

CAPITOLO DICIASSETTESIMO

IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO NEL LAVORO PUBBLICO TRA INTERVENTI LEGISLATIVI E INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE

di Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa: un breve quadro di sintesi. – 2. La disciplina attualmente vigente. – 3. La “specialità” del contratto a termine pubblico con riferimento alle causali giustificative. – 4. Il sistema sanzionatorio: il criterio risarcitorio come alternativa alla stabilizzazione del rapporto di lavoro a termine. – 5. *Segue:* l'interpretazione giurisprudenziale. – 5.1. Una ipotesi di stabilizzazione del contratto a termine per il personale della Scuola: le discordanti tesi della giurisprudenza di merito e di legittimità e il recente intervento della Corte costituzionale. – 6. La responsabilità in generale, e del dirigente in particolare, nella gestione della flessibilità in entrata. – 7. La flessibilità in entrata nel lavoro pubblico: una ipotesi di diritto del lavoro “speciale”.

1. *L'evoluzione normativa: un breve quadro di sintesi.*

La disciplina del lavoro a termine nel settore pubblico, che sembrava aver trovato nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 una sua definitiva regolamentazione, a partire dal 2006, è stata oggetto di una serie di interventi da parte del legislatore, nel quadro di un persistente ed incalzante processo di riforma che ha coinvolto l'intera disciplina della flessibilità in entrata¹.

La tecnica prescelta è stata sempre quella di operare sul testo dell'art. 36

¹ Per una analisi della normativa applicata al settore pubblico in materia di flessibilità in entrata si rinvia al contributo di M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile p.a. tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, in questo stesso volume, parte IV, cap. XV, p. 615.

che, seppur ampiamente rimaneggiato, costituisce, tuttora, la fonte di regolamentazione delle tipologie contrattuali flessibili².

La prima modifica avviene con l'art. 4 della legge n. 80/2006, nell'ambito di un intervento normativo che si iscrive in un più ampio quadro finalizzato al contenimento della spesa e che, in questo contesto, si occupa anche della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico preoccupandosi di evitare che il suo utilizzo possa in qualche modo compromettere l'obiettivo del risanamento economico³.

Nel 2007, con la legge finanziaria per l'anno 2008 (art. 3, comma 79, legge n. 244/2007), si assiste al tentativo di eliminare il ricorso a forme di impiego flessibili: viene radicalmente modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, sovvertendone l'impianto normativo e ripristinando il modello antecedente alla riforma del lavoro pubblico⁴.

La norma, che ha avuto un arco di vigenza di soli tre mesi, limitava drasticamente il ricorso al contratto a termine circoscrivendolo alle sole assunzioni per esigenze stagionali e per periodi non superiori a tre mesi con la possibilità di superare il vincolo temporale unicamente per sostituire personale in maternità, ma solo nell'ambito delle autonomie territoriali⁵.

² Per un commento alla originaria formulazione della norma – il riferimento è all'art. 35, commi 6 e 7 del d.lgs. n. 29/1993 così come modificato, all'esito del processo di riforma avviato con la seconda legge delega (art. 11, comma 4, legge n. 59/1997), dal d.lgs. n. 80/1998 e poi definitivamente confluito nell'art. 36, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 165/2001 – si rinvia a L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2003, specie cap. I e cap. VIII, § 2. e E. VINCENTI, *Commento art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Le Assunzioni a tempo determinato*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, a cura di L. Fiorillo, Giuffrè, Milano, 2004, p. 344 ss.

³ La norma legittima il ricorso al contratto a termine solo per «*esigenze temporanee ed eccezionali*». Per un approfondito esame della normativa richiamata nel testo si veda S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 12.

⁴ Per una ricognizione delle varie problematiche connesse all'art. 36 ed un quadro esauriente della letteratura in materia si vedano i commenti di A.M. BATTISTI (*Le tipologie flessibili*) e E. VINCENTI (*Le assunzioni a tempo determinato*), in *Commento art. 36, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, cit., 2011, pp. 543 e 577.

⁵ È stato opportunamente sottolineato che la norma «*ottusamente impedisce qualsiasi prassi di gestione flessibile delle funzioni e dell'organizzazione delle p.a.*». L. ZAPPALÀ, *Le oscillazioni del pendolo: la riforma «continua» del contratto di lavoro a tempo determinato nelle p.a.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, p. 285. Per una valutazione fortemente critica della specifica disposizione sul contratto a termine e per ulteriori considerazioni sulla normativa contenuta nella legge finanziaria per l'anno 2008 si veda L. FIORILLO, *Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel lavoro pubblico*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, Utet, Torino, 2008, p. 218 ss. e, in modo più approfondito, B. CARUSO, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*; G. RICCI, *Gli incarichi professionali e i rapporti di collaborazione nelle pubbliche amministrazioni*; L. ZAPPALÀ, *Le oscillazioni del pendolo*, cit., tutti in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, rispettivamente pp. 221, 249 e 277.

La rigidità della normativa e la sua estraneità ad ogni corretta logica di gestione aziendale hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente in materia: l'art. 49 della legge n. 133/2008⁶ riscrive integralmente il testo dell'art. 36 cit. così come risultante dalle modifiche apportate dalla richiamata legge n. 244/2007.

La novella del 2008 ripristina, nei tratti generali, il testo dell'art. 36 così come concepito nella sua originaria formulazione, con una rilevante eccezione relativamente alla causale giustificativa che, nel settore pubblico, mantiene il carattere della eccezionalità aggiungendosi a quello della temporaneità, e diversificandosi così nettamente dalla disciplina presente nel settore privato (v. *infra*, § 3).

Sotto questo aspetto la richiamata normativa contravviene ad uno degli obiettivi principali a cui si ispira la riforma del rapporto di pubblico impiego rinvenibile nella «*integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa*»⁷, strategicamente perseguito dalla legislazione dell'ultimo decennio dello scorso secolo.

L'opera di rivisitazione dell'art. 36 cit. continua anche nel 2009 e si caratterizza per la scomparsa di alcune specificità della normativa pubblicistica rispetto a quella vigente nel settore privato: la legge n. 102/2009 amplia l'ambito di estensione delle tipologie contrattuali la cui disciplina è mutuabile dal lavoro privato e nel contempo apporta alcune modifiche in materia di utilizzo dei contratti flessibili.

I commi terzo e quarto vengono riscritti prevedendo – in tema di repressione degli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile – l'obbligo di redazione di un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate e viene aggiunto il comma 5-*bis*, che introduce anche nel settore pubblico l'operatività del diritto di precedenza di cui al d.lgs. n. 368/2001 circoscrivendolo, però, alle sole ipotesi di personale assunto mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento.

Non mancano ulteriori interventi del legislatore. La legge 30 luglio 2010, n. 122 avente ad oggetto misure urgenti in materia di stabilizzazione e di competitività economica introduce un ulteriore freno con riferimento all'uso del contratto a tempo determinato per tutte le amministrazioni pubbliche, stabilendo che il ricorso a tale tipologia contrattuale può avvenire «*nel limite*

⁶ Per un commento all'art. 49, legge n. 133/2008 e, più in generale, sulla manovra finalizzata a stabilizzare il personale precario si veda L. FIORILLO, *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali flessibili*, in M. CINELLI-G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, t. II, Utet, Torino, 2009, p. 253 ss.

⁷ È questo il primo dei principi e criteri direttivi a cui deve attenersi il Governo nel perfezionare il processo di riforma del lavoro pubblico (art. 11, comma 4, lett. a), legge n. 59/1997).

del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009».

La materia non è comunque destinata a conoscere un momento di definitivo assentamento: il recente d.l. n. 101/2013 interviene nuovamente sull'art. 36 con una precisazione (come si vedrà quanto mai opportuna, v. *infra* § 3) sulle causali giustificative e con due ulteriori commi (il 5-ter e il 5-quater) che ribadiscono principi già presenti nel testo della norma in ordine alla eccezionalità dell'utilizzo di tale tipologia contrattuale, al divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed alla responsabilità dirigenziale in caso di uso illegittimo di questa modalità di assunzione.

2. **La disciplina attualmente vigente.**

L'art. 36, nella sua attuale versione, esordisce all'insegna della riaffermazione della centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sottolineando che, per soddisfare il proprio fabbisogno ordinario, «*le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*» osservando le procedure di reclutamento previste dall'art. 35 dello stesso decreto.

Il comma 2 dell'articolo in esame, in via di principio, offre la possibilità alle amministrazioni di avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dalla normativa che disciplina il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa ma ciò «*per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*» (sulla questione v. *infra*, § 3).

La norma opera un generalizzato rinvio alle «*forme contrattuali flessibili (...) previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*» ma indica, poi, quelle effettivamente utilizzabili costituite dal contratto di lavoro a tempo determinato, dal contratto di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi, dal contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e, infine, dal lavoro accessorio, il cui espresso richiamo è frutto delle ultime integrazioni apportate all'art. 36 cit. dall'art. 17, comma 26, lett. a), legge n. 102/2009.

Sempre nello stesso comma il legislatore specifica le fonti deputate alla regolamentazione delle tipologie contrattuali sopra richiamate.

Accanto alla fonte legale⁸ viene indicata anche la contrattazione collettiva nazionale, il cui ruolo è notevolmente ridimensionato rispetto all'originaria

⁸ A tal fine si opera un espresso rinvio al d.lgs. n. 368/2001 in tema di contratto a termine, all'art. 3, legge n. 863/1984 e all'art. 16, legge n. 451/1994 in tema di contratto di formazione e lavoro ed al d.lgs. n. 276/2003 per quanto concerne la somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio e successive modifiche e integrazioni.

formulazione dell'art. 36: non si prevede più un generalizzato rinvio alla disciplina pattizia, ma una sua esclusiva funzione relativamente «*alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile*», fatta comunque salva l'autonoma competenza dell'amministrazione in ordine alla individuazione delle proprie necessità organizzative⁹.

La scelta del legislatore sgombra il campo da problemi interpretativi in ordine al ruolo del contratto collettivo: vigente l'originario testo dell'art. 36, si era discusso in dottrina su una possibile funzione autorizzatoria della fonte collettiva, relativamente alla effettiva utilizzazione da parte dell'amministrazione delle forme contrattuali flessibili, questione ora risolta in senso negativo¹⁰.

Il comma 3 della norma, già riscritto dal legislatore nel 2008, è stato interessato anche dalla successiva novella del 2009.

Nella sua precedente formulazione, al fine di limitare gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, era stato previsto che un medesimo lavoratore non potesse essere utilizzato, con tipologie contrattuali flessibili, per un periodo di servizio superiore al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

Nella nuova versione, sempre al fine di combattere gli abusi, viene eliminata la prescrizione di una durata massima complessiva delle forme di lavoro flessibile utilizzabili in capo ad uno stesso lavoratore e sostituita dalla previsione di un meccanismo di monitoraggio e controllo. Entro il 31 dicembre di ogni anno, le amministrazioni devono redigere, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate 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 per la funzione pubblica che, a sua volta, redige una relazione annuale al Parlamento¹¹.

Nel suo disegno complessivo, finalizzato ad un uso controllato del contratto a termine, la novella si muove nell'ottica di una omogeneizzazione della di-

⁹ Evidenzia il ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva anche V. PINTO, *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M.G. GAROFALO-G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, Cacucci, Bari, 2009, p. 209.

¹⁰ Per una indicazione degli autori che avevano sollevato il dibattito si veda V. PINTO, *La flessibilità*, cit., p. 209, specie nota 26. Per una ricostruzione delle possibili interpretazioni della norma, prima della novella del 2008, si veda A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 1100.

¹¹ Si segnala che in materia è intervenuta una nota esplicativa, si tratta della «*Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione per il monitoraggio del lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*», n. 2 del 16 febbraio 2010.

sciplina tra settore pubblico e privato. Ed invero, venuta meno la norma speciale contenuta nell'antecedente formulazione del comma 3 dell'art. 36, soccorre – in forza del richiamo operato dal comma 2 – la previsione, di carattere generale, di cui al comma 4-*bis* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001 per la quale il rapporto di lavoro corrente tra il medesimo datore di lavoro ed il medesimo lavoratore, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, non può superare, complessivamente considerato in uno con eventuali proroghe o rinnovi, il termine massimo di trentasei mesi¹².

Le modalità di monitoraggio, previste dal terzo comma per tutte le tipologie di lavoro flessibile, vengono poi estese, dal quarto comma, anche ai lavori socialmente utili.

Il quinto comma dell'art. 36 regola il sistema sanzionatorio nel caso in cui le amministrazioni, nello stipulare il contratto a termine, violino disposizioni imperative.

Resta invariata la regola, da sempre presente in materia come diretta conseguenza dell'art. 97 Cost., per la quale è tassativamente esclusa la trasformazione *ope legis* del rapporto a termine, illegittimamente stipulato, in uno a tempo indeterminato. Il comportamento *contra legem* da parte dell'amministrazione comunque legittima il lavoratore ad attivarsi per il risarcimento del danno che, ove ottenuto e pagato, deve obbligatoriamente essere recuperato, da parte dell'amministrazione coinvolta, nei confronti del dirigente responsabile che abbia agito con dolo o colpa grave.

