

**A. Garilli - A. Riccobono - C. De Marco
A. Bellavista - M. Marinelli - M. Nicolosi - A. Gabriele**

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A. DOPO LA "RIFORMA MADIA"

ALESSANDRO GARILLI

Ordinario di diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSANDRO RICCOBONO

Ricercatore di diritto del lavoro dell'Univeristà di Palermo

CINZIA DE MARCO

Associato di diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSANDRO BELLAVISTA

Ordinario diritto del lavoro dell'Università di Palermo

MASSIMILIANO MARINELLI

Ordinario diritto del lavoro dell'Università di Palermo

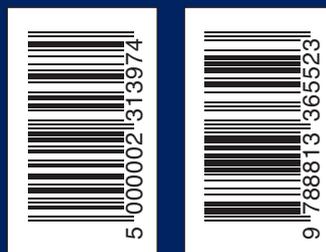
MARINA NICOLOSI

Associato diritto del lavoro dell'Università di Palermo

ALESSIA GABRIELE

Ricercatore diritto del lavoro dell'Università Enna "Kore"

IL LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A. DOPO LA "RIFORMA MADIA"



€ 15,00 I.V.A. INCLUSA

 Wolters Kluwer

CEDAM

TIPOLOGIE CONTRATTUALI FLESSIBILI E STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE PRECARIO

CINZIA DE MARCO

SOMMARIO: 1. Utilizzo dei contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni –
2. Gli incarichi di collaborazione. – 3. Le nuove regole per le stabilizza-
zioni del personale precario.

1. L'utilizzo dei contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni

L'art. 17, lett. o), della L. delega n. 124/2015 ha previsto di intervenire sulla «disciplina delle forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato». Sulla base di tale disposizione è stato emanato l'art. 9, D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 che effettua l'ennesima riscrittura dell'art. 36, D.Lgs. 165/2001.

Il legislatore della delega ha posto rigidi criteri segnatamente consistenti nella necessità di: a) prevedere fattispecie di lavoro flessibile «limitate», con ciò significando il divieto di considerare utilizzabile interamente la pleora di lavori flessibili previsti per i lavoratori del settore privato; b) effettuare un'elencazione tassativa delle forme consentite; c) chiarire, all'interno delle forme autorizzate, le specifiche compatibilità delle stesse con la particolarità del lavoro pubblico e con le esigenze delle amministrazioni; d) ammettere l'utilizzo delle forme flessibili esclusivamente per fabbisogni temporanei allo scopo di prevenire il precariato.

Viene, innanzitutto, modificata la rubrica dell'articolo che oggi è intitolato «personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile» in luogo del precedente «utilizzo dei contratti di lavoro flessibile». La nuova formulazione della rubrica sembra, dunque, riportare al centro dell'attenzione la persona del lavoratore assunto con contratto a termine o altra tipologia flessibile, ma tale intento è immedia-

tamente smentito dai primi commi della disposizione nei quali il soggetto è sempre costituito da «le pubbliche amministrazioni», sicché unica conseguenza non può che essere quella di avere posto in rilievo, rispetto alle altre forme, il contratto a tempo determinato.

Rimane invariato il primo comma dell'articolo contenente la specificazione introdotta dall'art. 3, comma 79, della L. n. 244/2007 – poi mantenuta nella successiva riscrittura della norma contenuta nell'art. 49 della L. n. 133/2008 – secondo cui le pubbliche amministrazioni per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario sono tenute ad utilizzare unicamente contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a seguire le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35 del T.u.p.i.

La modifica più rilevante va riscontrata nella nuova formulazione del secondo comma. Qui il legislatore “invertendo l'ordine dei fattori” pone l'accento non più come prima sul necessario collegamento tra utilizzo di forme contrattuali flessibili ed esigenze temporanee o eccezionali, ma effettua l'apertura della norma in maniera concessiva, prevedendo, cioè, per le pubbliche amministrazioni la possibilità di avvalersi di una serie di contratti flessibili espressamente nominati (contratto di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione a tempo determinato), e poi con un generico ed indistinto rinvio autorizza l'utilizzo anche delle altre «forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa», secondo «limiti e modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle pubbliche amministrazioni»¹. È soltanto, infatti, nel secondo periodo del comma considerato che il legislatore delegato relega la condizione essenziale affinché il ricorso alle forme contrattuali flessibili sia legittimo, vale a dire che esso risponda a comprovate esigenze temporanee o eccezionali dell'amministrazione.

