

Il lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni

Le modifiche introdotte dalla legge n. 133/2008

di Giulia Beltrame

La disciplina legislativa della flessibilità contrattuale nel pubblico impiego pare non aver ancora trovato un assetto definitivo.

Con la c.d. manovra d'estate, il d.l. n. 112/2008, successivamente convertito nella l. n. 133/2008, il Governo è intervenuto sul d.lgs. n. 165/2001 (il Testo Unico sul pubblico impiego), modificando nuovamente, tra le altre, le disposizioni inerenti ai contratti flessibili di lavoro autonomo (art. 7, commi 6 e ss.) e di lavoro subordinato (art. 36).

La tematica accennata merita un seppur breve approfondimento, considerato il grande interesse che, a fronte dei costanti tagli di spesa e blocchi delle assunzioni a tempo indeterminato, i contratti di lavoro "atipico" suscitano in capo alle dirigenze delle pubbliche amministrazioni.

L'art. 7, commi 6 e ss., del Testo Unico sul pubblico impiego disciplina, come già detto, i contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa. L'attuale esordio della disposizione supera la distinzione (cfr., *ex multis*, Corte dei Conti, sez. giurisdizionale regionale dell'Umbria, sentenza n. 447/2005) tra incarichi di studio, ricerca e consulenza, e collaborazioni coordinate e continuative, queste ultime ritenute in precedenza non riconducibili alla disciplina di

cui all'art. 7, commi 6 e ss. La sola distinzione operata attualmente dalla norma è pertanto quella tra collaborazione occasionale e collaborazione coordinata e continuativa.

La collaborazione è occasionale quando il collaboratore ha contatti sporadici con l'amministrazione committente e svolge in autonomia una prestazione episodica. Diversamente, la collaborazione è coordinata e continuativa quando la prestazione assume i caratteri di continuità e coordinazione con l'organizzazione ed i fini dell'amministrazione committente.

La distinzione rileva, ad esempio, sul piano previdenziale, nonché per l'esclusione delle collaborazioni meramente occasionali (che si risolvano, cioè, in una sola prestazione) dalle procedure di comparazione e dagli obblighi di pubblicità. Essa non è tuttavia rilevante sotto il profilo dei necessari requisiti per la stipulazione di detti contratti di lavoro autonomo (circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2008).

Con la l. n. 248/2006, infatti, il legislatore ha codificato alcuni principi (recependo quelli precedentemente elaborati in sede giurisdizionale e di controllo) con lo scopo di stabilire precisi presupposti di carattere sostanziale a cui subordinare il

conferimento degli incarichi di collaborazione, qualunque sia il loro contenuto (di studio, consulenza o altro) e comunque siano definiti (di collaborazione occasionale oppure coordinata e continuativa).

Tali presupposti, vere e proprie condizioni di legittimità dell'incarico, sono quattro:

a) *l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente.* Questo requisito, aggiunto dalla l. n. 133/2008, impone una certa coerenza tra l'oggetto dell'incarico da conferire e le funzioni dell'amministrazione conferente. Si vogliono in tal modo evitare usi distorti delle collaborazioni esterne, attraverso assegnazioni di incarichi che poco o nulla hanno a che fare con le attività istituzionali e le funzioni che ciascun ente è chiamato a svolgere;

b) *l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno.* Il legislatore vuole stimolare la c.d. "autosufficienza organizzativa" delle pubbliche amministrazioni. La disposizione mira in sostanza a negare che il conferimento di incarichi esterni possa essere legittimato da una impossibilità oggettiva (di utilizzo del personale interno all'ente) che sia di tipo *quantitativo*; il conferimento di incarichi esterni non può infatti fungere in alcun modo da rimedio per sopperire all'esiguità della dotazione organica, ai notevoli carichi di lavoro del personale dipendente, alla indifferibilità di altri impegni di lavoro del personale in dotazione. Si introdurrebbe altrimenti una surrettizia duplicazione del lavoro ordinariamente svolto dalle strutture amministrative.

