Alessandro Garilli *

* Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università di Palermo, del Comitato scientifico della Fondazione «Luoghi Comuni».

IL PRECARIATO NEL LAVORO PUBBLICO

1. Nel settore pubblico l'esigenza di flessibilità legata all'attività e alle funzioni è scoperta recente. Fino agli anni '80 del secolo scorso infatti regnava un atteggiamento di sospetto e perciò di rifiuto nell'applicazione di forme flessibili di reclutamento del personale e del suo utilizzo a causa della rigidità degli apparati amministrativi e della loro organizzazione. Insomma a funzioni rigide corrispondeva un'organizzazione altrettanto rigida. Soltanto con il Rapporto Giannini del 1979 sui principali problemi dello Stato, e successivamente con la relazione della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni del 1985 si pone l'accento sull'esigenza di costituire uffici di missione, di delegificare la disciplina dell'organizzazzione amministrativa, di abbandonare modelli uniformi e generalizzati. Da qui prendono le mosse ulteriori approfondimenti e studi che incidono sulla riforma della privatizzazione del 1992-1993 e poi nella sua seconda fase del 1997-1998. La riforma infatti fa assurgere a principio generale la flessibilità nell'organizzazione degli uffici e nella gestione delle risorse umane (Art. 2, lett. b, DLGS nr. 165/2001), vale a dire la flessibilità dell'organizzazione amministrativa e del lavoro. Non a caso la riforma interviene, sia pure in modo non del tutto convincente, sul problema delle piante organiche, che hanno costituito il più importante fattore di rigidità. Com'è noto il sistema prevedeva una predeterminazione per legge e per atti amministrativi generali del personale, suddiviso all'interno dei singoli uffici sia per numero che per qualifiche e profili professionali. Una vera gabbia che non consentiva, se non eccezionalmente, modifiche in relazione al mutamento qualitativo e quantitativo delle funzioni. La riforma non sopprime la regola degli

organici in funzione del contenimento/controllo della spesa, ma sostituisce alla pianta organica la dotazione organica, la quale opera sul piano generale dell'intero ente o amministrazione e non più sulla ripartizione interna, consentendo così la mobilità del personale. Vedremo comunque che le linee direttrici della riforma hanno prodotto scarsi risultati e non hanno impedito il riproporsi dell'uso distorto di personale assunto o utilizzato in modo disinvolto con contratti a tempo determinato o con altre tipologie di lavoro flessibile.

2. Se la flessibilità organizzativa è rimasta estranea al lavoro pubblico, non così la precarietà. Ad essa si è fatto ricorso da sempre: sono cambiate le denominazioni e le tecniche (un tempo personale straordinario, avventizio, soprannumerario, oggi a termine, con contratti di formazione e lavoro, con contratti di somministrazione, di collaborazione coordinata e continuativa), ma non le esigenze a cui quest'utilizzo ha risposto, che possono ridursi a due: il contenimento degli organici e la riduzione della spesa, il commercio elettorale del posto pubblico. Il fenomeno è dunque una costante delle pubbliche amministrazioni italiane.

Non è questa la sede per ripercorrere la storia del precariato pubblico. Bastino alcune osservazioni generali.

Nella fase che va dalla fine del 1800 (Legge nr.182/1897) al 1947 (DLGS c.p.s. nr. 207/1947) il divieto di assunzione di personale non di ruolo e di assunzioni temporanee si accompagna a numerose deroghe fino alla previsione contenuta in una legge del 1937 (RDL nr. 100/1937) di una disciplina che avrebbe dovuto avere carattere generale la quale consentiva il c.d. straordinariato ma ne ribadiva le forti differenze in peggio del trattamento economico e normativo rispetto ai dipendenti di ruolo. La posizione di sottoprotezione rispetto agli altri pubblici dipendenti era così forte che questo personale (al pari di quello operaio) non era considerato in un primo tempo pubblico in senso stret-

to perché non stabile e di ruolo e quindi scoperto anche dal punto di vista previdenziale.

Quest'aspetto del trattamento deteriore si trascinerà – ovviamente con costanti miglioramenti – fino ai contratti di comparto degli anni '90, che disporranno in modo chiaro e definitivo che al personale assunto a tempo determinato si applica il trattamento economico e normativo previsto per il personale assunto a tempo indeterminato, con alcune eccezioni che rispondono al principio di specialità/compatibilità e alla regola del *pro rata temporis* (Direttiva 1999/70/CE e Art. 6 del DLGS nr. 368/2001).

Negli anni successivi si susseguono divieti generali ed eccezioni sempre più estese con una sanatoria disposta per i 'sessenni' (cioè per quei lavoratori che avessero raggiunto sei anni di servizio) nel 1948 pochi giorni prima delle elezioni politiche, attuata con la creazione di ruoli speciali transitori in cui sono collocati circa 200.000 precari (DLGS nr. 262/1948). Questi ruoli vengono poi trasformati in ruoli aggiunti e infine confluiscono nei ruoli organici. Il meccanismo viene utilizzato nel 1955 per i precari di più recente annata (nr. 448/1955).