Va in primo luogo messo in evidenza come vi sia stata un'elusione della delega. Questa, infatti, era caratterizzata dal chiaro intento di limitare quanto più possibile l'utilizzo dei contratti di lavoro diversi da quelli a tempo indeterminato nelle pubbliche amministrazioni, come misura di prevenzione contro la precarizzazione. Il decreto delegato,

¹ Tale inciso, invero, risulta ridondante in quanto la materia, sulla base del principio di delegificazione organica reintrodotta a seguito delle modifiche agli artt. 2, comma 2, e 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, è rimessa alla competenza della contrattazione collettiva a livello nazionale, sicché è escluso che il Governo possa provvedere con atti amministrativi.

invece, continua a considerare utilizzabili tutte le forme contrattuali flessibili esistenti nel settore privato².

Rispetto alla normativa precedente la disposizione non effettua più un riferimento ai contratti collettivi nazionali per quanto riguarda la regolamentazione dei contratti flessibili espressamente indicati. Ciò, però, si spiega con il rinvio operato dalla norma, in ordine alla disciplina applicabile, al D.Lgs. n. 81/2015 in materia di riordino dei contratti di lavoro nel settore privato. Ed infatti il comma 2-*bis* conseguentemente contiene una disposizione di coordinamento testuale, precisando che i rinvii previsti nel D.Lgs. 81/2015 ai contratti collettivi devono intendersi riferiti ai contratti nazionali stipulati dall'ARAN. Nello stesso senso va inquadrata l'abrogazione dei commi 5-*bis* e 5-*ter* dell'articolo che prevedevano riferimenti a disposizioni legislative abrogate dal D.Lgs. n. 81/2015.

Tuttavia il secco rinvio al D.Lgs. n. 81/2015 pone una serie di problemi. Ed infatti per quanto riguarda il contratto a tempo determinato non convince l'integrale richiamo agli artt. 19 e ss. del decreto da ultimo citato, innanzitutto in riferimento alla circostanza per cui nel lavoro pubblico si è scelto di mantenere quale presupposto essenziale per la stipula del contratto la necessaria presenza delle cause giustificatrici (comprovate esigenze temporanee o eccezionali), laddove, invece, nel lavoro privato già con il c.d. decreto Poletti (n. 34/2014) l'impianto regolativo della materia è tutto incentrato sulla «acausalità» del rapporto di lavoro a termine³. Sarebbe stato logicamente opportuno prevedere una specifica regolamentazione della proroga; essa, infatti, qualora venisse proposta nel numero di cinque volte nell'arco dei trentasei mesi, non potrebbe, come nel lavoro privato, essere effettuata pu-

² Rilievo sollevato anche dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 916/2017, reso nei confronti dello schema di decreto, in cui si suggerisce di porre in essere «adeguati interventi normativi anche al fine di chiarire quali siano le forme di lavoro flessibile utilizzabili presso le pubbliche amministrazioni, anche per dare continuità al processo di omogeneizzazione e di allineamento della disciplina del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, evitando o quanto meno riducendo quanto più è possibile i rischi che la disciplina del rapporto di lavoro pubblico alle dipendenze delle pubbliche amministrazione costituisca, come tuttora appare sempre più, *tertium genus* tra quello privato e quello pubblico non contrattualizzato», a tal fine, secondo il Consiglio, «potrebbe essere utile anche un'opera di comunicazione istituzionale delle *best practice*, per valorizzare le potenzialità di tali strumenti, come dimostrato soprattutto dalle migliori esperienze straniere».

³ Cfr. G. D'ALESSIO-L. ZOPPOLI, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in www.astrid-online.it.

ramente e semplicemente ma andrebbe necessariamente ricollegata alle identiche esigenze per le quali è stato stipulato il contratto. Parimenti sarebbe stata opportuna una specifica regolamentazione delle clausole di contingentamento, posto che i limiti quantitativi previsti dalla legge si applicano solo nel caso in cui il contratto collettivo non preveda diversamente. Si sarebbe così evitato che il nuovo contratto dei dipendenti pubblici appartenenti alle Funzioni Centrali 2016-2018 (e probabilmente anche quelli degli altri comparti che saranno sottoscritti successivamente) si uniformasse alle discipline del contratto a tempo determinato contenute nel d.lgs. n. 81/2015, mantenendo la durata massima di tre anni, gli stessi regimi della successione e delle limitazioni quantitative e, implicitamente, atteso il rinvio alla normativa generale, anche quello delle proroghe.