In ogni caso, il dirigente che stipula un contratto a termine contravvenendo alle disposizioni contenute nella norma in esame è sanzionabile secondo quanto stabilito dall'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 che prevede, in ragione della gravità del suo comportamento, il mancato rinnovo dell'incarico, la revoca dello stesso e la sua messa a disposizione o la risoluzione del rapporto di lavoro. La violazione, da parte del dirigente, dell'art. 36 rileva anche ai fini della valutazione annuale sulle sue prestazioni operata dall'amministrazione di appartenenza (per un esame approfondito sull'intero comma v. *infra*, §§ 4, 5 e 6).

Il comma 5-*bis*, introdotto dalla legge n. 102/2009, conclude disponendo

¹² La norma prevede che, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato. A seguito delle modifiche e integrazioni al d.lgs. n. 368/2001 apportate dalla legge n. 92/2012, nel computo dei 36 mesi rientrano anche i contratti di somministrazione a tempo determinato eventualmente stipulati tra le stesse parti (per alcune indicazioni sui criteri di applicazione di tale ultimo intervento normativo al lavoro pubblico si rinvia al § 7).

che le previsioni di cui al d.lgs. n. 368/2001 in materia di diritto di precedenza nelle assunzioni¹³ operino, non già con riferimento a tutte le assunzioni in seno alle amministrazioni pubbliche comunque effettuate, ma con riguardo al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e i profili per i quali sia richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità¹⁴.

In base a questo nuovo comma il dipendente che ha prestato attività lavorativa presso la medesima amministrazione per un periodo superiore al semestre ha diritto di precedenza in caso di assunzioni a tempo indeterminato effettuate entro l'anno per lo svolgimento delle medesime mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine. Del pari, discende che il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza laddove la medesima amministrazione intenda procedere a nuove assunzioni a termine per lo svolgimento delle medesime attività stagionali.

L'applicazione della normativa sul diritto di precedenza, così come disciplinata dal d.lgs. n. 368/2001, presenta delle interessanti conseguenze relativamente alle regole sull'accesso in pianta stabile nel settore pubblico e sul generale divieto di conversione di contratti a termine illegittimi.

In relazione a tale ultimo aspetto la scelta del legislatore di limitare il campo di applicazione della richiamata normativa alle sole categorie di pubblici dipendenti non soggette alle ordinarie procedure di reclutamento tramite concorso pubblico potrebbe far ritenere che, in tali ipotesi, sia possibile intaccare la previsione di cui al comma 5 dell'art. 36. È stato osservato che la norma sembrerebbe idonea a legittimare la tesi per la quale possano essere sottratte dal campo di applicazione del divieto di conversione a tempo indeterminato tutte quelle assunzioni cui la novella del 2009 riconosce il diritto di precedenza¹⁵.

Ed infatti l'espresso richiamo al diritto di precedenza potrebbe costituire una concreta ipotesi di deroga legislativa alla regola generale del concorso pubblico, in linea con il terzo comma dell'art. 97 Cost.

Per le stesse ragioni, nel caso di legittimo ricorso ad assunzioni a termine, la previsione di un diritto di precedenza, ove azionato dal lavoratore interessato, comunque comporterà che l'assunzione a tempo determinato avverrà senza la necessità di espletamento di alcuna procedura di tipo selettivo, dovendosi

¹³ Il comma in questione richiama espressamente le previsioni di cui all'art. 5, commi 4-*quater*, 4-*quinquies* e 4-*sexies* del d.lgs. n. 368/2001.

¹⁴ Si tratta della procedura di assunzione di cui all'art. 35, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 165/2001.

¹⁵ V. PINTO, *La flessibilità*, cit., p. 210.

limitare l'amministrazione a verificare unicamente la sussistenza di eventuali ulteriori requisiti richiesti per specifiche professionalità¹⁶.

A seguito delle ultime modifiche intervenute nel 2013 l'art. 36 si è arricchito di altri due commi, nel primo si ribadisce che il contratto a termine pubblico è regolato dalla normativa applicata nel settore privato (d.lgs. n. 368/2001) con esclusione di quella riguardante la causale giustificatrice ed il divieto di trasformazione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato (comma 5-ter); nel secondo si sottolinea, ancora una volta, che i contratti a termine, posti in essere in violazione dello stesso art. 36, sono nulli e comportano una generalizzata responsabilità erariale, specificando poi che i dirigenti, in caso di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile, oltre ad essere responsabili ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, non hanno diritto di percepire la retribuzione di risultato¹⁷ (art. 5-quater).

In conclusione, la ricognizione normativa sull'art. 36, così come risultante dalle modifiche apportate dagli ultimi interventi legislativi, evidenzia che ci troviamo di fronte ad una regolamentazione del contratto a termine pubblico che si richiama espressamente alla disciplina del d.lgs. n. 368/2001 con due rilevanti eccezioni, la prima riguarda le causali che ne legittimano l'utilizzo, la seconda concerne il sistema sanzionatorio in caso di un suo improprio utilizzo.

3.

La "specialità" del contratto a termine pubblico con riferimento alle causali giustificative.

Il contratto a termine, anche dopo le modifiche apportate nel 2008 che ripristinano l'utilizzo della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico secondo quanto previsto dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, continua a porsi in una «dimensione *altra* o *diversa*»¹⁸ rispetto alla disciplina generale dell'istituto fissata dal d.lgs. n. 368/2001¹⁹.

¹⁶ Da ultimo per un commento aggiornato su questa modalità di assunzione nel settore pubblico veda G. GENTILE, *Commento art. 35, d.lgs. n. 165/2001*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, 2011, cit., p. 500 ss.

¹⁷ Si tratta di una penalizzazione per il dirigente non indifferente in quanto tale voce retributiva può incidere sulla complessiva retribuzione annua percepita in misura che varia da un minimo del 10% ad un massimo del 40% secondo parametri, fissati dalla contrattazione collettiva sia nazionale che decentrata, e strettamente legati alla capienza del Fondo a ciò deputato (si veda, a titolo di esempio, la tabella della retribuzione annua lorda dei dirigenti del Ministero dell'Istruzione per l'anno 2010 pubblicata nel sito istituzionale).

¹⁸ L'espressione è di S. MAINARDI, *Piccolo requiem*, cit., p. 30, a commento del testo dell'art. 36, così come integrato dall'art. 4, legge n. 80/2006, radicalmente modificato dalla finanziaria

Tale alterità si colloca nella parte più qualificante della regolamentazione dell'istituto, quella dedicata alle causali che legittimano il ricorso al contratto a termine, che si configura in termini apertamente confliggenti tra i due grandi settori del mondo del lavoro subordinato.

All'esito delle modifiche nel frattempo intervenute, nel settore privato, il contratto a termine potrà essere utilizzato per «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro»²⁰ e, addirittura, senza bisogno di indicare alcuna causale in caso di primo e unico contratto di durata non superiore a dodici mesi o ancora in tutte le ulteriori ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva²¹, in quello pubblico, solo ed esclusivamente per esigenze «temporanee o eccezionali»: è di tutta evidenza lo stridente contrasto normativo.

È chiaro l'obiettivo del legislatore di voler comunque disincentivare il ricorso alla flessibilità in entrata nel settore pubblico e, soprattutto, l'utilizzo di contratti a tempo determinato²².

Ci troviamo di fronte ad una scelta più che consapevole del legislatore se si pone mente al fatto che le formulazioni che hanno diversificato la tipologia

per l'anno 2008 ed infine, per la parte che qui interessa, integralmente ripristinato dall'art. 49, legge n. 133/2008.

¹⁹ In tal senso si esprime anche A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, in A. BELLAVISTA-A. GARILLI-M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 118 e, da ultimo, G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 371 ss. che sottolinea come la modifica apportata dalla legge 133/2008 all'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 368/2001 abbia attribuito «all'assunzione a termine giustificata da un'occasione di lavoro temporanea il significato di extrema ratio».

Di segno opposto V. PINTO, *La flessibilità*, cit., p. 203, secondo cui la norma dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 confermerebbe, invece, «il principio della tendenziale assimilazione del regime giuridico del lavoro pubblico a quello del lavoro privato», non essendo nel complesso, peraltro, contraddetta da alcuna delle disposizioni dell'art. 36 stesso, le quali «non integrano né modificano le discipline dei rapporti flessibili e neppure introducono tipologie contrattuali la cui stipulazione sia riservata alla p.a.», limitandosi «a specializzare soltanto alcune delle condizioni che legittimano le amministrazioni a stipulare contratti flessibili».

²⁰ Così dispone l'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 così come integrato dall'art. 21, legge n. 133/2008.

²¹ Così dispone il comma 1-bis, art. 1, d.lgs. n. 368/2001 aggiunto dalla legge n. 92/2012, a sua volta integrata dalla legge n. 99/2013.

²² Sotto questo profilo rileva anche la disposizione contenuta nell'art. 35, comma 4-bis, dello stesso d.lgs. n. 165/2001 in forza della quale per tutte le amministrazioni dello Stato, le agenzie, gli enti pubblici economici e gli enti di ricerca l'assunzione di personale con contratto a termine e di formazione e lavoro in contingenti superiori alle cinque unità è subordinata ad un meccanismo autorizzatorio che, nella specie, si concretizza nella preventiva emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare su proposta del Ministro della funzione pubblica di concerto con il Ministro dell'economia. Per un commento sull'intera normativa in materia di reclutamento si veda, da ultimo, G. GENTILE, *Commento art. 35*, cit., p. 524 ss.

contrattuale in esame, a seconda che il contratto venga stipulato nel settore privato o in quello pubblico, sono frutto di uno stesso intervento legislativo che, mentre nel primo amplia la causale giustificativa, prevedendo il requisito della temporaneità anche con riferimento ad ipotesi di ordinaria gestione organizzativa (si veda l'art. 21, legge n. 133/2008), nel secondo la restringe accompagnando al requisito della temporaneità quello della eccezionalità (si veda l'art. 49, legge n. 133/2008).

Con gli ultimi interventi legislativi la divergenza tra i due settori è destinata ad ulteriori divaricazioni: nel settore privato, a seguito della legge n. 92/2012 è possibile stipulare liberamente, senza l'indicazione di alcuna causale, contratti a tempo determinato secondo precise indicazioni fissate dal legislatore o dalla fonte collettiva; in quello pubblico il d.l. n. 101/2013 ha sottolineato ulteriormente che il ricorso alla flessibilità in entrata può avvenire solo ed esclusivamente per esigenze temporanee o occasionali eliminando sul nascere ogni possibile tentativo di estendere, in via interpretativa, anche al lavoro pubblico la possibilità di stipulare contratti a termine acausali.

Ciò premesso deve comunque rilevarsi che l'ultima modifica intervenuta nel 2013 risolve un problema non di poco conto con riferimento alla concreta applicazione della normativa sulle causali.

Nella formulazione dell'art. 36, avvenuta a seguito della legge del 2008, si ammetteva il ricorso al contratto a termine per esigenze «*temporanee ed eccezionali*», ora le esigenze devono essere «esclusivamente» tali, ma i due requisiti sono in alternativa tra di loro rendendo possibile il ricorso al contratto a termine in presenza di esigenze oggettivamente temporanee, ma non eccezionali quali quelle che si verificano periodicamente in ragione della stagionalità delle esigenze²³.

L'ultima modifica, oltre a razionalizzare sotto il profilo organizzativo il ricorso al contratto a termine, evita il rischio di un possibile contrasto della disciplina legale con quella di fonte pattizia da sempre caratterizzata dalla presenza di causali tipiche quali quelle costituite dai lavori stagionali o dalla sostituzione di lavoratori assenti per ferie, trattandosi, in entrambi i casi, di fattispecie di tipo oggettivamente temporaneo, ma prive del requisito della eccezionalità in quanto legate ad esigenze organizzative di tipo fisiologico²⁴.

²³ Per la ricostruzione dei problemi applicativi determinati dalla precedente formulazione dell'art. 36 v. L. FIORILLO, *Stabilizzazione del precariato*, cit., p. 266 ss.

²⁴ Assunzioni a tempo determinato per esigenze stagionali e per la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto sono espressamente contemplate in tutti i contratti collettivi di comparto; si veda, a titolo di esempio, il CCNL 2000 del personale del comparto Università (art. 19), quello sempre del 2000 del comparto del personale delle Regioni – Autonomie Locali (art. 7) e quello del 1995 del comparto del personale degli enti pubblici non economici (art. 16), tutti allo stato vigenti in quanto non modificati sul punto dai successivi rinnovi contrattuali.

4. ***Il sistema sanzionatorio: il criterio risarcitorio come alternativa alla stabilizzazione del rapporto di lavoro a termine.***

Il modello di flessibilità in entrata predisposto per il mercato del lavoro pubblico è caratterizzato da una tecnica di tutela, per il lavoratore illegittimamente assunto, che tende a salvaguardare, comunque, l'organizzazione aziendale da interventi esterni che ne modificano l'equilibrio, in relazione al fabbisogno effettivo di organico.

La regola della conversione/trasformazione del rapporto di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato, nel caso di illegittimità della clausola di durata, viene sostituita dal diritto al risarcimento del danno.

Le ragioni sono da ascrivere al valore che, nel settore pubblico, riveste la tutela dell'organizzazione dell'amministrazione, essendo l'attività di quest'ultima determinante per la realizzazione dell'interesse pubblico il cui perseguimento non consente l'applicazione, in materia di assunzioni flessibili, delle tecniche di tutela dei diritti del lavoratore comunemente utilizzate nel settore privato²⁵.