L'impossibilità oggettiva di utilizzo di personale interno cui si riferisce la norma novellata, è quindi di tipo *qualitativo*, e sussiste in tutti quei casi, assolutamente eccezionali, in cui l'estrema difficoltà e settorialità delle problematiche da trattare (cfr. il punto successivo) renda indispensabile l'apporto di elevate professionalità, non reperibili in alcun modo tra il personale dipendente;

c) *la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata.* È questo uno degli

aspetti centrali della disciplina degli incarichi esterni conferiti *ex art. 7, comma 6, del Testo Unico sul pubblico impiego.* Ad incarichi di questo tipo, infatti, le pubbliche amministrazioni possono far ricorso esclusivamente quando le esigenze cui far fronte siano di carattere eccezionale e temporaneo. Non solo. Le attività dei collaboratori esterni non possono in alcun modo, come meglio si vedrà, riguardare le funzioni ordinarie degli enti. Per far fronte alle esigenze connesse a tali funzioni, le pubbliche amministrazioni possono e devono ricorrere, infatti, ad assunzioni di personale dipendente, da prevedere nei piani triennali di programmazione del fabbisogno, nonché alla mobilità interna;

d) *devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.* Questa prescrizione mira con ogni evidenza ad evitare simulazioni ed abusi dei contratti in esame.

Veniamo ora ad un punto centrale della disciplina in esame, su cui ha inciso, da ultima, la l. n. 133/2008: la necessaria competenza del potenziale collaboratore.

L'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001 dispone oggi che gli incarichi individuali possono essere conferiti «ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria».

Si ritiene (circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2008; delibera della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Veneto, n. 28/2009/REG) che il requisito minimo richiesto debba essere la laurea specialistica (c.d. magistrale) od altro titolo a questa equiparabile *ex lege*, salva a possibilità che le singole amministrazioni modulino diversamente il livello di specializzazione richiesto, in relazione alle specifiche competenze, abilità e conoscenze rese necessarie dalla natura dell'incarico da conferire, ed in coerenza con la propria realtà ed i propri fabbisogni.

Secondo la norma previgente, la specializzazione universitaria costituiva requisito essenziale per l'affidamento dell'incarico, mentre oggi la pur indispensabile specializzazione dell'affidatario (strettamente coerente con l'oggetto dell'incarico) sembra poter derivare anche dall'esperienza maturata in altri contesti, a condizione che rimanga particolare e comprovata.

La decisiva apertura apparentemente segnata dal-

l'*incipit* del comma 6 dell'art. 7 subisce, però, un ridimensionamento, ad opera della seconda parte del medesimo comma. La possibilità di prescindere dalla comprovata specializzazione universitaria si ritiene infatti tassativamente limitata (delibera della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Calabria, n. 181/2009; delibera della Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Veneto, n. 28/2009/REG) ai soli casi previsti dallo stesso comma 6, e cioè alla stipulazione di contratti d'opera in cui le attività dedotte debbano essere svolte:

a) *da professionisti iscritti in ordini o albi*. L'esame di abilitazione e le norme che regolano l'esercizio della professione sono ritenuti dal legislatore sufficienti parametri di garanzia circa la preparazione e la competenza dei relativi soggetti;

b) *da soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo o dei mestieri artigianali*. Attività di questo tipo non sono incluse tra le offerte formative degli atenei, e non si può pertanto subordinare al requisito della specializzazione universitaria la legittimità del conferimento di incarichi aventi ad oggetto le prestazioni in esame; l'esperienza di questi soggetti andrà pertanto individuata nel percorso professionale degli stessi (tramite scrupoloso esame dei relativi *curricula*).

Al fine di attuare al meglio i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, il comma 6-bis dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, prevede inoltre che per la scelta degli incaricati, le pubbliche amministrazioni seguano procedure comparative (da esse stesse stabilite e rese note): tali procedure sono in grado di consentire la selezione del soggetto migliore in base a criteri di trasparenza, efficienza, selettività.