In ordine poi al risarcimento in caso di violazione di norme imperative, il D.Lgs. n. 75/2017 non apporta alcuna modifica rispetto alla precedente formulazione, limitandosi (unicamente) a ribadire il diritto del lavoratore al ristoro del danno derivante dalla prestazione di lavoro effettuata. La legge, dunque, continua a non offrire ulteriori dettagli, né sugli eventuali oneri gravanti sul lavoratore ai fini del riconoscimento del risarcimento, né sui criteri e parametri con i quali determinarlo, tant'è che la questione, come è noto, ha determinato soluzioni non univoche nella giurisprudenza nazionale, con contrasti registratisi all'interno anche della Suprema Corte.

Sarebbe stato, in questo, caso, opportuno indicare un criterio per la quantificazione del danno, magari trasponendo l'orientamento della Corte di Cassazione SS.UU. n. 5072/2016⁴, che, riprendendo la nozione elaborata dalla Corte di Giustizia di «danno comunitario»⁵, richiama il metro utilizzato dall'art. 32, comma 5, L. l. n. 183/2010.

Tale normativa è stata poi trasfusa nell'art. 28, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, il quale prevede che nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, «il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine

⁴ Cfr. N. FRASCA, *La quantificazione del "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 870 segg.

⁵ CGUE, 26 novembre 2014, cause riunite C22/13, da C61/13 a C63/13 e C418/13, *Mascolo c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità 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 con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». Questa, peraltro era la strada indicata dal Consiglio di Stato nel parere emesso nei confronti dello schema di decreto.⁶

Infine sempre per il contratto a tempo determinato viene «escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera *b*)», D.Lgs. n. 165/2001. Cioè a dire che il diritto di precedenza, (riconosciuto al lavoratore privato dall'art. 24 del D.Lgs. n. 81/2015 in diverse ipotesi sebbene a specifiche condizioni), nel lavoro pubblico si applica al solo

⁶ Si legge infatti nel parere «sarebbe auspicabile prevedere espressamente, e non con un mero generico rinvio “in blocco” alla disciplina del D.Lgs. n. 81/2015, che al lavoratore è dovuto comunque il risarcimento di cui all'art. 28, comma 2, del D.Lgs. n. 81/2015, richiamando espressamente tale disposizione (che ha recepito la precedente previsione dell'art. 32, comma 5, della L. n. 183 del 2010, abrogato dall'art. 55, comma 1, lett. *f*), dello stesso D.Lgs. n. 81 del 2015): ciò per prevenire, anche in sede europea, possibili contenziosi». Va ricordato, tuttavia, che pende avanti la Corte di Giustizia la controversia di cui alla causa C-494/16, *Santoro c. Comune di Valderice* in cui il giudice del rinvio (tribunale di Trapani) chiede se “rappresenti misura equivalente ed effettiva (...) l'attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione (art. 32, comma 5, l. n. 183/2010) [ora 28, comma 2 d.lgs.n. 81/2015] al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l'integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto”; e se “il principio di equivalenza vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato”. V., a tale proposito, le conclusioni dell'Avvocato Generale Maciej Szpunar in *curia.europa.eu.*, secondo cui non si pone in contrasto con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato la normativa italiana che in caso di ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, esclude la conversione del rapporto di lavoro nel settore pubblico, benché riconosciuta nel settore privato quale misura sanzionatoria, e prevede come contropartita un'indennità forfettaria compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione accordata al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, a condizione che tale indennità costituisca una misura sufficientemente dissuasiva, il che può essere assicurato attraverso la determinazione dei suoi limiti crescenti in funzione della durata del ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato o tramite l'effetto combinato di qualsiasi altra misura sanzionatoria prevista nel diritto nazionale.

personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo (art. 35, co. 1, lett. *b*, D.Lgs. n. 165/2001). Qui si registra una difformità rispetto alla Relazione illustrativa allo schema di decreto contenente le modifiche al T.U. sul pubblico impiego del 22 febbraio 2017⁷ in cui si afferma che il diritto di precedenza è riconosciuto al personale delle sole categorie protette. Per assicurare tale diritto alle categorie protette il rinvio normativo avrebbe dovuto essere fatto non già al comma 1, bensì al comma 2 dell'art. 35, D.Lgs. n. 165/2001.

Ulteriori problemi si pongono in relazione alle altre tipologie di lavori flessibili. Ad esempio il lavoro accessorio che ai sensi del D.Lgs. n. 81/2015 era parzialmente applicabile al lavoro pubblico con le precisazioni contenute nell'art. 48, comma 4, secondo cui il ricorso a tale tipologia contrattuale da parte di un committente pubblico doveva essere effettuato «nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno», e al comma 7 che effettuava un rimando alla disciplina in materia di utilizzo di contratti flessibili da parte delle amministrazioni pubbliche di cui al D.Lgs. n. 165/2001. Com'è noto tale disciplina – al fine di evitare il *referendum* abrogativo – è stata cancellata dal D.L. 17 marzo 2017 n. 25, anche se è stato previsto un regime transitorio per consentire l'utilizzo, fino al 31 dicembre 2017, dei buoni per prestazioni di lavoro accessorio già richiesti alla data di entrata in vigore del decreto legge, e al suo posto è stato introdotto il contratto di prestazione occasionale dal D.L. n. 50/2017, conv. dalla L. n. 96/2017.