Il carattere derogatorio di tale sistema sanzionatorio rappresenta il punto di maggiore distanza rispetto alla disciplina del lavoro nell'impresa e, nel contempo, uno dei più importanti indici rivelatori della sopravvivenza del dualismo di discipline tra pubblico e privato.

L'art. 36, comma 5, stabilisce che *«la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato»*, concetto ribadito anche nel comma 5-ter che, nel sottolineare l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001, ribadisce *«il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato»*.

Nella seconda parte del comma 5 dell'art. 36 si precisa che il lavoratore *«interessato»* (cioè che sia stato oggetto di un'assunzione illegittima o che, comunque, sia stato impiegato con modalità contrarie alla legge) *«ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative»*.

²⁵ La previsione di una tutela risarcitoria, in alternativa a quella della conversione/trasformazione del rapporto precario in uno stabile, è giustificata dalla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 97 Cost. che, proprio al fine di garantire le finalità dell'azione amministrativa brevemente indicate nel testo, impone il principio del concorso per l'accesso nell'amministrazione, regola quest'ultima che giustifica, ai sensi dell'art. 3 Cost., anche la disparità di trattamento tra lavoratore pubblico e privato. La norma è passata al vaglio sia della Corte costituzionale, che ne ha definitivamente sancito la legittimità (si veda Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 355) che della Corte di giustizia europea (v. *infra*, § 5).

Il modello previsto, pur evitando che, attraverso assunzioni a tempo, si possano incardinare rapporti di lavoro stabili senza il rispetto di idonee procedure selettive e, soprattutto, di un'attenta programmazione del fabbisogno di personale, non crea un meccanismo che, almeno sulla carta, tollera forme di "precarizzazione" indiscriminata.

L'obiettivo che si prefigge di raggiungere la disposizione non è nuovo nel settore pubblico, da sempre caratterizzato da interventi legislativi di principio, finalizzati ad evitare forme di stabilizzazione di rapporti di lavoro nati come precari, e da una pressoché univoca giurisprudenza (prodottasi con specifico riferimento alla legge n. 230/1962) che ritiene inapplicabile la disciplina relativa alla conversione, in un rapporto a tempo indeterminato, di rapporti di durata limitata nel tempo²⁶.

Tuttavia, pur non potendo vantare diritto alcuno in ordine alla stabilizzazione del rapporto²⁷, il lavoratore illegittimamente assunto non è lasciato dalla norma sprovvisto di tutela. Questi, infatti, matura un autonomo e distinto diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico che si sostanzia nella possibilità di richiedere un risarcimento del danno.

Deve escludersi che il diritto al risarcimento si possa limitare al pagamento, da parte dell'amministrazione, della retribuzione e delle connesse competenze accessorie, compresi i contributi previdenziali, essendo tutto questo comunque già garantito dall'art. 2126 c.c.²⁸.

²⁶ Per una ricognizione giurisprudenziale formatasi in vigenza della legge n. 230/1962 si veda A. FALCONE, *Le tipologie flessibili di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, p. 858.

²⁷ È questo un principio incardinatosi ormai nell'ordinamento anche grazie ad un'univoca giurisprudenza di legittimità. Si veda, per tutte, Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 138 con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*. Anche al fine di non generare equivoci, è opportuno in questa sede segnalare l'esistenza (peraltro isolata) di casi in cui la giurisprudenza ha disposto la conversione di un contratto a termine anche nei confronti di una pubblica amministrazione, ma si tratta di fattispecie del tutto peculiari nelle quali il datore di lavoro, anche se pubblico, applica contratti collettivi di diritto privato per particolari categorie di suoi dipendenti; vedi, in tal senso, Cass. 22 aprile 2010, n. 9555, avente ad oggetto una fattispecie relativa ai portieri addetti alla vigilanza e custodia di edifici dipendenti dall'Inail. Per un commento sulla sentenza si rinvia alle puntuali osservazioni di A. GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555 del 2010 della Corte di Cassazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 119.

²⁸ Nello stesso senso C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 486. Anche E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni* in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 709, ritiene che «tale protezione di tipo risarcitorio si aggiunge alla tutela attribuita dall'art. 2126 c.c. e, in particolare, non esclude il diritto alla retribuzione per il periodo nel quale la prestazione abbia avuto esecuzione». La rilevanza, sotto il profilo retributivo e previdenziale, della prestazione di fatto comunque svolta, anche in presenza di un rapporto nullo, costituisce da tempo un principio fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato, a partire dall'adunanza plenaria n. 2 del 1992, ha ripetutamente affermato che «il rapporto di pubblico impiego nullo in quanto costituito in vio-

La tesi trova conforto nella stessa *ratio* della norma che ha l'evidente scopo di offrire al lavoratore pubblico una tutela che si sostituisce a quella della conversione/ trasformazione del contratto e, nel contempo, di «dissuadere la pubblica amministrazione, o meglio i dirigenti competenti, dal concludere accordi invalidi delle cui conseguenze devono essere chiamati a rispondere personalmente»²⁹.

La previsione legislativa introduce un principio generale di risarcibilità che, non prendendo in considerazione la prestazione lavorativa e i conseguenziali possibili inadempimenti, ma considerando il contratto in sé come possibile causa di danno, ove stipulato contravvenendo a disposizioni imperative, si muove nell'area della responsabilità extracontrattuale³⁰, governata dall'art. 2043 c.c.

In ragione dell'applicabilità della richiamata norma codicistica è bene sottolineare che il lavoratore dovrà esercitare tale diritto nel termine prescrizione ridotto (cinque anni) e avrà l'onere di provare non solo l'esistenza del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, ma anche il danno in concreto subito, con il limite costituito dall'art. 1225 c.c., in caso di mancanza di dolo e conseguente risarcibilità del solo danno prevedibile³¹.

Se pur in presenza di un onere probatorio non semplice posto a carico del lavoratore³², deve comunque rilevarsi che la norma apre una casistica risarci-

lazione di divieti di legge non va considerato illecito nell'oggetto o nella causa ai sensi dell'art. 2126 c.c. per cui il lavoratore può far valere i crediti retributivi nonché i diritti relativi al versamento di contributi assicurativi limitatamente al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione» (Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1419, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1716).

Del resto una conferma in merito all'interpretazione prospettata si ricava anche dalla disciplina collettiva che stabilisce che il contratto a termine nullo produce gli effetti di cui all'art. 2126 c.c. (si veda, per tutti, art. 19, comma 12, CCNL Ministeri del 16 maggio 2001).

²⁹ Così C. ZOLI, *Prestazione di fatto*, cit.

³⁰ Per un supporto argomentativo delle ragioni idonee a legittimare tale tipologia di responsabilità si rinvia al successivo paragrafo ed alla giurisprudenza ivi menzionata. In ogni caso la questione non è pacifica, parte della dottrina, infatti, propende per la tesi della responsabilità contrattuale (violazione del principio del comportamento secondo buona fede nelle trattative ex art. 1337 c.c.). Per una ricognizione della dottrina si veda C. ZOLI, *Prestazione di fatto*, cit., p. 487 e nota 59; e A. MISCIONE, *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 179.

³¹ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, Padova, 1995, p. 105.

³² Tale circostanza ha portato a dubitare che possa ritenersi condivisibile la sussunzione della fattispecie risarcitoria in esame nell'alveo della responsabilità aquiliana. Tanto più laddove si consideri che tale interpretazione indurrebbe ad un'inevitabile disparità di trattamento dei lavoratori pubblici, onerati di una siffatta prova, rispetto ai lavoratori del settore privato, per i quali, come noto, è sufficiente la prova della violazione delle norme perché possa invocarsi l'effetto legale sostitutivo, si veda A. PRETEROTI, *Il contratto a termine*, cit., p. 1113 e M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 133.

toria molto ampia consentendo al prestatore di lavoro di poter aspirare ad un risarcimento per il danno subito alla dignità, all'immagine, alla reputazione, alla professionalità, alla perdita di ulteriori occasioni di lavoro.

Nonostante l'ampiezza della previsione non ci troviamo di fronte a forme automatiche di risarcimento, né sotto il profilo dell'effettiva sussistenza del danno, né, tanto meno, sotto quello della sua quantificazione³³.

Tuttavia, in presenza di fattispecie – quali quelle costituite da contratti di durata predeterminata risultati nulli – che determinano la improvvisa cessazione dell'attività lavorativa, è possibile avanzare richieste di risarcimento per aver perso altre occasioni di lavoro confidando sul rapporto di lavoro risultato poi nullo e pertanto cessato³⁴.

La tecnica di tutela è assimilabile a quella, ampiamente sperimentata nel settore privato, della c.d. perdita di *chances*, utilizzata in caso di valutazioni arbitrarie, e comunque non corrette, in occasione di procedure selettive³⁵.

È ormai consolidato l'orientamento giurisprudenziale che ritiene la perdita di una opportunità di lavoro (o di un miglioramento dello stesso) come una componente patrimoniale a sé stante e quindi autonomamente risarcibile³⁶.

Pertanto è configurabile la tipologia risarcitoria sopra indicata ogni qual volta il lavoratore riesca a dimostrare che avrebbe avuto una «marginale e non trascurabile» possibilità di trovare un'altra occupazione se non avesse instaurato con l'amministrazione un rapporto di lavoro rivelatosi poi illegittimo perché costituito in violazione di norme imperative³⁷.

³³ Le difficoltà di quantificazione del danno sono in parte ridimensionate da un consolidato orientamento giurisprudenziale che ammette una valutazione equitativa da parte del giudice, ma il lavoratore «deve pur sempre fornire elementi atti a consentire una valutazione non arbitraria» (così C. ZOLI, *Prestazione di fatto*, cit., p. 488).

³⁴ A questo proposito E. GRAGNOLI, *Forma e nullità*, cit., pp. 709-710 ritiene che la previsione dell'art. 36 sia addirittura inutile in quanto alle stesse conclusioni «si sarebbe potuti giungere in ogni caso, sulla base dei criteri generali sulla responsabilità amministrativa», a sostegno di tale tesi l'A. cita un precedente del tribunale amministrativo (TAR Lombardia, Milano, 9 marzo 2000, n. 1869).

³⁵ Sottolinea G. FRANZA, *Il lavoro a termine*, cit., p. 391 che la ricostruzione del risarcimento dei danni in termini di perdita di *chances* «appare la più convincente, perché da un lato esclude il pericolo di configurare un danno *in re ipsa*; dall'altro presenta indubbi vantaggi anche sotto il profilo della quantificazione, permettendo di graduare la liquidazione del danno in relazione a quanto risulti accertato».

³⁶ Tra le tante, nel settore privato, si veda Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 7943, in *Guida dir.*, 2008, 18, p. 78; Cass. 27 giugno 2007, n. 14820, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 961; Cass. 10 gennaio 2007, n. 238, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 483.

³⁷ Il danno da perdita di *chances* può configurarsi in ipotesi di non corretto espletamento di procedura concorsuale finalizzata all'assunzione ovvero alla progressione di carriera, nonché in casi di ingiusta dequalificazione professionale. In siffatte ipotesi, sarà necessario provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta. In tal senso, si

In questo caso, i parametri che il giudice può utilizzare per la concreta valutazione del danno possono variare in ragione delle specifiche situazioni di illegittimità prendendo come riferimento, ad esempio, la retribuzione che il lavoratore avrebbe potuto altrimenti percepire rapportandola percentualmente al grado di probabilità di ottenere il posto di lavoro perso³⁸.

Presupposto del diritto al risarcimento delle chances frustrate è, se non più, come per il vecchio orientamento rigoroso, una misura di tali chances eccedente il 50%³⁹ ovvero pari «ad una ragionevole certezza» della promozione⁴⁰, quantomeno una apprezzabile misura della probabilità della promozione stessa⁴¹: «*nell'impossibilità (o estrema difficoltà) di provare l'entità del danno è consentito al giudice il ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. e 432 c.p.c. parametrando, comunque, l'entità del danno alla quantità di chances e sempre che sussista una possibilità, non marginale e trascurabile, di esito favorevole delle suddette procedure*»⁴².

È allora appena il caso di rilevare che la mancata allegazione (e dimostrazione) di un danno porta indefettibilmente al rigetto della domanda risarcitoria dal momento che non si saprebbe cosa risarcire.

Di questo principio generale la giurisprudenza formatasi sul terreno della perdita di chances fa coerente applicazione quando afferma che «*non è risarcibile il cosiddetto "danno per perdita di chance", quando manchi la specifica prova della sussistenza di un serio grado di probabilità di conseguire l'utilità finale*»⁴³.

In particolare la Suprema Corte ha affermato che il serio grado di probabilità di conseguire l'utilità finale può essere dimostrato anche in via presuntiva, «*ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate*»⁴⁴.

vedano le sentenze di cui alla precedente nota, nonché Cass., Sez. III, 17 aprile 2008, n. 10111, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 4; Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1030; Cass. 1 dicembre 2004, n. 22524, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1092 e Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1072.

³⁸ Cfr. Cass. 22 aprile 1993, n. 4725, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 750; Trib. Varese 31 maggio 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 807; Trib. Reggio Calabria 18 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1939.

³⁹ Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, c. 383 con nota di A. Princigalli.

⁴⁰ Cass. 10 gennaio 1994, n. 158, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1761 con nota di A. Bollani.

⁴¹ V. Cass., Sez. III, 25 maggio 2007, n. 12243, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Danni civili*, n. 135; Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, cit.

