel lavoro pubblico, della conversione del rapporto di lavoro a termine in lavoro a tempo indeterminato.

A dirimere la questione è intervenuta la Corte Costituzionale, affermando che il processo di privatizzazione del pubblico impiego non inficia il principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione nel caso di mancata conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, in quanto alla base del rapporto lavorativo con l'amministrazione rimane pur sempre il concorso pubblico, modalità questa estranea al rapporto di lavoro privato. Ration per cui non si può ipotizzare una equiparazione tra i due settori, essendo quello pubblico improntato ai principi di imparzialità, efficienza e buon andamento previsti e imposti dalla stessa Carta costituzionale. L'estensione alle pubbliche amministrazioni di variegiate forme contrattuali di lavoro flessibile sono state giustamente accompagnate dalla fissazione di vincoli rigorosi sia per preservare il principio della selezione pubblica, sia per rendere immuni le stesse amministrazioni dalle conseguenze derivanti da un cattivo uso della risorsa contrattuale flessibile, di per sé necessaria

20. V. G. Zilio Grandi, *Brevi appunti in tema di assunzioni successive a tempo determinato, conversione in rapporti a tempo indeterminato e tipicità dei provvedimenti di assunzione*, in LPA, 1998, n. 2, 588.

21. U. Carabelli, *Lavoro flessibile e interessi pubblici differenziati nell'attività delle pubbliche amministrazioni. Introduzione a Flessibilità e piccoli comuni*, 2005, in www.flessibilitaelavoropubblico.it.

per garantire efficienza, funzionalità e flessibilità del loro operato. Ma è proprio la flessibilità l'ambito in cui si manifestano con più evidenza i limiti e le contraddizioni della modernizzazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

Per comprendere le motivazioni che hanno spinto il legislatore a inserire nel settore pubblico forme contrattuali tipiche del "lavoro nell'impresa" dobbiamo partire dal Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia (2001). Se l'intento esplicito di tale inserimento era stato quello di far transitare il mercato del lavoro «da una politica dei redditi verso una politica della competitività», «dalla concertazione al dialogo sociale», quali altri argomenti pesavano su tale scelta?

Innanzitutto, la flessibilità in entrata nella Pubblica Amministrazione era stata pensata per ovviare all'estrema rigidità dell'organizzazione pubblica, data dal fatto che le singole amministrazioni avevano scarsa propensione ad adottare modelli di orario flessibile. In tal senso la flessibilizzazione del lavoro rappresentava un ampliamento vero e proprio del novero delle forme contrattuali (part-time, contratti a termine, lavoro parasubordinato o parautonomo) e una modalità di semplificazione della struttura e dell'organizzazione in modo da consentire un miglior proporzionamento al fine proprio dell'attività erogata.

Nel tempo, tuttavia, il concetto di lavoro flessibile si è allontanato dall'idea originaria del legislatore, dando adito così a "nuove modalità di reclutamento" di personale con due scopi: rendere più elastico un settore di per sé rigido e ridurre la spesa pubblica. Inoltre, la politica legislativa attuata in questi ultimi anni ha contribuito ad una maggiore liberalizzazione del ricorso alla flessibilità, affievolendo il ruolo dei contratti collettivi che sempre meno hanno regolato le tipologie contrattuali atipiche e flessibili.

Per combattere il rischio di un abuso nell'utilizzo del lavoro flessibile, il legislatore ha previsto che entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni debbano redigere un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno [...], nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, che a sua volta dovrà redigere una relazione annuale al Parlamento. Viene stabilito inoltre che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non potrà essere erogata la retribuzione di risultato (art. 36, comma 3, D.Lgs n. 165/2001).

Capitolo II

I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI DOPO LA RIFORMA FORNERO PROBLEMATICHE APPLICATIVE

Il contratto a tempo determinato

Il contratto a termine è senza dubbio uno degli istituti più emblematici dei cambiamenti e delle ultime tendenze del diritto del lavoro nel nuovo secolo. «La disciplina del contratto a tempo determinato è, da almeno un decennio, una sorta di cantiere aperto, il vero laboratorio di sperimentazione di ogni tentativo di innovazione regolativa in materia di lavoro cosiddetto flessibile o non-standard»¹.

Regolato dal D.Lgs 368/2001, esso viene ampiamente utilizzato dalle Pubbliche Amministrazioni per ragioni organizzative, tecniche, produttive o sostitutive, anche riconducibili all'attività ordinaria. In ambito sia pubblico che privato, nel corso degli ultimi anni, questo contratto è stato oggetto di continui interventi legislativi e giurisprudenziali che ne hanno periodicamente ridefinito la logica, la funzione, le modalità concrete di utilizzo, in un continuo alternarsi di scelte tra innovazione e continuità, con mutamenti anche notevoli della disciplina.

Da ultima, la legge 183 del 2010 (nota anche al largo pubblico come “Collegato lavoro”) ha finito per confermare lo scomodo ruolo di banco di prova delle effettive capacità di riforma e di modernizzazione, asseritamente perseguite dal legislatore, che tale contratto riveste.

L'analisi dell'evoluzione normativa e della prassi applicativa del contratto a termine nelle Pubbliche Amministrazioni offre lo spunto per una riflessione sul successo o sul fallimento del processo di contrattualizzazione del lavoro pubblico.

Tale analisi, in particolare, consente di verificare la sussistenza della possibilità che le Pubbliche Amministrazioni agiscano con moduli organizzativi e gestionali tipici del lavoro privato, e più in generale, che vi possa essere una

1. M. De Luca, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, in *Dir. lav. Marche*, 2009, 3, *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori* (Atti del convegno nazionale del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” – Sezione Marche, Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009, 231 ss.; S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge 183 del 2010*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, 115.

effettiva parificazione del regime giuridico dei dipendenti pubblici e di quelli privati.

La politica di contenimento dei costi - introdotta dalle leggi finanziarie attraverso la fissazione di limiti quantitativi di spesa, validi per tutte le amministrazioni, con particolare riguardo all'utilizzo di contratti a tempo determinato, di formazione e lavoro, di collaborazione coordinata e continuativa o di altre forme di rapporto flessibile - ha svolto un'azione progressiva di controllo delle flessibilità contrattuali, di fatto frenandone l'uso.

Il motivo per cui il legislatore è dovuto intervenire a regolare questa tipologia di contratto è legato al fatto che le Pubbliche Amministrazioni, da sempre poco inclini a una flessibilità interna, si sono servite del rapporto di lavoro a termine per risolvere problemi di carattere organizzativo e «far fronte a carichi aggiuntivi di lavoro ed alla variabilità della domanda di prestazione da parte dell'utenza»². Dunque bisogna fare un'attenta valutazione sulla sussistenza delle «esigenze temporanee ed eccezionali» che legittimano il ricorso al lavoro flessibile nelle Pubbliche Amministrazioni. Solo la rigorosa e corretta applicazione di tali previsioni può scongiurare il rischio della formazione e sedimentazione di precariato negli Enti.

Per quanto riguarda l'utilizzo del lavoratore con una particolare tipologia contrattuale, trovano applicazione le specifiche discipline di settore, applicabili anche al lavoro privato, così come integrate dai singoli Ccnl di comparto. La Pubblica Amministrazione può, inoltre, usare i contratti previsti dal D.Lgs 368/2001 anche senza l'intervento della contrattazione collettiva che, spesso, è intervenuta a regolare il contratto a termine senza predisporre delle norme particolareggiate, ma seguendo quasi alla lettera la legge.

Le norme contenute nei Ccnl continueranno ad applicarsi, ad essere efficaci e a regolare i rapporti di lavoro fino alla loro scadenza³. Se i Ccnl, nell'ambito del loro potere contrattuale, individuano dei casi in cui l'apposizione del termine sia legittima, al di là dei casi giustificati da ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, si considera la funzione dell'autonomia collettiva come meccanismo esaustivo di riempimento delle causali previste dalla legge (l'art. 1, comma 1, D.Lgs 368/2001 prevede la possibilità di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo *anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro*), con la conseguenza che le parti individuali non possono stipulare contratti a termine all'infuori delle ipotesi già predeterminate, pur se rientranti nella macrocausale. Invece, nel caso in cui nel Ccnl non sia inserita alcuna causale, sia quando la contrat-

2. P. Fuso, *Il paradigma della flessibilità e il contratto a termine*, in *Dossier Adapt*, 2009, n.8.

3. V. circolare DFP 3/2008.

tazione collettiva rinvia alla fonte legislativa la regolamentazione della materia, sia nelle ipotesi di vuoto normativo (di fonte collettiva), si applicano senza eccezioni le disposizioni previste dalla legge (Art. 1, D.Lgs 368/2001 e art. 36, D.Lgs 165/2001).

Concludendo, possiamo dire che - nonostante la legge abbia cercato di regolare questa tipologia contrattuale in modo da evitare abusi, stabilendo che «in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime Pubbliche Amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione»⁴ - negli ultimi tempi, a seguito dell'aumento del contenzioso sull'abuso di tale tipologia contrattuale, le interpretazioni giurisprudenziali hanno portato a conclusioni diverse rispetto al *dictat* legislativo. In tema di sanzioni applicabili nei casi di violazione delle norme di legge relative ai contratti a termine, la legge 190/2012 (anticorruzione) ha stabilito che entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni, come si è già detto alla fine del capitolo precedente, devono redigere un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate, da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione e al Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

La riforma della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato ha dato origine ad un'ampia giurisprudenza, di notevole importanza per la concettualizzazione della persistente rilevanza del contratto a tempo indeterminato e delle problematiche relative alla valutazione dei presupposti che legittimano le parti individuali alla conclusione del contratto. L'orientamento prevalente è rigoroso nel riaffermare il principio secondo cui il contratto a tempo determinato resta una "figura eccezionale", che si connota per la temporaneità della prestazione e della relativa esigenza che la sorregge⁵. Il nuovo sistema derivante dalla riforma, che ha abrogato la disciplina precedente fondata su ipotesi tassative di derivazione legale o contrattuale-collettiva, ha riaffermato l'importanza di un esame più rigoroso da parte del giudice sulle ragioni giustificative inquadrabili nelle causali astratte, che devono essere specificate nel contratto individuale e devono avere natura

4. A. Trovato, *L'applicazione del contratto del pubblico impiego con specifico riferimento agli enti locali e alla flessibilità*, 2004, 1, reperibile su www.formez.it.

5 Cass., 1° dicembre 2003, 18354, in MGC, 2003, 12.

oggettiva, oltre che carattere di temporaneità. Il requisito della temporaneità, pur necessario, non è considerato una ragione sufficiente.

L'esistenza di vincoli di sistema in combinazione tra diritto interno e comunitario, alla luce dei quali si può sostenere il primato del contratto di lavoro a tempo indeterminato, è ancor più manifesta a seguito della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea relativa all'interpretazione dell'accordo quadro in materia di lavoro a termine, e della Direttiva 99/70/CE, secondo le sentenze *Mangold e Adeneler*, che su questo argomento assumono una notevole rilevanza⁶.

La Corte di Giustizia europea conferma l'eccezionalità del ricorso a tale contratto, affermando che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento». L'accordo, inoltre, impone la sussistenza di condizioni oggettive che ne legittimino la stipulazione, quali «il raggiungimento di una certa data o il completamento di un compito o il verificarsi di un evento specifico». Per ragioni obiettive si intendono circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e tali da giustificare, in un particolare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

Tra le questioni più discusse e rilevanti sotto il profilo della precarietà del rapporto di lavoro vi è quella che riguarda il regime delle proroghe del contratto individuale a termine e la illimitata possibilità dei rinnovi. Su questo punto la Corte di Giustizia ha affermato che l'assenza, nella legislazione nazionale, di norme sanzionatorie sulla proroga illecita dei contratti a termine contrasta con la direttiva 99/70/CE, volta a prevenire l'abuso della successione di contratti a termine. Così, con un ritardo di due anni, anche i giudici italiani si sono rivolti alla Corte di Giustizia europea per la verifica di compatibilità dell'art. 36 rispetto alla normativa comunitaria.

Il giudice europeo non ha di per sé considerato illegittimo l'articolo 36, ma ha affermato che l'ordinamento italiano è carente di tutela giudiziaria in applicazione alle norme sanzionatorie esistenti. Ha censurato inoltre l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in contrasto con l'ordinamento giuridico comunitario. Il tutto, inoltre, anche in virtù del principio della «buona fede che deve informare l'azione amministrativa nel suo complesso»⁷ e del principio dell'affidamento del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, incluso nel concetto di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

6. C. Giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, in *RGL*, 2006, II, 205; C. Giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, in *RGL*, 2006, II, 601.

7. V. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2006, 6190, in *Riv. giur. Edilizia*, 2007, 3, I, 1082.

Tale principio «[...] talvolta stenta ad affermarsi nella prassi dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, ma [...] tuttavia [esso è da considerarsi un principio] immanente al sistema. Infatti, un corretto rapporto tra amministrazione e privato deve risultare rispettoso dei principi generali del buon andamento dell'azione amministrativa e di imparzialità e impone la tutela dell'affidamento degli interessati⁸. Infatti, se l'amministrazione deve essere garante della correttezza dello svolgimento del procedimento al quale presiede, è anche vero che sussistono altri valori ed esigenze giuridicamente rilevanti, quali la buona fede e l'affidamento, il cui rispetto compete parimenti al soggetto pubblico⁹».