Accanto a questi provvedimenti si ampliano anche gli organici, prima nei ministeri (1948) e via via (specie negli anni '70 e '80) nel parastato, negli enti locali, nella sanità.

Il precariato pubblico acquista carattere di normalità e viene utilizzato quale serbatoio occupazionale che consente, specie nel Mezzogiorno, il controllo e la riproduzione del consenso politico. Invero il clientelismo imperversa sia nella fase della scelta dei lavoratori da occupare, grazie all'aggiramento della regola del concorso, sia nella fase successiva della stabilizzazione, qui con la promessa di successivi interventi legislativi.

Difficile dire quanto abbia inciso sulle sue dimensioni la rigidità del sistema di diritto pubblico che regolava non solo l'organizzazione amministrativa, ma anche quella del lavoro. Probabilmente, nel senno di poi, poco.

Del resto, la parificazione pubblico-privato negli anni ’60 e ’70 è ancora lontana. Lo attestano le vicende relative alla mancata estensione al settore della Legge nr. 230/1962 e le interpretazione restrittive in merito della giurisprudenza amministrativa, culminate nelle note pronunce dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 1992 che ribadiscono la nullità assoluta, imprescrittibile e insanabile, degli atti di assunzione, e quindi negano la conversione del rapporto, considerato di mero fatto e tutelato soltanto dall’Art. 2126 c.c.

Lo stesso legislatore degli anni ’70 (Legge nr. 775/1970 sul riassetto e DPR nr. 276/1971), nel tentativo di frenare il fenomeno, regolamenta la materia con una disciplina speciale separata che da un canto restringe le ipotesi di assunzioni temporanee a esigenze contingenti e imprevedibili e per un periodo di soli 90 giorni, dall’altro sancisce la nullità di diritto delle assunzioni in violazione delle norme con la responsabilità del funzionario che le ha disposte. Tuttavia le successive e numerose deroghe vanificano la disciplina e determinano una nuova ondata di precariato (nel solo settore statale si raggiungono le 200.000 unità).

Nel contesto della fase della ibridazione normativa della Legge quadro nr. 93 del 1983 l’intervento del sindacato confederale si caratterizza per la volontà di funzionalizzare l’occupazione nel pubblico impiego al miglioramento dei servizi che devono rispondere alla necessità di soddisfare bisogni a carattere produttivo e sociale. Si prevedono pertanto, nel primo accordo intercompartimentale recepito con DPR nr. 13/1986, progetti speciali occupazionali di durata non superiore a un anno cui destinare in parte personale con rapporto a tempo determinato. Si prospetta altresì l’utilizzo del *part time* e la flessibilità degli orari per ampliare la disponibilità degli uffici in favore dell’utenza.

La disciplina di principio trova attuazione con la Legge nr. 554/1988, che mantiene in vigore il regime delle assunzioni trimestrali, e con il DPCM nr. 127/1989, che prevede

la stabilizzazione del personale utilizzato nei progetti finalizzati con prove selettive basate su quiz a risposta multipla. Di fatto, le lodevoli intenzioni sindacali recepite dal legislatore di ancorare il reclutamento a termine al miglioramento dei servizi si risolsero nell'ennesimo intervento assistenziale. Invero tutto il personale precario, anche i trimestralisti, fu negli anni 1992 e 1993 immesso in ruolo senza alcun concorso regolare.

3. La privatizzazione si snoda, com'è noto, attraverso due fasi e svariati interventi c.d. correttivi. Le norme sulle assunzioni, in particolare di personale non stabile, sono soggette a vari profondi rimaneggiamenti che risentono delle diverse opzioni di politica del diritto che riguardano la materia.

Nel testo originario del DLGS nr. 29/1993 ci si limita a mantenere in vita la disciplina di cui al DPCM del 1989; mentre con il correttivo di cui al DLGS nr. 546/1993 si ribadisce il divieto di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi, salvo alcune tassative eccezioni, e con la consueta previsione di nullità e di responsabilità del dirigente per le assunzioni illegittime. La disposizione a mio avviso non lasciava margini alla contrattazione collettiva poiché ai sensi dell'Art. 2, comma 2, doveva intendersi come speciale e inderogabile.

Nella seconda fase il quadro cambia. La direttiva, contenuta nella Legge delega nr. 59/1997, di completare il processo di uniformazione tra lavoro privato e lavoro pubblico e di valorizzare il primato della fonte contrattuale collettiva su quella legale, determina un cambiamento di rotta: salvo il principio di reclutamento a mezzo di procedure selettive o avviamento degli iscritti alle liste di collocamento per le qualifiche più basse, l'intera disciplina della materia dei contratti atipici o flessibili (ma sempre di lavoro subordinato) viene demandata dall'Art. 36 del DLGS nr. 165/2001 ai contratti collettivi nazionali in una prospetti-

va di completa uniformazione. Resta però differente la sanzione per la violazione delle disposizioni che attengono all'assunzione o alle proroghe dei rapporti a termine (e in genere alla violazione delle disposizioni che regolano tutti i rapporti flessibili): esclusa la conversione o trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro e il dirigente responsabile per dolo o colpa grave è altresì tenuto a rimborsare le somme pagate.