⁴² Cass. 19 novembre 1997, n. 11522, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 858. Nello stesso senso, Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1072; Cass. 18 novembre 2002, n. 16202, in *Giur. it.*, 2003, p. 1342.

⁴³ Trib. Termini Imerese 10 maggio 1999, in *Giur. it.*, 1999, p. 2073.

⁴⁴ Cass., Sez. III, 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e resp.*, 1999, p. 534; nello stesso senso Cass. 9 aprile 1999, n. 3481, in *Mass. Giur. it.*, 1999; e più di recente, con riferimento al risarcimento richiesto da un dirigente pubblico per mancata attribuzione dell'incarico, Cass. 14

La riflessione teorica in ordine al criterio da utilizzare per determinare la quantificazione del danno si arricchisce di ulteriori sollecitazioni a seguito dell'emanazione della legge n. 183/2010.

L'art. 32, comma 5, prevede che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato nel settore privato, il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in base ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e cioè avendo riguardo «*al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti*».

Si tratta di una indennità che prescinde dal danno effettivamente subito e introduce una regola speciale, nel disciplinare le conseguenze del risarcimento, che si differenzia da quella di carattere generale regolata dagli artt. 1218 e ss. del codice civile.

Ove non si dovesse ritenere di applicare alla fattispecie risarcitoria tipizzata dal quinto comma dell'art. 36 le regole di carattere generale predisposte dal codice civile per la responsabilità contrattuale e non e ciò per la obiettiva difficoltà di garantire l'effettività del risarcimento (v. *infra* § 5 per le valutazioni della giurisprudenza), si potrebbe applicare, per analogia, quanto disposto dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 e riconoscere al lavoratore pubblico, assunto illegittimamente a termine, l'indennità nella misura massima prevista (12 mensilità), non essendo possibile convertire il rapporto a termine in uno a tempo indeterminato.

Tale soluzione sembra ancor più apprezzabile avendo la norma in questione superato il vaglio della Corte costituzionale⁴⁵, che ha dato pieno ingresso nel nostro ordinamento ad un criterio risarcitorio forfettario e onnicomprensivo, e quello della Corte di Cassazione⁴⁶ che ha chiarito la *ratio* applicativa della norma: l'indennità in questione non si aggiunge alle forme di risarcimen-

aprile 2008, n. 9814 in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 4. In merito all'*onus probandi* ed al rigoroso principio di allegazione si vedano, inoltre: Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572 in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 478, con note di A. Vallebona e C. Pisani; App. Bari 23 giugno 2007, n. 1053, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2007.

⁴⁵ Con sentenza 11 novembre 2011, n. 303 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 252 con note di L. Di Paola e L. Zappalà) la Consulta ha definito le questioni di legittimità costituzionale sollevate da più Giudici in ordine al disposto dell'art. 32, commi da 5 a 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183 confermandone l'intero impianto.

⁴⁶ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, in *Foro it.*, 2012, I, c. 730. Interpretazione quest'ultima avallata dallo stesso legislatore che nell'art. 1, comma 13 della legge n. 92/2012 chiarisce la portata dell'art. 32, comma 5, cit. specificando che la disposizione si interpreta nel senso che «*l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro*».

to del danno patrimoniale liquidate secondo le regole del diritto comune, ma le sostituisce con la finalità di realizzare un equilibrato componimento degli opposti interessi.

5. Segue: l'interpretazione giurisprudenziale.

A fronte di una normativa di portata così generale, quale è quella contenuta nel comma 5 dell'art. 36 sugli aspetti risarcitori, non poteva mancare il coinvolgimento della giurisprudenza al fine di definirne i criteri di quantificazione.

Un ruolo rilevante è stato svolto dalla Corte di giustizia europea investita della questione dai giudici nazionali che hanno posto un problema di compatibilità con la direttiva comunitaria in materia di contratto a termine.

In particolare, da parte dei giudici italiani, si è ritenuto che la previsione di un diritto al risarcimento, in luogo della conversione/trasformazione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato, fosse incompatibile con le regole comunitarie e quindi passibile di disapplicazione, con la conseguente applicazione della regola della conversione prevista per i contratti a termine stipulati illegittimamente nel settore privato.

La Corte, in più di un'occasione, ha ritenuto la piena compatibilità della normativa italiana sottolineando, nel contempo, che l'ordinamento interno deve apprestare, in caso di abuso nella successione di più contratti a termine nel settore pubblico, un modello sanzionatorio effettivo e comunque equivalente a quello presente nel settore privato⁴⁷.

L'attenzione del giudice comunitario alla effettività della tutela risarcitoria, accompagnata dall'invito, nei confronti del giudice interno, ad interpretare la normativa nazionale nel senso di garantire la sua sostanziale idoneità a reprimere l'utilizzo illegittimo del contratto a termine, ha fortemente sensibilizzato la nostra giurisprudenza di merito ad approfondire il tema del risarcimento.

La questione è sicuramente di notevole interesse in quanto, se da una parte è indubbio che tale rimedio, in linea teorica, sia idoneo a ristorare il pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza dell'illegittima apposizione del termi-

⁴⁷ Corte giust. 7 settembre 2006, cause C-53/04 (Marrosu), in *Foro it.*, 2007, IV, c. 72 e C-180/04 (Vassallo), in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 93; si veda anche 4 luglio 2006, C-212/04 (Adeneler), in *Foro it.*, 2007, IV, c. 72 e, da ultimo, ord. 1 ottobre 2010, causa C-3/10 (Affatato), in *Foro it.*, 2011, IV, c. 69. Per una valutazione sul ruolo della giurisprudenza comunitaria sul contratto a termine nel settore pubblico, vedi, da ultimo, le riflessioni di D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano* e V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e giudice nazionale in tema di precariato pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, pp. 723 e 755.

ne, dall'altra deve rilevarsi come non si possa prescindere da una sua concreta quantificazione, al fine di verificare l'effettiva idoneità a sanzionare l'utilizzo abusivo del ricorso al lavoro flessibile, con conseguente funzione dissuasiva.

Il panorama giurisprudenziale non presenta interpretazioni univoche: si tratta di sentenze che, se pur con diverse argomentazioni, comunque si sforzano di conferire una certa effettività alla regola risarcitoria astrattamente prevista dal legislatore.

In una delle prime pronunce intervenute sul tema si avalla la tesi del risarcimento extracontrattuale supportato dall'art. 2043 c.c. e si quantifica lo stesso secondo i criteri del danno emergente e del lucro cessante⁴⁸.

Il Tribunale – nel rilevare la piena conformità ai principi di cui alla direttiva 1999/70/CE dell'art. 36⁴⁹ – ha avuto modo di chiarire come l'articolo in parola, in caso di prestazione di lavoro resa nel settore pubblico, oltre i modi ed i tempi consentiti dalle norme imperative, abbia approntato una misura sanzionatoria – qual è quella del risarcimento del danno – idonea ad assicurare al lavoratore una tutela effettiva, al pari di quella garantita ai lavoratori appartenenti al settore privato.

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

Il danno risarcibile, non certo qualificabile quale danno da inadempimento e sottratto ai limiti di quantificazione del danno per responsabilità precontrattuale (limiti del cd. interesse negativo), viene inquadrato dal Tribunale nella categoria dei danni derivanti da illecito extracontrattuale e risarcibili entro i limiti del danno emergente e del lucro cessante (c.d. interesse positivo).

In senso conforme a quanto statuito dalla pronuncia del Tribunale di Foggia si segnala l'orientamento espresso dal Tribunale di Trapani con le sentenze del 2 dicembre 2008 e del 18 novembre 2009⁵⁰.

In occasione della prima pronuncia, il giudice, esclusa la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale dell'art. 36, ha confermato la natura aquiliana della responsabilità derivante, per l'amministrazione, dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative.

⁴⁸ Trib. Foggia 6 novembre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 907 con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*.

⁴⁹ La decisione richiama sul punto la sentenza della Corte giust. europea 7 settembre 2006, causa n. 53 (Marrosu) cit.

⁵⁰ Rispettivamente in *Giur. merito*, 2009, p. 1278 e in *De jure.giuffre.it*.

Si sostiene che, dovendosi considerare quale responsabilità contrattuale soltanto quella derivante dall'inadempimento, o inesatto adempimento, di obbligazioni preesistenti e derivanti da una qualsivoglia fonte (purché non da atto illecito), nell'ipotesi di cui all'art. 36 la responsabilità non possa che ritenersi di natura extracontrattuale.

La sussistenza tra le parti di un contratto, infatti, non sposta i termini della questione, dovendosi intendere il contratto medesimo unicamente quale mezzo della lesione, o meglio, quale contesto nel quale la lesione si realizza con l'apposizione illegittima di un termine finale.

Il danno, derivante da una clausola illegittima, si concretizza in un *vulnus* alla libertà contrattuale del lavoratore, e si qualifica, pertanto, come extracontrattuale con la conseguenza che la relativa azione si prescrive nel termine di un quinquennio decorrente dalla stipula del contratto a tempo determinato.

Con la successiva decisione, il Tribunale conferma l'orientamento espresso nell'anno precedente, mettendo in evidenza che la finalità del legislatore è quella di compensare l'inapplicabilità delle tecniche di conversione o trasformazione del rapporto di lavoro e, contestualmente, di dissuadere la pubblica amministrazione dal concludere accordi invalidi. A tal fine – conclude la sentenza – è stato previsto, in favore del dipendente, un modello risarcitorio fondato su un autonomo e distinto diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico, non circoscritto al pagamento della mera retribuzione – comunque garantita dall'art. 2126 c.c. – ma esteso all'area della responsabilità extracontrattuale, governata dall'art. 2043 c.c., così da consentire al lavoratore un pieno ristoro patrimoniale del danno subito alla dignità, all'immagine, alla professionalità ed alla perdita di occasioni di lavoro.

All'interno del panorama giurisprudenziale sopra ricostruito si inserisce anche una sentenza della Corte d'appello di Napoli che risolve la questione sulla qualificazione del risarcimento affermando di non potersi applicare al caso di specie meccanismo alcuno di "presunzione assoluta" del pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza dell'accertata nullità della clausola del termine apposta al suo contratto.

La Corte, applicando alla fattispecie i principi generali in materia di risarcimento del danno, afferma che tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo, possano ritenersi risarcibili soltanto a condizione che ne venga fornita la dimostrazione, anche mediante allegazioni e presunzioni, non esistendo al contrario, danni *in re ipsa*⁵¹.

I limiti sostanziali ad un effettivo ristoro patrimoniale, pur in presenza di contratti a termine ritenuti illegittimi per genericità della causale, si evince an-

⁵¹ App. Napoli 24 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1591 che, nella fattispecie esaminata, esclude il diritto del lavoratore al risarcimento del danno esistenziale, in quanto la domanda proposta è risultata priva «delle ragioni specifiche e delle circostanze rilevanti da cui desumere, anche in via presuntiva, l'esistenza di tale quota di danno».

che da altre sentenze che, a fronte del danno dedotto, individuato nella retribuzione che sarebbe spettata per l'impiego a tempo indeterminato e in parte non corrisposta, sottolineano che il ricorrente «*nulla ha allegato di specifico e chiesto di provare in merito alla effettività di tale pregiudizio, non potendosi lo stesso dirsi dimostrato*»⁵².

Proprio al fine di ovviare a situazioni di sostanziale impunità dell'amministrazione che ricorre illegittimamente a forme di lavoro flessibile si registrano sentenze che, nel solco tracciato dalla giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, affrontano il tema della tutela risarcitoria utilizzando canoni interpretativi che si discostano sensibilmente dai criteri desumibili dalle regole civilistiche.

L'obiettivo di queste sentenze⁵³ è quello di individuare un criterio idoneo ad introdurre una sorta di automatismo risarcitorio in modo tale da garantire che questa tipologia di tutela sia effettiva per il lavoratore, dissuasiva per il datore e comunque in qualche modo raffrontabile con l'altra che comporta la conversione del rapporto precario in uno stabile.

Il Tribunale di Genova, di fronte a contratti a termine la cui causale giustificativa opera un generico richiamo ad esigenze straordinarie, più volte reiterati, ne dichiara la loro illegittimità e, nell'affrontare il tema della tutela spettante al lavoratore interessato, ritiene che l'unico criterio possibile sia quello del risarcimento del danno per equivalente la cui parametrizzazione è costituita dalla perdita del posto di lavoro come diretta conseguenza del divieto di conversione/trasformazione del rapporto a termine imposto dall'art. 36⁵⁴.

Sulla base di queste premesse la concreta determinazione del danno è parametrata sull'art. 18, legge n. 300/1970 trattandosi «*dell'unico istituto attraverso il quale il legislatore ha monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione*». Il richiamo alla norma statutaria consente al giudice di quantificare il danno in 20 mensilità di cui 15 costituiscono la misura prevista dalla legge

⁵² Così Trib. Firenze 20 novembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 925 che affronta una fattispecie riguardante un contratto di somministrazione.

⁵³ Trib. Genova 14 maggio 2007 e Trib. Rossano 13 giugno 2007 entrambe pubblicate in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 166 con nota di A. MISCIONE, *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 907 con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*; nonché in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 1155, con nota di M. MILITELLO, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*.