Una importante novità introdotta dalla l. n. 133/2008 riguarda la responsabilizzazione del personale dirigente (espressione di un generale intento di riforma in senso efficientista della pubblica amministrazione). Il dirigente che stipuli contratti di collaborazione coordinata e continuativa incorre infatti in responsabilità amministrativa qualora:

a) a tali contratti egli abbia fatto ricorso per lo svolgimento di *funzioni ordinarie*;

b) i collaboratori siano di fatto utilizzati collaboratori come *lavoratori subordinati*.

Mentre per quanto concerne il secondo caso, non

sembra potersi avanzare alcun dubbio interpretativo, la prima ipotesi di responsabilità del dirigente merita alcune considerazioni.

Cosa si intende infatti per funzioni ordinarie?

Bisogna innanzitutto chiarire che il termine *funzioni* indica i compiti istituzionali assegnati all'ente, ed esprime pertanto un concetto diverso da quello di *esigenze*, che indica invece i fabbisogni dell'ente in relazione a quelle funzioni. Si è detto che le esigenze di fronte a cui le amministrazioni pubbliche possono ricorrere a collaborazioni esterne devono essere temporanee ed anche eccezionali.

Il punto a) del comma 6 dell'art. 7, d.lgs. n. 165/2001, stabilisce che l'oggetto dell'incarico deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente e risultare coerente con le esigenze di funzionalità ad essa connesse; il legislatore sembra riferirsi proprio alle funzioni ordinarie. Non si comprende allora come conciliare questa disposizione con la previsione della responsabilità amministrativa del dirigente che stipuli contratti di lavoro autonomo proprio per lo svolgimento di funzioni di questo tipo.

Salvo ammettere un grossolano errore del legislatore, l'unica possibilità che si offre all'interprete è quella di svolgere un'operazione di correzione ermeneutica del dettato normativo, che lo renda logico ed intellegibile. Si può allora concludere che (come ha in parte chiarito il parere UPPA n. 49/08/DFP) contratti di collaborazione coordinata e continuativa possono stipularsi a condizione che le prestazioni dell'incaricato siano connesse e funzionali ai compiti assegnati all'ente, ma diverse ed ulteriori rispetto alle attività che a quei compiti ordinariamente si collegano, perché espressione di esigenze eccezionali e temporanee.

I rischi di fenomeni di abuso degli incarichi esterni sono a tutti noti. L'attuale formulazione dell'art. 7, comma 6, d.lgs. n. 165/2001, può essere migliorata sotto qualche profilo (ad esempio quello delle necessarie competenze dell'incaricato, da agganciare maggiormente a parametri sostanziali più che a requisiti formali) ma risulta tutto sommato adeguata, se accompagnata da effettivi e seri controlli, al fine di scoraggiare fenomeni patologici dello strumento in esame. Forse per tale ragione la l. n. 133/2008 non ha riformato

più di tanto la disposizione.

Il citato parere n. 49/08/DFP, intervenuto nel luglio dello scorso anno, ha consentito di chiarire altresì la portata del nuovo art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che disciplina i contratti flessibili di lavoro subordinato, e su cui la l. n. 133/2008 ha inciso in modo notevolmente più pregnante.

A pochi mesi dal rigoroso intervento sull'art. 36 operato dalla Finanziaria 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla disposizione. La ragione pratica di questa nuova modifica risiede nella necessità, apparsa subito chiara, di ovviare all'eccessiva rigidità ed alle difficoltà organizzative che si erano presentate in sede di applicazione dell'art. 36 (basti considerare che il comma 1, così come riformulato dall'art. 3, comma 79, della l. n. 244/2007, recitava: «Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato»). A tali difficoltà, il legislatore ha inteso porre rimedio tramite una modifica dell'art. 36 che da un lato consentisse una maggior libertà al datore-pubblica amministrazione nel ricorso alla flessibilità in entrata, e dall'altro prevenisse il costituirsi del precariato.