Quindi, secondo quanto affermato e sostenuto dalla Corte Costituzionale, il principio di affidamento deve essere rispettato anche nell'ambito dei rapporti organizzativi tra amministrazione pubblica e lavoratore-cittadino. A questo proposito, la Corte afferma che la valutazione delle esigenze organizzative del personale nel pubblico impiego deve essere di tipo oggettivo, al fine di rispettare il principio costituzionale del buon andamento. In relazione alle forme contrattuali flessibili, si desume il principio secondo cui a funzioni stabili devono corrispondere rapporti stabili, mentre a funzioni flessibili devono corrispondere rapporti flessibili.

Si ricorda che la regolamentazione dei rapporti contrattuali ed extracontrattuali della Pubblica Amministrazione, comprese le forme contrattuali flessibili e atipiche, trae fondamento dai principi costituzionali, oltre che dalle norme di diritto privato. Il legislatore costituzionale impone a tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati, di assumere una condotta secondo buona fede. Dunque, visto che il dovere di buona fede consiste nell'obbligo di tenere un comportamento improntato a diligente correttezza e a solidarietà sociale tra soggetti, in virtù di quanto l'art. 2 della Costituzione prevede, anche la Pubblica Amministrazione, come qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, non può ritenersi sottratta all'obbligo di agire correttamente, qualunque sia il modo con cui esplica la propria attività.

L'affidamento, dunque, altro non è che una situazione soggettiva preliminare e autonoma rispetto al principio di buona fede, la cui tutela è assicurata dall'esistenza di tale principio. Esso trova il suo antecedente logico in una situazione di apparenza caratterizzata da elementi oggettivi (come, ad esempio, precedenti atti a favore del cittadino) che creano nell'amministrato delle aspettative. Il soggetto amministrato (e in particolare il lavoratore "flessibile"), dunque, si attende che la situazione con cui ha a che

8. Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2007, 1441, in FA, CDS, 2007, 3, 922 (s.m.).

9. Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, 4001, in FA, CDS 2006, 6, 1926 (s.m.); v., inoltre, Tar Abruzzo, 3 luglio 2008, 642, in GA, 2008, II, 1054.

fare sia reale, consolidata, certa e non modificabile unilateralmente da parte dell'amministrazione. L'amministrato vi confida a tal punto che spesso pone in essere delle scelte proprio in virtù di questo affidamento, cosicché la sua violazione comporterà non solo conseguenze sanzionatorie dirette, ma anche un danno derivante dalle scelte operate.

In tema di affidamento del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, si ricorda l'ordinanza del 1° ottobre 2010 della Corte di Giustizia europea (nel procedimento C-03/10, *Affatato vs. ASP Cosenza*) la quale, seppure in via indiretta, si è interessata del problema della tutela del cittadino nei confronti della amministrazione pubblica¹⁰.

Al fine di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative alle ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; alla durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; al numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Gli Stati membri, inoltre, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse, dovranno stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato possano essere considerati "successivi"; e se debbano essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.

Questa clausola sulla prevenzione degli abusi non contrasta con l'art. 36 del D.Lgs 165/2001, che vieta, nel caso di abuso dell'utilizzo dei contratti flessibili nella Pubblica Amministrazione, la conversione di tale contratto di lavoro, prevedendo solo una sanzione in capo all'amministrazione.

Secondo la Corte, le misure previste da una normativa nazionale per sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione. Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale miranti a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della Pubblica Amministrazione, a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione siano conformi a questi principi. Con questa pronuncia si interviene, per la prima volta, sul problema dell'a-

10. Sul punto si veda anche Zampieri, *Il rapporto di lavoro a termine. La sentenza Affatato e il collegato al lavoro 2010*, in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, 2011, 1, 137.

buso del ricorso a contratti a tempo determinato da parte delle Amministrazioni Pubbliche, interpretando quanto stabilito dalla Direttiva europea sull'orario di lavoro in maniera non contrastante con l'art. 36, D.Lgs 165/2001, secondo cui la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, non può in nessun caso comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime Pubbliche Amministrazioni, ma soltanto forme di responsabilità e sanzione in capo alle stesse.

Sui contratti a tempo determinato nel pubblico impiego si sono espressi anche i Tribunali nazionali che, seguendo le pronunce della Corte di Giustizia, si sono orientati verso un'applicazione della direttiva 71/1999 con conseguente disapplicazione dell'art. 36 del decreto legislativo 165/2001 - che prevede il solo risarcimento del danno da parte della Pubblica Amministrazione che ha abusato dei contratti a termine - e hanno quindi ammesso la possibilità di convertire il contratto di lavoro a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Tuttavia, l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia in materia di conversione dei contratti a tempo determinato, ripresa dai tribunali di merito, era stata osteggiata dalla Corte Costituzionale¹¹, secondo cui il divieto di conversione del rapporto a termine dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni non troverebbe alcuna ragionevole giustificazione e, in particolare, non sarebbe sorretto dal disposto dell'art. 97 della Costituzione. Questa, infatti, sancendo l'obbligo di assunzione mediante concorso salvo i casi previsti dalla legge, evidentemente non escluderebbe la possibilità da parte del legislatore di prevedere casi di assunzione a tempo indeterminato che prescindano dalla procedura concorsuale. La norma impugnata si porrebbe, dunque, in contrasto con l'art. 3 della Costituzione, sia per la violazione del canone di ragionevolezza sia per la palese disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e lavoratori privati. Risulterebbe, inoltre, violato il principio di buon andamento della pubblica amministrazione in quanto l'eliminazione di ogni residua forma di precariato consentirebbe al datore di lavoro pubblico di potersi avvalere di professionalità più motivate, in ragione della stabilità delle funzioni attribuite al lavoratore.

Il tutto deriva dal fatto che il principio fondamentale che regola il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione. Da ciò l'estrema difficoltà nel trovare una visione comune tra ordinamento nazionale e sovranazionale quando si tratta di "diritti sociali (europei)".

11. C. Cost., 27 marzo 2003, 89, in FI, 2003, I, 2258 ss.

Ciononostante, l'enunciazione costante da parte della giurisprudenza dell'Unione europea dell'obbligo per il giudice nazionale di far ricorso a tutte le risorse ermeneutiche disponibili al fine di conseguire il risultato voluto dall'ordinamento dell'Unione europea è stata ascoltata dai Giudici italiani che, in applicazione del principio del primato del diritto europeo e di quello dell'efficacia diretta, nelle loro sentenze o nelle loro ordinanze hanno ritenuto di disapplicare la norma interna a favore di quella europea.

Ci riferiamo alle sentenze del Tribunale di Siena (la n. 699 del 27 settembre 2010¹² e la n. 263 del 13 dicembre 2010¹³) e di quella del Tribunale di Livorno (sent. n. 266 del 26 novembre 2010).

Nella prima sentenza, quella del 27 settembre 2010, il Tribunale di Siena afferma che la tutela risarcitoria del dipendente pubblico che ha svolto molteplici ed illegittimi contratti a termine per rispondere ai requisiti precisati dalla Corte di Giustizia deve essere duplice, "effettiva" e "dissuasiva". Per l'intero periodo in cui il rapporto ha avuto attuazione dovrà essere corrisposto il trattamento economico differenziale tra quanto percepito e quanto spettante al/la lavoratore/trice per la instaurazione (di fatto nulla) di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cioè "il risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative".

Se l'ordinamento non contempla la trasformazione del rapporto a termine abusivamente utilizzato, invalido, la tutela risarcitoria stessa, ragionevolmente, non potrà ricalcare la trasformazione vietata (comprendendo, in altre parole, le retribuzioni maturate dalla cessazione del rapporto fino alla domanda, o alla decisione, o alla ricostituzione del rapporto ad opera dell'Amministrazione). Tuttavia, quella tutela dovrà rispondere ai descritti canoni imposti dai ricordati interventi della Corte di Giustizia. Come parametro, solo come parametro, possiamo allora muovere da una misura risarcitoria non inferiore alle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dall'art. 18, co. 4, L. 1970/ 300, indicazione di diritto positivo rilevante. Simile misura, tuttavia, per difetto, non può assolutamente ritenersi dissuasiva, preventiva dell'abuso del lavoro a termine da parte della pubblica amministrazione. Sempre e solo parametricamente, possiamo individuare, quale ulteriore indicazione di diritto positivo rilevante, in una indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dal co. 5, l'ammontare della richiesta del lavoratore al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione. Simile misura può ritenersi soddisfacente

12. Trib. Siena, 27 settembre 2010, in LPA, 2010, 869, con nota di Preteroti, *A proposito di una possibile "disapplicazione" del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella PA.*

13. Trib. Siena, 13 dicembre 2010, 263, in RIDL, 2011, II, 360, con nota di Siotto, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine.*

i requisiti di “adeguatezza” della sanzione (cioè “di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo”), come di “equivalenza” ed “effettività”, secondo i ricordati lineamenti comunitari. Sempre in tema di risarcimento del danno derivante dall'utilizzo illegittimo del contratto a termine si è espresso il Tribunale di Milano¹⁴, secondo cui «il risarcimento del danno subito dal lavoratore alle dipendenze della Pubblica Amministrazione per illegittima stipulazione del contratto a termine può essere quantificato nella misura pari al numero di mensilità dalla data del licenziamento a quella di emanazione della sentenza, decurtata dell'aliquota percepita».

Da ultima, in tema di misure di prevenzione degli abusi del contratto a termine, la pronuncia della Corte di Giustizia¹⁵, intervenuta ad interpretare la clausola 5 dell'accordo quadro del 18/03/1999 allegato alla Direttiva 1999/70/CE sul contratto a tempo determinato e, in particolare, sulle misure di prevenzione degli abusi di contratti a termine. Questa clausola stabilisce che, per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

«Si deve ricordare che la clausola 5, 1, dell'accordo quadro [del 1998] mira ad attuare uno degli obiettivi perseguiti da tale accordo quadro, vale a dire limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti. Quindi, [questa] disposizione dell'accordo quadro impone agli Stati membri, per prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure in essa enunciate qualora il diritto nazionale non preveda norme equivalenti. Le misure così elencate attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rap-

14. Trib. Milano, 25 maggio 2010, Est. Mariani, in D&L, 2010, con nota di Tanzarella, *La somministrazione illegittima nella PA e il conseguente risarcimento del danno*, 1084.

15. V. C. Giust., 26 gennaio 2012, Causa C-586/10, Küçük vs. Land Nordrhein-Westfalen, in D&G, 2012, 27 gennaio, con nota di Di Geronimo.

porti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi».

Per quanto riguarda la nozione di ragione obiettiva, la Corte aveva già affermato che tale nozione va riferita a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività, e tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. «Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro. Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto, attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati al punto precedente della presente sentenza. Una disposizione di tal genere, di natura puramente formale, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti atti a verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario a tale effetto. Una tale disposizione comporta quindi un rischio concreto di ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effettività dell'accordo quadro del 1998. Inoltre, l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale 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 comporta l'assenza di una ragione obiettiva né l'esistenza di un abuso. 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».

Sul punto appare necessario segnalare, da ultimo, l'orientamento - assolutamente innovativo ed essenziale per una corretta applicazione della normativa in tema di contratti a termine - della sentenza del 18 ottobre 2012 della Corte di Giustizia europea, chiamata a pronunciarsi dal Giudice italia-

no in tema di procedure di stabilizzazione del personale “precario” e relativa normativa, nazionale e comunitaria applicabile. «Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato 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 (...). I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive».

Tale clausola deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale che escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato [da parte dell'Amministrazione] come dipendente di ruolo nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da “ragioni oggettive” ai sensi dei punti 1 e/o 4 della clausola di cui sopra. Il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere.

Tuttavia se, sotto il profilo giurisprudenziale, si è (più o meno) giunti ad una uniformità interpretativa ed applicativa, lo stesso non si può dire per quanto riguarda l'aspetto normativo. Con legge 92/2012 (la c.d. riforma Fornero), il legislatore è intervenuto al fine di garantire maggiori tutele ai lavoratori “precari” e a ridurre il rischio di utilizzo eccessivo ed errato di tale tipologia contrattuale.

Più specificamente, in tema di successione di contratti a termine con lo stesso lavoratore, la legge 92/2012 ha previsto l'aumento dell'intervallo minimo tra un contratto e l'altro che, a seconda della durata dello stesso (superiore o inferiore a sei mesi), deve essere di 60 o di 90 giorni. Un'eccezione a tale regola è costituita dai contratti stagionali e da specifici casi previsti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale nei contratti collettivi di qualsiasi livello.

Quanto, invece, alla durata del contratto a tempo determinato si prevede un periodo massimo di 36 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, incluso anche il periodo di svolgimento di attività con contratto di lavoro somministrato a tempo determinato, stipulato successivamente al 18 luglio 2012, con mansioni equivalenti.

In mancanza di atti normativi emanati al fine di armonizzare la riforma del mercato del lavoro alla legislazione specifica prevista per il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (art. 1, comma 8, L. 92/2012), appare piuttosto chiara, ma molto discutibile, l'applicazione *in toto* e senza eccezioni della stessa anche ai lavoratori pubblici, considerato che la più volte citata "riforma Fornero" chiarisce che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni».

Gli unici interventi che finora si registrano da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica sono quelli concretizzatisi nei pareri n. 37561 e 37562 del 19 settembre 2012, e 38845 del 28 settembre 2012. Con il primo si chiarisce la portata applicativa delle norme in tema di contratti a termine applicabili al pubblico impiego e, in particolare, al personale dipendente da istituti scolastici gestiti dai Comuni. Il Dipartimento della Funzione Pubblica afferma espressamente che le regole introdotte dalla legge 92/2012 in tema di contratti a tempo determinato non si applicano alle ipotesi di supplenza del personale docente di servizi educativi e scolastici gestiti dai Comuni. Tale esenzione deriverebbe dall'applicazione dell'art. 4-bis, D.Lgs 368/2001 come modificato dall'art. 9, comma 18, decreto legge 70/2011, il quale esclude le scuole statali dalla revisione delle norme sulla organizzazione delle università, sul personale accademico e sul reclutamento dello stesso. In particolare, l'art. 4-bis, D.Lgs 368/2001 «considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato», prevede che la pubblica amministrazione possa stipulare tipologie di lavoro a tempo determinato con personale docente e ATA finalizzato a supplenze di altro personale. La deroga non opera con riferimento ai casi di contratti a termine stipulati dagli enti locali e finalizzati alla copertura ordinaria del fabbisogno di personale.