⁵⁴ Per una ulteriore ricognizione del dato giurisprudenziale ed altre indicazioni di dottrina vedi A. DE SALVIA, *La giurisprudenza sul regime sanzionatorio del contratto a termine nel lavoro pubblico tra divieto di conversione e risarcimento del danno*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1117 e A. PERRINO, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 510 che affronta anche la questione sollevata dalle sentenze sui docenti della Scuola pubblica (v. *infra*, § 5.1).

nel caso in cui il dipendente, acquisito il diritto alla reintegrazione, opti per le dimissioni e 5 la misura minima delle mensilità comunque dovute, sempre per legge, in caso di licenziamento illegittimo. Nel caso concreto, poi, il giudice ha ritenuto di dover detrarre dalla somma così quantificata l'*aliunde perceptum* nel periodo intercorrente dalla cessazione del contratto a termine fino alla sentenza che ne dichiara la illegittimità⁵⁵.

Il Tribunale di Rossano, accertata l'illegittimità della clausola del termine⁵⁶, ha ritenuto che il divieto di conversione imposto dall'art. 36 si configuri come una ipotesi di risoluzione legale del contratto, originariamente a termine, che, per la violazione del d.lgs. n. 368/2001, si sarebbe trasformato in un contratto a tempo indeterminato. Ciò determina che «*la responsabilità di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 deve quindi ritenersi contrattuale (conseguente alla risoluzione legale del contratto) con obbligo da parte della p.a. di risarcire la perdita del lavoro*».

Alla luce di queste considerazioni il parametro per compensare la perdita del posto di lavoro viene individuato nel tempo medio necessario per trovare una nuova occupazione stabile tenuto conto della zona geografica, dell'età del lavoratore interessato e del titolo di studio posseduto⁵⁷.

Nel solco tracciato dalle pronunce appena citate si collocano alcune decisioni della Corte d'appello di Genova e del Tribunale di Foggia⁵⁸.

Con la prima pronuncia, la Corte conferma l'orientamento, espresso dal giudice di primo grado⁵⁹, per il quale l'art. 36 consente al lavoratore l'acquisizione di un diritto al risarcimento del danno patito quantificabile sulla base del disposto dell'art. 18, comma 3, della legge n. 300/1970, in materia di licenziamento invalido.

Dall'esame della motivazione emerge, poi, che il giudice di secondo grado intende avallare la tesi del risarcimento forfettizzato e predeterminato così che il richiamo all'art. 18 cit., utilizzato solo in via equitativa ai fini della quantificazione del danno, è strumentale per compensare la perdita in sé del posto di

⁵⁵ Trib. Roma 28 aprile 2011, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 595 applica il criterio risarcitorio previsto dall'art. 18, legge n. 300/1970 limitandolo a 15 mensilità.

⁵⁶ Nella specie si tratta di più contratti a termine stipulati senza l'indicazione della causale giustificativa il cui utilizzo è stato determinato per far fronte al blocco delle assunzioni previsto in varie leggi finanziarie.

⁵⁷ Nel caso di specie in base ad uno studio statistico dell'Isfol e del Ministero del lavoro è stato ritenuto equo, trattandosi dell'Italia del Sud, il pagamento di una somma pari a 17 mensilità di retribuzione.

⁵⁸ Si tratta delle sentenze App. Genova 9 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 133 con nota di M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva* e Trib. Foggia 5 novembre 2009, n. 6036, in *Lav. giur.*, 2010, p. 171.

⁵⁹ Vedi sentenze già citate in nota 53.

lavoro con la conseguenza che, sulla quantificazione così determinata, non può incidere in senso riduttivo l'*aliunde perceptum*.

Con la seconda pronuncia, il Tribunale di Foggia, in un caso di reiterazione di contratti a termine alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, ha riconosciuto al lavoratore il diritto al risarcimento per equivalente.

In particolare, la sentenza in commento – discostandosi dall'orientamento espresso in precedenza dal medesimo Tribunale che aveva ascrivito la tipologia di risarcimento nella categoria della responsabilità aquiliana – ha ritenuto di dover ancorare la quantificazione del danno ai criteri individuati dall'art. 18 cit., in quanto misura adeguata ed effettiva secondo quanto richiesto dalla Corte di giustizia⁶⁰.

Nel novero delle decisioni che escludono la natura extracontrattuale del risarcimento e si sforzano di individuare criteri alternativi si iscrivono due sentenze, una del Tribunale di Catania e una del Tribunale di Trapani. La prima, affrontando una fattispecie caratterizzata da una pluralità di contratti succedutisi nel tempo, individua come parametro risarcitorio, il periodo non lavorato tra un contratto e l'altro e riconosce al lavoratore l'integrale trattamento retributivo contrattuale e contributivo non erogato; la seconda, partendo dal presupposto che il lavoratore soffre un danno certo conseguente al binomio "contratto illegittimo/divieto di conversione", riconosce a quest'ultimo la retribuzione dovuta dall'atto di messa in mora fino alla stessa sentenza che accerta la nullità del termine apposto al contratto⁶¹.

Merita attenzione anche un nuovo e più recente intervento del Tribunale di Genova⁶² che si segnala in quanto affronta i contratti di supplenza nel settore scolastico oggetto di sentenze del tutto peculiari (v. *infra*, § 5.1).

A fronte dell'impugnazione di una successione di contratti a tempo determinato, il giudice del capoluogo ligure ha ritenuto applicabile anche al comparto Scuola il d.lgs. n. 368/2001 riconoscendo ai lavoratori, in luogo della trasformazione dei rapporti a termine in contratti di lavoro a tempo indeterminato, il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 18, comma 5, legge n. 300/1970 nella misura di 15 mensilità, mettendo in evidenza come la disposizione legislativa, nel determinare «il valore minimale del posto di lavoro per il caso in cui il lavoratore vi rinunci dopo la declaratoria della illegittimità del suo licenziamento», costituisca una misura adeguata nel caso di specie e ciò «per il giudizio di equivalenza intrinseco alla scelta legislativa e per la sua entità economica».

⁶⁰ Si veda, sul punto, R. IRMICI, *Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione*, in *Lav. giur.*, 2010, p. 169 (commento alle pronunce del Trib. Foggia, ord. 10 novembre 2009 e sent. 5 novembre 2009, n. 6036).

⁶¹ Trib. Catania 6 dicembre 2006 e Trib. Trapani 30 gennaio 2007 entrambe pubblicate con sola massima in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 1154.

⁶² Trib. Genova 24 maggio 2011, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, p. 253 con nota di A. ALLAMPRESE, *I precari della scuola fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*.

È interessante osservare che la sentenza, a sostegno della soluzione prescelta, operi un diretto riferimento all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 che, seppure non applicabile al lavoro pubblico, costituisce un esempio di diritto positivo nella predisposizione di «*un apparato sanzionatorio basato su un effetto economico predeterminato in minimi e massimi edittali*», non a caso qualificato come “indennità” e non come “risarcimento”.

Il panorama giurisprudenziale si caratterizza anche per alcune decisioni⁶³ che riducono sensibilmente la quantificazione del risarcimento rispetto ai parametri sopra menzionati. In ipotesi di nullità della seconda proroga del termine, per contrasto con l'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, le sentenze in esame limitano il risarcimento del danno al solo diritto alle maggiorazioni retributive, di cui all'art. 5, comma 1 del d.lgs. medesimo, riconosciute per ogni giorno in cui sia proseguita illegittimamente la durata del contratto.

Il criterio è stato decisamente criticato. È da condividere sul punto la considerazione che una siffatta quantificazione sia inidonea a ristorare il pregiudizio patito dal lavoratore. Non può sottacersi che la misura in questione finirebbe col risultare, trattandosi della sola applicabile, talmente irrisoria da non poter fungere da tutela effettiva ed equivalente alla misura della conversione medesima, come invece prescritto dalla giurisprudenza comunitaria⁶⁴.

Non di meno, deve rilevarsi che una sanzione di tale portata risulterebbe applicabile alle sole ipotesi di illegittima prosecuzione del rapporto, lasciando sprovvisti di tutela tutti quei casi in cui l'illegittimità del contratto discende dall'insussistenza di ragioni obiettive⁶⁵.

Alla luce di questa breve ricognizione giurisprudenziale, ed in considerazione della pluralità di orientamenti in ordine al criterio di quantificazione del danno, è ancor più convincente la tesi già prospettata (v. *supra*, § 4) di applicare, in via analogica, quanto disposto dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 per il contratto a termine nel settore privato, nella misura massima (12 mensilità), e ciò al fine di conferire certezza e uniformità di soluzione al modello sanzionatorio previsto per reprimere l'uso illegittimo del contratto a termine nel settore pubblico⁶⁶.

⁶³ Trib. Perugia 21 settembre 2007, inedita, e Trib. Bologna 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 598.

⁶⁴ Sulla questione si vedano E. VINCENTI, *Commento art. 36*, 2011, cit., p. 599; A. GABRIELE, *Profili sanzionatori*, cit., p. 148 e M.M. NANNI, *Sulle conseguenze della proroga illegittima di un contratto di lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 603, anche se l'A. mette in evidenza che «l'efficacia dissuasiva della sola maggiorazione economica dipende dalla concreta durata della prestazione lavorativa resa oltre il termine originario o prorogato» con la conseguenza che un rapporto prorogato per un lungo lasso di tempo potrebbe rendere congrua la sanzione.

⁶⁵ In tal senso A. PRETEROTI, *Il contratto a termine*, cit., p. 1112.

⁶⁶ Sulla questione si veda A. PIZZOFERRATO, *Questioni controverse in tema di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico*, in S. BRUSATI-A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Il contratto di lavoro*

5.1.

Una ipotesi di stabilizzazione del contratto a termine per il personale della Scuola: le discordanti tesi della giurisprudenza di merito e di legittimità e il recente intervento della Corte costituzionale.

Nel settore della Scuola pubblica, caratterizzato da un ordinario ricorso all'uso del contratto a tempo determinato per l'assegnazione degli incarichi di supplenza, si registra un orientamento della giurisprudenza di merito di primo grado che, chiamata a valutare la legittimità o meno della fattispecie con specifico riguardo alla reiterazione di tali contratti in capo allo stesso docente, ha disatteso la regola del divieto di conversione del rapporto di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001.

In più di una occasione⁶⁷ la richiamata giurisprudenza ha dichiarato l'illegittimità dei contratti per violazione del d.lgs. n. 368/2001 e, previa disapplicazione del comma 5 dell'art. 36, ha condannato il Ministero dell'Istruzione al ripristino del rapporto di lavoro presso l'ultimo Istituto scolastico nel quale si è svolta la supplenza, nonché al pagamento delle retribuzioni maturate *medio tempore* dalla data di messa in mora all'effettiva ripresa del servizio.

Le sentenze in questione ritengono che la presenza di una specifica normativa sul reclutamento del personale scolastico, fatta espressamente salva dal d.lgs. n. 165/2001⁶⁸, non escluda l'Amministrazione scolastica dal campo di

ro a termine. Novità applicative, Utet, Torino, 2012 ed *ivi* specifici riferimenti giurisprudenziali in ordine a sentenze che hanno applicato al lavoro pubblico l'art. 32, comma 5, cit.

⁶⁷ Trib. Siena 27 settembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2011, p. 555 e in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 869 con nota di A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile "disapplicazione" del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*; Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in *Guida lav.*, 2011, f. 10, p. 17, con nota di F.M. PUTATURO DONATI, *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale docente*; Trib. Napoli 16 giugno 2011, in *Lav. giur.*, 2011, p. 7; Trib. Trani 24 ottobre 2011, n. 5240; Trib. Trani 18 luglio 2011, n. 4430; Trib. Trani 19 settembre 2011, n. 4544, in *www.dirittoscolastico.it*. Per una ulteriore ricognizione ed una analisi del dato giurisprudenziale si vedano A. VALLEBONA, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, p. 305; A. PREMOLI, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA: la breccia è aperta, ma il muro non crolla*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 418; A. DE SALVIA, *La giurisprudenza*, cit., p. 1129 ss.; P. SARACINI, *I docenti nella Scuola: quando la precarietà diventa stabilità*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 471; L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo* e M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, entrambi in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, pp. 699 e 735.

⁶⁸ Il riferimento è all'art. 70, comma 8, d.lgs. n. 165/2001 per il quale le disposizioni dello stesso decreto si applicano al personale della Scuola, ad eccezione di quelle riguardanti il reclutamento del personale che resta disciplinato dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297, e successive modifiche ed integrazioni. Il richiamato decreto, rubricato come «*Testo unico sulle disposizioni legislative in materia di istruzione*» consta di 676 articoli che disciplinano l'intera organizzazione della Scuola pubblica e il rapporto di lavoro di tutto il personale, di ruolo e non di ruolo, sia docente che amministrativo, tecnico e ausiliario. Nella specie l'accesso ai ruoli è regolamentato

applicazione dell'art. 36 contenuto nel medesimo decreto e, di conseguenza, dalle regole fissate in materia di contratto a termine dal d.lgs. n. 368/2001.

Per questa giurisprudenza non rileva la presenza di un articolato *corpus* normativo nel quale il ricorso al contratto a termine ha finalità del tutto diverse da quelle che sono alla base della normativa di carattere generale sopra richiamata, trattandosi, nella specie, di una flessibilità atipica in quanto destinata, per legge, a trasformarsi in un'attività lavorativa stabile.