È forse il caso di ricordare che accanto all'irrigidimento della disciplina della flessibilità nel pubblico impiego, il precedente testo dell'art. 36 presentava un aspetto di dubbia comprensibilità sotto ogni punto di vista, ed in particolare dal punto di vista della coerenza rispetto ai fini perseguiti, prima che della logica testuale. Se infatti è vero che il legislatore del 2008 aveva voluto, per arginare le possibilità di abuso, porre un drastico freno all'utilizzabilità dei contratti flessibili nel pubblico impiego, è vero anche che l'aveva fatto in maniera singolare ed incoerente, accompagnando cioè all'apparentemente rigido divieto una sterminata (e poco razionale) serie di eccezioni, ragion per cui era comunque opportuna una revisione della disciplina in esame, che forse non a caso è rimasta in vigore soltanto pochi mesi. Se la portata del cambiamento sia poi, in concreto, positiva o meno, sarà invece da vedere.

Il primo comma del nuovo art. 36 prevede che «per esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato», confermando il

rapporto di lavoro a tempo indeterminato non solo come modello standard per il pubblico impiego, ma anche come l'unico modello possibile per la creazione di rapporti di lavoro destinati a soddisfare il fabbisogno ordinario della pubblica amministrazione.

Da una prima lettura di tale disposizione, pertanto, sembrerebbe emergere un maggior rigore circa le possibilità di ricorso ai contratti flessibili nel pubblico impiego, rispetto a quanto stabilito per il settore privato. In quest'ultimo, infatti, è ormai espressamente prevista (art. 1, d.lgs. n. 368/2001, così come riformato dalla l. n. 133/2008) l'utilizzabilità di contratti a termine anche in relazione ad esigenze collegate all'attività ordinaria dell'impresa.

La differente ampiezza delle maglie della disciplina del lavoro flessibile nei due settori, tuttavia, è più apparente che reale. Il fatto che nel lavoro pubblico non sia espressamente previsto il ricorso alla flessibilità anche per l'attività ordinaria, al contrario di quanto accade per il settore privato, non significa che ciò sia escluso. Infatti, già il dato letterale dell'art. 36, che sembrava suggerire l'interpretazione che si va criticando, rivela, ad una lettura più attenta, che sono le *esigenze*, e non le *attività*, a dover essere necessariamente non ordinarie, ma temporanee ed eccezionali. Dire che non si può utilizzare lavoro flessibile per soddisfare il fabbisogno ordinario dei singoli enti significa dire, come si è già visto, che le esigenze che emergono come connaturate alle attività ed alle funzioni dell'ente, in quanto costanti ed ordinarie, non possono che essere soddisfatte mediante rapporti di lavoro di durata non predeterminata. Ciò non significa, invece, che quando, in relazione a quelle stesse funzioni tipiche dell'ente, si presentassero eccezionali necessità di intensificare temporaneamente le attività ordinarie, questo non possa far ricorso alle tipologie contrattuali flessibili.

Se, inoltre, la l. n. 133/2008, nel prevedere espressamente che i contratti di lavoro a tempo determinato possano stipularsi, nel settore privato, anche per esigenze connesse alle attività ordinarie, ha ritenuto di non abrogare il comma 1 dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, in base al quale «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato», evidentemente il

termine continua a non poter essere apposto, anche nel settore privato, quando si tratti di esigenze stabili connesse ad attività ordinarie, quando si tratti, cioè, della regola.

Ad esaminare con occhio critico ed attento i testi delle disposizioni-guida per la flessibilità nei due settori, dopo gli ultimi interventi, emerge insomma che le discipline sembrano convergere oggi molto più di quanto non facessero in passato.

Tutto ciò precisato, si tratta di capire quale sia la nozione di *fabbisogno ordinario*, essendo questo un parametro fondamentale per stabilire la linea di confine tra “lecito” ed “illecito” in tema di contratti flessibili nel pubblico impiego.

Già l'UPPA, nel parere n. 49/08/DFP, ha fornito alcuni elementi utili a tal fine: il fabbisogno ordinario relativo alla dotazione organica è determinato dal «valore quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento dei compiti istituzionali ovvero delle funzioni ordinarie dell'amministrazione». Ne deriva che le esigenze che devono trovare soddisfazione necessariamente mediante contratti a tempo indeterminato sono esigenze «di carattere continuativo e duraturo e quindi permanente».