Restano, quindi, fermi i vincoli imposti non solo dall'art. 97, comma 4, Cost. secondo cui l'accesso al pubblico impiego avviene mediante concorso pubblico, ma anche dall'art. 36, comma 2, D.Lgs 165/2001, secondo cui le tipologie di lavoro "flessibili" previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa possono essere utilizzate dalle amministrazioni pubbliche al fine di rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali. Tale eccezione, applicabile alle assunzioni di personale docente e ATA con contratto a termine, è valida solo per gli incarichi di supplenza affidati a docenti o personale ATA che abbiano superato regolarmente le pro-

cedure di selezione pubblica. Infine, nel caso di superamento di un nuovo concorso da parte di un soggetto che abbia già prestato attività lavorativa a termine nei confronti dell'amministrazione, la durata del contratto precedente viene "azzerata" ed in tal modo sarà possibile per l'amministrazione stipulare un nuovo contratto a termine ed utilizzare in successione più contratti (sempre fino ad un massimo di 36 mesi inclusi di proroghe e rinnovi), senza che a questi si applichino gli intervalli minimi di 60 e 90 giorni. Nel secondo parere citato, il n. 37562 del 19 settembre 2012, il Dipartimento della Funzione Pubblica chiarisce che, in tema di intervallo minimo temporale da rispettare per la conclusione di contratti a termine nel pubblico impiego, le norme introdotte dalla legge 92/2012 trovano applicazione nella normativa vigente ed in assenza di norma di armonizzazione previste dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della suddetta legge. In particolare si legge nel parere che «ai fini della disciplina sull'intervallo di tempo tra successivi contratti a tempo determinato di cui al D.Lgs 368/2001, si debba prendere a riferimento la data della riassunzione e non quella del contratto stipulato [prima del 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge 92/2012] tra le stesse parti. La riassunzione, infatti, comporta la stipula di un nuovo contratto con il rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale delle parti e con l'instaurazione del nuovo rapporto di lavoro, talché è la data di sottoscrizione del nuovo contratto che rileva ai fini dell'individuazione della disciplina normativa applicabile, ivi compresa quella che prevede l'obbligo di rispettare un determinato lasso di tempo tra successivi contratti. Un'interpretazione in senso diverso inciderebbe sul portato e sull'efficacia della disposizione che non precisa alcunché sulla decorrenza della norma prescritta».

Di conseguenza, per quanto concerne l'assunzione a seguito di selezione pubblica di lavoratori con contratto a termine per lo stesso profilo professionale ricoperto nella medesima amministrazione con un precedente contratto, il Dipartimento della Funzione Pubblica chiarisce che «il superamento di un nuovo concorso pubblico a tempo determinato da parte del soggetto che ha già avuto un rapporto di lavoro a termine con l'amministrazione consente di azzerare la durata del contratto precedente ai fini del computo del limite massimo dei 36 mesi previsto dal D.Lgs 368/2001, nonché la non applicabilità degli intervalli temporali in caso di successione di contratti».

Cosa ben diversa, invece, sarebbe l'assunzione del medesimo lavoratore, già assunto con contratto a termine, da parte della medesima amministrazione utilizzando, ai fini dell'assunzione, la medesima graduatoria di concorso precedentemente utilizzata. In questo caso, mancando il presup-

posto del superamento di un nuovo concorso, la riassunzione dovrà necessariamente avvenire nel rispetto degli intervalli di tempo previsti dal D.Lgs 368/2001 come modificato dalla legge 92/2012.

Infine, ci sembra opportuno segnalare il parere 38845 del 28 settembre 2012, rilasciato dal Dipartimento della Funzione Pubblica all'Istituto nazionale di geofisica e vulcanologia, che a nostro parere ha reso poco chiara la portata applicativa della Riforma Fornero e dei rinvii ivi contenuti alla contrattazione collettiva in tema di contratto a termine. In particolare, i riferimenti sono: 1) all'articolo 1, comma 1-*bis* del D.Lgs 368/2001 modificato dalla legge 92/2012, secondo cui «i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo il requisito [dell'acausalità del contratto] non sia richiesto nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva»; 2) all'articolo 5, comma 3, D.Lgs 368/2001 modificato dalla legge 92/2012, secondo cui, nel caso di successione di contratti e di intervallo minimo che deve intercorrere tra gli stessi, i contratti collettivi possono prevedere, stabilendone le condizioni, la riduzione dei termini minimi imposti dalla legge fino a venti giorni, e trenta giorni nei casi in cui l'assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle condizioni indicate dalla norma; 3) all'articolo 5, comma 4-*bis*, D.Lgs 368/2001 come modificato dalla legge 92/2012, secondo cui il limite massimo di durata del contratto a termine di 36 mesi può essere derogato dai contratti collettivi a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Prima di passare al “merito” della questione, ci sembra necessario ricordare che, nell'ambito della gerarchia delle fonti, i pareri ministeriali - anche quelli emessi per rispondere a quesiti interpretativi posti da singoli enti per casi specifici - non sembrano contemplati. Pertanto, per quanto autorevole possa essere il documento in esame, è necessario ricostruire il quadro legislativo e normativo posto alla base e a monte del ragionamento che si intende seguire.

In primo luogo occorre ricordare che il D.Lgs 368/2001 si applica anche al pubblico impiego in quanto regolante i contratti a tempo determinato

previsti e contemplati dall'articolo 36, D.Lgs 165/2001. Considerato che la legge 92/2012 è intervenuta a modificare anche la disciplina dei contratti a termine, appare chiaro che essa troverà applicazione anche per il pubblico impiego. Bisogna ricordare inoltre che l'applicazione della riforma avverrà *in toto* fino a che non sarà emanato un atto di armonizzazione della stessa al pubblico impiego, secondo quanto previsto dai commi 7 e 8, articolo 1, della legge 92/2012.

Detto ciò, leggendo gli articoli 1 e 5 del D.Lgs 368/2001, appare altrettanto evidente che la suddetta legge, quando parla della deroga ai tempi di successione di contratti a termine, non indica il livello contrattuale che deve essere utilizzato, considerato che, in base a quanto detto sopra, la contrattazione nazionale, decentrata e aziendale, ben può derogare alla legge.

Alla luce di quanto considerato si ritiene che quanto contenuto nel parere 38845 del 28 settembre 2012, mentre da un lato afferma un concetto chiaro, ovvero l'applicabilità della riforma Fornero anche al pubblico impiego, dall'altro nulla dice circa l'applicabilità della norma che rinvia alla contrattazione collettiva con potere derogatorio, laddove afferma: «[...] si ritiene che, ferma restando l'applicazione della disciplina che deriva direttamente dal D.Lgs 368/2001, ove compatibile con la specificità del settore pubblico, per quanto riguarda le materie demandate alla fonte contrattuale occorrerà attendere, a seguito dell'adozione da parte del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione dell'atto di indirizzo quadro, nel rispetto della procedura prevista dalla normativa vigente, l'eventuale successiva sottoscrizione del contratto collettivo nazionale come previsto dalle disposizioni sopra richiamate».

Alla luce di ciò, prestandosi il parere ad interpretazioni errate della normativa legislativa, fonte del diritto, laddove le parole utilizzate non venissero "sviscerate" ma fossero lette in maniera frettolosa o superficiale, non bisognerebbe meravigliarsi se molte amministrazioni interpretassero non correttamente l'articolo contenente la disciplina della deroga contrattuale sopra esposta in maniera meno favorevole per le organizzazioni sindacali privandole di un potere contrattuale conferito loro per legge¹⁶.

Parere positivo, infine, può essere dato - nell'incertezza applicativa della riforma del mercato del lavoro introdotta con la legge 92/2012 e nel dubbio circa il "futuro" di molti dipendenti precari della Pubblica Amministrazione - agli incontri avvenuti in data 21 e 28 novembre 2012 tra le organizzazioni sindacali e il Ministro della Funzione Pubblica, su convocazione dello stesso Ministro. Al centro della discussione, l'analisi della situazione lavorativa

16. Peraltro in contrasto con l'interpretazione data dallo stesso Dipartimento della Funzione Pubblica con il parere 37561 del 19 settembre 2012.

di seimila precari delle Amministrazioni centralizzate e di circa 70/80 mila precari delle Amministrazioni decentrate (Regioni, Sanità, Enti locali), il cui contratto ha visto la propria scadenza il 31 dicembre 2012, nell'ambito della più ampia questione della revisione della spesa (*spending review*) attuata dal Governo e dei nodi strutturali del riordino degli enti. Il dibattito era finalizzato ad evitare ulteriori forme di precariato, di esuberi, di blocco della contrattazione integrativa e di tagli dei servizi ai cittadini, che rappresentano di fatto una pericolosa conseguenza di tali processi di riforma. L'obiettivo perseguito dalle organizzazioni sindacali del settore pubblico è quello di giungere alla sottoscrizione di accordi quadro con i quali rilanciare il ruolo della contrattazione collettiva e delle relazioni sindacali, limitate, negli ultimi anni, da riforme di legislazione e manovre finanziarie improntate all'urgenza.

È inoltre volontà delle parti sociali pervenire, in tempi brevi, alla sottoscrizione di un Ccnq finalizzato alla ridefinizione di nuove possibili soluzioni, all'interno di una disciplina organica, delle forme di flessibilità in entrata per il pubblico impiego e di un riallineamento con le norme previste dalla riforma Fornero per il settore privato. Su questo punto va peraltro sottolineato che l'atto di indirizzo predisposto dal Ministero della Pubblica Amministrazione sta ultimando il suo percorso di autorizzazione per essere inviato all'Aran.

Da ultimo, in tema di contratti a tempo determinato, la legge 21 dicembre 2012, 228 (c.d. legge di stabilità 2013) ha previsto che «nelle more dell'attuazione dell'articolo 1, comma 8, della legge 28 giugno 2012, n. 92, fermi restando i vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente, nonché le previsioni di cui all'articolo 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, 165, le amministrazioni pubbliche [...], possono prorogare i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, in essere al 30 novembre 2012, che superano il limite dei trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, previsto dall'articolo 5, comma 4-bis, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, o il diverso limite previsto dai Contratti collettivi nazionali del relativo comparto, fino a non oltre il 30 luglio 2013, previo accordo decentrato con le organizzazioni sindacali rappresentative del settore interessato, secondo quanto previsto dal citato articolo 5, comma 4-bis, del decreto legislativo 368 del 2001. Sono fatti salvi gli eventuali accordi decentrati eventualmente già sottoscritti nel rispetto dei limiti ordinamentali, finanziari e temporali di cui al presente comma».

In questo modo, in attesa dell'Accordo quadro di armonizzazione della legge 92/2012 al lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, vengono tutelati tutti i lavoratori precari della Amministrazione Pubblica i quali, inoltre, gra-

zie alla legge 228/2012 (che segue, in un certo senso, l'orientamento della giurisprudenza comunitaria), potranno partecipare ai concorsi pubblici che saranno banditi laddove abbiano maturato un periodo di anzianità di servizio di tre anni all'interno dell'amministrazione che emana il bando. In particolare, le procedure di reclutamento mediante concorso pubblico possono essere avviate con riserva di posti, nel limite massimo del 40% di quelli banditi a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato oppure per titoli ed esami finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale con contratto a termine 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.

Anche in questo caso, dunque, può considerarsi positivo, anche se non del tutto completo in mancanza della normativa di armonizzazione della legge 92/2012 al pubblico impiego, l'intervento normativo di cui sopra che, a ben vedere, sembra voler applicare alcuni di quei principi e criteri contenuti nell'intesa sottoscritta il 3 maggio 2012 tra il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali.

Il contratto a tempo parziale

Disciplinato dal D.Lgs 61/2000, il contratto a tempo parziale è caratterizzato da una riduzione dell'orario della prestazione lavorativa rispetto a quello a tempo pieno (generalmente di 40 ore settimanali) e da una rilevante flessibilità in relazione al tempo di lavoro.

Questa tipologia contrattuale consente al lavoratore di conciliare le esigenze personali e familiari con quelle professionali e lavorative. Il contratto a tempo parziale può essere di tipo orizzontale (la prestazione lavorativa viene svolta tutti i giorni a un orario ridotto rispetto al tempo pieno), verticale (la prestazione è svolta solo in alcuni giorni o periodi dell'anno, del mese o della settimana), o misto (con una combinazione delle modalità orizzontale e verticale).

La forma scritta del contratto non è obbligatoria, ma è richiesta per provare l'esistenza del rapporto di lavoro. In esso vanno specificati la durata della prestazione lavorativa e l'orario di lavoro in relazione al periodo di lavoro di riferimento (giorno, settimana, mese, anno).

Per il pubblico impiego sono previste norme specifiche in tema di *part time*: la possibilità per i lavoratori con contratto *part time* e orario di lavoro

non superiore al 50% rispetto al quello a tempo pieno di svolgere altre attività lavorative retribuite e attività professionali anche comportanti l'iscrizione ad albi; la possibilità che possa valere per tutti i profili professionali appartenenti alle varie qualifiche o livelli, ad eccezione del personale militare, Forze di polizia e Corpo nazionale dei Vigili del fuoco; l'applicazione dello stesso trattamento economico e normativo spettante ai lavoratori a tempo pieno comparabili.