La legge, in sostanza, effettua un contemperamento tra i principi di cui all'Art. 97 Cost. – buon andamento, imparzialità e, quale corollario, accesso mediante concorso – e l'esigenza di tutelare il prestatore di lavoro garantendogli la stabilità. Sotto questo profilo la privatizzazione non ha cambiato nulla; e la Corte costituzionale, ribadendo quanto a suo tempo detto sull'inapplicazione della Legge nr. 230/1962 (sent. nr. 40/1986), con la sent. nr. 89/2003 ha dichiarato infondata la questione sotto il profilo della lesione del principio di eguaglianza.

La disparità di trattamento tra la disciplina del lavoro pubblico e quella prevista per il lavoro privato è stata riproposta davanti alla Corte di Giustizia (cfr. sentenza 4 luglio 2006, causa nr. 212/04, Adeneler; nonché nello stesso senso v. Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa nr. 53/04, Marrosu e Sardino, e causa nr. 180/04, Vassallo) per possibile violazione della Direttiva 89/70/CEE sul contratto a termine.

La Corte ha anzitutto ritenuto che la Direttiva trova applicazione piena anche nei confronti del lavoro pubblico. Ha poi valutato conforme alla direttiva, ai principi di parità di trattamento e di equivalenza con «situazioni analoghe di natura interna», la previsione di una sanzione risarcitoria. Ma ha rimesso alla valutazione del giudice nazionale l'accertamento dell'adeguatezza dello strumento di cui all'Art. 36, comma 2, del DLGS nr. 165 del 2001 per «prevenire e […] sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica ammini-

strazione di una successione di […] rapporti di lavoro a tempo determinato» (Punto 103, Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa nr. 212/04; nonché Punto 56, Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa nr. 53/04 e causa nr. 180/04). Si tratta infatti di interpretazione del diritto interno, su cui non spetta alla Corte pronunciarsi.

Si potrebbe allora sostenere che il risarcimento genericamente previsto dall'Art. 36 del DLGS citato non presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore, secondo i risultati prescritti dalla Direttiva (Art. 2, comma 1). Ciò non tanto perché non sarebbe possibile risarcire i danni ulteriori rispetto a quello consistente nel diritto alle retribuzioni per il periodo di svolgimento della prestazione (che di solito è stata già corrisposta) e cioè il danno per perdita di *chances* e quello esistenziale; ma in quanto il danno nel nostro ordinamento non può essere presunto (c.d. danno evento), ma deve essere rigorosamente provato, sia pure attraverso presunzioni ai sensi dell'Art. 2727 c.c. ovvero «facendo ricorso, ex Art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza».

Ne consegue l'opportunità – e forse la necessità – di un intervento legislativo correttivo, che preveda, come nel caso di licenziamento illegittimo, una quantificazione predeterminata del risarcimento, commisurato, ad esempio, al periodo di svolgimento del rapporto.

4. Il quadro generale subisce una torsione per il settore privato ad opera dei provvedimenti emanati nella scorsa legislatura durante il governo Berlusconi: il DLGS nr. 368/2001, che modifica la disciplina del contratto a tempo determinato, e la Legge delega nr. 30 attuata con il DLGS nr. 276/2003. Si tratta di interventi caratterizzati da una forte spinta alla flessibilità/precarietà dei rapporti di lavoro, ritenuta necessaria per incentivare l'occupazione e la produttività delle imprese. Il *révirement* rispetto alle tradizionali politiche del lavoro è tanto più inquietante in quanto allo

sventagliamento tipologico si accompagna la perdita di ruolo della contrattazione collettiva e dei sindacati comparativamente più rappresentativi nella gestione delle forme di deregolazione.

È certa l'applicazione del DLGS nr. 368/2001 alle pubbliche amministrazioni: non solo infatti in questo senso si è espressa (indirettamente) la Corte di Giustizia con le ricordate sentenze, ma anche l'Art. 36 del DLGS nr. 165/2001 conduce a tale interpretazione. La norma infatti demanda la disciplina della materia alla contrattazione collettiva «in applicazione di quanto previsto» dalle leggi generali che la disciplinano. Con la conseguenza che, salvo il regime transitorio, che mantiene l'efficacia delle clausole contrattuali stipulate ai sensi dell'Art. 23 della Legge nr. 56/1987 fino alla data di scadenza dei contratti collettivi, la contrattazione avrebbe forse perduto quel ruolo centrale assegnatole dalla norma citata e conservato solo un ruolo integrativo ed esemplificativo delle causali legittimanti la prefissione del termine. Ma la questione è oziosa perché a seguito delle ulteriori modifiche agli Artt. 35 e 36 del DLGS nr. 165/2001, introdotte prima dall'Art. 4 della Legge nr. 80/2006 e poi dalla finanziaria per il 2008, il legislatore ha previsto forti restrizioni di natura inderogabile alla stipula di contratti flessibili – e segnatamente di contratti a tempo determinato – che vanno nel senso opposto alla nuova disciplina dei rapporti con datori di lavoro privati.