Il fulcro del nuovo testo dell'art. 36 è contenuto nel secondo comma, che recita: «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti».

L'attuale dettato normativo riprende in gran parte quanto stabilito dall'art. 36 nella versione di cui alla l. n. 80/2006, salvo opportuna scrematura dalle farraginose procedure “valutative” ed “autorizzatorie” a cui era in precedenza subordinata la legittimità della stipulazione di contratti flessibili. Il solo vincolo procedurale che oggi permane, dunque, è quello più ragionevole ed opportuno, che prevede l'esperimento di procedure concorsuali come condizione preliminare per la stipulazione dei contratti flessibili, al pari di quanto avviene per i contratti “ordinari” di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Ciò detto, rimane da risolvere un nodo problematico non indifferente, quello della definizione del

concetto di esigenze *temporanee ed eccezionali*. Come per il testo di cui alla l. n. 80/2006, sembra potersi contestare al legislatore la scelta di un linguaggio forse eccessivamente vago per una nozione di tale rilevanza, che delimita l'area di legittimità del ricorso ai contratti flessibili nell'impiego pubblico; e questo può creare problemi pratici significativi. Non si può negare, ad esempio, che i requisiti posti dall'art. 36, ed in particolare il requisito della *eccezionalità* delle esigenze, rischiano di far crollare la legittimità dell'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato avviato per la soddisfazione di esigenze stagionali. Questa è, evidentemente, una delle causali più frequenti per i contratti flessibili stipulati nel pubblico impiego, che appare, tuttavia, incompatibile con la disposizione di cui al nuovo art. 36, comma 2. Come consentire, infatti, la sopravvivenza di tali contratti, dato che l'alternarsi delle stagioni è un evento tutt'altro che eccezionale?

È evidente che incertezze di tale rilevanza non possono permanere, se non al prezzo di una difformità interpretativa, o addirittura di una disapplicazione od elusione della norma, che poco si concilierebbero con gli obiettivi di efficienza perseguiti con particolare dedizione dal Governo; l'efficienza, infatti, passa anche per la chiarezza e l'uniformità applicativa delle norme che regolano l'azione amministrativa. Si impone pertanto l'esigenza di una maggior precisione in ordine a questo concetto-chiave, che permetta di stabilire l'impatto pratico che queste modifiche hanno sulle scelte delle forme contrattuali di assunzione nell'impiego pubblico.

Fino ad eventuali, auspicati interventi chiarificatori del legislatore, la vaghezza del disposto di cui al comma 2 dell'art. 36 lascerà all'interprete l'indagine su cosa debba intendersi per *temporaneo ed eccezionale*.

Il parere UPPA n. 49/08/DFP reca dettagliate indicazioni, utili ad orientare questa operazione ermeneutica, chiarendo, per prima cosa che «è senz'altro ammissibile la riconduzione di dette esigenze alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo previste dall'art. 1 del citato d. lgs. n. 368/2001, anche riferibili all'ordinaria attività e quindi al fabbisogno ordinario, purché caratterizzate dalla temporaneità». L'Ufficio mette così in luce un aspetto fondamentale

della nuova disciplina, ovvero la volontà del legislatore di rafforzare, con la riformulazione dell'art. 36, comma 2, il concetto di temporaneità delle esigenze. Per questo, il parere prosegue precisando che deve essere escluso «che le predette esigenze possano riferirsi ad un fabbisogno ordinario e permanente». I contratti flessibili non possono insomma, lo si esplicita, costituire una scappatoia per ovviare alle restrizioni imposte dalla legge alle assunzioni a tempo indeterminato.

Il concetto di *temporaneità* è tanto centrale quanto facilmente comprensibile, potendosi definire come temporanee le esigenze destinate ad esaurirsi nel breve e medio periodo.