I Ccnl possono prevedere clausole scritte per la variazione dell'orario di lavoro stabilito, ma è sempre necessario il consenso scritto del lavoratore. L'utilizzo di tali clausole dà al lavoratore il diritto alle compensazioni previste dal contratto di comparto. La conversione del contratto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno è ammessa, ma solo con l'accettazione del lavoratore in forma scritta. Se il lavoratore rinuncia alla modifica del rapporto lavorativo, l'amministrazione non può considerare il rifiuto un giustificato motivo di licenziamento.

La trasformazione del rapporto, inoltre, è concessa di diritto ai lavoratori affetti da patologie oncologiche per tutto il periodo di cura, al termine del quale, su richiesta del lavoratore, il rapporto può nuovamente essere convertito in tempo pieno. Ai fini della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a part time, viene data priorità ai lavoratori il cui coniuge, figli o genitori siano affetti da patologie oncologiche; a coloro che assistono una persona convivente affetta da totale e permanente inabilità lavorativa grave con necessità di assistenza continua; ai lavoratori con figlio convivente portatore di handicap oppure di età inferiore a tredici anni.

Il rapporto di lavoro a tempo parziale è stato più volte modificato nel corso degli ultimi anni. Inizialmente, l'art. 6, D.Lgs 61/2000 non prevedeva la reversibilità del *part time* su richiesta del lavoratore interessato, pur in presenza di esplicite clausole espresse dalla contrattazione collettiva nazionale. Nel lavoro pubblico, infatti, diversamente da quello privato, era riconosciuto il diritto del lavoratore, per necessità professionali o di cura, alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Inoltre, «l'art. 6, comma 4, D.L. 79/1997, convertito in L. 140/1997, riconosceva «al lavoratore un vero e proprio diritto incondizionato al ritorno al tempo pieno, esercitabile anche se il posto di lavoro non è immediatamente disponibile»¹⁷.

In forza di tale disposizione, la trasformazione del contratto di lavoro a tempo pieno in *part time* avveniva automaticamente, su semplice richiesta del lavoratore e con facoltà dello stesso di esercitare, dopo almeno due anni, l'opzione per il ritorno al tempo pieno.

17. Ministero della funzione pubblica, circ. 6/1997.

Secondo una parte della dottrina¹⁸, tale diritto costituisce però una misura tanto incentivante quanto contraddittoria rispetto all'obiettivo della riduzione del costo del personale. Dunque, veniva riconosciuto al dipendente pubblico il diritto di ottenere, su domanda all'amministrazione di appartenenza, la trasformazione automatica del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale. Questo significava che il diritto soggettivo del lavoratore - che aveva fonte legale - rendeva superflua l'applicabilità della disciplina dell'art. 5, commi 1 e 3, D.Lgs 61/2000 sulla tutela ed incentivazione del lavoro a tempo parziale.

Successivamente, l'art. 73, D.L. 112/2008 conv. in L. 133/2008, ha modificato l'art. 1, comma 58 della L. 662/1996, stabilendo che la trasformazione (prima automatica) del rapporto di lavoro da tempo pieno a *part time* può essere concessa dall'amministrazione, ovvero dipende dall'accettazione dell'amministrazione di appartenenza, con l'evidente conseguenza della cancellazione del diritto soggettivo del dipendente di vedersi trasformata automaticamente, dietro richiesta, la propria situazione contrattuale (richiesta che prima veniva accordata al massimo con un posticipo di sei mesi, in caso di ripercussioni negative gravi sull'organizzazione degli uffici); e il potere, in capo all'amministrazione, di valutare in maniera discrezionale l'accettazione o il rifiuto alla trasformazione dell'orario di lavoro, senza dover dimostrare il grave pregiudizio. Rimane all'amministrazione l'obbligo di motivare la propria decisione, che il lavoratore potrà sindacare.

Di recente, l'articolo 16 della legge 183/2010 (c.d. Collegato lavoro) ha previsto per la Pubblica Amministrazione la possibilità di riesaminare, entro 180 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della legge, i rapporti di lavoro *part time* convertiti prima dell'entrata in vigore del decreto legge 112/2008 convertito in legge 133/2008 che possano arrecare pregiudizio all'organizzazione della stessa amministrazione. La valutazione deve essere svolta secondo buona fede e correttezza. A tal fine la condizione di equilibrio familiare che il lavoratore *part time* avrà nel frattempo raggiunto dovrà ricevere una considerazione di dignità e importanza analoga a quella riguardante l'organizzazione, in modo da ricercare prioritariamente soluzioni di contemperamento o alternative alla revoca del *part time*. Tuttavia, nonostante quanto previsto dalla legge, le amministrazioni hanno riesaminato i contratti di lavoro a tempo parziale di alcuni dipendenti intervenendo, in via unilaterale e discrezionale, a modificarlo o a revocarlo. Si ricorda, inoltre, la circolare 9/2011 del dipartimento della Funzione Pubblica che

18. R. Santucci, *Il lavoro part-time*, in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, Commentario*, Utet, Torino, 2004, 602.

ha chiarito la portata della norma e i provvedimenti dei giudici di merito¹⁹ che hanno interpretato la norma applicando o non applicando quanto stabilito dalla direttiva europea 81/1997.

Sulla natura del diritto posto alla base della conversione, a seguito di riesame da parte della Pubblica Amministrazione del contratto di lavoro a tempo parziale in contratto di lavoro a tempo pieno, dottrina e giurisprudenza seguono orientamenti opposti. C'è chi²⁰ sostiene che il potere della Pubblica Amministrazione relativo al "riesame" dei contratti di lavoro a tempo parziale rappresenti un esercizio dell'azione amministrativa in autotutela. Secondo altri, tale interpretazione «non pare condivisibile poiché la revoca in autotutela da parte della P.A. è riconducibile agli atti autarchici di natura pubblicistica, che mal si attagliano al regime privatistico degli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico privatizzato». A ciò si aggiunga che, pur ammettendo che il potere di autotutela sia esercitabile anche in relazione ad alcuni rapporti di diritto privato che fanno capo all'amministrazione, tuttavia esso si esprime attraverso l'adozione di provvedimenti (autotutela decisoria) ovvero mediante il compimento di operazioni (autotutela esecutiva, di cui è esempio la demolizione di opere abusive).

Controcorrente rispetto all'orientamento dottrinale è il Consiglio di Stato, secondo cui è da escludersi un potere di autotutela della PA in relazione ai rapporti di lavoro privatizzati²¹.

Ancora, c'è chi²² sostiene la tesi che l'amministrazione, trasformando il rapporto *full time* in *part time* sulla base delle nuove regole, non faccia altro che esercitare un potere di riesame dell'atto di concessione del tempo parziale inizialmente emesso.

Sotto il profilo applicativo, non poche sono stati i contenziosi avviati da dipendenti pubblici, nei confronti dei quali la Pubblica Amministrazione, in applicazione della normativa introdotta dal c.d. Collegato lavoro, aveva *ipso iure* revocato i provvedimenti concessori del *part time*. Sul punto si ricorda la sentenza del Tribunale di Trento del 28 settembre 2011, che ha annullato un provvedimento ministeriale di revoca del *part time*. Il Giudice di Trento ha deciso l'annullamento del provvedimento di revoca del *part time* sostenendo che: 1. l'art. 16 della legge 183/2010 non è conforme alla

19. Si segnalano, sul punto, Trib. Trento, 4 maggio 2011, in LPA, 2011, 1, 93, (s.m.), con nota di Murrone; Trib. Trento 17 giugno 2011; Trib. Firenze, 7 marzo 2011, 653, in LPA, 2011, 6, 1003, (s.m.) con nota di Colagiovanni; Trib. Firenze 31 gennaio 2011, in RIDL, 2011, 2, 415, (s.m.) con nota di Ranfagni.

20. A. Topo, *Gli effetti modificativi del Collegato lavoro 2010 sulla disciplina del lavoro pubblico*, in LG, 2011, 93 ss.

21. Cons. Stato, 15 settembre 2010, 1040, in FA, 2010, 2008; Cons. Stato, 1° giugno 2010, 4483, in FA, 2010, 1313; Cons. Stato, 8 giugno 2010, 4479, in FA, 1314.

22. G. Bolego, *Il potere di «nuova valutazione» del datore di lavoro pubblico nella disciplina del part time dopo il Collegato lavoro*, in QL, 3, 2011, p. 1 ss.

normativa europea che stabilisce che l'amministrazione debba rispettare i principi di correttezza e buona fede e debba tener conto della volontà del lavoratore alla conversione; 2. nel rispetto del principio di non discriminazione, in base al quale i lavoratori a tempo parziale non devono ricevere un trattamento meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno, il rifiuto di un lavoratore alla trasformazione del rapporto di lavoro non costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento dato che, in questo caso, «il licenziamento è dovuto ad una determinazione dell'imprenditore di preferenza, per mera convenienza economica, del rapporto a tempo pieno in luogo di una pluralità di rapporti a tempo parziale»; 3. «Sancire l'illegittimità del licenziamento significa sancire la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore. Sancire la legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore significa esigere il consenso del lavoratore stesso. La trasformazione del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno, pertanto, può avvenire solo con il consenso del lavoratore».

Anche in tema di contratto a tempo parziale, bisogna ricordare l'ultimo intervento normativo modificativo del D.Lgs 61/2000, la legge 92/2012. In primo luogo viene rafforzato il diritto del lavoratore a vedere inserite, nei contratti collettivi nazionali di lavoro, le condizioni e le modalità che consentono di richiedere l'eliminazione o la modifica delle clausole flessibili ed elastiche previste dal contratto di lavoro, relative alla possibilità di modificare la collocazione temporale, giornaliera e oraria, della prestazione lavorativa e di aumentare le ore di lavoro. In secondo luogo viene riconosciuta ai lavoratori studenti, nonché ai lavoratori con patologie oncologiche, la possibilità di revocare il consenso alle clausole flessibili ed elastiche.

In merito a tali modifiche c'è chi ritiene che, per quanto positive, siano da considerarsi poco efficaci per la lotta agli abusi e la prevenzione degli stessi. A ciò si aggiunga, inoltre, la necessità di inserire norme di legge realmente conciliative degli interessi di vita e di lavoro del dipendente, anche attraverso incentivi al sostegno di contratti di lavoro a tempo parziale "lunghi"²³.

23. AA.VV., *La riforma del lavoro*, op. cit., 23.

Il contratto di lavoro accessorio e le collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.)

Introdotta dal decreto legge 78/2009, il contratto di lavoro accessorio rientra tra le forme flessibili di assunzione nella Pubblica Amministrazione ed è una forma di collaborazione occasionale che non comporta la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato.

Le attività lavorative che possono essere svolte con questa tipologia di contratto sono elencate dall'articolo 70 del D.Lgs 276/2003 (c.d. riforma Biagi) e possono essere esercitate anche con un committente pubblico, compresi gli enti locali. Il ricorso a tale tipo di prestazione da parte di una amministrazione è tuttavia consentito solo nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e ove previsto dal patto di stabilità interno. Lo scopo è quello di evitare che una pubblica amministrazione possa ricorrere al lavoro accessorio per nascondere una vera e propria attività lavorativa di natura subordinata e aggirare le regole in materia di controlli e di contenimento dei costi del personale delle Pubbliche Amministrazioni e degli enti locali (comuni, province, regioni, città metropolitane, comunità montane, comunità isolate, le unioni di comuni, e i consorzi cui partecipano gli enti locali).

Per questi ultimi la possibilità di utilizzare il lavoro accessorio è concessa per «manifestazioni sportive, culturali, fieristiche o caritatevoli» nonché per «lavori di emergenza o di solidarietà». Le attività «di giardinaggio, pulizia e manutenzione di edifici, strade, parchi e monumenti», invece, possono essere svolte con contratto di lavoro accessorio solo dagli enti locali che potranno stipulare contratti di lavoro accessorio con «giovani con meno di venticinque anni di età, regolarmente iscritti a un ciclo di studi presso l'università o un istituto scolastico di ogni ordine e grado e compatibilmente con gli impegni scolastici [gli scolari] potranno lavorare il sabato e la domenica e durante i *periodi di vacanza* [e gli universitari regolarmente iscritti potranno lavorare] in qualunque periodo dell'anno».

Anche i pensionati possono svolgere lavoro accessorio in «qualsiasi settore produttivo», anche degli enti locali. Quanto alla forma di compenso del lavoratore accessorio erogata da una pubblica amministrazione, viene espressamente consentita la possibilità del pagamento tramite *voucher* (buoni lavoro) che, per legge 92/2012, sono ora numerati progressivamente e datati, e con un valore nominale stabilito con apposito decreto emanato a seguito di un confronto del Governo con le Parti sociali. Prima dell'inizio della prestazione, la pubblica amministrazione che intende usufruire dei *voucher* per il lavoro accessorio dovrà comunicare all'Inail, tramite ap-

posita procedura telematica, i dati inerenti la prestazione, indicando i dati relativi al luogo e al periodo della prestazione, oltre ai dati anagrafici propri e del prestatore. Quanto al committente pubblico, la possibilità di utilizzo di forme di lavoro accessorio è ora subordinata e consentita nel rispetto dei tetti stabiliti per la spesa di personale e del Patto di stabilità interno, con la conseguenza che i Comuni che non abbiano rispettato tali limiti non possono stipulare contratti di lavoro accessorio. Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, a esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria (art. 7, D.Lgs 165/2001).