Diverso il discorso per la Legge delega nr. 30/2003 e il DLGS nr. 276/2003: i provvedimenti escludono in linea di principio la loro applicazione al settore del lavoro pubblico. Molti hanno criticato questa scelta sostenendo che essa segna un significativo arretramento rispetto alla linea della privatizzazione che sembrava ormai giunta a piena maturazione attraverso i decreti legislativi attuativi della Legge Bassanini nr. 56/1997 – e in particolare ad opera del DLGS nr. 80/1998 – e poi della sistematizzazione compiuta con il DLGS nr. 165/2001.

Si è detto che la mancata estensione della riforma del mercato del lavoro è chiaro indice di una deriva verso la ripubblicizzazione del rapporto di pubblico impiego, o, quantomeno, verso il ritorno alla separazione del lavoro pubblico. Va però osservato che la stessa contrattazione collettiva, soprattutto per il gruppo di istituti di cui si occupa il DLGS nr. 165/2001, si è discostata spesso dalle regole comuni.

Così, per le tipologie flessibili, la contrattazione collettiva ha disciplinato il contratto a termine, di somministrazione, di lavoro a tempo parziale e di telelavoro, in modo assai diverso rispetto ai contratti collettivi del settore del lavoro alle dipendenze di privati con riguardo alle causali, alle proroghe e alle sanzioni. Si tratta di correttivi per lo più necessari per limitare il precariato e garantire il buon andamento e il principio dell'accesso mediante selezione pubblica.

Ma la contrattazione collettiva, se ha tentato di contenere il ricorso al contratto a termine e alla somministrazione (a tempo determinato, l'unica ammessa nel settore), prevedendo negli accordi collettivi che quest'ultima possa utilizzarsi soltanto per attività straordinarie e occasionali non fronteggiabili con il personale dipendente, ha invece rinunciato a governare una 'buona' flessibilità, funzionale alle esigenze di riorganizzazione, ponendo barriere alla mobilità e al *part time*, limitati a fatto volontario, a libera scelta del prestatore di lavoro. Non desta meraviglia pertanto che la Legge nr. 30/2003 e il DLGS nr. 276/2003, escludano in linea di principio il lavoro pubblico dal proprio ambito di applicazione. Del resto, l'esclusione era già contenuta nel Libro Bianco presentato nell'ottobre 2001, ispiratore della riforma, e che tra i suoi obiettivi principali aveva appunto quello di introdurre nuove e massicce dosi di flessibilità nel mercato del lavoro – in entrata, nella gestione del rapporto e in uscita – per elevare il tasso di attività. Certo, se questo era l'intento, il pubblico impiego

avrebbe dovuto costituire oggetto di regolazione perché un esame della situazione del mercato del lavoro e le eventuali ricette per risolverne i problemi, avrebbero dovuto confrontarsi con un settore che occupa circa 3.500.000 dipendenti, e in cui una flessibilità contrattata dalle organizzazioni sindacali avrebbe potuto comportare effetti meno traumatici rispetto a quelli a ragione paventati nel settore privato.

Il vero è che la legge delega e il decreto legislativo mostrano una scarsa attenzione nei confronti del lavoro pubblico, forse determinata da un intento di non ingerenza nel settore sia per opportunità politiche sia per rispettare il riparto di competenze tra Ministero del Welfare e Funzione pubblica. Peraltro, non di vera astensione si tratta, ma di un'applicazione al pubblico impiego parziale e confusa perché da un canto i provvedimenti in questione contengono in apertura una norma di espressa esclusione generale, e dall'altro poi talvolta estendono porzioni della nuova disciplina. Cosicché il primo problema che deve affrontare l'interprete riguarda l'ambito di questa esclusione, oscuro a causa delle incertezze sistematiche e sintattiche del legislatore della delega, il quale all'Articolo 6 afferma che «le disposizioni da 1 a 5 non si applicano al personale delle Pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate».

Ma quali sono le norme che devono contenere il richiamo al pubblico impiego? Le disposizioni da 1 a 5 della stessa Legge nr. 30 del 2003, o quelle contenute nel decreto legislativo? Nel primo caso la disposizione sarebbe priva di qualunque significato in quanto in quegli articoli non vi è menzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Nel secondo si potrebbero formulare fondati dubbi di legittimità costituzionale per la genericità della delega, cioè per mancanza di principi e criteri direttivi.