In particolare è stato ritenuto che il conferimento di incarichi di supplenza annuale, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione in ruolo di personale docente, dissimuli un uso improprio del lavoro flessibile, in aperto contrasto con i precetti normativi interni e comunitari.

Sul presupposto dell'identità tra il meccanismo di selezione degli insegnanti da adibire alle supplenze con contratti a termine e quello utilizzato per l'immissione in ruolo del personale docente, si è ritenuto che, una volta rispettata la procedura selettiva (perché osservata al momento dell'assunzione a termine), sia da escludere che la conversione determini la violazione dell'art. 97 della Costituzione che impone la regola del concorso pubblico per l'assunzione in pianta stabile.

L'ulteriore ostacolo costituito dal divieto legale di conversione viene superato mediante il ricorso all'istituto della disapplicazione della normativa interna per contrasto con la direttiva 99/70/CE contenente l'affermazione del principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato⁶⁹.

Questo orientamento giurisprudenziale non ha trovato l'avallo della giurisprudenza di secondo grado: sul presupposto della specialità del sistema di reclutamento degli insegnanti, è stato messo in evidenza che «*sul piano ontologico, può senza dubbio essere affermato che le assunzioni nella Scuola pubblica in regime di precariato o di preruolo non sono assunzioni a termine in senso tecnico, ma si configurano come speciale e progressivo sistema di reclutamento destinato a concludersi fisiologicamente con l'assunzione in ruolo e la ricostruzione della carriera*»⁷⁰.

La questione è stata risolta dal giudice di legittimità⁷¹ che, valorizzando il

dall'art. 399 nella formulazione risultante a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 124/1999 (artt. 1 e 4).

⁶⁹ Per un circostanziato esame delle tesi sinteticamente riportate nel testo e per una analitica confutazione delle stesse rinvio a L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro. Una soluzione che non convince*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 555.

⁷⁰ App. Perugia 8 marzo 2011, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1307 con nota di L. RATTI, *Sugli effetti della mancata conversione del contratto a termine illegittimo. Spunti ricostruttivi dal caso della Scuola*.

⁷¹ Cass. 6 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 870, con nota di L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella Scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*.

ruolo dell'art. 70, comma 8, cit., non solo esclude la materia del reclutamento scolastico dalle regole fissate, per l'intero settore pubblico contrattualizzato, dagli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165/2001, ma, sulla base dell'art. 2, comma 2 dello stesso decreto⁷², ritiene non applicabile la normativa sul contratto a termine prevista per il settore privato.

In particolare, la Cassazione mette in evidenza come il conferimento dell'incarico di supplenza sia «*il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato*» sottolineando come il modello ideato dal legislatore, non solo realizzi un percorso formativo-selettivo mediante il quale il personale della Scuola viene immesso in ruolo in virtù di un sistema alternativo a quello del concorso⁷³, ma «*vale a connotare di una sua intrinseca specialità e completezza il corpus normativo relativo al reclutamento del personale scolastico*» che, per tali sue caratteristiche, non è neanche in contrasto con la normativa comunitaria.

Sotto quest'ultimo profilo rileva – secondo la Corte – quanto stabilito dalla clausola 5, punto 1, lett. a) della direttiva europea sul contratto a termine per la quale, al fine di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti, lo Stato membro, in mancanza di una normativa “equivalente” idonea allo scopo, deve prevedere ragioni obiettive che giustifichino il ricorso ad una pluralità di contratti a tempo determinato.

Alla luce di queste premesse, la Corte mette in evidenza che il *corpus* normativo che regola il reclutamento a termine del personale scolastico si configura come normativa equivalente in quanto: *i*) si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica; *ii*) si basa su fattori oggettivi costituiti dalla necessità di assicurare continuità ad un servizio pubblico di rilevanza costituzionale come quello scolastico, in un contesto di ciclica variazione in aumento e in diminuzione della popolazione scolastica e della sua collocazione geografica; *iii*) non comporta, nella scelta del personale docente da assumere con contratto a termine, alcuna valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, obbligata al rispetto di una rigida normativa che ne regola la individuazione; *iv*) garantisce all'incaricato la sua definitiva immissione in ruolo in ragione del numero delle supplenze assegnate⁷⁴.

In materia si registra, comunque, l'intervento del legislatore, che, allarmato dalle potenzialità dirompenti di certa giurisprudenza, per le ricadute sulla fi-

⁷² La norma, nel disciplinare il sistema delle fonti, introduce la regola di carattere generale per la quale la legislazione del lavoro vigente nel settore privato si applica al settore pubblico «*fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*».

⁷³ Secondo la Corte, la normativa in esame, per le caratteristiche con le quali procede all'inserimento in graduatoria degli aspiranti supplenti, costituisce una delle (poche) legittime ipotesi di applicazione dell'art. 97 Cost. nella parte in cui consente alla legge ordinaria di derogare alla regola del concorso pubblico.

⁷⁴ In questi termini L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi*, cit., p. 887.

nanza pubblica e per la destabilizzazione dell'intero sistema di reclutamento del personale docente, ha escluso dall'ambito di applicazione della normativa generale che disciplina il contratto a tempo determinato i contratti stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e di quello amministrativo operante all'interno della struttura scolastica⁷⁵.

Il dibattito sulla questione non è destinato comunque a sopirsi: a seguito di una serie di ordinanze emesse dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme le quali, sul presupposto che il giudice ordinario non può direttamente disapplicare la disciplina nazionale perché la direttiva non è precisa e incondizionata, hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale della disciplina che regola le assunzioni a termine nel settore scolastico per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. sempre con riferimento alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro⁷⁶ si è pronunciata con due ordinanze la Corte costituzionale.

Con la prima (ord. n. 206/2013) la Corte ha dichiarato inammissibile la questione prospettata dal Tribunale di Trento in quanto relativa ad un giudizio nel quale si chiede la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, non considerando – il giudice rimettente – la pacifica applicazione all'intero settore pubblico del divieto di tale trasformazione sancito dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 1656/2001 anche a seguito di interventi in materia della stessa Corte e della Corte di giustizia⁷⁷.

Con la seconda (ord. n. 207/2013), proveniente da giudizi nei quali si chiede la condanna al risarcimento del danno per la reiterata stipulazione di contratti a termine, la Corte ha investito della questione la Corte europea perché la stessa valuti se la clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE osti alla speciale normativa prevista per la scuola che consente di effettuare contratti a termine «*senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno*».

L'intervento del Giudice delle leggi, se con l'ordinanza n. 206/2013 scongiura definitivamente il rischio che qualche giudice del lavoro, poco attento a norme di sistema, possa convertire, anche nel settore pubblico, un contratto a termine illegittimo in uno a tempo indeterminato utilizzando impropriamente

⁷⁵ Si tratta dell'art. 9, comma 18, legge n. 106/2011 che ha aggiunto un nuovo comma all'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001. Da ultimo si registra anche una ulteriore modifica all'interno del comma 4-*bis* dell'art. 10 cit. che estende l'esclusione dal campo di applicazione della generale normativa sul contratto a termine anche al personale educativo e scolastico operante negli enti locali (art. 4, comma 11, d.l. n. 101/2013).

⁷⁶ Una delle ordinanze, Trib. Trento 27 settembre 2011, è pubblicata in *Mass. Giur. lav.*, 2012, p. 249 ss.

⁷⁷ Il riferimento è a Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89 (cit. alla nota 25) e all'ordinanza 1° ottobre 2010 C-3/10 causa Affatato (cit. alla nota 47).

il diritto comunitario, con l'ordinanza n. 207/2013 riapre la questione sulla peculiarità della normativa prevista in materia di supplenze scolastiche e sul rispetto da parte della stessa delle regole comunitarie in materia di contratto a termine che sembrava doversi ritenere definitivamente risolta con l'intervento della Cassazione sopra richiamata.

È di tutta evidenza che la Consulta si discosta dalla linea interpretativa del Giudice di legittimità nella parte in cui quest'ultimo ha ritenuto la piena compatibilità della legislazione scolastica con la normativa europea ed in particolare con la citata clausola 5, punto 1 dell'accordo quadro⁷⁸.

Il ruolo che è chiamata a svolgere sulla materia la Corte di giustizia è destinato ad ulteriori sviluppi: la Corte è stata investita anche da una ordinanza del Tribunale di Napoli⁷⁹ sul presupposto che la specialità della normativa nazionale in materia di incarichi di supplenza non costituisca misura equivalente idonea ad evitare abusi ai sensi della più volte menzionata clausola 5 dell'accordo quadro.

6. **La responsabilità in generale, e del dirigente in particolare, nella gestione della flessibilità in entrata.**

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

Con il dichiarato scopo di combattere gli abusi, viene imposto alle amministrazioni di redigere a cadenza annuale un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ogni anno, agli uffici preposti al controllo interno (art. 36, comma 3).

Questa previsione di carattere generale, che riveste essenzialmente finalità ricognitive, è integrata da analitiche disposizioni in tema di responsabilità del personale pubblico che, in ragione delle funzioni ricoperte, ha violato disposizioni imperative riguardanti le modalità di assunzione di personale con contratto a tempo determinato.

Sono enucleabili tre regole: la prima rimarca la persistenza di «ogni responsabilità e sanzione», la seconda impone alle amministrazioni l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili, la terza investe di una ulteriore ed autonoma responsabilità il diri-

⁷⁸ Per un approfondimento sulle motivazioni della sentenza vedi L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi*, cit., p. 887 ss.

⁷⁹ Trib. Napoli 15 gennaio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 984.

gente pubblico che, nel dar corso ad un contratto a termine, violi quanto disposto dalla norma in esame (art. 36, comma 5).

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

Le conseguenze, a fronte di tale responsabilità, sono anche di natura disciplinare e possono comportare, in presenza di comprovate e gravi mancanze, anche una sanzione di tipo espulsivo.

Inoltre, la formula utilizzata dal legislatore consente di addossare al dipendente una responsabilità amministrativa per danno erariale azionata dalla Corte dei conti⁸⁰.

Di diversa natura la seconda forma di responsabilità che, come si è visto, grava espressamente sui dirigenti in presenza di due condizioni: i) riconoscimento di un risarcimento del danno in capo al dipendente e conseguente pagamento dello stesso da parte dell'amministrazione; ii) comportamento doloso o affetto da colpa grave del dirigente che ha disposto l'assunzione o l'impiego illegittimo.

La normativa sopra richiamata configura una ipotesi tipica di responsabilità contrattuale, di conseguenza l'azione che l'amministrazione è obbligata ad esercitare si qualifica come una vera e propria azione di regresso nei confronti del dirigente, il quale, se ha operato con dolo o colpa grave, è tenuto a rifondere all'amministrazione l'intera somma che quest'ultima ha dovuto erogare a seguito dell'accertato, e riconosciuto, danno in capo al lavoratore assunto in modo illegittimo⁸¹.

⁸⁰ Si tratta di una forma di responsabilità particolarmente incisiva, con riferimento alla fattispecie esaminata nel testo, essendo mutata, in virtù della giurisprudenza della Corte dei conti, la sua originaria funzione reintegrativo-risarcitoria in una indennitaria-sanzionatoria. A questo proposito sottolinea C. ZOLI (*Prestazione di fatto*, cit., p. 497) che «la responsabilità amministrativa del pubblico agente non è più collegata alla produzione di un danno, ma alla mera violazione di una norma» con la conseguenza che il dipendente pubblico che ha posto in essere un'assunzione *contra legem* sarà ritenuto per ciò stesso responsabile, anche se l'amministrazione abbia ricevuto un'utilità dal lavoro comunque prestato. Il giudice contabile non persegue esclusivamente l'intento di ottenere la reintegrazione patrimoniale a favore dell'erario, ma, ritenuto responsabile l'agente per aver costretto l'amministrazione ad avvalersi di un'attività svolta in violazione di norme di legge, determina l'entità del danno utilizzando parametri equitativi nella definizione dell'effettivo ammontare del danno. Le considerazioni svolte evidenziano la funzione altamente deterrente di questo tipo di responsabilità in quanto il dirigente, che ricorre alla flessibilità in entrata contravvenendo alle regole fissate dal legislatore per i vari contratti, rischia comunque di incappare in tale forma di responsabilità anche se l'amministrazione da cui dipendente non ha subito alcun danno. Per un approfondimento sul tema si vedano F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Cedam, Padova, 1997 e D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Cedam, Padova, 1998.

⁸¹ Si conviene con chi ritiene che il dirigente, per il risarcimento di questo specifico danno,

A questo proposito, è stato anche affermato che «la richiamata responsabilità patrimoniale non può riguardare solo quanto corrisposto come risarcimento del danno, ma anche gli importi versati per le retribuzioni»⁸². Il principio deve, comunque, essere letto alla luce dell'effettivo danno subito: nel caso in cui la prestazione lavorativa sia stata eseguita, ricevuta utilmente dall'amministrazione e conseguentemente retribuita, non si ritiene che il dirigente, una volta accertata la sua responsabilità nella stipulazione di un contratto invalido, sia tenuto a rifondere anche la retribuzione percepita dal dipendente.

Come si è già accennato, questa seconda fattispecie di responsabilità, molto più incisiva sul piano strettamente economico rispetto a quella amministrativa, non opera nei confronti del dirigente ogni qual volta il dipendente interessato venga risarcito del danno subito.