Secondo la suddetta disciplina le Amministrazioni pubbliche possono, nel rispetto delle norme sul contenimento dei costi, utilizzare tale figura contrattuale esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali. Il decreto esplicita quattro possibili tipologie di esigenze che possono integrare causa del lavoro occasionale. Una prima è il suo utilizzo «nell'ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali». Una seconda tipologia riguarda lo «svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi». Il lavoro occasionale può essere in terzo luogo utilizzabile «per attività di solidarietà, in collaborazione con altri

⁷ In www.camera.it.

enti pubblici o associazioni di volontariato» e, infine, «per l'organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative». In verità soltanto la seconda e la quarta tipologia sono pienamente coerenti con l'enunciata condizione essenziale della presenza di esigenze temporanee o eccezionali, riguardando la necessità di recuperare personale per far fronte a necessità legate ad emergenze straordinarie o a manifestazioni.

Ciò posto, in riferimento all'utilizzazione delle prestazioni occasionali, trattandosi di una amministrazione pubblica, poteva essere opportuna una specifica regolamentazione all'interno dell'art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 che, sulla base delle buone pratiche poste in essere da alcuni enti locali⁸, prevedesse la predisposizione di appositi regolamenti – da adottarsi sulla base di modelli *standard* predisposti dal Dipartimento della funzione pubblica – con il compito di disciplinare aspetti non presenti nella norma di legge (quali ad esempio i requisiti dei soggetti destinatari ovvero i criteri per la predisposizione delle graduatorie), al fine di garantire il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza⁹.

Infine, tornando alla formulazione attuale dell'art. 36, va valutata positivamente la modifica del comma 3 il quale dispone che il rapporto informativo sulle tipologie di lavoro utilizzate (che deve essere redatto annualmente dalle amministrazioni sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) debba essere portato a conoscenza delle organizzazioni sindacali tramite l'invio all'osservatorio paritetico presso l'Aran, con l'indicazione dei dati identificativi dei titolari del rapporto¹⁰.

2. *Gli incarichi di collaborazione*

L'art. 5, D.Lgs. n. 75/2017, interviene sui rapporti di collaborazione e sul conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo, modificando l'art. 7, D.Lgs. n. 165/2001.

⁸ V. ad esempio il Regolamento Prestazioni Lavoro Accessorio del comune di Bergamo in https://www.comune.bergamo.it/upload/bergamo_ecm8/regolamenti/115BUONILAVOROVOUCHER_163_3355.pdf.

⁹ Cfr. G. D'ALESSIO-L. ZOPPOLI, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, cit., 13.

¹⁰ Tale rapporto va valutato come una forma di controllo esterno, anche se solo con effetto "referente"; cfr. M. MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della "privatizzazione"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2017, 5, 593.

La riforma anzitutto intende “armonizzare” la disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato nell’ambito delle collaborazioni profondamente trasformate dal D.Lgs. n. 81/2015, che, da un lato, ha abrogato la fattispecie del lavoro a progetto e, dall’altro, ha introdotto un nuovo filtro selettivo con funzione antielusiva per distinguere le collaborazioni genuine da quelle false¹¹. Queste ultime vengono individuate da tale decreto all’art. 2, comma 1, attraverso due criteri la cui ricorrenza comporta l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato: il carattere esclusivamente personale della prestazione (in luogo di quello prevalentemente personale) e l’eteroorganizzazione (in luogo del coordinamento). Per le collaborazioni autonome ha provveduto, poi, la L. n. 81/2017 (Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato), che ha modificato l’art. 409, n. 3 c.p.c. introducendo la precisazione secondo cui «la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa».

Lo stesso art. 2 (co.4) del D.Lgs. n. 81/2015 ha escluso l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato alle collaborazioni eteroorganizzate eventualmente in corso di svolgimento presso le pubbliche amministrazioni, fino al completo riordino della disciplina dell’utilizzo dei contratti di lavoro flessibile nel settore, vietando nel contempo la stipulazione di tali contratti dal 1° gennaio 2017 (termine poi prorogato al 1° gennaio 2018 dall’art. 1, co.8, del d.l. n. 244/2016).