Pur ritenendo di aderire a questa seconda interpretazione, e ritenendo possibile superare le perplessità di ordine

costituzionale conformemente all'orientamento della Consulta, tollerante nei confronti della prassi seguita dal legislatore in materia di delega legislativa vaga e fumosa nell'individuazione dei principi e criteri, resta il fatto che, accanto al divieto generale, il decreto legislativo costruisce un sistema di esclusioni, inclusioni e abrogazioni che rendono difficilissimo all'interprete operare in concreto e offrire soluzioni ragionevoli.

In primo luogo, nella legge delega e nel decreto legislativo viene espressamente disposta la non applicazione al lavoro pubblico delle modifiche introdotte alla disciplina del lavoro a tempo parziale, dell'istituto della certificazione, del nuovo contratto a progetto.

Si trovano poi disposizioni che includono anche il lavoro pubblico; l'esempio più importante è quello della somministrazione a tempo determinato, peraltro inserita discutibilmente nell'ambito delle norme transitorie e finali. Altro esempio è quello dell'estensione del contratto di inserimento ai soli enti di ricerca, ma non agli altri comparti.

5. Le omissioni e le incertezze della legge spingono verso un ruolo forte della contrattazione collettiva.

In realtà, l'esigenza di armonizzazione è stata sentita dallo stesso legislatore, laddove ha prescritto che «il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente Decreto Legislativo, entro sei mesi, anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia» (Art. 86, comma 8, DLGS nr. 276/2003).

L'intervento legislativo è pertanto solo eventuale e non preclude che le parti dispongano autonomamente mediante accordi collettivi. Ma il rapporto legge-contratto collettivo si pone in termini incerti nelle ipotesi in cui la legge

ha escluso espressamente il lavoro pubblico dall'applicazione della nuova disciplina. Ciò riguarda, per esempio, il *part time*: secondo alcuni non sarebbe possibile pervenire per via contrattuale collettiva alla estensione totale o parziale delle nuove disposizioni contenute nel DLGS nr.276/2003, ma sarebbe necessario un nuovo provvedimento legislativo. Né potrebbe soccorrere l'Art. 2, comma 2, del DLGS nr. 165/2001 – secondo cui le norme di legge che riguardano esclusivamente il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni possono essere sostituite dalle norme della contrattazione collettiva successiva – in quanto le norme in questione hanno carattere generale.

A tale opinione si può obiettare che tali norme sono rimaste in vigore soltanto per il rapporto di pubblico impiego, perché esse sono state sostituite nel settore privato delle nuove regole contenute nel DLGS nr. 276/2003, e non è stata inserita la clausola di prevalenza della legge sulle disposizioni di natura contrattuale, come invece stabilito ad esempio dall'Art. 8 della Legge nr. 97/2001 sui rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare. Preferibile appare pertanto l'ipotesi che in questi casi la fonte contrattuale possa riappropriarsi *in toto* della materia (ad eccezione, come detto, del lavoro a tempo determinato). Inoltre, l'Art. 2, comma 2, del DLGS nr. 165/2001 va letto in correlazione con il successivo Art. 36, che valorizza l'autonomia collettiva, in particolare per la regolamentazione degli istituti della flessibilità; cosicché si potrebbe anche discutere sull'applicazione al settore pubblico del terzo comma dell'Articolo 86, che introduce penetranti limiti ai contratti collettivi in materia di somministrazione.

6. Nonostante l'espressa previsione contenuta nel DLGS nr. 276/2003, il problema dell'armonizzazione non viene compiutamente affrontato e la contrattazione collettiva successiva lascia sostanzialmente in vita la disciplina precedente. È forse un'occasione mancata, ma giustificata dalla neces-

sità di affrontare l'annoso problema del precariato, la cui diffusione si è accresciuta considerevolmente dal 2000 a causa del lungo blocco delle assunzioni introdotto con le diverse leggi finanziarie. La figura utilizzata in modo prevalente per fronteggiare le necessità organizzative – ma anche, e in certe regioni soprattutto, per soddisfare esigenze clientelari e limitare la disoccupazione – continua a essere il contratto a tempo determinato. Tuttavia dal 2002 tendono ad aumentare i contratti di formazione e lavoro e quelli interinali (poi di somministrazione). In sensibile crescita risultano pure le collaborazioni coordinate e continuative (specie in alcuni comparti: università, enti di ricerca, ministeri, servizio sanitario nazionale). Nel complesso, considerando i lavoratori socialmente utili ancora dentro il bacino, secondo i dati del conto annuale della spesa del personale pubblico redatto ai sensi dell'Art. 60, comma 2, del DLGS nr. 165/2001, nel 2005 il precariato (ivi compreso quello della scuola) supera le 340.000 unità.