Dubbi interpretativi più consistenti sorgono invece dalla considerazione dell'ulteriore requisito richiesto dalla legge affinché il contratto flessibile possa ritenersi legittimo, quello della eccezionalità. Sembra infatti che la congiunzione “e” suggerisca la necessità *cumulativa* e non alternativa dei requisiti di temporaneità ed eccezionalità. Il concetto di *eccezionalità* è suscettibile di diverse interpretazioni. Per questo, l'UPPA ha ritenuto di dover precisare che tale caratteristica «non va intesa in termini di imprevedibilità, quanto piuttosto di straordinarietà».

Le tipologie di lavoro flessibile a cui fa riferimento l'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, sono quelle espressamente indicate, ovvero: contratti di lavoro a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro, contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Con l'espressione “*gli altri rapporti formativi*”, la disposizione fa riferimento ai rapporti formativi che non costituiscono rapporti di lavoro, quali i tirocini formativi e di orientamento disciplinati dall'art. 18 della l. 24 giugno 1997, n. 196. Il part-time, invece, non è considerato un contratto flessibile, in quanto modulazione del mero profilo dell'orario di lavoro rispetto allo schema contrattuale standard; né sono riconducibili alla disciplina di cui all'art. 36 altre tipologie di lavoro flessibile, quali il lavoro intermittente, il lavoro ripartito, la prestazione occasionale di tipo accessorio, in quanto disciplinate da un testo normativo, il d.lgs. n. 276/2003, non applicabile al pubblico impiego. «I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia [...]»: la seconda parte dell'art. 36, comma 2, riconosce ai contratti colletti-

vi nazionali un compito importante. La contrattazione collettiva (nazionale) è opportunamente chiamata a specificare le modalità applicative delle forme flessibili di lavoro al pubblico impiego, integrando la disciplina legale degli istituti ed adattandola alle peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. I contratti collettivi, dunque, non hanno una valenza “costitutiva”, ben potendo le amministrazioni, in caso di mancato intervento della contrattazione di comparto, ricorrere alle norme di legge espressamente richiamate dall'art. 36, comma 2, per la disciplina della contrattazione flessibile, al pari dei datori di lavoro privati.

Vale tuttavia la pena di sottolineare che, in sede di modifica dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, il “potere specificativo negoziale” è stato opportunamente rivalutato, dopo la marginalizzazione subita con la Finanziaria per l'anno 2008. La l. n. 244/2007, infatti, aveva introdotto un principio di “inderogabilità bilaterale assoluta” delle disposizioni sul lavoro flessibile nel pubblico impiego, esautorando così l'autonomia collettiva del potere di contribuire alla regolamentazione dei contratti flessibili e privandola di una sua “naturale competenza”. Chiaramente, il pur rinvigorito potere delle associazioni sindacali non può essere inteso come potere derogatorio, imponendosi alla contrattazione collettiva un “vincolo di coerenza” con le disposizioni legali cui l'art. 36 fa rinvio. Gli spazi concessi al potere negoziale sono tuttavia sufficientemente ampi, si ritiene, perché il suo esercizio, e la forza effettiva di cui tale potere dispone, possano garantire apporti significativi al processo di privatizzazione del pubblico impiego, e consentire una calibrata osmosi dei principi di efficienza e flessibilità tra i due settori, filtrando gli aspetti che risulterebbero inconciliabili con le peculiarità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

La l. n. 133/2008 ha introdotto, al comma 3 dell'art. 36, due nuovi elementi di contrasto all'insorgenza di nuovi fenomeni di precariato.

«Al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni, nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano i principi di imparzialità e trasparenza [...]»: è questo l'esordio del comma terzo dell'art. 36, che innanzitutto mira ad impedire logiche di *favor* verso il medesimo

lavoratore, che possono produrre forme di precariato o aspettative di stabilizzazione.

Ma cosa significa esattamente l'onere di rispettare i principi di imparzialità e trasparenza? Il dubbio interpretativo sorge dalla considerazione del fatto che questi principi sono già ampiamente richiamati dall'art. 97 della Costituzione, e dall'art. 2, comma 1, lett. *d*, del Testo Unico sul pubblico impiego, come necessario fondamento dell'intera azione amministrativa. Sembra allora potersi escludere che il legislatore sia intervenuto per aggiungere all'art. 36 ciò che è già insito nel sistema, e cioè che l'amministrazione, nella scelta del soggetto da assumere, debba ricorrere al procedimento concorsuale per l'individuazione del candidato più meritevole, e nel periodo di "utilizzo" dello stesso debba agire nel rispetto dei criteri di imparzialità e trasparenza.