Il D.Lgs. n. 75/2017, ha trasposto tale divieto nel corpo dell’art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001, al comma 5-bis e ha poi coordinato le citate disposizioni di cui al comma 4 dell’art. 2 del D.Lgs. n. 81/2015 con quelle contenute nel testo della riforma¹². Il termine del 1° gennaio 2018 è stato, poi, prorogato dalla legge di bilancio n. 205/2017 al 1° gennaio 2019 probabilmente per consentire, attraverso la proroga dei contratti, la maturazione del requisito temporale richiesto per la partecipazione alle procedure di stabilizzazione di cui *infra*.

¹¹ Da ultimo v. L. ZOPPOLI, *La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 1, 33, M. TIRABOSCHI, *Il lavoro etero-organizzato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 978 segg., P. TOSI, *Le collaborazioni eteroorganizzate*, in *Giur. It.*, 2016, 737 segg., G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro eterodiretto, eteroorganizzato, coordinato ex art. 409, n. 3, c.p.c.*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, 1, 91 segg.; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, 65 segg.

¹² Art. 22, commi 8 e 9, lett. a) e b), D.Lgs. n. 75/2017.

Il decreto consente, invece, il conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo in presenza di presupposti di legittimità, già indicati nel testo originario. Rispetto al quale va, però, segnalato l'inserimento dell'aggettivo «specifiche» a connotazione delle esigenze giustificatrici cui non si possa far fronte con personale in servizio¹³, la soppressione delle parole «di natura occasionale o coordinata e continuativa», e la cancellazione dell'indicazione del luogo di svolgimento dell'incarico.

Queste modifiche possono indurre l'interprete a ritenere che le pubbliche amministrazioni non possano più porre in essere le collaborazioni autonome di cui all'art. 409, n. 3 c.p.c., ma il mancato espresso richiamo a questa tipologia contrattuale non è decisivo per escluderne l'applicazione, in quanto per la loro natura si pongono al di fuori dello statuto protettivo del rapporto di lavoro subordinato, e, quindi, sono coerenti con la *ratio legis* che intende reprimere le elusioni al sistema di reclutamento dei dipendenti pubblici e contenere la spesa del personale. Va comunque messo in evidenza che, anche se non è presente un divieto di conferimento di incarichi di collaborazione coordinata e continuativa, la riforma introduce una serie di elementi allo scopo di dissuadere le pubbliche amministrazioni dal fare ricorso a tali tipi di incarichi tutte le volte in cui non vi siano significativi margini di autonomia lasciati al collaboratore¹⁴.

In riferimento alle conseguenze, il nuovo art. 7, D.Lgs. n. 165/2001, ribadisce la nullità dei contratti posti in essere contravvenendo ai divieti indicati nel comma 5-bis e nel comma 6, nonché, nei confronti del dirigente, la responsabilità erariale e dirigenziale *ex art.* 21, D.Lgs. n. 165/2001, cui consegue la mancata erogazione della retribuzione di risultato.

La norma poi chiarisce che i vincoli posti al conferimento di incarichi individuali con contratto di lavoro autonomo non si applicano ai componenti degli «organismi indipendenti di valutazione» in luogo della formula più generica di «servizi di controllo interno», presente nella precedente formulazione, e che agli enti pubblici di ricerca con-

¹³ Con ciò si è voluto rimarcare che il conferimento di incarichi individuali sarà possibile soltanto a condizione che le attività da svolgere da parte dei collaboratori siano differenziate rispetto a quelle ordinarie.

¹⁴ Cfr. A. BIANCO, *Dotazioni organiche, mobilità, accessi, collaborazioni, disabilita ed altre disposizioni*, in A. BIANCO-A. BOSCATI-R. RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione. Cosa cambia con i Decreti attuativi D.Lgs.74/2017 e D.Lgs.75/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 37.

tinuano ad applicarsi le disposizioni speciali che escludono il controllo preventivo da parte della Corte dei Conti.

Per quanto, invece, attiene alla posizione del soggetto che abbia effettuato la prestazione lavorativa, questi, qualora il rapporto si sia atteggiato dal punto di vista fattuale come subordinato potrà rivolgersi al giudice del lavoro e invocare la tutela di cui all'art. 2126 c.c. sulla nullità del contratto stipulato in violazione di norme di legge¹⁵.

Nel caso, invece, in cui ciò non sia possibile ma ad esempio il contratto di incarico individuale sia nullo perché vi erano, nell'ambito dell'amministrazione che lo ha conferito, risorse umane disponibili, potrà rivolgersi al giudice ordinario agendo, non essendo possibile esperire altro tipo di azione, per ingiustificato arricchimento *ex art* 2041 c.c.