Le collaborazioni coordinate e continuative rappresentano in assoluto la forma contrattuale flessibile più utilizzata da parte delle amministrazioni in quanto tali tipologie contrattuali non sono ascrivibili alla gestione del personale, bensì rientrano nei capitoli di spesa “acquisizione di beni e servizi” delle diverse articolazioni organizzative delle amministrazioni, le quali, di conseguenza, non «devono concordare con le politiche ed i servizi del personale la loro assunzione»²⁴.

La legge stabilisce i requisiti per le co.co.co.: l’oggetto della prestazione deve essere coerente con le esigenze di funzionalità dell’amministrazione che affida l’incarico; la pubblica amministrazione non deve avere, in organico, le risorse umane disponibili; la prestazione deve essere temporanea e qualificata; durata, luogo, oggetto e compenso devono essere predeterminati; non è ammesso il rinnovo; l’eventuale proroga dell’incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell’incarico. La regola della qualifica universitaria può essere superata nel caso in cui la collaborazione serva a supportare attività di ricerca e attività didattica, cioè per attività che debbano essere svolte da professionisti iscritti in ordini o albi oppure con soggetti esperti nel campo dell’arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell’attività informatica e per i servizi di orientamento, ma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Per tale motivo la legge prevede che i contratti di collaborazione e gli incarichi di consulenza debbano essere sottoposti al controllo della Corte dei conti e diventino efficaci solo dopo il parere positivo della stessa, oppure dopo 30 giorni dal loro ricevimento. Sono esclusi da questa forma di controllo gli incarichi affidati dagli enti lo-

24. F. Carinci, *L’esperienza delle forme di lavoro flessibile nelle P.A. tra diritto del lavoro e dimensione gestionale/organizzativa*, op. cit.

cali in applicazione della legge costituzionale 3/2001. Inoltre, sempre per quanto riguarda gli incarichi esterni negli enti locali, la disciplina generale dell'articolo 7 del decreto legislativo 165/2001 non si applica a quegli incarichi rientranti nella disciplina sugli appalti di servizi e, in particolare, in una delle materie elencate negli Allegati del decreto legislativo 163/2006 (c.d. codice degli appalti pubblici).

Se da una parte l'utilizzo di collaboratori esterni alla PA ha favorito, per i servizi interessati, l'acquisizione in tempi rapidi di profili professionali a medio-alta specializzazione con la possibilità, più che apprezzata, di selezionarli direttamente, dall'altra, invece, il ricorso a tali tipologie contrattuali ha provocato un processo di flessibilizzazione della reale dotazione organica, privo di una strategia complessiva dell'ente, esponendo alcuni servizi ad una debolezza strutturale. Questo ha comportato, o su spinta di natura sindacale o su richiesta dei servizi dell'amministrazione, ad un ripensamento generale dell'utilizzo di tale forma di contratto con l'intento di regolamentarlo, definirlo nel suo campo di applicazione e ricondurlo a tipologie precise di profili professionali e attività di lavoro.

Allo stesso tempo, tutte le amministrazioni hanno dovuto affrontare il problema di ridurre la debolezza strutturale derivante dalla presenza di lavoratori bene inseriti nelle attività dei servizi, ed in alcuni casi indispensabili, ma di fatto non inquadrati nella pianta organica, ovvero precari, a volte a svantaggio della stessa amministrazione pubblica. Nonostante l'inutile tentativo di ricondurre queste forme contrattuali ad una più generale politica del personale, e nonostante il tentativo di ridurre l'utilizzo, la collaborazione coordinata e continuativa è stata spesso abusata perché non connessa con l'esigenza di flessibilità, cioè quale strumento di gestione degli organici in modo flessibile.

Inoltre, spesso è stata usata come mezzo per risolvere contingenti necessità di consulenze professionali e per soddisfare esigenze cui il personale in servizio non poteva fare fronte. La soluzione a tali problemi è stata trovata conferendo incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, ma in presenza di alcuni presupposti²⁵.

La giurisprudenza, infatti, è intervenuta affermando che l'art. 86, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, 276, è costituzionalmente illegittimo per essere in irragionevole contraddittorietà con la sua *ratio*. Infatti, pur essendo finalizzato «ad aumentare [...] i tassi di occupazione

25. In dottrina, *ex plurimis*, v. G. Santoro Passarelli, *Competitività e flessibilità del rapporto di lavoro*, in RIDL, 2009, 2, 201.

e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro» - prevedendo che le collaborazioni coordinate e continuative, già stipulate alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 276 del 2003 e che non possono essere ricondotte a un progetto o a una fase di esso, mantengano efficacia fino alla loro scadenza e, in ogni caso, non oltre un anno dalla data indicata o il termine superiore eventualmente stabilito nell'ambito di accordi sindacali stipulati in sede aziendale con le istanze aziendali dei sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale - esso determina l'effetto esattamente contrario (cioè la perdita del lavoro) a danno di soggetti che, pur avendo instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trovano ora penalizzati senza un motivo plausibile. In conseguenza della presente dichiarazione d'illegittimità costituzionale, le collaborazioni coordinate e continuative già stipulate il 24 ottobre 2003 mantengono efficacia fino alla scadenza pattuita dalle parti²⁶.

Quanto al requisito della «particolare e comprovata specializzazione universitaria» si è espressa la giurisprudenza contabile²⁷.

Nei casi di impossibilità di reperimento di particolari e comprovate specializzazioni universitarie, può ritenersi sufficiente l'accertamento in concreto delle conoscenze, documentato da precedente esperienza nel settore e da un articolato curriculum.

Di diverso avviso la Sezione regionale di controllo per la Lombardia, che ha ritenuto soddisfatto il requisito della specializzazione universitaria anche nel caso d'iscrizione a un albo o a un ordine (o, meglio, a un collegio) professionale per l'accesso al quale non è richiesta la laurea, in quanto tale iscrizione di per sé attesta il possesso di conoscenze specialistiche equiparabili a quelle universitarie, fermo restando il necessario accertamento al conferimento dell'incarico delle effettive competenze teorico-pratiche e della documentata esperienza nel settore²⁸.

Sul danno scaturente dal conferimento di un incarico in violazione dei limiti legali si è espressa la giurisprudenza della Corte dei conti²⁹, secondo cui «dall'intervenuto svolgimento di prestazioni rese nell'ambito di un rapporto di lavoro (autonomo o non che sia) assunto però in violazione dei limiti, dei criteri e delle modalità che lo disciplinano, non può discendere alcuna pretesa di utilità per l'ente pubblico, in quanto nella scelta legislativa

26. Si veda, sul punto, C. Cost. 5 dicembre 2008, 399, in GC, 2009, 2, 268; in GL, 2009, 1, 56 con nota di Tatarelli.

27. C. Conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, parere 9/2008/cons.

28. Sezione regionale di controllo per la Lombardia, pareri n 28 e 29 del 2008.

29. Sezione giurisdizionale di appello per la regione siciliana 122/A/2008 e 06/A/2008; Sezione regionale di controllo per la Calabria, delibera 138 del 25/7/2008.

il perseguimento del fine e la realizzazione dell'*utilitas* pubblica sono stati ritenuti attuabili, con valutazioni tipiche a priori, esclusivamente attraverso i moduli conformi al dettato normativo per l'appunto posti "a monte", con l'ulteriore ovvia e definitiva conseguenza per cui la remunerazione corrisposta costituisce danno erariale».

È espressamente fatto divieto per le Pubbliche Amministrazioni stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie e di utilizzare i collaboratori come lavoratori subordinati.

In questo, il legislatore ha recepito un principio che era stato affermato da tempo sia da parte delle Sezioni giurisdizionali che delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti. Inoltre, l'incarico di consulenza non deve mai risolversi nell'instaurazione surrettizia di un rapporto di lavoro (art. 97 Cost.)³⁰

Le verifiche sulle disposizioni regolamentari in materia di incarichi sono affidate alle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai sensi dell'art. 3 comma 57 della legge 244/2007. La Sezione delle Autonomie della Corte dei conti, con delibera 6/AUT/2008 del 14 marzo 2008, contenente linee di indirizzo e criteri interpretativi dell'art. 3 comma 57 della legge 244/07, ha sostenuto che tale attività si concreta in un controllo di natura non tanto interdittiva (come il controllo preventivo di legittimità, integrativo dell'efficacia dell'atto), bensì collaborativa, che mira cioè a stimolare nell'ente controllato processi virtuosi di autocorrezione, consistente nell'adozione delle misure necessarie a ovviare alle disfunzioni segnalate. Tale controllo è ascrivibile, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale, alla categoria del riesame di legalità e regolarità, in una prospettiva non più statica (come era il tradizionale controllo di legalità e regolarità), ma dinamica, volta cioè a finalizzare il confronto tra fattispecie e parametro normativo all'adozione di effettive misure correttive. Inoltre, la medesima corte ritiene che l'inderogabilità di tali norme da parte dei regolamenti locali risieda nella loro diretta derivazione dai principi di buon andamento e di trasparenza della pubblica amministrazione, nonché di sana e corretta gestione finanziaria³¹. Sempre in riferimento agli incarichi esterni negli enti locali, la disciplina generale dell'articolo 7 del decreto legislativo 165/2001 non si applica a quegli incarichi rientranti nella disciplina sugli appalti di servizi e, in particolare, nelle materie elencate negli Allegati del decreto legislativo 163/2006. Infine, si ricordano le previsioni legislative del 2010 e 2011 che hanno previsto

30. Cfr., sul punto, Sezione giurisdizionale per l'Emilia Romagna, 16.6.2008, 501; Sezione giurisdizionale Calabria, 2.4.2008, 307.

31. Cfr. Sezione delle Autonomie, delibera 6/AUT/2008 del 14 marzo 2008; C. Cost. 7 giugno 2007, 179, in *GC*Cost, 2007, 3; C. Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo 6/contr/2005.

tagli agli incarichi esterni e alle consulenze. In particolare, il decreto legge 78/2010 conv. in legge 122/2010, ha stabilito, con l'art. 6, che, a decorrere dall'anno 2011, la spesa annua per studi ed incarichi di consulenza non può essere superiore al 20% di quella sostenuta nell'anno 2009. Tale norma si applica alle amministrazioni individuate annualmente dalla ricognizione dell'ISTAT in base al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009 n.196, escluse le università, gli enti e le fondazioni di ricerca e gli organismi equiparati. Il D.L. 98/2011 taglia ulteriormente consulenze e incarichi occasionali stabilendo, all'articolo 16, che con i piani triennali di razionalizzazione e riqualificazione della spesa le pubbliche amministrazioni devono ridurre i costi della politica e quelli di funzionamento, ivi compreso il ricorso alle consulenze attraverso persone giuridiche.

Di recente la legge 92/2012 è intervenuta a modificare la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative. Essa stabilisce che l'utilizzo di tali tipologie contrattuali deve essere limitato a progetti specifici, che devono essere significativamente diversi dalle normali attività di istituto: ciò significa che le amministrazioni non potranno più ricorrere alle co.co.co. per l'attuazione di programmi generici. La legge inoltre chiarisce che a tali lavoratori autonomi non possono essere corrisposte retribuzioni inferiori a quelle previste per lo svolgimento di mansioni analoghe con contratto di lavoro subordinato.

Sempre sotto il profilo legislativo si segnala, da ultimo, l'intervento dei relatori alla legge 228/2012, la c.d. legge di stabilità, che prevede la possibilità, per le amministrazioni pubbliche, di assumere mediante concorso i lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa che abbiano maturato un'anzianità di servizio di almeno tre anni nell'amministrazione che emana il bando. Relativamente agli incarichi di consulenza informatica, la stessa legge prevede che le amministrazioni pubbliche di cui all'elenco ISTAT, nonché le autorità indipendenti, inclusa la Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), possano conferire incarichi di consulenza solo in casi eccezionali e adeguatamente motivati, tali per cui sia necessario provvedere alla soluzione di problemi specifici connessi al funzionamento dei sistemi informatici. La violazione della disposizione di cui al presente comma è valutabile ai fini della responsabilità amministrativa e disciplinare dei dirigenti. Per quanto riguarda gli altri incarichi di consulenza, la citata legge conferma il divieto per le amministrazioni pubbliche di rinnovarli e prorogarli, a meno che non si tratti di casi in cui sia necessario completare il progetto affidato o per ritardi non imputabili al collaboratore, e sempre nel rispetto del compenso inizialmente pattuito. Ancora, in relazione alle consulenze nelle società in house delle ammini-

strazioni pubbliche, la legge 228/2012 prevede che, ove queste abbiano conseguito nel 2012 un fatturato per prestazioni di beni e servizi superiore al 90% del fatturato totale, esse debbano rispettare i limiti imposti dal decreto legislativo 165/2001, articolo 7, che regola il conferimento degli incarichi esterni.

Quanto, invece, agli aspetti interpretativi e applicativi, si segnala il parere del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 38226, del 25 settembre 2012. Il Dipartimento afferma che il comma 26 dell'articolo 1 della legge 92/2012 modifica il decreto legislativo 276/2003 che, per espressa previsione contenuta nell'articolo 86, comma 8, non trova applicazione nei confronti delle amministrazioni pubbliche. Pertanto, «considerato che le disposizioni sulle collaborazioni contenute nel citato decreto non contengono una previsione di immediata applicabilità nei confronti delle pubbliche amministrazioni, la relativa normativa riguarda solo i rapporti di lavoro tra privati e per le prime continua naturalmente ad applicarsi il disposto dell'art. 7 del D.Lgs 165 del 2001 (comma 6: "Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità [...]»)».