Il legislatore delegato, in linea con quanto previsto dalla legislazione in materia di responsabilità amministrativa e di conseguente danno erariale (art. 3, legge n. 639/1996), ha limitato la responsabilità del dirigente ai casi di dolo e colpa grave.

La qualificazione del dolo non presenta problemi particolari: si tratta dell'ipotesi in cui il soggetto abbia previsto e voluto il danno erariale come conseguenza della propria azione od omissione, secondo la nozione generale delineata dall'art. 43 c.p.⁸³.

Per la identificazione del concetto di colpa grave un valido aiuto è rinvenibile nella elaborazione offerta in materia dalla Corte dei conti che individua il principale indice di riconoscimento di tale forma di colpa nell'ipotesi in cui «*la condotta sia caratterizzata da particolare negligenza o imprudenza, posta in essere senza l'osservanza di un livello minimo di diligenza che dipende dal tipo di attività concretamente richiesta all'agente e dalla sua personale preparazione professionale nel settore al quale è preposto*»⁸⁴; sempre la Corte precisa che «*il concetto di colpa grave va inquadrato nella nozione di colpa professionale di cui all'art. 1176, comma 2, c.c. e va inteso come inosservanza non già della normale diligenza del bonus pater familias, bensì di quella parti-*

non possa essere chiamato in causa direttamente dal dipendente in quanto la lettera dell'art. 36, comma 5, impone l'azione di recupero solo dopo che l'amministrazione sia stata condannata al pagamento del risarcimento del danno; si veda, in tal senso, M. TATARELLI, *Part-time e tempo determinato nel lavoro privato e pubblico*, Cedam, Padova, 1999, p. 274. Di diverso parere C. ZOLI (*Prestazione di fatto*, cit., p. 501) il quale ritiene che se l'art. 36, comma 5, viene letto in tal modo rischia di collidere con l'art. 28 Cost. «che ha espressamente aggiunto alla responsabilità della pubblica amministrazione quella personale del singolo funzionario».

⁸² E. GRAGNOLI, *Forma e nullità*, cit., p. 710.

⁸³ F.G. COCA, *La responsabilità amministrativa*, cit., p. 115.

⁸⁴ Corte conti, Sez. giur. reg. Sicilia, 16 luglio 1997, in *Giur. amm. sic.*, 1997, p. 893. Nello stesso senso si vedano le più recenti Corte conti, Sez. giur. reg. Trentino, 21 aprile 2008, n. 21; Corte conti, Sez. giur. reg. Calabria, 27 aprile 2006, n. 369; Corte conti, Sez. giur. centr. d'appello, 29 gennaio 2004, n. 59, tutte in www.corteconti.it/ricerca - e-1/banca-dati.

colare diligenza occorrente con riguardo alla natura e alle caratteristiche di una specifica attività»⁸⁵.

Lo stesso giudice evidenzia poi che tale colpa si configura quando l'agente è in grado di prevedere l'evento dannoso. Significativo sotto questo profilo il principio, ormai fatto proprio dalla Corte dei conti, per il quale tale forma di colpa «*si sostanzia in un comportamento caratterizzato dalla volontarietà degli atti posti in essere, nonché dalla negligenza, la quale a sua volta potrà consistere in una straordinaria deficienza volitiva che rilevi il disprezzo dei doveri di comportamento più elementari*»⁸⁶.

In conclusione, questa forma di responsabilità intende colpire quelle condotte caratterizzate da una sostanziale consapevolezza di porre in essere atti palesemente illegittimi e contrari ai principi di buona amministrazione.

Nel sistema di responsabilità così delineato non è escluso che le due tipologie possano concorrere tra di loro essendo, la prima, azionabile d'ufficio dalla Procura della Corte dei conti e, la seconda, attivata *ope legis* dall'amministrazione al fine di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento⁸⁷.

La terza tipologia di responsabilità investe direttamente il rapporto di lavoro del dirigente, si aggiunge a quella di tipo pecuniario ed è assoggettata alla specifica disciplina prevista dal d.lgs. n. 165/2001 e dal d.lgs. n. 150/2009 per tale tipologia di personale.

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

Il richiamo esplicito all'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, con riferimento all'uso, da parte del dirigente, del contratto a tempo determinato, comporta una valutazione molto incisiva in ordine al suo operato.

Un ricorso illegittimo al contratto a tempo determinato da parte del dirigente, non solo incide sull'apprezzamento delle sue prestazioni e competenze

⁸⁵ Corte conti, Sez. giur. reg. Veneto, 6 giugno 2005 n. 896, in *Foro amm.*, 2005, p. 2627.

⁸⁶ Corte conti, Sez. giur. reg. Toscana, 16 giugno 1996, n. 379, in *Riv. Corte conti*, 1996, p. 137. Di analogo tenore Corte conti, Sez. giur. reg. Abruzzo, 18 luglio 2006, n. 462, in *Riv. Corte conti*, 2006, 4, p. 114; Corte conti, Sez. II giur. centr., 17 luglio 2000 n. 246 in *Riv. Corte conti*, 2000, 5, p. 83. In ordine al concetto di prevedibilità delle conseguenze dannose cfr. Corte conti, Sez. giur. Calabria, 1 luglio 2005, n. 763 in *Riv. Corte conti*, 2005, 4, p. 158; Corte conti, Sez. giur. centr. d'appello, 29 gennaio 2004, n. 59, cit.

⁸⁷ In questo caso, fermo restando l'autonomia dei due giudizi, valgono le regole che disciplinano il concorso tra responsabilità civile ed amministrativa e ciò con particolare riferimento al fatto che il responsabile comunque non può, cumulativamente, pagare una somma superiore al danno prodotto. Per una disamina del problema e della relativa casistica si rinvia a F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità*, cit., p. 224 ss.

organizzative, ma acquista una sua specifica rilevanza ai fini del rinnovo dell'incarico dirigenziale, della sua eventuale revoca e della conservazione del posto di lavoro.

La gestione della flessibilità in entrata rientra espressamente tra le materie oggetto di un'ampia nozione di responsabilità dirigenziale, nella quale si affianca, alla ordinaria responsabilità disciplinare, una ulteriore tipologia che tiene conto dei profili fiduciari e di reciproco affidamento tra datore e prestatore di lavoro e utilizza come parametri di valutazione il raggiungimento o meno degli obiettivi e l'osservanza o meno delle direttive imputabili al dirigente.

Interessa in questa sede puntualizzare che tale tipologia di responsabilità «trascende il comportamento colposo dell'agente concentrandosi, piuttosto, sui risultati complessivi prodotti sull'organizzazione dell'ufficio cui il dirigente è preposto»⁸⁸ e, di conseguenza, applicata alla flessibilità in entrata, ne impone una attenta ed oculata gestione e ciò soprattutto per le conseguenze sanzionatorie previste sempre dall'art. 21.

Infine, non bisogna sottovalutare la previsione contenuta nell'ultima parte del comma 3 dell'art. 36 che incide direttamente sul trattamento economico del dirigente con una ulteriore sanzione, suscettibile di un ampio raggio di incidenza per la sua formulazione: in caso di «*irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile*» al dirigente non può essere erogata la retribuzione di risultato.

7.

La flessibilità in entrata nel lavoro pubblico: una ipotesi di diritto del lavoro "speciale".

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

In particolare, l'attuale formulazione dell'art. 36, relativa alla individuazione delle causali giustificatrici il ricorso alle forme contrattuali flessibili, si muove nel solco del precedente intervento del 2006 che si è caratterizzato per aver introdotto «importanti limiti generali all'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile e, in particolare, dei contratti a termine ...»⁸⁹.

⁸⁸ Si veda G. NICOSIA, *Commento artt. 13-29, d.lgs. n. 165/2001. Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico: due rette parallele destinate ad incontrarsi?*, in G. AMOROSO-V. DI CERBO-L. FIORILLO-A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, 2011, cit., p. 346 alla quale si rinvia per l'approfondita ricostruzione della complessa problematica sottesa a questo tipo di responsabilità e per la completa ricognizione bibliografica.

⁸⁹ S. MAINARDI, *Piccolo requiem*, cit., p. 14.

Le modifiche del 2008 si presentano anche con l'aggravante di non poter essere qualificate né come atti di fine legislatura, e quindi di poco respiro e scarsa coerenza sistematica⁹⁰, né come uno dei tanti provvedimenti, collocati all'interno di una legge finanziaria, il cui primario obiettivo è quello del contenimento della spesa e non certo quello di predisporre organiche regolamentazioni delle materie trattate.

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

La norma è destinata a caratterizzare il «*piano industriale*»⁹¹ della pubblica amministrazione del futuro nel quale, paradossalmente, viene drasticamente ridotta la possibilità di ricorrere ad uno strumento quale è quello della flessibilità in entrata condizionando fortemente il grado di adattabilità delle strutture pubbliche alle esigenze del mercato che, nella specie, sono costituite prevalentemente dal soddisfacimento dei bisogni della collettività.

Deve ritenersi definitivamente esaurita quella stagione normativa caratterizzata dalla progressiva attenzione, nell'apparato pubblico, all'efficienza dei servizi resi all'utenza anche attraverso la valorizzazione del lavoro per obiettivi che vedeva nella flessibilità uno degli strumenti per raggiungere lo scopo.

Più in generale, viene fortemente ridimensionata una delle novità più significative della riforma, perfezionatasi con la delega del 1997, che è stata quella di potenziare la "flessibilità organizzativa", in sintonia con una consapevole scelta del legislatore del tempo che, nel progettare una radicale rivisitazione dell'organizzazione dell'apparato pubblico (legge n. 59/1997), aveva esplicitato il principio per il quale le strutture pubbliche debbono essere organizzate «*secondo criteri di flessibilità, per consentire sia lo svolgimento dei compiti permanenti, sia il perseguimento di specifici obiettivi e missioni*» (art. 12, comma 1, lett. r).

La modifica apportata all'originaria formulazione dell'art. 36 ne compromette il progetto sottostante che aveva posto le basi per la nascita di un processo virtuoso nel quale la flessibilità nell'impiego delle risorse umane si sarebbe combinata strettamente con la flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione, diventando così strumento per creare occupazione aggiuntiva e per rendere maggiormente efficiente l'apparato pubblico⁹².

A parziale ridimensionamento delle critiche mosse al legislatore bisogna, comunque, prendere atto che tale processo non si è mai compiutamente avvia-

⁹⁰ La giusta osservazione è di S. MAINARDI, *Piccolo requiem*, cit., p. 12 a proposito della legge n. 80/2006.

⁹¹ Così è rubricato il Capo VIII della legge n. 133/2008 nel quale è inserito l'art. 49 che riassume il testo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

⁹² Sul punto si rinvia alle osservazioni di C. D'ORTA, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, p. 515.

to. Le ragioni sono molteplici e possono rinvenirsi, essenzialmente, nella mancanza di una effettiva cultura gestionale in capo ai vertici delle amministrazioni e nella conseguente incapacità di promuovere nuovi moduli organizzativi, nell'azione del legislatore che, con le leggi finanziarie, ha progressivamente limitato il ricorso ad assunzioni stabili e, infine, nel comportamento osservato dalle stesse Organizzazioni sindacali che, al di là delle dichiarazioni di principio, nei fatti hanno ostacolato il ricorso alla flessibilità nella convinzione che la stessa potesse comportare la sostituzione di lavoratori stabili con altri precari⁹³.

Soprattutto a causa del perpetuarsi, nelle leggi finanziarie degli ultimi anni, del blocco delle assunzioni, il ricorso al contratto a tempo determinato ed alla collaborazione coordinata e continuativa è diventato uno strumento per sopperire a stabili esigenze organizzative e per immettere all'interno delle pubbliche amministrazioni personale, senza le garanzie (qualitative e di controllo della spesa) previste dalla vigente normativa in materia di accesso, nella piena consapevolezza che comunque si sarebbe arrivati ad una sua stabilizzazione⁹⁴.

L'uso distorto ed improprio della flessibilità non poteva restare privo di risposte da parte dello stesso legislatore, ma la strada prescelta non è condivisibile e ciò essenzialmente per due ragioni.

In primo luogo è sbagliato, sotto il profilo del metodo, creare un diritto del lavoro "speciale" che si applica solo al lavoro pubblico, una volta che si è scelto di assoggettare anche questa tipologia di rapporto alle categorie giuridiche del diritto privato.

Una operazione di tal fatta rischia di compromettere la stessa unicità del diritto del lavoro come sistema normativo che, per restare tale, deve proporre un modello regolativo della prestazione di lavoro subordinato dotato di una sua intrinseca coerenza e ciò prescindendo dalla sua applicazione al settore privato o pubblico⁹⁵.

Sul piano sistematico, è ammissibile una diversificazione della disciplina tra lavoro pubblico e privato, ma solo a condizione che la stessa sia la necessaria

⁹³ Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. MAINARDI, *Piccolo requiem*, cit., specie § 3 e L. ZAPPALÀ, *Le oscillazioni del pendolo*, cit., p. 280 ss. ed ivi altri riferimenti bibliografici.

⁹⁴ La conferma è rinvenibile proprio nelle leggi finanziarie degli ultimi anni che, da una parte, hanno bloccato le assunzioni e, dall'altra, hanno introdotto sanatorie generalizzate del personale precario. Per un esame della normativa oltre gli autori già citati alla nota 4 si vadano anche F. PANTANO, *La stabilizzazione dei lavoratori a termine nella Finanziaria 2007 e il buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 635; E. LOFFREDO, *La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 301; A. PIZZOFERRATO, *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, 2007, p. 221.