3. *Le nuove regole per le stabilizzazioni del personale precario*

Direttamente collegato alla tematica della regolamentazione del c.d. lavoro flessibile, è il superamento del precariato e la (conseguente) stabilizzazione del relativo personale.

A tale proposito l'articolo 20, D.Lgs. n. 75/2017, disegna una *road map* per riassorbire tale personale attraverso due strumenti: l'assunzione diretta e le procedure concorsuali riservate.

Esso si ispira al criterio di delega di cui all'articolo 17, comma 1, lett. a), L. n. 124/2015, che richiede la «previsione nelle procedure concorsuali pubbliche di meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici e ferma restando, comunque, la garanzia di un adeguato accesso dall'esterno». Ed infatti nella legge delega non vi è alcuna previsione di un intervento straordinario rivolto alla stabilizzazione del personale precario. Esso, invece, è inserito nel pacchetto di impegni assunti dal Governo nei confronti delle organizzazio-

¹⁵ Cass., 8 febbraio 2017, n. 3384, in www.ilgiuslavorista.it, secondo cui «la stipulazione di un contratto di collaborazione coordinata e continuativa con un'amministrazione pubblica, al di fuori dei presupposti di legge, non può mai determinare la conversione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, potendo il lavoratore conseguire una tutela in termini meramente risarcitori, nei limiti di cui all'articolo 2126 c.c., qualora il contratto di collaborazione abbia la sostanza di rapporto di lavoro subordinato, con conseguente diritto anche alla ricostruzione della posizione contributiva previdenziale».

ni sindacali con il protocollo del 30 novembre 2016¹⁶, in cui si prevede «il rinnovo dei contratti precari... attualmente in essere e di prossima scadenza, in vista di una definitiva regolamentazione da realizzarsi con la riforma del T.U. del p.i.», regolamentazione che deve tendere «alla eliminazione di forme di precariato nelle amministrazioni».

Secondo le stime del Governo il «piano straordinario di stabilizzazione» interesserà, nel triennio 2018-2020, circa 50 mila precari¹⁷ contribuendo a ridurre, nel breve periodo, i rischi di una nuova condanna in sede europea a fronte di un eccessivo ricorso a forme di lavoro flessibile. A tal fine il legislatore delegato ha tracciato due percorsi principali: stabilizzazione di dipendenti in possesso di almeno tre anni di anzianità di servizio, anche non continuativi negli ultimi otto, e procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, ai precari della PA.

In particolare, l'art. 20, comma 1, del decreto legislativo, rubricato "Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni", consente alle pubbliche amministrazioni di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possiede tutti i seguenti requisiti:

a) risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della L. n. 124 del 2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione;

b) sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;

c) al 31 dicembre 2017 abbia maturato alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

Questo percorso in definitiva conferisce alle amministrazioni la facoltà di effettuare una atecnica trasformazione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato. Infatti pur nel silenzio della legge è pacifico in giurisprudenza che l'anzianità maturata durante il rapporto precario deve essere computata in quello successivo costituito a tempo indeterminato a seguito della stabilizzazione.

¹⁶ In www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/02-12-2016/laccordo.

¹⁷ Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione, *Indirizzi operativi in materia di valorizzazione dell'esperienza professionale del personale con contratto di lavoro flessibile e superamento del precariato*, circolare n. 3/2017, in http://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/Circolare_n_3_2017_superamento_precariato_0.pdf

A tale conclusione è pervenuta la Corte di Giustizia con due decisioni concernenti analoghe disposizioni in materia di stabilizzazioni introdotte con la L. n. 296/2006 (art. 1 co. 519)¹⁸ e con D.L. n. 112/2008 (art. 75, comma 2)¹⁹, applicando il principio di non discriminazione tra le due tipologie contrattuali sancito dalla clausola 4 della Dir. n. 99/70 CE.

Va precisato che, secondo la giurisprudenza nazionale, il riconoscimento dell'anzianità deve essere comunque limitato ai «periodi lavorati»²⁰.

Questa prima procedura, riservata a coloro che abbiano intrattenuato rapporti a termine, si basa sulla sola verifica dei presupposti oggettivi indicati e non prevede, dunque, alcun tipo di selezione; eppure le Amministrazioni potrebbero esser costrette ad adottarle qualora le risorse finanziarie non siano capienti per l'assunzione di tutti i precari in possesso dei requisiti di legge. In tale evenienza, dovranno essere individuati criteri suppletivi rispetto alla mera anzianità di servizio, i quali tengano conto dell'esigenza espressa dal legislatore di «valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato».

Allo stesso tempo, le amministrazioni interessate possono bandire (nello stesso triennio 2018-2020) specifiche procedure concorsuali (nel rispetto del nuovo piano triennale dei fabbisogni individuato dal precedente articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria), riservate, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili, per l'assunzione a tempo indeterminato di personale non dirigenziale che alla data di entrata in vigore del provvedimento in esame possenga i seguenti requisiti: a) sia in servizio con contratti di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; b) abbia maturato alle dipendenze dell'amministrazione che bandisce il concorso almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

L'esigenza di condizionare la stabilizzazione all'espletamento di procedure concorsuali si spiega con la circostanza che i lavoratori occupati con contratti flessibili diversi da quelli a termine non sono stati impiegati a seguito del superamento di un pubblico concorso. Sicché il rispetto dell'art. 97 Cost. per l'accesso al pubblico impiego impone ne-

¹⁸ CGUE, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Rosanna Valenza et al. v. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, 4, 1189, con nota di COSTA, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei: la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*.

¹⁹ CGUE, ord. 4 settembre 2014, *Autorità per l'energia elettrica e il gas v. Antonella Bertazzi et al.*, in www.eur-lex.europa.eu.

²⁰ Cass., 12 gennaio 2015, n. 262, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, 2, 262.

cessariamente la procedura concorsuale, secondo il consolidato orientamento della Corte Costituzionale.²¹

Al fine di consentire le stabilizzazioni il comma 3 dell'art. 20 espressamente amplia le capacità assunzionali delle pubbliche amministrazioni consentendo, nel rispetto del vincolo al contenimento della spesa e «al netto delle risorse destinate alle assunzioni a tempo indeterminato per reclutamento tramite concorso pubblico», di spostare una quota della spesa pari all'ammontare medio delle risorse che l'Ente ha destinato nel triennio 2015-2017 per le assunzioni con contratti di lavoro flessibile. Le amministrazioni devono, però, dimostrare di essere in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale previa certificazione della sussistenza delle correlate risorse finanziarie da parte dell'organo di controllo, nonché ridurre in pari misura, nei propri bilanci, in maniera definitiva la spesa per le assunzioni con contratti flessibili.

La possibilità di attuare il piano straordinario è preclusa ai comuni che non hanno rispettato i vincoli di finanza pubblica negli anni 2012 – 2016. Le regioni a statuto speciale e gli enti territoriali ricompresi nel territorio delle stesse, possono procedere alla stabilizzazione dei lavoratori a tempo determinato in possesso dei requisiti richiesti dalla norma elevando ulteriormente i limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato anche mediante l'utilizzo di risorse appositamente individuate con legge regionale derivanti da misure di revisione e razionalizzazione della spesa e certificate dagli organi di controllo interno, purché l'attuazione del piano risulti compatibile con il raggiungimento dei propri obiettivi di finanza pubblica.

Coerentemente con il criterio della legge delega, il comma 5 dell'art. 20 fa divieto alle amministrazioni interessate di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile di cui all'art. 9, comma 28, D.L. n. 78/2010²², per le professionalità oggetto di stabilizzazione, fino a che non

²¹ Cfr. *ex plurimis*, Corte cost., 29 aprile 2010 nn. 149 e 150; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195, Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52.

²² Il quale così recita: «a decorrere dall'anno 2011, le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, gli enti pubblici non economici, le università e gli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni e integrazioni, fermo quanto previsto dagli articoli 7, comma 6, e 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001 e successive modificazioni e n. 165, possono avvalersi di personale a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, nel limite del 50 per cento della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Per le medesime amministrazioni la spesa per personale relativa a contratti di formazione lavoro, ad altri rapporti formativi, alla sommi-

siano concluse le assunzioni dirette e le procedure concorsuali riservate. Tuttavia la circolare n. 3/2017 del Ministero della Funzione pubblica interpreta tale inciso collegandolo allo stanziamento delle risorse finanziarie utilizzabili, ammettendo, pertanto, nuove assunzioni nei limiti in cui l'amministrazione ne abbia mantenuto la disponibilità. Altra norma "di chiusura del sistema" è quella per cui nelle more del completamento delle procedure di stabilizzazione, le Amministrazioni potranno prorogare i contratti di lavoro dei soggetti interessati alle procedure medesime, dando così continuità alle attività per le quali sono stati assunti, nei limiti delle risorse utilizzabili per le assunzioni a tempo indeterminato.

Un limite considerevole all'impatto della nuova disciplina è dato dall'espressa esclusione, dal suo ambito applicativo, del personale scolastico (docente e non) e di quello sanitario. Ed infatti, sebbene per il personale docente molti dei nodi critici dovrebbero essere stati sciolti con la stabilizzazione mediante il piano straordinario della L. n. 107/2015, tuttavia, va sottolineata la disparità di trattamento, giustificabile solo da esigenze di contenimento della spesa, fra il personale inserito nei percorsi di stabilizzazione e quello delle amministrazioni escluse al quale in caso di violazione della direttiva 99/70 CE, si applica solo la misura ordinaria del risarcimento del danno prevista dall'art. 32, comma 5, L. n. 183/2010²³.

Con riferimento al personale docente della scuola la Corte di Cassazione ha ritenuto che la stabilizzazione debba considerarsi misura proporzionata, effettiva, sufficientemente energica ed idonea a sanzionare l'abuso consistente nella reiterazione illegittima di contratti a termine nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo ed in quello in cui vi sia certezza di fruire in tempi certi e ravvicinati di un accesso privilegiato al pubblico impiego. In conseguenza non sussistendo un'ipotesi di danno presunto (cd. danno comunitario) la domanda risarcitoria può riguardare soltanto ulteriori e diversi danni e richiede che sia soddisfatto l'onere di allegazione e prova a carico del lavoratore²⁴.

L'applicazione dell'affermato principio alle assunzioni del pre-

nistrazione di lavoro, nonché al lavoro accessorio di cui all'articolo 70, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni ed integrazioni, non può essere superiore al 50 per cento di quella sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009. Le disposizioni di cui al presente comma costituiscono principi generali ai fini del coordinamento della finanza pubblica ai quali si adeguano le regioni, le province autonome, e gli enti del Servizio sanitario nazionale».

²³ Cfr. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *Lav. Giur.*, 2016, 882, con nota di R. NUNIN, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, che, in riferimento al personale ATA della scuola, afferma l'applicazione della sola misura risarcitoria prevista dall'art. 1, comma 132, L. n. 107/2015.

²⁴ Cass. 7 novembre 2016, n. 22552, in www.dirittoscolastico.it.

riato alle condizioni e secondo le procedure indicate nel D.Lgs. n. 75/2017 presenta delle difficoltà ravvisabili nel fatto che il percorso di stabilizzazione è incerto in quanto le misure introdotte dal decreto legislativo non sanciscono un diritto alla stabilizzazione, posto che l'effettiva immissione nei ruoli delle amministrazioni potrà esser disposta, nel triennio 2018-2020, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di personale ed entro i vincoli di finanza pubblica. Sarà pertanto necessario un approccio *case by case* per verificare la sussistenza delle condizioni precisate dalla Corte di Cassazione.

Per quanto la norma espressamente non preveda la necessità di far precedere le stabilizzazioni dall'esperienza delle procedure di mobilità destinate alla ricollocazione del personale posto in disponibilità, (limitandosi a richiamare le disposizioni speciali in materia di mobilità di cui all'art. 1, co. 425 e 426, della L. n. 190/2014 che hanno come destinatario il personale delle città metropolitane e delle province delle regioni a statuto ordinario) è evidente che le amministrazioni prima di avviare le procedure di cui all'art. 20, D.Lgs. n. 75/2017, che, nella sostanza rappresentano nuove assunzioni, saranno tenute ad attivare le procedure di cui all'art. 34-bis del D.Lgs. n. 165/2001, rischiando in mancanza di incorrere nel disposto del quinto comma dell'articolo richiamato secondo cui «le assunzioni effettuate in violazione del presente articolo sono nulle di diritto»²⁵.

Seppure la riforma consentirà il superamento del precariato di contro lascerà in eredità un pubblica amministrazione non ringiovanita, trattandosi nella maggior parte dei casi di soggetti che vantano parecchi anni di anzianità lavorativa, con buona pace dell'obiettivo di medio/lungo periodo individuato nell'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.) e segnatamente consistente nel «ringiovanimento del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni»²⁶.

²⁵ Cfr. A. RICCOBONO, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017, 238, che mette in evidenza la difficoltà di individuare un criterio ordinario di carattere generale, occorrendo, «in tali casi, la puntuale esternazione delle ragioni che abbiano indotto l'amministrazione a privilegiare l'uno o l'altro canale di accesso». In giurisprudenza v. Cons. St., 28 novembre 2014, n. 5903 e 14 luglio 2015, n. 3515, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui la mobilità prevale sulle sole procedure concorsuali, ma non rispetto alla stabilizzazione.

²⁶ Sul punto v. T. VETTOR, *Reclutamento e modernizzazione dell'impiego pubblico*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, I, 583, secondo cui le disposizioni della L. n. 124/2015, sembrano inquadarsi nella logica di voler «ringiovanire» e rendere più efficiente il pubblico impiego.