Infine, per le pubbliche amministrazioni continua ad applicarsi il regime ordinario dell'onere della prova circa l'esistenza di un rapporto di collaborazione di natura autonoma. Resta naturalmente ferma ogni valutazione e determinazione autonoma dell'amministrazione, in qualità di datore di lavoro, anche per la necessità di non operare abusi e utilizzazioni distorte delle collaborazioni, che potranno in ogni caso essere accertate con gli ordinari mezzi a disposizione del giudice e dar luogo a responsabilità con applicazione delle conseguenti sanzioni, secondo quanto previsto anche dagli artt. 7 e 36 del D.Lgs 165 del 2001.

Bisogna comunque tener presente che, in virtù della riserva di legge prevista dall'art. 97 della Costituzione, nel caso di violazione, da parte della Pubblica Amministrazione, della normativa vigente in tema di collaborazioni coordinate e continuative, la sanzione non sarà applicabile come per il settore privato. Mentre infatti nel settore privato l'irregolarità di un rapporto di collaborazione comporta la conversione in contratto di natura subordinata fin dalla data di inizio dell'attività lavorativa, lo stesso non accade nel pubblico impiego.

Sul punto, pertanto, è necessario attendere le pronunce della giurisprudenza di merito che potrebbe stabilire - in maniera analoga a quanto acca-

duto per i casi di abuso di contratti a termine - che il mero risarcimento al lavoratore del danno subito non sia misura idonea a compensarlo dell'attività svolta per l'amministrazione, e che pertanto si debba convertire il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato³².

La somministrazione di lavoro a termine

La somministrazione di lavoro a termine consiste in un rapporto trilaterale tra lavoratore, somministratore (agenzia per il lavoro) e utilizzatore (PA), costituito da due contratti distinti, uno di somministrazione tra l'agenzia e la PA, e l'altro tra agenzia e lavoratore. È un contratto utilizzabile solo per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività dell'utilizzatore; eventuali limiti quantitativi possono essere determinati dai Ccnl.

Nel pubblico impiego, diversamente dal settore privato, la somministrazione è prevista solo in via temporanea e a tempo determinato. Non è quindi ammesso il cosiddetto *staff leasing*, ovvero la somministrazione a tempo indeterminato. Inoltre, non si può ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

Al personale somministrato utilizzato dalle pubbliche amministrazioni non è possibile applicare direttamente le disposizioni normative e contrattuali previste per i pubblici dipendenti. Sarà necessario inserire nel contratto di somministrazione delle apposite clausole con cui saranno individuati specifici obblighi di riservatezza, esclusività della prestazione e non concorrenza³³.

Sul punto ricordiamo il parere UPPA del 18 febbraio 2008 in tema di somministrazione, contratti di formazione e lavoro e lavori flessibili, alla luce dei limiti imposti dalla finanziaria per il 2008 alle pubbliche amministrazioni. Il documento fornisce dei chiarimenti in merito alla possibilità di fare ricorso a contratti di servizio finalizzati alla somministrazione a tempo determinato, nonché di utilizzare i contratti di formazione e lavoro quale strumento di reclutamento finalizzato alla copertura stabile (a tempo determinato) di posti vacanti nella dotazione organica. Chiarisce inoltre che

32. Si vedano, sul punto, le pronunce della giurisprudenza di merito citate nel paragrafo 2: Trib. Siena 27 settembre 2010, in LPA, 2010, 869, con nota di Preteroti, *A proposito di una possibile "disapplicazione" del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.* e del 13 dicembre 2010, 263 Trib. Siena 13 dicembre 2010, 263, in RIDL, 2011, II, 360, con nota di F. Siotto, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine* e del Tribunale di Livorno, sent. 26 novembre 2010, 266.

33. Si veda, sul punto, Ministero della Pubblica Amministrazione e l'innovazione, Dipartimento della Funzione Pubblica, circolare 3/2006.

la nuova norma limitativa della finanziaria per il 2008 non si applica alla somministrazione, in quanto il contratto commerciale tra le pubbliche amministrazioni e le agenzie per il lavoro non pone limiti temporali o di stagionalità, né potrebbe averne. Per questo motivo la somministrazione, fermo restando i limiti di disponibilità finanziaria stabiliti dalla legge 266/2005, non soggiace a detti limiti.

Lo stesso parere, però, evidenzia che i rapporti di lavoro con i lavoratori interinali debbano avere prudenzialmente (non obbligatoriamente) una durata di tre mesi, per non ingenerare inutili aspettative di stabilizzazione agli stessi interinali, avendo loro un rapporto di lavoro con un'agenzia, e non con una Pubblica Amministrazione.

Per quantificare il numero dei lavoratori da somministrare le amministrazioni fanno riferimento ai piani di programmazione del personale. Sulla base di questi e dei Ccnl, definiscono le retribuzioni spettanti ai lavoratori somministrati, che non dovranno essere inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello. L'utilizzatore, per poter somministrare lavoro, deve possedere alcuni requisiti previsti dalla legge, tra cui l'iscrizione presso l'Albo delle agenzie di somministrazione presso il Ministero del Lavoro. Una volta stipulato il contratto di somministrazione, l'agenzia (datore di lavoro) fornisce il personale alla pubblica amministrazione, che lo utilizza e controlla il corretto svolgimento dell'attività svolta.

In caso di contratto di somministrazione irregolare, perché utilizzato fuori dai casi previsti dalla legge, la pubblica amministrazione può essere condannata a risarcire il lavoratore; il dirigente responsabile dell'illecito può essere chiamato a rispondere verso la pubblica amministrazione. Quanto agli obblighi contrattuali, l'agenzia ha il dovere di retribuire il lavoratore; la pubblica amministrazione esercita i controlli sull'attività dei lavoratori e determina i parametri per la retribuzione degli stessi.

Quanto, infine, alla disciplina della somministrazione a termine modificata dalla legge 92/2012, non si possono non sottolineare le problematiche che potrebbero derivare dall'applicazione al pubblico impiego di tale tipologia contrattuale. Come qualche Autore³⁴ ha sottolineato, «la previsione relativa all'acausalità, dal canto suo, mal si coordina con la previsione contenuta all'art. 36 del decreto legislativo 165/2001, che subordina l'assunzione a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni ad esigenze temporanee ed eccezionali».

Occorrerà capire se la fissazione di una durata massima del contratto acau-

34. G. Rosolen, *La somministrazione di lavoro tra contrasto alla precarietà e buona flessibilità*, in P. Rau-sei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Adapt Labour Studies e-Book series 2.

sale - fissata in dodici mesi - sarà sufficiente ad arginare un utilizzo distorto del lavoro flessibile e quali possano essere le effettive potenzialità dell'istituto, in un settore come quello pubblico dove il contenzioso in materia di causale è tendenzialmente inesistente, essendo impedita per legge la stabilizzazione.

Il telelavoro

Il telelavoro, che per i suoi aspetti organizzativi si differenzia dalle altre forme di prestazioni lavorative, è una tipologia contrattuale che non può considerarsi esclusa dall'articolo 35 della Costituzione, che tutela il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni. Esso rappresenta una forma di lavoro non appartenente a nessuna delle categorie contrattuali (subordinato, autonomo, parasubordinato), in quanto è caratterizzato da «una modalità flessibile di esecuzione della prestazione lavorativa»³⁵.

Il telelavoro consiste in una prestazione di lavoro eseguita dal dipendente di una amministrazione pubblica al di fuori della sede di lavoro, in altro luogo, purché idoneo, con il supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce (art. 2, d.P.R. 8 marzo 1999, n.7).

La possibilità per le Amministrazioni Pubbliche di servirsi di contratti di telelavoro è contemplata dall'art. 4, legge 191/1998, secondo cui le Pubbliche Amministrazioni «possono installare, nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio, apparecchiature informatiche e collegamenti telefonici e telematici necessari, e possono autorizzare i propri dipendenti a effettuare, a parità di salario, la prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede di lavoro, previa determinazione delle modalità per la verifica dell'adempimento della prestazione lavorativa».

Della definizione giuridica del telelavoro si è occupata la dottrina, evidenziando che l'elemento caratterizzante il telelavoro è l'esternazione dell'attività lavorativa e che il contenuto e la struttura giuridica della prestazione possono essere assai diversi da caso a caso, con risvolti corrispondentemente diversi sul piano della qualificazione e della disciplina giuridica applicabile.

La dottrina ha dunque elaborato cinque diversi tipi di telelavoro, correlati ad altrettanti tipi o sottotipi legali di contratto: il telelavoro come oggetto di contratto d'appalto ex art. 1655 c.c., di contratto d'opera ex art. 2222 c.c., di contratto di lavoro parasubordinato, di contratto di lavoro

35. M. Biagi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, continuato da M. Tiraboschi, Giuffré, Milano, 2012, V ed., 148 e ss e 191 e ss.

subordinato ai sensi dell'art. 2094 c.c., di contratto di lavoro subordinato a domicilio³⁶. Tra le numerose teorie e posizioni circa la natura giuridica del contratto di telelavoro, quella cui fare senza dubbio riferimento è la teoria secondo cui il contratto di telelavoro debba rientrare nelle forme subordinate di lavoro ex art. 2094 C.C.³⁷

Conforme a questo orientamento è la giurisprudenza di legittimità, secondo cui «il vincolo della subordinazione è qualificato non tanto dall'elemento della collaborazione, intesa come svolgimento di attività per il conseguimento dei fini dell'impresa, quanto da quello, tipico, dell'inserimento dell'attività lavorativa nel ciclo produttivo dell'azienda, di cui il lavoratore a domicilio diviene elemento, ancorché esterno; perché tale condizione si realizzi, è sufficiente che il lavoratore esegua lavorazioni analoghe ovvero complementari a quelle eseguite all'interno dell'azienda, sotto le direttive dell'imprenditore, le quali non devono necessariamente essere specifiche e reiterate, essendo sufficiente, secondo le circostanze, che esse siano inizialmente impartite una volta per tutte, mentre i controlli possono anche limitarsi alla verifica della buona riuscita della lavorazione. In questo quadro, è riscontrabile la diversa fattispecie del lavoro autonomo allorché sia presente, presso il soggetto cui l'imprenditore commette una determinata opera, una distinta organizzazione dei mezzi produttivi ed una struttura imprenditoriale, con assunzione da parte del medesimo dei relativi rischi»³⁸. «Pertanto, la preliminare indagine sull'effettiva volontà negoziale - diretta ad accertare, anche attraverso il *nomen iuris* attribuito al rapporto, se le parti abbiano inteso conferire alla prestazione il carattere della subordinazione - non può essere disgiunta da una verifica dei relativi risultati con riguardo alle caratteristiche e modalità concretamente assunte dalla prestazione stessa nel corso del suo svolgimento, sì da doversi riconoscere l'acquisizione di quel carattere quante volte detto svolgimento non si appalesi coerente con la sua originaria denominazione»³⁹.

Tuttavia, nonostante gli orientamenti giurisprudenziali tendano ad inquadrare il telelavoro nell'ambito delle tipologie contrattuali di natura subordinata, si deve notare che la molteplicità delle definizioni di telelavoro e le numerose posizioni dottrinali circa la sua natura evidenziano le difficoltà a qualificare e circoscrivere un fenomeno niente affatto unitario. Infatti,

36. M. Dell'Olio, *Nuove forme di lavoro dipendente*, in MGL, 1984; G. Bracchi, S. Campo Dall'Orto, *Telelavoro oggi, esperienze, opportunità e campi d'applicazione*, in AA.VV., *Quaderno Aim*, 1994, 25.

37. M. D'Antona, *I mutamenti del diritto del lavoro e il problema della subordinazione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1988, 198; M. Dell'Olio, *Nuove forme di lavoro dipendente*, in MGL, 1984, 668.

38. Cass., 7 aprile 2001, 5227, in MGC, 2001, 745.

39. Cass., 17 giugno 1996, 5532, in MGC, 1996, 864; Cass., 23 novembre 1998, 11885, in MGC, 1998, 2435.

fermi restando l'esecuzione a distanza della prestazione lavorativa e l'impiego degli elaboratori elettronici, il telelavoro include nel suo ambito una molteplicità di forme di esecuzione, di tipologie e soluzioni organizzative. Le ragioni del decentramento possono essere diverse: localizzare gli uffici laddove sono minori i costi, creare una struttura più diffusa e capillare mediante l'apertura di filiali in nuove aree di penetrazione, rispondere più prontamente alle sollecitazioni del mercato mediante un raccordo funzionale fra domanda locale e offerta e, infine, collocare gli uffici in zone più prossime alle abitazioni dei lavoratori, in centri comunitari, ovvero centri di lavoro utilizzati da più utenti, dipendenti di diverse aziende, o liberi professionisti, che non sono in grado di acquistare in proprio le attrezzature necessarie. Tali centri possono essere di quartiere o periferici, collocati in zone residenziali, e fungere da strutture di sostegno per liberi professionisti o piccole aziende, oppure centri regionali con lo scopo di promuovere lo sviluppo locale. Si definiscono sistemi aziendali distribuiti quando si realizzano tra più unità produttive coinvolte nella produzione di uno stesso bene o nell'erogazione di uno stesso servizio, e sono collegate tra loro attraverso una rete telematica. Le unità possono appartenere ad una stessa impresa o essere indipendenti, ma operanti nello stesso settore.

Le imprese di lavoro a distanza o tele imprese (che organizzano l'erogazione di servizi a distanza, su una base remota rispetto ai clienti, utilizzando impiegati che lavorano nelle proprie zone di residenza e le tecnologie necessarie al collegamento operativo tra le varie postazioni di lavoro, la sede centrale e la sede dei clienti) e le postazioni mobili (soluzione organizzativa caratterizzata dalla continua variabilità dei luoghi di espletamento della prestazione, in relazione alle esigenze particolari dell'attività lavorativa) hanno lo scopo di conseguire particolari economie di scala e, contemporaneamente, garantire l'efficienza e la flessibilità proprie delle imprese di piccole dimensioni.