⁹⁵ Sul punto si rinvia alle osservazioni di M. PERSIANI, *Brevi osservazioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 622.

proiezione di regole di sistema quali quelle contenute nella nostra Carta costituzionale.

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

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

Tornando al nostro tema di indagine, in materia di flessibilità ciò può comportare che (ferma restando l'unitarietà del modello, in ordine alle tipologie di forme flessibili ed alle rispettive modalità di utilizzo) possano cambiare le tecniche di tutela a favore del lavoratore assunto a termine con modalità illegittime: nel settore privato il diritto alla trasformazione del rapporto precario in uno stabile, nel settore pubblico il risarcimento del danno.

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

A questo proposito è stato opportunamente sottolineato che ci troviamo di fronte a forme di reazioni dell'ordinamento che non sono identiche, ma equivalenti.

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

Il giudizio circa l'idoneità della reazione verterà necessariamente sulla valutazione e contemperamento dei diritti coinvolti, laddove si comprende che ad una espansione di un diritto – quale quello di cui all'art. 97 Cost. – corrisponde la compressione di un altro diritto egualmente protetto. L'esigenza di un siffatto bilanciamento di interessi assume, come evidente, un carattere irrinunciabile nel lavoro pubblico, dal momento che prescindendone mai potrebbero ritenersi equivalenti risarcimento e conversione⁹⁶.

Se il problema della coerenza del sistema può ritenersi risolto positivamente

⁹⁶ In questi termini, G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 205.

te quanto all'adozione di misure dissimili in relazione al profilo sanzionatorio, lo stesso non può dirsi quando, all'interno di un avviato processo teso ad uniformare la disciplina del rapporto di lavoro privato e pubblico, caratterizzato anche da una parificazione degli strumenti di gestione, si assiste alla formazione di una disciplina legale, deputata a regolamentare lo stesso istituto, che si muove su direttrici diametralmente opposte: nel settore privato, in linea anche con l'insegnamento europeo, si è avviato un processo di progressiva liberalizzazione sull'uso della flessibilità mediante l'allentamento dei vincoli in ordine alle causali giustificative, con riferimento alle quali non è richiesta l'intrinseca temporaneità e il requisito dell'eccezionalità, ma oggettive esigenze aziendali, anche riferibili all'ordinaria attività dell'impresa⁹⁷; nel settore pubblico, al contrario, lo stesso legislatore pone un freno sull'uso dell'istituto, riproponendo la regola di una generica, ma incisiva, "specialità", costituita dal connubio di esigenze temporanee ed eccezionali.

Divergenze destinate ad un ulteriore ampliamento a seguito dell'ultima modifica apportata al d.lgs. n. 368/2001 dalla legge n. 92/2012 sempre con riferimento alle ragioni giustificative: nel solo settore privato, sarà possibile stipulare, per una sola volta e per la durata massima di un anno, il primo contratto a termine senza l'indicazione di alcuna causale.

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

Non è da sottovalutare, infine, il possibile contrasto con lo stesso diritto comunitario e ciò sempre con riferimento ad uno stesso istituto, nella specie il contratto a termine, a seconda che lo stesso sia disciplinato dal diritto del lavoro valevole per i lavoratori privati o da quello applicato ai dipendenti pubblici.

Il d.lgs. n. 368/2001 attua, nell'ordinamento interno, una articolata direttiva comunitaria, vincolante per gli Stati membri, palesemente disattesa dal nuovo testo dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 che si muove nella direzione opposta e ciò proprio con riferimento alle causali giustificative. Ed infatti, la filosofia di fondo che permea la direttiva in questione è quella di affrancare il contratto a termine da una sua qualificazione come strumento eccezionale di gestione della forza lavoro, ferma restando la presenza di oggettive ragioni organizzative che comunque ne giustificano l'utilizzo, la non discriminazione del

⁹⁷ La regola dell'"ordinarietà" delle esigenze di tipo organizzativo, inizialmente prevista per il solo lavoro somministrato (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), è stata estesa proprio dalla stessa legge n. 133/2008 (art. 21, comma 1) anche al contratto a tempo determinato.

lavoratore interessato e la repressione degli abusi nell'ipotesi di una successione di contratti.

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

Le misure adottate in materia di flessibilità rendono evidente come sia necessario sciogliere un nodo di fondo sotteso al tentativo, allo stato molto declamato ma scarsamente attuato, di dotare la pubblica amministrazione delle stesse leve gestionali presenti nel mondo delle imprese.

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

Ebbene, la tendenza che caratterizza gli interventi normativi degli ultimi anni, soprattutto in materia di flessibilità, è esattamente agli antipodi rispetto alla valorizzazione del ruolo della dirigenza: «è come se il legislatore avesse, metaforicamente ritirato le deleghe di autonomia alle amministrazioni pubbliche» imponendo, «con un intervento dirigista e centralista», per la generalità delle amministrazioni, il modello classico dell'impiego pubblico costituito dal lavoro stabile e a tempo pieno⁹⁸.

Le ragioni di tale inversione di tendenza rispetto alle leggi di riforma degli anni '90 sono rinvenibili in una totale sfiducia nei confronti dell'operato della dirigenza pubblica: «l'intento del legislatore» è quello di «proteggere la p.a. da se stessa, vale a dire dall'operato dei suoi stessi dirigenti/datori di lavoro»⁹⁹. In questo si sostanzia il nodo di fondo da sciogliere se si vuole portare avanti un'opera di effettiva manutenzione della riforma del rapporto di lavoro pubblico, e della sua organizzazione, avviata nel 1992.

Se si vuole mantenere in vita l'obiettivo di unificare il lavoro privato e pubblico (con conseguente parificazione degli strumenti di gestione e, quindi, dei poteri del datore di lavoro privato e pubblico) nella convinzione che, in tal modo, si possa realizzare, nell'interesse dei cittadini, una maggiore funzionalità dei servizi e delle funzioni pubbliche, deve necessariamente cambiare la tecnica di intervento legislativo.

Il punto focale – è bene ribadirlo – è costituito dalla valorizzazione del ruolo della dirigenza come datore di lavoro¹⁰⁰; in quest'ottica, per contrastare un

⁹⁸ B. CARUSO, *La regolazione*, cit., p. 231

⁹⁹ L. ZAPPALÀ, *Le oscillazioni del pendolo*, cit., p. 285.

¹⁰⁰ Sul punto si rinvia alle osservazioni di L. ZAPPALÀ-B. CARUSO, *La riforma «continua» del-*

uso distorto della flessibilità in entrata, è sufficiente definire gli obiettivi gestionali e di spesa ai quali devono attenersi i dirigenti nell'utilizzare contratti *non standard* e, nel contempo, avviare un effettivo monitoraggio sui risultati ottenuti anche ai fini dell'imputazione di una precisa responsabilità in caso di uso illegittimo dei contratti flessibili.

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

L'imposizione a carico delle amministrazioni di analitici rapporti informativi sull'utilizzo del lavoro flessibile, la fissazione di un limite massimo di durata dei contratti a termine per ciascun lavoratore e le accentuate forme di responsabilità in capo ai dirigenti costituiscono elementi in grado di contrastare un possibile uso improprio e sostanzialmente illegittimo del ricorso al contratto a termine a condizione che le amministrazioni decidano di rendere effettivi i meccanismi previsti dal rinnovato quadro normativo.

In particolare, la previsione di un limite temporale nel ricorso al contratto a termine, parametrato sul singolo lavoratore interessato, elimina sul nascere una delle cause che hanno concorso al cattivo uso che, negli anni passati, è stato fatto di questa tipologia contrattuale, spesso utilizzata, ben oltre il triennio, per sopperire a stabili esigenze di organico, aggirando, in tal modo, la normativa posta a garanzia di un accesso qualificato ed economicamente sostenibile negli organici delle pubbliche amministrazioni¹⁰¹.

È di tutta evidenza la grande potenzialità delle regole sopra menzionate a debellare definitivamente un uso illegittimo del contratto a termine pubblico soprattutto se a queste si accompagna, da parte dei vertici delle amministrazioni deputate a definire l'indirizzo politico, la determinazione degli obiettivi organizzativi (e, possibilmente, anche di ordine finanziario) che, mediante l'utilizzazione della flessibilità in entrata, la dirigenza è chiamata a perseguire.

Le brevi considerazioni che precedono dimostrano che l'obiettivo di una correzione di rotta in materia di contratti flessibili pubblici, ed in particola-

le pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 1.

¹⁰¹ A titolo di esempio si segnalano esperienze di taluni enti pubblici come il Cnipa (oggi DigiPa), divenuto ente pubblico non economico con legge n. 43/2005, il quale, privo del regolamento che avrebbe dovuto adottare ai sensi della sua legge istitutiva, ha utilizzato per molti anni personale assunto con contratto a tempo determinato senza rispettare i canoni fissati dall'art. 97 Cost. che ha poi stabilizzato in virtù di una legge di sanatoria. Analoga situazione si è verificata per gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali che, per molti anni, hanno utilizzato personale con contratto a tempo determinato e contratti di collaborazione coordinata e continuativa, sempre rinnovati alla scadenza, per lo svolgimento di funzioni anche dirigenziali, poi tutti confluiti stabilmente nella pianta organica dei singoli enti con sanatorie consentite dalla legge.

re, di contratto a termine, si sarebbe potuto perseguire senza stravolgere il modello di regolamentazione unico per il lavoro pubblico e privato preposto al governo della flessibilità in entrata, operando sulla leva delle responsabilità del dirigente, della valorizzazione del suo operato in caso di utilizzo virtuoso del lavoro flessibile e, nel contempo, curando la sua formazione manageriale.

La recente legge 28 giugno 2012, n. 92 potrebbe costituire l'occasione per invertire la tendenza alla progressiva diversificazione della disciplina deputata alla regolamentazione del lavoro privato e di quello pubblico, avviatasi con la prima legge di riforma del mercato del lavoro del 2003¹⁰² a cui hanno fatto seguito, poi, gli interventi sulla flessibilità in entrata che hanno portato all'attuale testo dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

La legge in questione, di notevole rilevanza per le sue finalità, rivolte ad una crescita economica e occupazionale ed ad una creazione di un mercato del lavoro più inclusivo e dinamico, affronta il tema della flessibilità¹⁰³ e si rapporta al lavoro pubblico con due disposizioni che impongono un successivo organico intervento da parte dello stesso legislatore che potrebbe servire allo scopo.

Nel comma 7 dell'art. 1 si precisa che le disposizioni della «*presente legge*», salvo che le stesse non lo prevedano espressamente, costituiscono solo «*principi e criteri*» per la regolamentazione del rapporto di lavoro pubblico disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001, ai quali, in base al successivo comma 8 dello stesso articolo, il Ministro per la pubblica amministrazione dovrà attenersi per «*individuare e definire*» «*gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni*» e ciò potrà essere effettuato «*anche mediante iniziative normative*».

La legge non esclude il lavoro pubblico dal suo ambito di applicazione, ma non intende che le disposizioni dalla stessa previste possano operare direttamente.

La previsione normativa sopra illustrata non può essere letta che nel contesto legislativo più generale nella quale la stessa opera. Di conseguenza, e con specifico riferimento al contratto a tempo determinato pubblico, allo stato, trovano diretta applicazione le disposizioni della legge n. 92/2012 che modificano le norme del d.lgs. n. 368/2001 sui criteri per determinare la durata massima del contratto, sulla proroga dello stesso e sulla durata dell'intervallo temporale tra un contratto ed un altro in caso di rinnovo, e ciò in ragione del-

¹⁰² Ci si riferisce al d.lgs. n. 276/2003 che nell'art. 1, comma 2, precisa che «*Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*» salvo poi introdurre una serie di eccezioni.

¹⁰³ In particolare la disciplina del contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 è stata modificata, come già indicato in precedenza, sia in relazione alle causali giustificatrici che con riferimento alla sua durata massima, alla proroga ed ai tempi che devono intercorrere tra un contratto e l'altro in caso di riassunzione.

l'espresso generalizzato rinvio al d.lgs. n. 368/2001 da parte del comma 2 dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001¹⁰⁴.

Sempre in base allo stesso comma 2 dell'art. 36 (prima alinea), che impone la regola per la quale, nel settore pubblico, le ragioni giustificative devono rispondere ad esigenze «*temporanee o eccezionali*», non può trovare applicazione il nuovo comma 1-*bis* – inserito nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 sempre dalla legge n. 92/2012 – sulla acausalità del primo contratto a termine.

In questo ultimo caso ci troviamo di fronte all'ipotesi espressamente prevista dall'art. 2, comma 2, sempre del d.lgs. n. 165/2001 che consente la generalizzata applicazione al lavoro pubblico delle leggi sui rapporti di lavoro subordinati nell'impresa «*fatte salve le disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo*».

Si spera che, in fase di armonizzazione, il legislatore, su iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione, con riferimento alle causali giustificatrici, possa uniformare la disciplina del contratto a tempo determinato nel settore pubblico a quella presente nel settore privato, allineandosi così anche alle regole del diritto comunitario.

¹⁰⁴ Nello stesso senso si è pronunciata la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento della funzione pubblica, Ufficio per l'organizzazione, il reclutamento, le condizioni di lavoro e il contenzioso nelle pubbliche amministrazioni del 19 settembre 2012.