Di fronte a questa preoccupante situazione che incide negativamente sui lavoratori e sui servizi, le intese tra il governo Prodi e i sindacati puntano su due direzioni, secondo le ricordate linee già sperimentate in passato, invero con scarso successo: la stabilizzazione del maggior numero possibile di precari, anche di quelli assunti illegittimamente e utilizzati per un determinato numero di anni, e l'irrigidimento dei divieti di nuove assunzioni a tempo determinato e, più in generale, di lavoro flessibile.

L'operazione è preceduta da un intervento legislativo di modifica dell'Art. 36 del DLGS nr. 165/2001 (si tratta dell'Art. 4 della Legge nr. 80/2006), che ha inteso ridurre il ricorso ai contratti a termine non solo prevedendo il limite sostanziale delle esigenze temporanee ed eccezionali, ma anche facendo precedere l'attivazione dei contratti da procedure di mobilità, da contratti di somministrazione e da esternalizzazioni e appalti di servizi. Se appare condivisibile il ricorso alla mobilità, che la contrattazione col-

lettiva ha regolato con troppa timidezza, forti perplessità suscita il *favor* legislativo per le forme di esternalizzazione richiamate, non solo per i maggiori costi che alcune di queste comportano, ma soprattutto per le conseguenze che determinano in termini di garanzia di efficienza della pubblica amministrazione e di tutela dei lavoratori. Insomma, si ha l'impressione che l'intento di evitare la costituzione di rapporti precari con il datore di lavoro pubblico abbia spinto il legislatore verso un precariato ben peggiore, perché sottratto a quelle garanzie economiche e normative che derivano dall'applicazione della disciplina degli accordi di comparto e di quelli integrativi. E perciò nella successiva stesura dell'Art. 36 del DLGS nr. 165/2001 ad opera della finanziaria per il 2008 il *favor* verso la somministrazione verrà eliminato (cfr. *infra*).

7. Sul versante della stabilizzazione le due ultime finanziarie (Leggi nr. 296/2006 e nr. 244/2007) intervengono (nella parte che qui interessa e tralasciando ipotesi marginali) per regolare situazioni che durano da lungo tempo e che pertanto sono state poste in essere eludendo le disposizioni rivolte a limitare le assunzioni a tempo determinato per fare fronte esclusivamente ad esigenze straordinarie e temporanee. Questa specie di sanatoria riguarda le assunzioni (di personale non dirigenziale) a tempo determinato e i contratti di formazione e lavoro. Mentre per le collaborazioni coordinate e continuative, utilizzate da almeno un anno impropriamente per soddisfare esigenze attinenti all'ordinaria attività di servizio, si prevede una cospicua quota di riserva nei concorsi per le assunzioni di personale a tempo determinato. Nei confronti dei contratti a termine si pone un doppio requisito: che si tratti di rapporti protrattisi per almeno tre anni e che essi si siano svolti nell'arco del quinquennio precedente alla data di entrata in vigore delle due leggi. L'obbligo delle procedure selettive viene formalmente rispettato, prevedendosi che queste

devono essere predisposte soltanto nel caso in cui l'assunzione a termine sia avvenuta in assenza di procedure di natura concorsuale o previste da norme di legge (è il caso delle qualifiche basse avviate attraverso il collocamento, delle assunzioni obbligatorie o dei lavoratori socialmente utili). Si tratta comunque di concorsi riservati dall'esito praticamente scontato.

La Legge del dicembre 2006 lascia aperti molti dubbi. Il primo e più importante riguarda la posizione dei lavoratori interessati: diritto soggettivo, interesse legittimo o mera aspettativa di fatto? Tre presupposti per la stabilizzazione fanno propendere per quest'ultima ipotesi: anzitutto, l'uso del verbo 'possono' (anziché 'debbono') che rende discrezionale la decisione dell'amministrazione; poi la necessità che vi fosse la disponibilità di un apposito fondo dalla disciplina complessa e dalla capienza rivelatasi insufficiente, e infine l'accertamento della vacanza in organico rispetto alla qualifica da ricoprire. Vero è che la legge consentiva la modifica delle dotazioni organiche per realizzare la trasformazione, ma ciò solo in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno di personale e a invarianza di spesa (cfr. la Direttiva nr. 7/2007 del ministero per le Riforme e le innovazioni nelle pubbliche amministrazioni).

Il successivo intervento contenuto nella Legge nr. 244/2007 sembra avere contenuto prescrittivo per le pubbliche amministrazioni perché le obbliga a predisporre, sentite le organizzazioni sindacali, nell'ambito della programmazione triennale del fabbisogno, i piani per la progressiva stabilizzazione del personale, senza il vincolo dell'invarianza della spesa e invece con un incremento del fondo per la stabilizzazione. Ne dovrebbe conseguire che i lavoratori interessati potrebbero vantare una posizione soggettiva tutelata quanto meno all'osservanza della procedura, ma non (come vedremo subito) a un diritto incondizionato alla trasformazione del rapporto. Inoltre si allarga la platea degli aventi diritto in quanto si proroga di un anno

il possesso del requisito relativo all'anzianità di servizio, si parificano i collaboratori ai lavoratori a termine, e si demanda ad un Decreto della presidenza del Consiglio la disciplina dei presupposti per la stabilizzazione dei lavoratori utilizzati con altre tipologie contrattuali flessibili (quali i contratti di somministrazione). Infine la legge introduce nei concorsi per l'assunzione di personale non dirigenziale una riserva di posti per i 'triennalisti' con rapporto subordinato, e per i co.co.co. il riconoscimento di un punteggio per il servizio prestato.

Parte della dottrina ha manifestato dubbi di legittimità costituzionale di questa normativa per violazione dell'Art. 97 Cost. La critica si è incentrata sulla possibile violazione del 'principio di non inversione' tra l'interesse dell'amministrazione al suo efficiente funzionamento, da considerarsi prevalente, e l'aspettativa dei lavoratori precari alla stabilizzazione del posto: l'avere prestato attività lavorativa non può di per sé giustificare la trasformazione del rapporto e l'inserimento negli organici della pubblica amministrazione. Occorre pertanto fare precedere eventuali provvedimenti di stabilizzazione da un'attenta verifica sull'effettiva necessità di nuovo personale e quindi anche dal ricorso alla mobilità e alla rideterminazione delle dotazioni organiche (Corte cost. nr. 228/1997 e nr. 141/1999). Tutto allora dipende dalla concreta applicazione della legge. Inoltre i dubbi riguardano la procedura di assunzione dei soggetti interessati, non per l'ipotesi in cui il rapporto a termine sia stato costituito mediante procedura selettiva di tipo concorsuale, ma per l'altro caso, e cioè quando, in assenza di questa, la legge preveda l'obbligo del concorso *totalmente riservato* quale condizione per la stabilizzazione. La Corte costituzionale, infatti, anche su tale punto ha assunto posizioni nel tempo sempre più rigide: il principio del concorso pubblico può comportare ragionevoli compressioni (ad es. quote riservate agli interni fino al 50%, la valorizzazione mediante specifico riconoscimento del

carattere professionale dell'attività prestata), ma non la sua piena elusione (Corte cost. nr. 1/1999, nr. 141/1999, nr. 34/2004).

8. La Legge nr. 244/2007 si preoccupa, come si è accennato, di evitare la formazione di un nuovo precariato, e a tal fine modifica (ancora una volta) due articoli del DLGS nr. 165/2001. Il primo – già oggetto di un intervento delimitativo nel 2006 (Art. 32, DLGS 233/2006) – è l'Art. 7 nella parte in cui regolamenta il ricorso a forme di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa. Queste vengono ammesse soltanto dopo che si sia accertata l'impossibilità di utilizzare le risorse umane disponibili, per prestazioni di natura temporanea altamente qualificata e per durata definita. L'incarico è conferito, a seguito di procedura pubblica comparativa, a esperti in possesso di particolare e comprovata specializzazione universitaria (Art. 3, comma 76, della Legge nr. 244/2007). Si abbatte così uno degli strumenti più insidiosi per consentire l'accesso clientelare nella pubblica amministrazione, che stranamente aveva ricevuto il via libera dalla Corte dei Conti.

Il secondo riguarda l'Art. 36 che disciplina i contratti flessibili. Il nuovo testo (introdotto dall'Art. 3, comma 79 della Legge nr. 244/2007) ha un esordio *tranchant*: è il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato il tipo esclusivo per le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni. Le «forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro […] nell'impresa» possono essere utilizzate soltanto «per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi». Anche la causa giustificatrice tradizionale delle «esigenze temporanee ed eccezionali» non potrà più essere automaticamente addotta, in quanto a esse si dovrà fare fronte attraverso l'assegnazione provvisoria, per un periodo non superiore a sei mesi non rinnovabile, di personale di altre amministrazioni. Beninteso, quando ciò sia possibile; e quindi è implici-

to un obbligo di 'interpello' da rivolgersi a tutte le amministrazioni. Altrimenti, questa causale rientra tra quelle consentite a norma del DLGS nr. 368/2001, residualmente applicabile al settore pubblico.

Introdotta l'inderogabilità assoluta del divieto per la contrattazione collettiva, la legge prevede delle limitate e tassative eccezioni. Per le autonomie locali sono possibili le sostituzioni per maternità e, limitatamente agli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interna o che comunque abbiano una dotazione organica non superiore a quindici dipendenti, per lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto. Altri casi riguardano la gestione delle riserve protette, gli enti del Servizio sanitario nazionale (per il personale medico e per quello infermieristico e di supporto), le università e sempre gli enti del Servizio sanitario nazionale per lo svolgimento di progetti di ricerca, e infine tutte le pubbliche amministrazioni per la realizzazione di programmi e attività finanziati con fondi dell'Unione europea e dal fondo per le aree sottoutilizzate.

È da dire che la legge applica il divieto a tutte le forme contrattuali di lavoro flessibile e quindi non solo ai contratti a termine, ma anche alle somministrazioni di manodopera e, con qualche perplessità, ai contratti di formazione e lavoro, i quali, se dovesse prevalere questa interpretazione rigorosa, praticamente sarebbero destinati a scomparire.

Resta immutata la disciplina sul divieto di trasformazione dei contratti a tempo indeterminato, il diritto al risarcimento del danno per il lavoratore (con le difficoltà applicative già ricordate) e l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili della violazione per dolo o colpa grave. A carico delle pubbliche amministrazioni che disattendono la legge è poi previsto il divieto di assunzioni «ad alcun titolo» per il triennio successivo alla violazione.

Si è dunque in presenza di un drastico ritorno alle restrizioni del passato, che separa nettamente le regole sulla fles-

sibilità nel lavoro pubblico da quelle previste per il lavoro privato. Solo il tempo potrà dire se tutto questo armamentario sarà idoneo a evitare che il fenomeno si ripeta.

È possibile indicare qualche proposta aggiuntiva per migliorare la disciplina. Si dovrebbe anzitutto regolare con norme generali e cogenti la procedura concorsuale per l'assunzione dei precari, ricorrendo anche alla costituzione di albi con accesso selezionato e valutazione affidata a organismi terzi. Per la violazione delle norme che regolano le assunzioni e che limitano il precariato andrebbe poi considerata espressamente un'ipotesi di responsabilità dirigenziale, che comporta la decadenza dall'incarico e nei casi più gravi il licenziamento del dirigente.

Infine, occorrerebbe intervenire con decisione sul rapporto che lega i due soggetti responsabili dell'uso distorto della flessibilità: vale a dire gli organi di indirizzo politico amministrativo e la dirigenza. Se è vero che quest'ultima, a cui è conferito dalla legge il potere di gestire le risorse umane, è la diretta responsabile delle assunzioni, è del pari certo che essa è condizionata di fatto nelle sue scelte dalle pressioni indebite del potere politico, cui si subordina per assicurarsi la scelta e la riconferma dell'incarico di direzione dell'ufficio. La questione rimanda al nesso fiduciario che intercorre tra i due soggetti e che il legislatore della riforma (specie della sua seconda fase) ha costruito senza adeguate garanzie per salvaguardare la piena autonomia della dirigenza nell'attività di gestione. Ma si tratta di un tema di carattere generale che non è possibile affrontare in questa sede (per alcuni spunti rimando al mio articolo *La privatizzazione del pubblico impiego e l'*Art. *97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2007, nr. 2).

Bibliografia essenziale

Carinci, D., *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in Carinci F. (a cura di) *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2007, CVIII.

De Angelis, D., *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in Foro it., 2007, pag. 344

Delfino, M., *Commento all'Art. 36 DLGS. 3 febbraio 1993* nr. *29* in: *Le nuove leggi civili commentate*, 1999 a cura di Corpaci, Rusciano, Zoppoli, p. 1269 ss.

D'Orta, C., *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni* in «Lav. pubbl. amm.», 2000, nr.3-4, pp. 515 ss.

Fiorillo, L., *Le tipologie del rapporto di lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Milano, 1995, pp. 643 ss.

Gabriele, A., *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*, in «Riv. giur. lav.», 2006, p. 614.

Mainardi, S., *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della Legge 9 marzo 2006* nr. *80*, in: «Lav. pubbl. amm.», 2006, nr. 1, pp. 23 ss.

Menghini, L., *Il contratto a tempo determinato*, in: F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, vol.V, Torino, 2004, pp. 557 pss.

Miscione, M., Garofalo, R., Moratorio, A., *Lavoro e previdenza nella Legge Finanziaria 2007*, in: «Lav. giur.», 2007, nr. 2, pp. 113 e ss.

Pantano, F., *La c.d. 'stabilizzazione' dei lavoratori non a termine nella Finanziaria 2007 ed il 'buon andamento' della Pubblica Amministrazione* in «Lav. pubbl. amm.», 2007, nr. 3-4, pp. 635 ss.

Pozzi, A., *La stabilizzazione dei precari del pubblico impiego: tecniche legislative tra illusioni e principi costituzionali*, in: <*www.giustizia-amministrativa.it*>.

Rainieri, M., *Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine nel pubblico impiego* in: «Lav. pubbl. amm.», 2007, nr. 3-4, pp. 653 ss.

Romanelli R., *Apparati statali, ceti burocratici e modo di governo*, in *L'Italia contemporanea 1945-1975*, a cura di Valerio Castronovo, Torino, 1976.

Santucci R., *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in «Dir. rel. ind.» 2003, nr. 1, pag. 93 ss.