Quanto alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa al di fuori dei locali dell'impresa, la giurisprudenza considera illegittima l'unilaterale modifica datoriale della sede di lavoro, occorrendo il consenso di entrambe le parti⁴⁰. Con riguardo, invece, al luogo in cui va eseguita la prestazione, l'esatta identificazione della stessa deve reputarsi un elemento rilevante nella volontà delle parti ogni qual volta le pattuizioni delle stesse risultino sensibilmente alterate dal mutamento della località della prestazione⁴¹.

Oltre alle disposizioni legislative sull'utilizzo dei contratti di telelavoro, un riferimento necessario deve essere fatto alla contrattazione collettiva alla

40. Trib. Napoli, 13 febbraio 2003, in FI, 2004, I, 635.

41. Trib. Milano, 20 dicembre 2005, in OGL, 2006, 1, 118.

quale è attribuito il potere di stabilire le condizioni della prestazione lavorativa e di disciplinare gli aspetti strettamente legati alle specificità del comparto. In particolare, *l'Accordo quadro nazionale sul telelavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, in attuazione delle disposizioni contenute nell'art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, 191 del 23 marzo 2000* prevede che, nella scelta dell'assegnazione dei progetti di telelavoro, venga data priorità ai lavoratori che già svolgono le mansioni richieste dall'amministrazione o che abbiano esperienza lavorativa in mansioni analoghe, in modo da consentire di operare in autonomia nelle attività di competenza. Nel caso di richieste superiori al numero delle posizioni, l'amministrazione utilizzerà alcuni criteri di scelta come: situazioni di disabilità psico-fisiche tali da rendere disagiata il raggiungimento del luogo di lavoro; esigenze di cura di figli minori di 8 anni; esigenze di cura nei confronti di familiari o conviventi, debitamente certificate; maggiore tempo di percorrenza dall'abitazione del dipendente alla sede. Al lavoratore con progetto di telelavoro deve essere garantita la partecipazione a iniziative formative e di socializzazione rispetto ai lavoratori che operano in sede. L'assegnazione a progetti di telelavoro non cambia la natura del rapporto di lavoro in atto. Se il lavoratore intende revocare la richiesta di telelavoro, potrà farlo una volta trascorso il periodo di tempo indicato nel progetto e nel rispetto di ulteriori condizioni eventualmente previste nello stesso progetto. La revoca può avvenire anche d'ufficio da parte dell'amministrazione, che provvede a riassegnare il lavoratore alla sede di lavoro originaria secondo modalità e tempi compatibili con le esigenze del lavoratore e, comunque, entro dieci giorni dalla sua richiesta. Questo termine può essere elevato a venti giorni nel caso in cui il lavoratore ne faccia richiesta per motivi personali oppure nel termine previsto dal progetto.

La materia del telelavoro, purtroppo, non è stata oggetto di interventi legislativi recenti. L'ultimo (e più recente) intervento "regolatore" della materia è contenuto nella legge 183/2011 (legge di stabilità 2012), che ha stabilito che, dal 1° gennaio 2012, si potrà far ricorso al telelavoro per conciliare le esigenze di vita e di lavoro dei lavoratori e delle lavoratrici. La legge prevede che agli assunti con telelavoro nella forma del contratto a termine o reversibile, potranno essere concessi i benefici previsti dalla legge 53/2000, ovvero l'utilizzo di progetti articolati per consentire alle lavoratrici e ai lavoratori di usufruire di particolari forme di flessibilità degli orari e dell'organizzazione del lavoro, quali *part time* reversibile, telelavoro e lavoro a domicilio, banca delle ore, orario flessibile in entrata o in uscita, sui turni e su sedi diverse, orario concentrato. Specifico interesse sarà dedicato ai progetti che prevedano di applicare, in aggiunta alle misure di fles-

sibilità, sistemi innovativi per la valutazione della prestazione e dei risultati. Oltre che per conciliare le esigenze di vita e di lavoro, la legge ha previsto che i datori di lavoro possano utilizzare contratti di telelavoro per incentivare l'inserimento delle persone disabili. Allo stesso modo potranno essere stipulati contratti di telelavoro, anche reversibile, per facilitare l'inserimento dei lavoratori in mobilità mediante le offerte lavorative previste dalla legge 223/1991.

Il contratto di formazione e lavoro (C.F.L.)

Il contratto di formazione e lavoro viene inserito tra le tipologie di lavoro flessibile utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni dall'art. 36 del decreto legge 112/2008 convertito nella legge 133/2008. È un contratto a causa mista a tempo determinato, di durata variabile da uno a due anni, convertibile alla scadenza in contratto a tempo indeterminato⁴².

La sua disciplina concreta è rimessa all'autonomia collettiva dall'articolo 36 del decreto legislativo 165/2001 il quale prevede che i contratti collettivi nazionali di lavoro provvedono a disciplinare la materia [...] dei contratti di formazione e lavoro [...] in applicazione di quanto previsto [...] dall'art. 3 del D.L. 30 ottobre 1984, 726, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 dicembre 1984, 863 [...] nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina.

Può essere stipulato con giovani dai 16 e i 32 anni secondo due modalità: 1. contratto di formazione e lavoro per l'acquisizione di professionalità intermedie o elevate. In questo caso il rapporto di lavoro può avere una durata massima di 24 mesi e deve prevedere un percorso di istruzione formativa pari a 80 ore per acquisire una professionalità media, e 130 ore per acquisire una professionalità elevata. 2. contratto di formazione e lavoro per favorire l'inserimento professionale attraverso un'esperienza lavorativa che consenta di adeguare le capacità professionali al contesto produttivo e organizzativo. Questa seconda tipologia può avere una durata massima di 12 mesi e deve prevedere un'attività formativa di 20 ore. Nonostante nel corso degli anni si sia verificata una sorta di parificazione tra il settore pubblico e quello privato nell'uso di questo contratto, tuttavia

42. L. Delfino, *Commento sub. Art. 36*, in (a cura di) A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche* (D.Lgs 3 febbraio 1993, 29 e successive modificazioni ed integrazioni), in *NLCC*, 1999, 1284; F. Di Lascio, *I contratti di formazione e lavoro nella pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2001, 693; B. Iacono, *La tipologia dei rapporti di lavoro*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, 158.

«se in passato è servito per sanare situazioni difficili, oggi esso viene utilizzato in misura piuttosto limitata, tanto da poter parlare di una sua insignificante presenza nel lavoro pubblico»⁴³. A ciò si aggiunga che i contratti di formazione e lavoro vengono trattati in maniera differente a seconda delle diverse amministrazioni indagate.

Per molte di queste il suo utilizzo è risultato essere pressoché inesistente e comunque residuale. Per altre ha rappresentato uno strumento strategico per sanare situazioni contrattuali anomale all'interno dell'amministrazione o reperire personale per profili professionali medio alti. Le amministrazioni ove tale tipologia contrattuale è in uso ritengono che sia largamente conveniente la particolare forma di selezione (più leggero dell'*iter* concorsuale selettivo classico), in particolar modo per costruire ruoli e sistemi di competenze nuovi e più flessibili di quelli attualmente esistenti e la possibilità di verificare la persona prima di assumerla definitivamente. Ciò detto, si tratta comunque di uno strumento poco percepito in termini di maggiore flessibilizzazione della risorsa personale. Le amministrazioni che si impegnano con percorsi formativi *ad hoc* scelgono solitamente di farlo per figure professionali strategiche e vitali per l'ente stesso, solo dopo avere verificato disponibilità di posti nella dotazione organica⁴⁴.

Secondo una ricerca svolta dall'Aran, il contratto di formazione e lavoro, considerando anche le punte massime registrabili negli enti di ricerca e negli enti pubblici non economici, raggiunge una percentuale pari allo 0,19% che, in termini assoluti, corrisponde alla stipula di circa 37 contratti⁴⁵. Tale disciplina essendo applicabile ai soli dipendenti delle amministrazioni pubbliche, può «essere equiparata alla microlegislazione cedevole che, [all'interno] delle fonti del lavoro pubblico può essere derogata dai contratti collettivi»⁴⁶. In tal modo, qualora si ritenesse utile avvalersi delle regole previste per i contratti di inserimento, potranno essere proprio le parti sociali ad accostare, tramite i contratti collettivi, contratti di formazione e lavoro e contratti di inserimento⁴⁷.

I vantaggi che la pubblica amministrazione trae dall'attivazione di un contratto di formazione e lavoro sono sicuramente maggiori rispetto a quelli che potrebbe trarre da una procedura concorsuale ordinaria: una maggio-

43. L. Zoppoli, P. Saracini, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"* progetto, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2004, 15.

44. F. Carinci, *L'esperienza delle forme di lavoro flessibile nelle P.A. tra diritto del lavoro e dimensione gestionale/organizzativa*, 2002, 13.

45. D. Di Cocco, P. Mastrogiuseppe, S. Tomasini (a cura di), *Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali*, in *Arannewsletter*, 2003, 5.

46. L. Zoppoli, P. Saracini, op. cit., 2004.

47. L. Zoppoli, *Nuovi lavori e Pubbliche Amministrazioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005.

re flessibilità organizzativa (in quanto il c.f.l. consente la sperimentazione di nuovi modelli organizzativi senza incidere immediatamente sulla dotazione organica); una maggiore celerità nella gestione delle procedure selettive grazie all'adozione di procedure semplificate di selezione; ed infine una maggiore efficacia nella selezione del personale, con la conseguenza che l'eventuale trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro instaurati è legata alla valutazione concreta, sul campo, delle attitudini della persona assunta con il contratto di formazione e lavoro⁴⁸.

La normativa sul c.f.l. manifesta un indubbio *favor* per la stabilizzazione del rapporto, ovvero per la sua trasformazione da rapporto temporaneo con finalità mista di formazione e lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato⁴⁹. Tra i rischi connessi all'utilizzo (non corretto) del contratto di formazione e lavoro rientra la conversione dello stesso in un contratto a tempo indeterminato laddove la pubblica amministrazione riconduca il contratto di inserimento nell'ambito della disciplina applicabile ai contratti a termine.

Il contratto di apprendistato

Il contratto di apprendistato con il decreto legislativo 167/2011, c.d. Testo unico sull'apprendistato, viene fatto rientrare nella tipologia di lavoro a tempo indeterminato ed è previsto il suo utilizzo anche nel pubblico impiego. L'attuazione della regolamentazione in materia di apprendistato, nonché la disciplina del regolamento e dell'accesso, deve essere definita con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione e del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, sentita la Conferenza unificata e le parti sociali, entro dodici mesi dall'emanazione del decreto legislativo che contiene la materia in oggetto. Tuttavia, ad oggi, nessuna procedura di adattamento e armonizzazione della disciplina sull'apprendistato al pubblico impiego è stata avviata. Alla luce di questo, l'istituto contrattuale dell'apprendistato, in tutte le sue forme, non è trattato nel presente lavoro.

48. Ministero per il Lavoro e le Politiche Sociali, circolare 26969 del 22.06.2000, in *GU Comunità europee*, 15 febbraio 2000, 42

49. Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione, Dipartimento della Funzione pubblica, *Direttiva sul raccordo tra le finalità dell'art. 19 della legge 28 dicembre 2001, n.448, in tema di assunzioni di personale in Pubbliche Amministrazioni, e finalità della normativa sui contratti di formazione e lavoro*, 8 maggio 2002

Capitolo III

I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI: IPOTESI, PROSPETTIVE APPLICATIVE E FORMULAZIONI DE IURE CONDENDO

Ipotesi, prospettive applicative e formulazioni *de iure condendo*

Alla luce di questo esame delle tipologie contrattuali atipiche e flessibili e delle problematiche applicative legate alle numerose riforme di cui queste sono state destinatarie, da ultima la legge n. 92/2012, si può affermare che il mercato del lavoro pubblico dovrebbe disporre e attuare forme contrattuali flessibili e affidabili (applicabili sia ai soggetti interni che ai soggetti esterni all'amministrazione) mediante una regolamentazione innovativa del lavoro e dei contratti collettivi.

Per gestire in maniera corretta le tipologie contrattuali atipiche ed evitare abusi da parte delle pubbliche amministrazioni, si potrebbe partire dalla ripresa e dall'attuazione dei contenuti dell'Intesa sul lavoro pubblico, sottoscritta il 3 maggio 2012 dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione, da Regioni, Province e Comuni e dalle Organizzazioni sindacali. Una "regolamentazione contrattata" di tutti gli aspetti della "vita" del lavoratore atipico, dal suo "ingresso" nel mercato del lavoro pubblico, lungo tutto il suo percorso lavorativo e professionale e fino all'"uscita" dal mercato del lavoro. Questo servirebbe ad arginare il fenomeno patologico della *precarietà*, soprattutto all'interno delle amministrazioni pubbliche in cui, più che nel settore privato, le caratteristiche stesse e le qualità del datore di lavoro dovrebbero garantire al lavoratore/cittadino maggiori tutele e stabilità occupazionali, evitando il superamento dei vincoli legati all'aumento degli organici, al rimpiazzo, alla mobilità territoriale; diminuendo gli eccessivi margini di discrezionalità nell'individuazione dei lavoratori da assumere con contratto non standard. E' necessario infatti garantire ai lavoratori atipici e flessibili le stesse tutele e condizioni di impiego, anche in materia di salute e sicurezza sul lavoro, previste per i lavoratori assunti con contratti "standard", e prevedere al contempo adeguate forme di controllo, nel rispetto di quel "principio di affidamento" del cittadino nei confronti dell'amministrazione, enunciato dalla Corte di Giustizia¹, da cui

1. C. Giust. C-03/10, Affatato vs. ASP Cosenza, in FI, 2011, 2, IV, 69.

discende l'ulteriore principio secondo cui a funzioni stabili devono corrispondere rapporti stabili, mentre a funzioni flessibili devono corrispondere rapporti flessibili², come si è visto nel precedente capitolo.