È stato dunque sostenuto (B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 13-3/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *LPA*, 2008, fasc. 3-4, vol. XI) che la norma, pur generica, faccia in realtà riferimento alla fattispecie contrattuale della somministrazione a tempo determinato. Le ragioni che hanno portato il legislatore ad avvertire la necessità di introdurre tale precetto stanno nella diffusa, occulta prassi delle agenzie di avviare, su invito degli esponenti politici delle amministrazioni, soltanto soggetti "specifici", assecondando le richieste *ad personam*. Da qui, l'esigenza di ripristinare un regime di trasparenza ed imparzialità. Questo significa, in concreto, che l'agenzia somministratrice è chiamata a tenere un comportamento imparziale e trasparente nella scelta dei soggetti da avviare alle pubbliche amministrazioni, e che alla pubblica amministrazione è imposto l'onere di verificare che ciò avvenga. Al fine di meglio perseguire tale obiettivo, sembra opportuna la definizione, da parte delle pubbliche amministrazioni stesse, di un "nucleo minimo" di regole, che fungano da parametri cui l'azione delle agenzie di somministrazione possano e debbano conformarsi nell'avviamento del personale.

La seconda regola, prevista dal comma terzo dell'art. 36 al fine di prevenire fenomeni di abusivo ricorso ai contratti flessibili, stabilisce che le pubbliche amministrazioni «non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipo-

logie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio». Risolto il dubbio circa l'ammissibilità del rinnovo dei contratti a termine nel pubblico impiego, la nuova disposizione mira a colpire un fenomeno diffuso, quello della abusiva stipulazione di contratti di volta in volta differenti, finalizzata all'utilizzo costante e continuativo di un lavoratore.

Il periodo di servizio di un medesimo lavoratore non può, quindi, avere durata superiore ai tre anni, misurati nell'arco di un quinquennio. Per la verità, un limite temporale già esisteva, nel testo previgente; esso risultava, tuttavia, eccessivamente ristretto (trattandosi di un limite trimestrale) ed edulcorato da una serie di eccezioni più o meno opportune. Per questo, si è provveduto a razionalizzare il meccanismo di contrasto al precariato attraverso l'imposizione di limiti meno stringenti all'utilizzazione del lavoro flessibile, introducendo il criterio della durata massima del rapporto di un determinato lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Va precisato che i limiti temporali dei rapporti flessibili con le pubbliche amministrazioni sono in effetti due:

- il primo è un *limite specifico*, tipico di ciascun contratto. Per il contratto a tempo determinato, ad esempio, il limite massimo consentito è pari ai trentasei mesi, comprensivi di proroga, e tale limite non può essere in alcun caso superato, a prescindere, perciò, dalla considerazione del quinquennio (art. 4, d.lgs. n. 368/2001; sono fatte chiaramente salve le eccezioni di cui all'art. 5, comma 4-ter);
- il secondo *limite* è, appunto, quello *generale*, previsto dall'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 165/2001. Detto limite, si badi, non è riferito al caso di proroga di un medesimo contratto di lavoro (per cui valgono invece gli anzidetti limiti specifici), bensì al ricorso a differenti, successive tipologie di contratti flessibili, mirate a disporre dello stesso lavoratore per un periodo tutt'altro che breve, e per soddisfare esigenze evidentemente più stabili di quanto non si voglia far credere. Per questo caso, la sommatoria dei tempi non può superare il triennio nel quinquennio.