A tal fine, le Organizzazioni sindacali e le amministrazioni potrebbero prevedere dei limiti numerici (ad esempio un tetto massimo di lavoratori atipici in relazione al numero di dipendenti in organico in ogni singola amministrazione) al ricorso di tipologie contrattuali non standard, anche attraverso l'inserimento di clausole che prevedano l'impossibilità di ricorrere a questi contratti per ricoprire ruoli poco qualificati o poveri di contenuto professionale.

Inoltre, per evitare forme di precarizzazione e per tutelare le fasce deboli di lavoratori, i contratti atipici dovrebbero essere sottoscritti, nel settore pubblico, solo per lo svolgimento di attività altamente qualificate e solo nell'ambito dei casi previsti dalla legge (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo riconducibili anche all'attività ordinaria dell'amministrazione).

All'interno della Pubblica Amministrazione, la tutela dei lavoratori atipici deve essere dunque affidata alla professionalità e alla competenza dei lavoratori, acquisite durante periodi di lavoro non standard, utilizzabili anche per l'accesso, mediante concorso, a quei ruoli dell'amministrazione per i quali sono richieste esperienze pregresse nella Pubblica Amministrazione³. In tal senso l'amministrazione, per poter accertare le competenze precedentemente acquisite dal lavoratore, potrebbe fare riferimento ai sistemi di certificazione delle competenze e della valutazione del personale (anche a tempo determinato) del settore pubblico, garantendo in tal modo che vi siano da un lato elevati standard qualitativo-professionali a servizio della Pubblica Amministrazione e dall'altro maggiori tutele per i lavoratori atipici. Per tale motivo, si potrebbe pensare ad assunzioni "mirate" di soggetti altamente qualificati in possesso di un titolo di studio pari o superiore alla laurea o con esperienza professionale (ad esempio) di almeno cinque anni nel settore pubblico, anche iscritti ad albi professionali, nei limiti e nel rispetto delle norme deontologiche imposte alla singola professione.

Diversamente, laddove non venissero previste assunzioni mirate di soggetti particolarmente qualificati o specializzati bisognerebbe fare leva sullo svolgimento di attività formative o di studio, connesse al contratto *temporaneo*, finalizzate ad adeguare il passaggio del lavoratore ad una occupazione connessa. Il tutto in applicazione delle clausola 2, punto 2,

2. Si ricorda C. Cost. 24 luglio 2003, n. 274, in LPA, 2003, 588, con nota di Salomone.

3. Anche in conformità dell'orientamento seguito dalla Corte di Giustizia nella causa C-251/11 dell'8 marzo 2012 in FI, 2012, 5, IV, 239 e nella causa C-157/11 del 15 marzo 2012, in D&G, 2012, 16 marzo, con nota di Di Geronimo.

dell'accordo quadro sul lavoro a termine in cui è prevista, per gli Stati membri e/o per le parti sociali, la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato» nonché i «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici». Inoltre, sempre per garantire livelli professionali elevati e basati sulle "competenze", si potrebbe inserire, seguendo l'esempio di alcuni Paesi europei, come la Francia, un ulteriore criterio selettivo per lo svolgimento di prestazioni professionali con contratti non standard, basato su una durata contrattuale massima (ad esempio 18 o 24 mesi a seconda della tipologia di lavoro svolto), rinnovabile una sola volta solo laddove il dipendente assunto con contratto non standard sia stato sottoposto a procedimento di valutazione da parte del dirigente (magari sentito il parere del sindacato di appartenenza), condizione necessaria del rinnovo o, al contrario, del mancato rinnovo del contratto.

Tale previsione ben si concilierebbe, ad esempio, con quanto previsto di recente dalla legge n. 92/2012 in tema di contratti a tempo determinato e, in particolare, con le previsioni relative alla successione di contratti a termine. Il tutto in un'ottica di tutela dei lavoratori atipici a favore dei quali i contratti collettivi di lavoro o gli accordi tra le parti sociali potrebbero stabilire, in assenza di norme specifiche in materia di prevenzione degli abusi, una o più misure idonee a prevedere le ragioni obiettive per giustificare il rinnovo dei contratti non standard, in relazione alle piante organiche e alle esigenze occupazionali di ogni singolo comparto. Quello che manca, e che dovrebbe essere attuato, è il rafforzamento, attraverso la contrattazione collettiva, del ruolo sindacale, che le manovre finanziarie e i decreti legislativi degli ultimi anni hanno tentato di comprimere.

Analizzando la normativa esistente, non si può non evidenziare che il sindacato dovrebbe riuscire a creare spazi di manovra, utilizzando le previsioni legislative e quelle contenute nella legge n. 92/2012 regolanti le tipologie di lavoro a tempo determinato.

In particolare, in mancanza di norme che armonizzino la riforma del mercato del lavoro privato al pubblico impiego e tenuto conto che, alla luce dell'attuale dettato normativo, la riforma si applica *in toto* anche ai lavoratori pubblici, le Organizzazioni sindacali del pubblico impiego comparativamente più rappresentative sul piano nazionale potrebbero "contrattare" a favore dei lavoratori pubblici. Tale considerazione muove dal fatto che, dallo studio degli accordi e dei contratti stipulati, a qualsiasi livello, ad oggi non risulta che nessun intervento contrattuale di sorta sia stato effettuato.

Così come non si riscontrano interventi sindacali volti a regolare e regolamentare contrattualmente l'utilizzo, ai fini dell'assunzione a tempo indeterminato nella Pubblica Amministrazione, dell'anzianità di servizio dei lavoratori che hanno già prestato la propria attività professionale "a termine" a favore del datore di lavoro pubblico.

Non sarebbe sbagliato iniziare a pensare, ai fini del computo dell'anzianità lavorativa del partecipante al concorso pubblico, che possa essere calcolato anche il tempo di lavoro già svolto con contratto non standard, per mansioni equivalenti o compatibili⁴.

In tal caso, l'eventuale disparità di trattamento tra dipendenti a termine e dipendenti a tempo indeterminato dell'amministrazione verrebbe ammessa solo ed esclusivamente in casi di natura oggettiva⁵ (non costituiti dalla temporaneità del lavoro) accertati e verificati, di volta in volta dal giudice, che, quindi, dovrà pronunciarsi anche sulla "comparabilità"⁶ della situazione lavorativa del dipendente a termine e di quello "di ruolo"⁷. E ciò in linea con gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea che ha ribadito che «la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e figurante quale allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato [da parte dell'amministrazione], come dipendente di ruolo nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da «ragioni oggettive». Il compimento, da parte del lavoratore, di periodi di servizio con contratti a termine nei confronti dell'amministrazione non configurerebbe una ragione oggettiva di tal genere⁸.

Analizzate le problematiche e avanzate le relative proposte per quanto riguarda l'ingresso dei lavoratori atipici nel mercato del lavoro pubblico e

4. Sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e altri, Racc. pag. I-6057, punto 54, nonché 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 e C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres.

5. V., in particolare, sentenza 11 luglio 2006, causa C-313/04, Franz Egenberger, Racc. pag. I-6331, punto 33.

6. V. ordinanza 18 marzo 2011, causa C-273/10, Montoya Medina, punto 37.

7. V., sul punto, Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999/70/CE, avente ad oggetto l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP.

8. *Ex multis*, v. C. Giust. sentenza 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, Valenza e altri vs Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

la loro formazione continua, possiamo ora ad analizzare le problematiche legate all'“uscita” del lavoratore dal mercato del lavoro pubblico.

In un periodo in cui la crisi economica investe il settore privato e le imposizioni europee sul controllo della spesa pubblica rendono necessario, anche per l'Italia, un intervento governativo e legislativo con ricadute inevitabili sul pubblico impiego, quello che manca - e che andrebbe pensato anche per i lavoratori pubblici - è un sistema di sicurezza sociale che fornisca in maniera adeguata un sostegno al reddito che incentivi l'occupazione e faciliti la mobilità nel mercato del lavoro. Questo significa pensare necessariamente ad un'ampia copertura della protezione sociale che aiuti le persone a conciliare le responsabilità private e familiari con quelle lavorative.

Tra i problemi principali sorti a seguito dell'introduzione di una maggiore flessibilità nelle pubbliche amministrazioni bisogna ravvisare il venir meno della sicurezza del posto di lavoro, l'unica misura di sicurezza personale per i lavoratori.

La c.d. “flessicurezza” nella Pubblica Amministrazione potrebbe, ad esempio, essere attuata anche attraverso un accordo che preveda, nel caso di *trade off*, che al lavoratore venga comunque garantita una forma di tutela del reddito. In questo modo le parti sociali potrebbero riuscire a bilanciare gli interessi dei lavoratori e delle stesse parti coinvolte ed interessate.

Un tentativo in questa direzione è stato fatto con la legge n. 92/2012 che, attraverso l'introduzione dell'Aspi (Assicurazione sociale per l'impiego) anche per i lavoratori non standard del pubblico impiego, è intervenuta a tutelare i casi di perdita del posto di lavoro. Tuttavia emergono forti dubbi sull'applicazione anche ai lavoratori del pubblico impiego - destinatari di una normativa specifica vincolata a riserve di legge e a norme costituzionali - di una norma e un istituto pensati per il settore privato. Dubbi emergono, inoltre, in merito all'introduzione nel pubblico impiego di forme di sostegno al reddito, che mal si conciliano con la struttura legislativa e normativa pensata per tale settore, anche se “privatizzato”.

Si auspica, dunque, un ripensamento del ruolo della contrattazione collettiva, in attuazione delle direttive comunitarie e, in particolare, della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 14/2001, recepita in Italia con D.Lgs n. 25/2007.

Nel suddetto provvedimento, in particolare, in riferimento all'informazione e alla consultazione nell'ambito del dialogo sociale europeo, si legge che «l'informazione e la consultazione in tempo utile costituiscono una condizione preliminare del successo dei processi di ristrutturazione e di adattamento delle imprese alle nuove condizioni indotte dalla globalizzazione dell'economia, in particolare mediante lo sviluppo di nuove proce-

ture di organizzazione del lavoro». Inoltre, la Direttiva stabilisce l'obbligo di prevedere, nell'ambito del quadro giuridico esistente che evolve sotto il profilo politico, economico, sociale e giuridico, «strumenti giuridici e pratici che consentano l'esercizio del diritto all'informazione e alla consultazione».

La Direttiva n. 14/2002, che fa riferimento al settore privato, non può non ritenersi applicabile anche al settore pubblico, in considerazione del fatto che i suoi contenuti rispecchiano gli orientamenti della giurisprudenza italiana. «Secondo la nostra disciplina, le modalità di informazione e consultazione devono garantire comunque l'efficacia dell'organizzazione, attraverso il contemperamento degli interessi datoriali con quelli dei lavoratori e la collaborazione tra datore di lavoro e rappresentanti dei lavoratori, nel rispetto dei reciproci diritti ed obblighi. Inoltre, l'informazione avviene secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo ed in modo da permettere ai rappresentanti dei lavoratori di procedere ad un esame adeguato delle informazioni fornite e preparare, se del caso, la consultazione».

Concludendo, dunque, si auspica che la contrattazione collettiva e il dialogo sociale contribuiscano ad introdurre nel mercato del lavoro pubblico strumenti per la tutela dell'occupazione, per lo sviluppo delle risorse umane, per consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e per la lotta all'emarginazione sociale.

Questi obiettivi potrebbero essere realizzati attraverso una regolamentazione delle forme di lavoro flessibile e atipico, in modo da evitare che tali tipologie contrattuali possano essere utilizzate per aumentare i margini di azione delle amministrazioni nella gestione delle risorse umane, soprattutto in relazione al superamento dei vincoli normativi (riduzione dei tempi di reclutamento e selezione), del blocco degli organici e del riequilibrio dei carichi di lavoro tra unità territoriali.

Indice

Premessa	3
----------	---

CAPITOLO I

IL LAVORO ATIPICO E FLESSIBILE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E RELAZIONI SINDACALI

Il quadro generale	5
La contrattazione collettiva tra legge e autonomia privata	6
La contrattazione collettiva dopo il D.Lgs n. 150/2009 e le manovre estive	10
Lavoro pubblico privatizzato e flessibilità in entrata	13

CAPITOLO II

I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI DOPO LA RIFORMA FORNERO PROBLEMATICHE APPLICATIVE

Il contratto a tempo determinato	17
Il contratto a tempo parziale	33
Il contratto di lavoro accessorio e le collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.)	38
La somministrazione di lavoro a termine	45
Il telelavoro	47
Il contratto di formazione e lavoro (C.F.L.)	51
Il contratto di apprendistato	53

CAPITOLO III

I CONTRATTI ATIPICI E FLESSIBILI: IPOTESI, PROSPETTIVE APPLICATIVE E FORMULAZIONI DE IURE CONDENDO

Ipotesi, prospettive applicative e formulazioni <i>de iure condendo</i>	55
---	----

Proprietà letteraria riservata



Grafiche Aurora  spa

Via della Scienza, 21 - 37139 Verona
Tel. 045 8511447 r.a. - Fax 045 8511451
grafiche.aurora@graficheaurora.it

Finito di stampare nel mese di aprile 2013



Se vuoi andare veloce, vai da solo.
Se vuoi andare lontano, vai con gli altri.
(proverbio africano)



Via G. M. Lancisi, 25 - 00161 Roma
fp@cisl.it - www.fp.cisl.it