Le diverse tipologie contrattuali a cui si riferisce il comma 3 dell'art. 36 sono quelle già in precedenza elencate: contratto di lavoro a tempo deter-

minato, contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, contratto di formazione e lavoro. Sono pertanto escluse dalla limitazione temporale le collaborazioni coordinate e continuative, oggetto di separata disciplina. Per queste ultime, infatti, i limiti a cui far riferimento sono esclusivamente quelli di cui all'art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165/2001, occupandosi l'art. 36 soltanto di contratti flessibili di lavoro subordinato. Questa esclusione implica l'ammissibilità del conferimento, da parte di una certa amministrazione, di un incarico di collaborazione ad un soggetto di cui la stessa si sia servita mediante contratto a termine appena scaduto.

Va notato, inoltre, che la norma sull'accesso alla pubblica amministrazione tramite procedure di evidenza pubblica sembra prevalere sul menzionato limite temporale. Nel parere UPPA n. 49/08/DFP si ritiene che sia comunque consentito l'utilizzo di uno stesso lavoratore per più di tre anni, nell'arco del quinquennio, laddove ciò derivi dallo svolgimento di procedure concorsuali diverse. Se viene indetto un concorso per l'assegnazione di un posto di lavoro a termine, le regole costituzionali di imparzialità e selezione del candidato migliore del concorso pubblico impongono di trascurare qualsiasi limite temporale, e consentire anche ai titolari di precedenti contratti flessibili di accedere nuovamente al pubblico impiego, in caso di esito favorevole della procedura. Per quanto riguarda le modalità di calcolo del quinquennio, questo va computato a ritroso rispetto alla data di stipula del nuovo contratto, ossia, per ciascun lavoratore occorre computare i periodi di lavoro svolti con contratti di lavoro flessibile nel precedente quinquennio presso l'ente che intende assumerlo nuovamente.

Per quanto riguarda, invece, le modalità di calcolo del triennio, si devono considerare i periodi di vigenza dei diversi contratti. Questi vanno poi sommati mese per mese. Per i periodi inferiori al mese di lavoro, occorre computare i giorni, fino alla formazione della mensilità (30 giorni).

La l. n. 133/2008, infine, è (debolmente) intervenuta anche sul regime sanzionatorio connesso alla violazione delle norme di cui all'art. 36, eliminando la forse eccessiva sanzione, prevista nella previgente disciplina, relativa al divieto di assunzione per un triennio a carico delle amministra-

zioni che abbiano commesso la violazione.

In ogni caso, rimane indiscusso (e presumibilmente sempre rimarrà, dopo le pronunce in merito della Corte di Giustizia; cfr. sentenze *Adeneler*, C-212/04, e *Marrosu-Sardino*, C-53/04) che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può in alcun modo comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Rimane inoltre il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno al lavoratore interessato, un risarcimento che resta però inopportunamente indeterminato nel *quantum*. La conseguenza è che tale determinazione spetta ancora alla (eccessivamente ampia) discrezionalità dei giudici di merito, con conseguenti ripercussioni sull'uniformità delle sanzioni risarcitorie da questi comminate (cfr. Trib. Ragusa n. 574/2005; Trib. Genova 14 dicembre 2006; Trib. Rossano 4 giugno 2007).

Viene invece inasprito, almeno nelle intenzioni, il regime sanzionatorio a carico dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di cui all'art. 36; si prevede, infatti, che gli stessi siano responsabili (anche) ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001, che configura la responsabilità dirigenziale per mancato raggiungimento degli obiettivi o per inosservanza delle direttive impartite, con conseguente impossibilità di rinnovo dell'incarico dirigenziale. Lo scopo è quello di responsabilizzare maggiormente i dirigenti, giacché il loro risulta un ruolo chiave per la garanzia di efficienza dell'ufficio cui sono preposti.

L'intervento della scorsa estate ha quindi apportato significative novità al dettato dell'art. 36 del Testo Unico, pur lasciando aperte rilevanti questioni come quella, appena accennata, circa la natura ed il *quantum* del risarcimento da accordare nel caso di accertata nullità del contratto.

Rimane da verificare l'impatto che, sul piano applicativo, la riforma riuscirà a produrre.

Giulia Beltrame

Assegnista di Ricerca

Centro Studi Internazionali e Comparati Marco Biagi
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia