

Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”.
Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo de-
terminato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico

Anna Alaimo

(I)

1. La flessibilità in entrata nel settore pubblico: autonomia dell'apparato regolativo e frammentazione della disciplina come presupposti a-sistematici delle esigue novità della “riforma Madia”. 78

2. Limiti all'uso del lavoro flessibile e superamento del precariato. Dalla delega al d. lgs. n. 75/2017: stabilizzazioni e divieto di instaurazione di ulteriori rapporti di lavoro flessibile. 82

(II)

3. La disciplina sostanziale della flessibilità in entrata: incarichi individuali di lavoro autonomo e divieti di collaborazioni etero-organizzate: l'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001 dopo la novella del 2017 (art. 5, d. lgs. n. 75/2017). 84

3.1. (segue) Le regole di conferimento degli incarichi: nulla di nuovo sotto il sole dopo la riforma. *Le garanzie dei compensi nella* disciplina del lavoro autonomo (l. n. 81/2017 e d.l. n. 148/2017 conv. in l. n. 172/2017). 86

4. I contratti a termine, il nuovo art. 36 e l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a termine novellata dal “decreto dignità” 88

4.1. La soppressione del limite di durata massima dei contratti a termine nella scuola e la mancanza di analogo limite nel settore AFAM. 94

(III)

5. La disciplina sanzionatoria. Le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti a termine... 96

5.1. (segue) ... e la loro estensione ai settori scolastico e AFAM. 102

5.2. Le conseguenze sanzionatorie dell'uso illegittimo delle collaborazioni. 103

6. Questioni aperte e questioni comuni al lavoro a termine e alle collaborazioni. Il futuro è (ancora) nelle mani delle stabilizzazioni o dei dirigenti responsabili? 106

(I)

1. La flessibilità in entrata nel settore pubblico: autonomia dell'apparato regolativo e frammentazione della disciplina come presupposti a-sistematici delle esigue novità della "riforma Madia".

È un dato certo che il recupero di funzionalità e la flessibilità organizzativa degli apparati amministrativi non sono stati affidati dal legislatore della "riforma Madia" ad un ripensamento generale della disciplina dei rapporti di lavoro flessibili²⁶⁹.

Le novità riguardanti le forme flessibili di assunzione mostrano un legislatore più preoccupato di riparare guasti passati²⁷⁰ che di innovare, in modo significativo, la disciplina della flessibilità in entrata nel settore pubblico, benché numerosi nodi interpretativi formati in decenni di contenzioso avrebbero richiesto un intervento più meditato e regole più organiche, meglio coordinate anche con quelle del settore privato.

Anche ad una rapida lettura delle nuove disposizioni ci si accorge, invece, di essere di fronte ad un intervento di ritocco, quasi "di cesello", che si limita ad incidere le poche novità del d. lgs. n. 75/2017 nel Testo Unico (d. lgs. n. 165/2001, da qui in poi: T.U.), in linea con le caratteristiche generali di una riforma che, in quasi tutti gli ambiti, è di «manutenzione straordinaria», «non introducendo nuovi e autonomi plessi normativi», ma novellando leggi esistenti²⁷¹.

Immediata è anche l'impressione che le nuove disposizioni si leghino ad aspetti "altri" della quarta riforma del lavoro pubblico, enfatizzando la centralità della nuova normativa sulla pianificazione dei fabbisogni (i nuovi "piani triennali dei fabbisogni di personale": PTFP), il reclutamento e i concorsi.

Con queste premesse, riflettere sul nesso fra la "riforma Madia" e i rapporti di lavoro flessibili spinge a porsi, innanzitutto, alcuni interrogativi.

²⁶⁹ Sul nesso tra finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi, organizzazione flessibile delle strutture e strumenti di gestione flessibile del lavoro, sempre attuale la lettura di M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 233 (già in *LPA*, 1998, I, 35). Il tema del collegamento tra organizzazione flessibile degli uffici (ex art. 2, co.1, lett. b, d. lgs. n. 165/2001) e organizzazione flessibile del lavoro, emerso soprattutto nella seconda fase di riforma del lavoro pubblico, è ripreso da E. Ales, *L'utilizzo temporaneo del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, 2013, sp. 447-448 (ove ulteriori riferimenti al dibattito di quella stagione di riforma). Più in generale, sulla "funzionalità" come sinonimo di "buon andamento" e qualità indefettibile delle amministrazioni (assieme a democraticità, imparzialità ed effettività) v., da ultimo, F. Merloni, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, DP, 2018, 81; per una diversa declinazione del principio di buon andamento e delle sue componenti (efficacia, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza) v. I. Sigismondi, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Jovene, 2011 (sp. cap. II).

²⁷⁰ L. Menghini, *I contratti a tempo determinato*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2019) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, 144; tale limite di prospettiva della riforma, visibile sin dalla legge delega n. 124/2015, veniva messo in luce anche in alcuni contributi precedenti la sua attuazione (v. M. D'Aponte, *Ancora sulla «stabilizzazione (anzi forse)» dei precari nel pubblico impiego: la Corte costituzionale «salva» la riforma della c.d. buona scuola*, LPA, 2016, 175).

²⁷¹ Si mutuano le espressioni da B.G. Mattarella, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, 2017, 101. Per un'analoga valutazione della "riforma Brunetta" del 2009 e degli interventi immediatamente successivi (i quali, lungi dall'affrontare il problema della ri-regolazione organica del lavoro pubblico, si sono piuttosto configurati «come un aggregato di interventi micro-sezionali su singoli aspetti del sistema») v. l'editoriale di M. Rusciano, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, DLM, 2011, 187.

Il primo e più immediato è: quanto e come la riforma ha inciso sulle forme flessibili di impiego?

Il secondo può essere formulato come segue: le nuove norme sulla flessibilità in entrata sono sorrette da una *ratio* collegata alla visione d'insieme della riforma?²⁷²

Ed infine, un terzo tipo di interrogativi rinvia all'annosa questione della convergenza/divergenza della regolazione del lavoro nel pubblico e nel privato²⁷³. La disciplina delle forme flessibili di assunzione nel settore pubblico, anche alla luce delle novità legislative sul lavoro a tempo determinato sopravvenute nella legislatura successiva a quella della "riforma Madia" (d.l. n. 87/2018 conv. in l. n. 96/2018, cd. "decreto dignità"), avvicina o allontana il lavoro pubblico da quello privato? Cosa resta dell'idea cardine della seconda stagione di riforma del lavoro pubblico (1997/98), che, nel pensiero di Massimo D'Antona, era quella di far convergere la disciplina del lavoro pubblico e del lavoro privato?²⁷⁴ E cosa di quella fase di «esaltazione della flessibilità»²⁷⁵ nella quale l'art. 36 del T.U. prevedeva che «*le pubbliche amministrazioni (...) si avvalgono 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*»? (art. 36, co. 7, d. lgs. n. 165/2001, nel testo novellato dall'art. 22 del d. lgs. n. 80/1998).

Rispondere alla prima domanda – se e come la riforma ha inciso sulle forme flessibili di impiego – esige una considerazione che, di fatto, ne anticipa la risposta.

La storia normativa delle forme di lavoro flessibili nelle pubbliche amministrazioni non coincide con le quattro fasi di riforma del lavoro pubblico²⁷⁶, né è esclusivamente legata ai testi legislativi che lo disciplinano. Anche una sommaria analisi retrospettiva svela una storia molto più articolata, legata sia all'avvicendamento delle riforme del mercato e della flessibilità del lavoro nel settore privato, sia ad interventi più rapidi e rapsodici, quasi sempre necessitati dall'equilibrio dei bilanci pubblici, compiuti in occasione delle annuali leggi finanziarie e dunque raramente sorretti da disegni organici di disciplina²⁷⁷.

²⁷² Sulla problematica individuazione delle ragioni complessive della "quarta riforma", L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 366/2018; fra le altre riflessioni generali sulla riforma è possibile vedere, oltre all'introduzione di B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la "legge Madia" e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' "eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico)*, in q. Volume; A. Pioggia, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme in itinere*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 3.

²⁷³ Sulla quale, oltre a B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., v., da ultimi, A. Boscato, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, LPA, 2018, n. 3, 1; P. Tosi, *Le novelle legislative sul lavoro privato e pubblico privatizzato tra armonizzazione e diversificazione*, LPA, 2018, 17; L. Zoppoli, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «*La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)*», LPA, 2017- numero unico, 25.

²⁷⁴ M. D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 175 (già in S. Battini, S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, 1), Id., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit. Per una rilettura di quel pensiero, a dieci anni dalla scomparsa, F. Carinci, *Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, GDLRI, 2009, 25.

²⁷⁵ G. Fontana, *La strana storia delle stabilizzazioni dei lavoratori precari nel settore pubblico*, LPA, 2018, 2, 22.

²⁷⁶ Com'è noto, le tre fasi precedenti la "riforma Madia" (2015-17) sono state quelle delle riforme Amato/Cassese (1992-93); Bassanini (1997-98) e Brunetta (2009). Per una diversa periodizzazione, che valorizza la recente fase della introduzione delle regole anticorruzione (l. n. 190/2013), v., tuttavia, A. Pioggia, *La riforma*, cit.

²⁷⁷ Di una valenza spesso totalizzante di tali ragioni parla V. Pinto, *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «*La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)*», LPA, 2018, I, 1.

A riprova di quanto affermato, è sufficiente considerare pochi esempi; pensare alla disciplina del *part-time* nelle pp.aa., mai inserita nel T.U. e veicolata dalle leggi che ne hanno regolato l'uso nel settore privato²⁷⁸ o da disposizioni specifiche²⁷⁹ riguardanti anche (e soprattutto) la materia delle trasformazioni²⁸⁰; o, per venire ad esempi più prossimi, ricordare che l'estensione della disciplina dei contratti di prestazione occasionale e del lavoro agile alle pp.aa.²⁸¹ è stata disposta da provvedimenti legislativi pensati *in primis* per il settore privato²⁸².

In generale i testi legislativi che regolano – o hanno regolato – i contratti di lavoro flessibili nel “privato” si sono quasi sempre dotati di disposizioni sull'applicabilità, o meno, al settore pubblico. Basti pensare alla più nota e lapidaria norma di esclusione delle pp.aa. dall'ambito applicativo della riforma del mercato del lavoro del 2003 (art. 1, c. 2, d. lgs. n. 276/2003)²⁸³, alle esclusioni contenute nella più recente codificazione di disciplina dei rapporti *part-time* e a termine (d. lgs. n. 81/2015, artt. 12 e 29) e alle ultime e discutibili esclusioni disposte dal cd. “decreto dignità” (d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018: v., *infra*, § 4). Tali norme di esclusione, diventate sempre più numerose all'indomani dell'apice del processo di parificazione normativa (d. lgs. n. 80/1998), hanno quasi sterilizzato, nella disciplina dei rapporti flessibili, il rinvio al diritto del lavoro privato sostenuto dal principio generale contenuto nell'art. 2, c. 2, d. lgs. n. 165/2001 e ripreso dal co. 7 dell'art. 36, nel testo novellato nel 1998 (d. lgs. n. 80/1998)²⁸⁴. Al punto che, anche in materia di lavori flessibili, «due contrapposti diritti del lavoro» sembrano ormai fronteggiarsi, senza che si giunga ad una coerente sintesi fra i due, sicché, a dispetto degli originari propositi di armonizzazione, ciò a cui ormai si assiste è il loro inarrestabile allontanamento²⁸⁵.

Tutto ciò è avvenuto anche perché la disciplina delle forme flessibili di assunzione si è costruita, nel tempo, come apparato regolativo autonomo, con tratti fisionomici e sviluppi propri (si pensi alla “riforma Biagi” del 2003 e alla codificazione operata, con il *Jobs Act*, dal d. lgs. n. 81/2015) e ha finito per intersecare entrambe le aree- lavoro privato e lavoro pubblico – introducendo, per il settore pubblico e/o per suoi sotto-settori, frequenti disposizioni di esclusione e/o norme speciali.

²⁷⁸ Art. 10, d. lgs. n. 61/2000.

²⁷⁹ *In primis* la l. n. 662/1996, tuttora vigente pur a seguito di importanti successive modifiche. Per un primo commento, anche nell'ottica della flessibilità organizzativa delle pp.aa., M. D'Antona, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (Commento alla L. 23 dicembre 1996, n. 662)* in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 195 (già in *GDA*, 1997, 2, 123).

²⁸⁰ Cfr. l'art. 73, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 (di modifica dell'art. 1, commi 56-59, l. n. 662/1996); l'art. 16, l. n. 183/2010 e gli artt. 20, l. n. 488/1999 e 39, l. n. 449/1997.

²⁸¹ Benché quest'ultimo rappresenti una semplice modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, utile per ottenere flessibilità “funzionale” o “interna” (piuttosto che “esterna” e in entrata), resta comunque inalterata la tecnica estensiva adoperata dal legislatore in occasione di provvedimenti e riforme riguardanti la flessibilità del lavoro nel settore privato.

²⁸² Art. 54-bis, d.l. 24.4.2017 n. 50, conv. in l. 21.6.2017, n. 96 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, recante disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo*) e art. 18, 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*).

²⁸³ «Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276/2003). Per quanto qui interessa, l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della cd. “legge Biagi” riguardava soprattutto la disciplina delle collaborazioni a progetto, mentre l'art. 86, co. 9 aveva esteso alle pp.aa. la nuova normativa sulla somministrazione a tempo determinato.

²⁸⁴ In ossequio ai principi e criteri direttivi della legge delega Bassanini (art. 11, co. 4, lett. a, l. n. 59/1997: *completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa*), la formulazione dell'art. 36 era diventata quella prima ricordata nel testo: «le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale [...], si avvalgono 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».

²⁸⁵ E. Gragnoli, *Scuole, personale docente e rapporto di lavoro*, *DLM*, 2018, 243-244.

Anche per tale ragione, il “difetto di esaustività” del d. lgs. n. 165/2001 – denunciato per i contenuti e le caratteristiche generali del T.U. e, di certo, non eliminato dalla riforma²⁸⁶- appare più evidente per l’ambito di disciplina riguardante la flessibilità del lavoro.

In materia, la normativa continua ad essere frammentata e suddivisa in numerosi provvedimenti legislativi; si aggiunga – circostanza di non poco conto- che interi settori usufruiscono di discipline speciali: la scuola²⁸⁷, le istituzioni dell’Alta Formazione Artistica, Musicale e Coreutica (AFAM)²⁸⁸, la sanità²⁸⁹, le fondazioni lirico-sinfoniche²⁹⁰, gli enti pubblici di ricerca²⁹¹ (e, come questi ultimi, l’INAIL e l’ANPAL²⁹²).

Una disciplina della flessibilità già di per sé “scomposta” – in quanto organizzata, da una parte, alla stregua di apparato regolativo autonomo, dall’altra, specializzata per interi settori pubblici- ha preceduto, dunque, la riforma del 2015/2017 ed è anche per tale presupposto sistematico (o meglio a-sistematico) che la riforma – per rispondere alla prima domanda- ha inciso poco sulle forme flessibili di impiego, operando solo ritocchi di disciplina, concentrati sugli artt. 7 (*infra*, § 3) e 36 del T.U. (*infra*, §§ 4-5).

In ragione di tale premessa, non essendo possibile esaminare tutte le fattispecie flessibili di lavoro e le diverse discipline settoriali, ci si limiterà, in questo contributo, ad un’analisi delle norme di applicazione tendenzialmente generale (*in primis* quelle del T.U.), con qualche approfondimento relativo alle specificità – legislative e giurisprudenziali- dei settori scolastico e AFAM.

Ci si concentrerà, inoltre, sui contratti a tempo determinato e sugli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo.

²⁸⁶ Come da più rilevato (v., per tutti, L. Zoppoli, *La “riforma Madia” del lavoro pubblico*, Treccani. *Il libro dell'anno del diritto*, 2018), la “riforma Madia” non ha infatti operato il previsto riordino della normativa (v., fra le deleghe di semplificazione, quella in materia di «*lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa*» prevista dall’art. 16, co. 1, lett. a), l. n. 124/2015).

²⁸⁷ Si ricorda che l’art. 29, co. 2, lett. c), d. lgs. n. 81/2015 (*Esclusioni e discipline specifiche*) esclude dal campo di applicazione della disciplina dei contratti a termine i «*contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze e con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale*», mentre il nuovo co. 5-*quinquies* dell’art. 36 sottrae il personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) delle scuole *statali* e degli *enti locali* - assieme al personale del settore AFAM- alle regole poste dal medesimo articolo, salva l’applicabilità delle misure sanzionatorie previste dal co. 5 (v. *infra*, § 5). In argomento v. C. Russo, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella scuola statale*, in P. Saracini e L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Editoriale Scientifica, 2017, 281; M. Gissi, *Il nuovo precariato della scuola pubblica*, in M. Cerreta, M. Riommi, *Le recenti riforme dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni e della scuola pubblica*, Giappichelli, 2016, 105; F. De Cuià, *La buona scuola nella legge n. 107/2015*, *ibidem*, 205.

²⁸⁸ Nel settore, dopo la legge di riforma delle Accademie, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati (l. n. 508/1999), è intervenuto il d.l. n. 104/2013, conv. in l. n. 128/2013. Tanto la legge del 1999, quanto il successivo d.l. n. 104/2013 avevano previsto l’emanazione di un Regolamento per la programmazione e il reclutamento del personale docente e tecnico-amministrativo delle Istituzioni AFAM, la cui adozione, preannunciata alla fine del 2017 dalla circolazione di una bozza, per quel che consta, non è ancora avvenuta (v. lo *Schema di Decreto del Presidente della Repubblica concernente Regolamento recante le procedure e le modalità per la programmazione e il reclutamento del personale docente e del personale amministrativo e tecnico del comparto AFAM*). Disposizioni specifiche sulle graduatorie nazionali e sulle stabilizzazioni del personale docente e tecnico-amministrativo del settore sono state, invece, introdotte dalla legge di bilancio per il 2018 (l. n. 205/2018, art. 1, co. 653 e 655).

²⁸⁹ Sulla flessibilità in entrata nel settore sanitario, v. per tutti, F. Liguori, A. Zoppoli, *La sanità flessibile*, Ed. scientifica, 2012; più specificamente, sul contratto a tempo determinato, E. D’Avino, *Il comparto sanità: uno stress test per la disciplina del contratto a termine nel lavoro pubblico*, *LPA*, 2018, n. 2, 43; E. D’Avino, M. Esposito, *Il contratto a termine nella sanità pubblica*, in P. Saracini e L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro*, cit., 257.

²⁹⁰ Si ricorda pure che in base all’art. 29, c. 3 «*al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all’articolo 19, commi da 1 a 3, e 21*».

²⁹¹ Interessati dal d. lgs. n. 218/2016 ed indicati dal suo art. 1, co. 1.

²⁹² Entrambi soggetti alla medesima disciplina degli enti pubblici di ricerca, ex art. 19, co. 4, d. lgs. n. 218/2016.

Come nel “privato”, lavoro a termine e collaborazioni autonome sono stati strumenti privilegiati anche dalle pp.aa. per incrementare la flessibilità in entrata, tanto è vero che nella fase iniziale del processo di privatizzazione ne erano stati uniformati alcuni aspetti di disciplina, primo fra tutti, il divieto di prestazioni superiori a tre mesi²⁹³.

Nei decenni successivi, tanto l’impiego di lavoratori assunti con contratti a tempo determinato, quanto il coinvolgimento di collaboratori esterni sono stati utilizzati “a piene mani” in tutti i settori pubblici, anche per fronteggiare vuoti di organico e necessità strutturali²⁹⁴. La macroscopica alterazione funzionale dei due istituti e la “precarizzazione” di personale che ne è derivata sono state causa di una forte e ripetuta domanda di stabilizzazione, che, come si vedrà, ha fortemente condizionato anche i contenuti dell’ultima riforma.

2. Limiti all’uso del lavoro flessibile e superamento del precariato. Dalla delega al d. lgs. n. 75/2017: stabilizzazioni e divieto di instaurazione di ulteriori rapporti di lavoro flessibile.

Per provare a rispondere al secondo interrogativo- esiste o no un nesso fra la disciplina della flessibilità e altre parti della riforma- occorre partire dalle indicazioni della delega.

Il legislatore delegante aveva chiaramente dichiarato due intenti: limitare l’uso del lavoro flessibile e ridurre il precariato. L’intenzione era ben scolpita nei criteri direttivi delle lett. a) e o) del co. 1 dell’art. 17, l. n. 124/2015, disposizione dedicata al *Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, dalla cui combinazione potevano trarsi, in sintesi, due indicazioni: (1) introduzione di un modello di procedure concorsuali contraddistinto da «*meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l’esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche*»²⁹⁵; (2) individuazione di «*limitate e tassative fattispecie*» di lavoro flessibile²⁹⁶.

Se si prova ad immaginare una traiettoria che percorre il d. lgs. n. 75/2017, attraversandone alcune delle disposizioni principali, possono scorgersi quattro segmenti, che, in sequenza, collegano l’art. 4 (di modifica della disposizione del T.U. riguardante l’organizzazione degli uffici e i fabbisogni di personale: l’art. 6 d. lgs. n. 165/2001) e l’art. 20 – disposizione, quest’ultima, sganciata dalla novella del T.U. e specificamente dedicata al *Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni* e cioè, in sostanza, alle procedure di stabilizzazione²⁹⁷. Ognuno di tali

²⁹³ Art. 3, co. 23, l. n. 537/1993. Per entrambe le fattispecie il divieto verrà rimosso (con l’abrogazione della richiamata disposizione) dall’art. 43, co. 4, d. lgs. n. 80/1998.

²⁹⁴ Cfr. i dati Aran relativi all’impiego di personale a tempo determinato e con contratto di collaborazione coordinata e continuativa nelle pp.aa.- serie 2014-2016, dati aggiornati al 3/09/2018 (<https://www.aranagenzia.it/statistiche-e-pubblicazioni/dati-statistici.html>) -, dai quali emerge che l’impiego delle collaborazioni si è soprattutto concentrato, in quegli anni, nei settori del SSN, di Regioni/enti locali e dell’Università.

²⁹⁵ Si riporta per intero il testo della lett. a): «*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*».

²⁹⁶ Si riporta per intero il testo della lett. o): «*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*».

²⁹⁷ In argomento v. L. Fiorillo, *La stabilizzazione del personale precario*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit.; G. Ricci, *L’impatto della “riforma Madia” (e delle più recenti misure del governo “gialloverde”) sulla dimensione macro-organizzativa: programmazione dei fabbisogni, concorsi, stabilizzazioni*, in q. Volume; G. Fontana, *La strana storia*, cit.; A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La

segmenti rappresenta, per così dire, un “punto di caduta” dei criteri indicati dalle lett. a) e o) dell’art. 17 della l. n. 124/2015.

Il primo è contenuto nella nuova disciplina della organizzazione degli uffici e dei fabbisogni di personale e consiste nella necessità che le pp.aa. definiscano la loro organizzazione adottando i PTFP, allo scopo di «*ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini (...) in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance*» (art. 4, c. 2); il secondo segmento è costituito dalla disciplina delle due procedure di stabilizzazione riservate ai lavoratori a termine (art. 20, co. 1, cd. stabilizzazione “automatica”) e ai lavoratori titolari di un contratto di lavoro flessibile (art. 20, co. 2, cd. stabilizzazione “tramite concorso riservato”); entrambe le procedure sono finalizzate a «*superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato*» (art. 20, c. 1)²⁹⁸. Il terzo segmento è il divieto di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibili per le professionalità interessate dalle procedure di stabilizzazione fino al termine delle procedure (art. 20 co. 5); il quarto coincide, infine, con la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione fino alla loro conclusione e, dunque, anche oltre i 36 mesi (art. 20 co. 8)²⁹⁹.

È evidente che all’insieme di queste disposizioni viene assegnato il compito di bonificare dai molti sedimenti di precariato la vasta area delle pp.aa., rivelatesi, in tutti i settori, incapaci di (o impossibilitate a) gestire in modo fisiologico le forme contrattuali di lavoro flessibile. Per far ciò il legislatore ha richiesto di garantire, innanzitutto, una efficace e consapevole politica del personale, attraverso (a) adeguate programmazioni dell’attività complessiva (e degli obiettivi di *performance* organizzativa) e (b) una organizzazione degli uffici basata sui PTFP, finalizzati proprio ad ottimizzare l’acquisizione e la distribuzione delle risorse umane. Ha stabilito che, «*nell’ambito del piano, le pp.aa. curino l’ottimale distribuzione delle risorse umane, attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità*»³⁰⁰ e che, «*in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni*», le medesime avviino le procedure di stabilizzazione (art. 20, co. 1, d. lgs. n. 75/2017). Né va dimenticato- sebbene non si tratti di disposizione nuova- che, al fine di prevenire il precariato, le pp.aa. devono sottoscrivere i «*contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle*

quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», LPA, 2017 – numero unico, 84, ove anche riferimenti alle precedenti esperienze di stabilizzazione.

²⁹⁸ Si ricorda che sono due le tipologie di stabilizzazione previste dall’art. 20, commi 1 e 2: (a) assunzione a tempo indeterminato di dipendenti a tempo determinato, in servizio al 28 agosto 2018, che abbiano maturato, negli ultimi otto anni, tre anni (anche non continuativi) alla data del 31 dicembre 2017, a condizione che si tratti di soggetti reclutati con concorso (art. 20, co. 1); (b) concorsi con riserva di posti (sia pure limitata al 50%) ai titolari di rapporti di lavoro flessibili con almeno tre anni di contratto sempre negli ultimi otto anni (art. 20, co. 2). Chiarimenti sulla applicazione delle due procedure di stabilizzazione agli enti pubblici di ricerca e al SSN, nonché- sul versante dei lavoratori- ai lavoratori socialmente utili, nella Circ. del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 3 del 23 novembre 2017.

²⁹⁹ Non sembra pertanto ipotizzabile un eccesso di delega, astrattamente prospettato da A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato* cit., 93; gli indicati criteri direttivi appaiono più che un semplice “appiglio” per il legislatore delegato e le norme del d. lgs. n. 75/2017 sulle stabilizzazioni.

³⁰⁰ Cfr. l’art. 6 (come modificato dall’art. 4 del d. lgs. n. 75/2017), gli artt. 30 ss. del d. lgs. n. 165/2001 e, in questo fascicolo, il contributo di G. Ricci, *L’impatto della “riforma Madia”*, cit., nonché i commenti di M. D’Onghia, *Il fabbisogno del personale pubblico e le politiche di reclutamento tra nuove sfide e riduzione dei costi*, RGL, 2018, I, 435; Ead., *Organizzazione degli uffici e superamento delle dotazioni organiche*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 77; G. Gentile, *Il reclutamento del personale pubblico*, *ibidem*, 95; A. Riccobono, *La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la “Riforma Madia”*, Cedam, 2018, 21.

proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato» (art. 36, co. 2, d. lgs. n. 165/2011).

Per rispondere, dunque, alla seconda domanda, appare evidente che nella sequenza immaginata il tema del lavoro flessibile- declinato nell'art. 20 (commi 5 e 8) in termini di divieti e possibilità di proroghe – è intrecciato a quello della previsione dei fabbisogni, della efficacia delle procedure di reclutamento, dei concorsi e delle stabilizzazioni. Sembra chiaro che il legislatore delegato ha considerato i rapporti di lavoro flessibili alla luce di altri obiettivi generali della riforma: il corretto funzionamento dei PTFP e l'affidamento, per così dire, predittivo che ne dovrebbe conseguire in termini di risorse umane necessarie al funzionamento dell'amministrazione; le nuove procedure concorsuali, contraddistinte anche da meccanismi finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale di coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le pp.aa. ed, infine, le stabilizzazioni; tutto ciò a valle di (e in coerenza con) una efficace attività di programmazione complessivamente intesa.

Le risposte ai primi due interrogativi danno già il senso di una riforma complessivamente modesta nella disciplina dei lavori flessibili, innovata solo per frammenti – in realtà una “non riforma”, come si vedrà- che lascia rilevanti lacune su profili cruciali della disciplina.

(II)

3. La disciplina sostanziale della flessibilità in entrata: incarichi individuali di lavoro autonomo e divieti di collaborazioni etero-organizzate: l'art. 7 del d. lgs. n. 165/2001 dopo la novella del 2017 (art. 5, d. lgs. n. 75/2017).

Su queste basi, è possibile entrare nel vivo dell'analisi delle disposizioni che il d. lgs. n. 75/2017 ha “inciso” nel T.U., esaminando, innanzitutto, le modifiche apportate (dall'art. 5 del d. lgs. n. 75/2017) ai commi dell'art. 7 del T.U. che riguardano gli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo³⁰¹.

Per fugare immediatamente un equivoco, occorre chiarire che le novità della riforma non sono quelle diffuse dalla stampa all'indomani dell'approvazione del d. lgs. n. 75/2017. Non è vero che la “riforma Madia” ha posto (e ha posto subito) fine all'utilizzo delle cdd. collaborazioni autonome nel settore pubblico.

Innanzitutto, e in linea con quanto già stabilito dall'art. 2, u.co., del “codice dei contratti” (d. lgs. n. 81/2015)³⁰², il d. lgs. n. 75/2017 ha solo previsto il divieto delle collaborazioni autonome *etero-organizzate*.

Un nuovo comma – il co. 5-bis – dell'art. 7 del T.U. ha infatti ribadito l'impossibilità che le pp.aa. stipulino contratti di collaborazione che si concretino in «prestazioni di lavoro esclusivamente

³⁰¹ Tali commi, sino alla riforma del 2015-2017, andavano dal 6 al c. 6-*quater* mentre sono oggi anticipati dal (nuovo) c. 5-*bis*.

³⁰² Art. 2, co. 4, d. lgs. n. 81/2015: «Fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni, la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione nei confronti delle medesime. Dal 1° gennaio 2017 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1».

personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

Il divieto non investe, dunque, tutti i rapporti di collaborazione, ma unicamente quelli in cui il lavoro del collaboratore è “etero-organizzato”.

È infatti noto che l’ordinamento definisce ormai due tipi di collaborazione personale e continuativa, entrambi di natura autonoma: (a) le collaborazioni «organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”- collaborazioni etero-organizzate³⁰³ che, nel settore privato e dal 1° gennaio 2016, si avvantaggiano della disciplina del rapporto di lavoro subordinato – e (b) quelle semplicemente coordinate, nelle quali le modalità del coordinamento sono «stabilite di comune accordo dalle parti» ma «il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa»³⁰⁴.

Se il divieto interessa, dunque, le sole collaborazioni etero-organizzate, rimangono lecite le collaborazioni nelle quali è assente qualsivoglia potere organizzativo del committente/p.a., come si è affrettata a chiarire la circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica adottata all’indomani dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 75/2017³⁰⁵.

Non è vero, inoltre, che la riforma ha posto subito fine all’utilizzo delle collaborazioni etero-organizzate nel settore pubblico.

Gli slittamenti del dies a quo del divieto sono stati tanto numerosi da attraversare due legislature e un paio di leggi di bilancio: il termine del 1 gennaio 2017 – inizialmente fissato dal d. lgs. n. 81/2015 (art. 2) – è stato dapprima spostato al 1° gennaio 2018 (dal d.lgs. n. 75/2017³⁰⁶), poi al 1° gennaio 2019 (dalla legge di bilancio per il 2018³⁰⁷) e, infine, al 1 luglio 2019 (dall’ultima legge di bilancio³⁰⁸).

Se è possibile che questi slittamenti siano stati disposti per permettere, attraverso la proroga dei contratti già stipulati, la maturazione del requisito temporale richiesto per la partecipazione alle procedure di stabilizzazione³⁰⁹, l’impressione è che sia venuta meno la risolutezza con la quale il legislatore, sia del Jobs Act che della “riforma Madia”, aveva pensato di porre fine alle collaborazioni etero-organizzate nelle pp.aa. A dispetto del perentorio tenore letterale del co. 5-bis dell’art. 7, di fatto, è ancora consentito alle pp.aa. di stipulare contratti di collaborazione

³⁰³ Art. 2, co. 1, del d. lgs. n. 81/2015: «A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

³⁰⁴ Nel solco dell’intervento realizzato dal legislatore del Jobs Act (con l’art. 2 del d.lgs. n. 81/15), a distanza di meno due anni, la l. n. 81/2017 ha introdotto una nuova norma sulle collaborazioni coordinate e continuative; il legislatore del 2017 ha infatti aggiunto un periodo all’art. 409, n. 3, c.p.c., che, nel testo novellato, segue le parole «anche se non a carattere subordinato». Il segmento normativo aggiunto prevede che «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». Per richiami all’amplissima dottrina di commento alle disposizioni richiamate alle note 32 e 33, si rinvia ad A. Alaimo, *Lo “Statuto dei lavoratori autonomi”: dalla tendenza espansiva del diritto del lavoro subordinato al diritto dei lavori. Verso una ulteriore diversificazione delle tutele?*, *NLCC*, 2018, 3, 589.

³⁰⁵ Circ. cit. alla nota 30.

³⁰⁶ Art. 22, co. 8.

³⁰⁷ Art. 1, co. 1148, lett. h), l. n. 205/2017.

³⁰⁸ Art. 1, co. 1131, lett. f), l. n. 145/2018.

³⁰⁹ Lo suggerisce A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato*, cit., 92. Si ricorda, infatti, che – a fronte di una disposizione che, per via del suo tenore letterale, sembrava consentire la stabilizzazione dei soli lavoratori *subordinati* - il Ministro della Funzione pubblica ha fornito un’interpretazione estensiva dell’art. 20 del d. lgs. n. 75/2017, chiarendo che la cd. stabilizzazione a domanda può essere goduta anche dai collaboratori (circ. nn. 3/2017 e 1/2018). In argomento v. G. Fontana, cit.

contraddistinti anche da profili di etero-organizzazione, a condizione che non venga, ovviamente, superato il confine dell'autonomia e che, dunque, le modalità di svolgimento del rapporto non riversino la fattispecie nell'area della subordinazione.

3.1. (segue) Le regole di conferimento degli incarichi: nulla di nuovo sotto il sole dopo la riforma. *Le garanzie dei compensi nella disciplina del lavoro autonomo* (l. n. 81/2017 e d.l. n. 148/2017 conv. in l. n. 172/2017).

Cosa cambia invece nella disciplina delle collaborazioni autonome semplicemente *coordinate*, già regolate dal comma 6 dell'art. 7 T.U.?

Sinteticamente può dirsi che cambia poco.

Alla disposizione che già dal 1993 disciplina gli incarichi individuali³¹⁰ vengono, oggi, apportati alcuni cambiamenti lessicali, il più significativo dei quali rinvia alla già richiamata distinzione tra collaborazioni (autonome ma) *etero-organizzate* e collaborazioni (autonome ma) semplicemente *coordinate*.

Viene soppressa l'espressione «*contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa*», presente sin dal 2006 nel co. 6 dell'art. 7, alla quale si sostituisce quella di «*incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo*», locuzione che rende meno equivoca l'afferenza degli incarichi all'area del lavoro autonomo.

Viene inoltre cancellato l'obbligo di indicare nel contratto il "luogo" della collaborazione; soppressione necessaria a rimarcare la differenza fra le collaborazioni *coordinate*, nelle quali l'autonomia del lavoratore consiste anche nella scelta del luogo e del tempo della prestazione, e le vietate collaborazioni *etero-organizzate*, nelle quali la predeterminazione del luogo e del tempo della prestazione da parte del committente costituiscono elementi centrali della etero-organizzazione³¹¹.

Per il resto, permangono sia la necessità che le pp.aa. disciplinino e rendano pubbliche, per il conferimento degli incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo, procedure comparative (art. 7, c. 6-*bis*), sia il generale presupposto di tipo soggettivo, per cui gli incarichi devono essere conferiti dalle pp.aa. ad «*esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria*» o, altrimenti, a «*professionisti iscritti in ordini o albi o con soggetti che operino nel campo dell'arte, dello spettacolo, dei mestieri artigianali o dell'attività informatica nonché a supporto dell'attività didattica e di ricerca, per i servizi di orientamento, compreso il collocamento, e di certificazione dei contratti di lavoro (...) ferma restando la necessità di accertare la maturata esperienza nel settore*» (art. 7, co. 6).

³¹⁰ L'espressione «*incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa*», al pari dell'elenco dei presupposti (soggettivi e non) di legittimità degli incarichi vengono inseriti per la prima volta nel co. 6 dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223 conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248 (art. 32) e mantenuti dalle modifiche apportate all'art. 7 dalle successive leggi n. 244/2007 (art. 3, c. 76) e n. 133/2008, di conv. del d.l. n.112/2008 (art. 46).

³¹¹ Per una spiegazione dei tratti caratteristici dell'intervento "organizzativo" del committente proprio in termini di organizzazione di *tempo* e *luogo* della prestazione v. A. ZOPPOLI, *La collaborazione etero-organizzata: fattispecie e disciplina*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT – 296/2016, al quale si rinvia anche per riferimenti alla molto discussa differenza fra il potere organizzativo del committente, ex art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015, e il più "globale" potere direttivo datoriale, tipico, invece, della subordinazione (art. 2094 c.c.). Per una posizione più scettica rispetto alla possibilità di distinzione fra etero-direzione ed etero-organizzazione, v. G. Santoro Passarelli, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 4 c.p.c.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 278/2015

Invariati rimangono anche i quattro presupposti di legittimità indicati dalle lettere a), b), c), d) del co. 6 dell'art. 7.

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»;

b) «l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno», sicché prima di avviare l'iter procedimentale per l'affidamento di un incarico esterno, la medesima dovrà effettuare una puntuale ricognizione per verificare l'assenza di strutture organizzative e/o professionalità interne in grado di far fronte all'esigenza sottesa all'incarico³¹²;

c) «la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico»;

d) devono essere, infine, preventivamente determinati durata (non più lungo), oggetto e compenso della collaborazione³¹³.

A questo proposito si ricorda che la l. n. 81/2017 (cd. "Statuto del lavoro autonomo") ha esteso ai rapporti fra le pp.aa. e i lavoratori autonomi la tutela nelle transazioni commerciali apprestata a favore delle imprese (d.lgs. n. 231/2002); transazioni definite (sia nel decreto in parola che nella trasposta dir. 2000/35/CE sulla lotta contro i ritardi di pagamento), infatti, come «*contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni, che comportano, in via esclusiva o prevalente, la consegna di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo*» (art. 2, co. 1, lett. a, d.lgs. n. 231/02).

La principale tutela che per questa via è dunque estesa ai rapporti fra lavoratori autonomi e pp.aa. riguarda il pagamento dei compensi, i quali, in base al d.lgs. n. 231/02, dovranno essere effettuati entro 30 giorni dall'emissione della fattura (o, al massimo e su diverso accordo scritto fra le parti, entro 60)³¹⁴, mentre, in caso di ritardato pagamento, gli interessi di mora decorreranno automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora (art. 4, comma 2°, d.lgs. n. 231/02)³¹⁵.

³¹² V., fra le tante, Corte Conti, Sez. centr. contr. n. SCCLEG/11/2016/PREV del 25.8.2016; Corte Conti, Sez. contr. Piemonte n. 194/2014/SRCPIE/VSGO del 26.9.2014.

³¹³ Vanno anche ricordati gli obblighi di pubblicazione concernenti i titolari di incarichi di collaborazione o consulenza dettati dal "decreto trasparenza" (d. lgs. n. 33/2013, art. 15), in base al quale le pubbliche amministrazioni sono tenute a pubblicare le informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza, mantenendo aggiornati, sui rispettivi siti istituzionali, gli elenchi dei propri consulenti ed indicando l'oggetto, la durata e il compenso degli incarichi. È previsto, in particolare, l'obbligo di pubblicare le seguenti informazioni: estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; *curriculum vitae*; dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione, o lo svolgimento di attività professionali; i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato (art. 15, co. 1). Gli obblighi di pubblicazione e comunicazione costituiscono condizioni per l'acquisizione di efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi (art. 15, co. 2). Sulle conseguenze disciplinari di tali obblighi, v. *infra*, il § 5.2.

³¹⁴ Si ricorda, inoltre, che il d. lgs. n. 231/02 (all'art. 7) prevede, in ogni caso, la nullità dell'«accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento» che «risulti gravemente iniquo in danno del creditore».

³¹⁵ Sulle ulteriori regole – sostanziali e processuali – che favoriscono il soddisfacimento e il recupero dei crediti si rinvia ad A. Alaimo, *Lo "Statuto dei lavoratori autonomi"*, cit., 610-611; A. Perulli, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, RIDL, 2017, I, 173.

Anche la recente disciplina dell'equo compenso dei *professionisti* è stata estesa, infine, ai rapporti che gli stessi intrattengono con le pp.aa. Il d.l. n. 148/2017, conv. (con modificazioni) in l. n. 172/2017 (art. 19-*quaterdecies*, co. 3), ha infatti esplicitato che «*la pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*».

Entrambe le estensioni (tutela nelle transazioni commerciali e disciplina dell'equo compenso dei *professionisti*) appaiono apprezzabili, innanzitutto da un punto di vista sistemico, dal momento che l'apparato protettivo *del lavoro autonomo* è ormai unico, sia nei confronti dei committenti privati che dei committenti/pp.aa., come unica è la garanzia dell'equo compenso per i lavoratori autonomi *professionisti*.

Certo, l'ordinamento ha lasciato una lacuna che difficilmente potrà essere colmata con riguardo alle sole pp.aa. Le disposizioni sull'equo compenso sono, infatti, esclusivamente riferite al lavoro autonomo *professionale* sicché, al di là del suo impatto mediatico, la disciplina contenuta nella l. n. 172/2017 ha poco a che vedere con una generalizzata garanzia di compenso – minimo ed equo – a favore di *tutti* i lavoratori autonomi che intrattengono rapporti con i datori di lavoro pubblici (oltre che privati, ovviamente).

Se però si pensa che sono proprio le pp.aa. le principali responsabili di gravi prassi di ritardi nei pagamenti e di inadeguatezza dei compensi³¹⁶, l'estensione delle due garanzie (tutela nelle transazioni commerciali ed equo compenso dei *professionisti*) anche alle pp.aa. rappresenta, comunque, un passo avanti nella razionalizzazione e nella disciplina anti-elusiva della flessibilità in entrata nelle pa.aa.

4. I contratti a termine, il nuovo art. 36 e l'esclusione delle pp.aa. dall'ambito di applicazione della disciplina del lavoro a termine novellata dal "decreto dignità"

L'ennesima riscrittura dell'art. 36 del T.U. è oggi anticipata da una nuova rubrica: Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile³¹⁷.

A dispetto della nuova veste, nel corpo della disposizione non si scorgono, tuttavia, grossi cambiamenti. Si è già visto che le novità più significative si legano al circuito delle stabilizzazioni e sono contenute nell'art. 20 (co. 5 e 8) del d. lgs. n. 75/2017; non si tratta, dunque, di innovazioni della disciplina generale, che, solo in quanto tali, avrebbero meritato l'innesto nell'art. 36 T.U.

³¹⁶ Si ricorda che sono recentissime le pressioni per porre fine alle prestazioni professionali gratuite o sottopagate nelle pp.aa. Di poche settimane fa è la petizione "*#iononlavorogratis*" di Confprofessioni, Acta, Apiqa Cgil e vIVAce con la quale si è chiesto di dare immediata attuazione (possibilmente con il prossimo Documento di Economia e Finanza) alla norma sull'equo compenso, che è «sistematicamente disattesa dalle Pubbliche amministrazioni» in quanto, ad avviso dei proponenti, «ministeri, regioni, comuni, enti centrali e locali continuano (...) ad affidare incarichi ed emanare bandi in cui il lavoro gratuito dei professionisti è la regola» (G. Parente, *L'equo compenso entra anche nel Def. Al via il confronto, Il sole24ore*, 4.4.2019).

³¹⁷ Nel sostituirsi alla precedente rubrica – *Utilizzo di contratti di lavoro flessibile* – l'attuale reca, come unica novità, il riferimento esplicito al lavoro a tempo determinato e sottolinea, con ciò, la centralità del lavoro a termine e della somministrazione a tempo determinato fra le forme flessibili di impiego utilizzate dalle pp.aa.

Resta immutato, dunque, il principio dell'assunzione «esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato» (co.1)³¹⁸. Il principio e il suo possibile collegamento alle nuove norme sui PTFP (art. 6 T.U.) lasciano ben intendere che l'elemento caratteristico del reclutamento pubblico è il fabbisogno ordinario, che, attraverso il “piano”, dovrà esprimersi in un coefficiente quantitativo e qualitativo delle risorse umane necessarie allo svolgimento degli ordinari compiti e funzioni delle singole amministrazioni.

Malgrado la riscrittura del comma 2 dell'art. 36, rimane invariata anche la necessità di stipulare contratti di lavoro flessibile «soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35»³¹⁹.

Sulla falsariga della precedente versione, ma con alcune sottrazioni³²⁰, vengono inoltre indicate, nell'incipit del 2° comma, tre forme contrattuali flessibili – i contratti a tempo determinato, i contratti di formazione e lavoro e i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato³²¹ - e posti due rinvii al codice dei contratti (d. lgs. n. 81/2015): «i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81»; «i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato sono disciplinati dagli articoli 30 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro».

Limitando il discorso al lavoro a termine, si sottolinea subito ciò che il rinvio lascia immaginare e cioè una parificazione normativa fra privato e pubblico. Si tratta, tuttavia, di un'idea ingannevole poiché- non da ora- sono molti i profili di divergenza della disciplina del lavoro a termine nei due settori e che neanche le più recenti riforme – la “Madia” e il “decreto dignità” – hanno allineato le normative, che ancora rimangono distanti sia nei precetti che nelle sanzioni (v., infra, § 5).

La prima grossa differenza riguarda le regole che governano l'accesso ai contratti a termine, per via della presenza, nel “pubblico”, della regola della causalità, che si contrappone alla tendenziale - seppure ormai ridotta- a-causalità nel privato.

È noto che nel lavoro pubblico l'applicazione dell'art. 36, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 esige, secondo la già richiamata formulazione, che i rapporti a termine si instaurino per «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», mentre nel settore privato, dal cd. “decreto Poletti”

³¹⁸ Si riporta la formulazione attuale del comma 1: «Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35».

³¹⁹ Sino al decreto dell'agosto 2013 del Governo Letta (d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013) il legislatore ammetteva l'utilizzo delle tipologie flessibili in presenza di «esigenze temporanee ed eccezionali», mentre da quel momento in poi la formulazione è diventata «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale». Sull'ampliamento dell'uso della flessibilità attribuibile alla nuova formulazione per il passaggio dalla congiunzione “e” alla disgiuntiva “o” v., per tutti, V. De Michele, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato*, http://www.europeanrights.eu/public/comments/Commento_De_Michele_copy_1.pdf, 23; L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti e le clamorose pronunce del 2013: con risorse insufficienti continuano i colpi di scena*, *DLM*, 2013, 524; da ultimo, A. Garilli, *Misure di contrasto al precariato*, cit., 91. Poco rilevante sembra invece l'aggiunta, da parte della “riforma Madia”, dell'attributo “comprovate”, dato che, anche in precedenza, la dimostrazione dei requisiti necessari all'utilizzo delle tipologie flessibili era a carico delle pp.aa.

³²⁰ La formulazione precedente la novella del 2017 faceva infatti riferimento agli “altri rapporti formativi” e al lavoro accessorio, oltre che ai contratti a tempo determinato, alla somministrazione di manodopera e ai contratti di formazione lavoro.

³²¹ Il breve elenco, peraltro, non tiene conto che al CFL non si adatta la limitazione delle esigenze di carattere temporaneo o eccezionale (P. Saracini, *L'apprendistato e il contratto di formazione e lavoro*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 197).

(d.l. n. 34/2014 conv. in l. n. 78/2014) al “decreto dignità” (art. 1 d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018), l’assetto regolativo della materia è rimasto incentrato sulla regola della “a-causalità”³²².

È vero che le innovazioni recentemente apportate alla disciplina dei contratti a termine nel “privato” moderano, anche in questo settore, la precedente possibilità di ricorrere a contratti a termine a-causali (rendendo le causali necessarie nei contratti di durata superiore ai 12 mesi e, comunque, in occasione dei rinnovi di contratti di durata inferiore) e che ciò crea un apparente avvicinamento delle discipline. Ma è anche vero che si tratta di un avvicinamento più apparente che reale, smentito dalle stesse disposizioni del “decreto dignità”. Non tanto per le diverse formule usate dal suo art. 1 per declinare le (nuove) cause giustificative nel “privato” - «esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze sostitutive di altri lavoratori; b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria» (nuovo co. 1, lett. a e b dell'art. 19, d. lgs. n. 81/2015) – le quali, pur differenziandosi dalla più sintetica causale dell'art. 36 del T.U., non generano, alla fin fine, una discrepanza eccessiva tra il settore privato e quello pubblico³²³; quanto per effetto delle consuete norme di esclusione, inserite da un legislatore forse troppo frettoloso nel “decreto dignità”.

In coda alle modifiche apportate agli artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, nell'art. 1, co. 3, del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018, è stata infatti inserita una norma di esclusione in base alla quale i nuovi artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, al pari degli artt. 2 e 3 del d.l. n. 87/2018 (rispettivamente contenenti le nuove norme sulla somministrazione e l'indennità di licenziamento) «non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto»³²⁴.

Da una parte, dunque, l'art. 36, co. 2, nel testo novellato dalla “riforma Madia”, continua a rinviare al d. lgs. n. 81/2015; dall'altra il “decreto dignità”, con disposizione dal tradizionale tenore “esclusivo”, neutralizza il rinvio per numerosi profili di disciplina.

Il risultato è un groviglio interpretativo, dal momento che l'(apparente) effetto di parificazione generato dal rinvio dell'art. 36 alla disciplina dei rapporti a tempo determinato contenuta negli artt. 19 e seguenti del d.lgs. n. 81/2015 è, in parte, disattivato dalla norma di esclusione testé richiamata.

Ciò fa nascere, innanzitutto, una perplessità di ordine giuridico: il legislatore della più recente riforma del lavoro a termine nel settore privato ammette che norme implicitamente abrogate (i vecchi artt. 19, 21 e 28 del d. lgs. n. 81/2015, il cui testo viene riscritto da disposizioni successive

³²² Com'è noto, il principio di causalità, che subordinava la conclusione del contratto a tempo determinato alla sussistenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (vecchio art. 1, c. 1, d. lgs. n. 368/2001) è venuto meno a seguito delle riforme operate, prima dalla l. n. 92/2012 (cd. legge Fornero), poi dal d.l. n. 34/2014 (conv. in l. n. 78/2014), provvedimenti con i quali si è dato ampio spazio alla stipulazione di contratti a tempo determinato cdd. a-causali. Sulle novità di quella fase v., per tutti, M. Miscione, *I contratti di lavoro “acausali”, a termine ed interinali*, LG, 2014, fasc. 12- Suppl., 5.

³²³ Analogamente a quanto ormai previsto nel settore privato, la “temporaneità” del “pubblico” impone che ricorrano ragioni temporalmente limitate ed esclude, dunque, situazioni di normale andamento dell'attività amministrativa; in quanto tale, essa può, riguardare, inoltre, qualsiasi ipotesi di sostituzione di lavoratori assenti. Mentre la “eccezionalità” dell'art. 36 richiama la straordinarietà dell'attività o dell'evento, in termini anche di imprevedibilità e occasionalità (così V. Speciale, *Lavoro a termine*, in *Enc dir.*, Annali, Giuffrè, 2016, 525), e, pertanto, appare simile alle ragioni indicate dal nuovo co. 1, lett. b, art. 19, d. lgs. n. 81/2015.

³²⁴ La disposizione (art. 1, co. 3, d.l. n. 87/2018) è equivalente all'omologa disposizione “esclusiva” sui limiti dell'indennizzo previsto per il licenziamento ingiustificato; è inoltre in linea con le esclusioni riguardanti settori specifici della p.a., già contemplate dall'art. 29, co. 2, lett c) e co. 3, d. lgs. n. 81/2015.

e cioè dall'art. 1 del d.l. n. 87/2018) possano produrre effetti e siano pertanto applicabili ad un intero settore, quello pubblico³²⁵. La tecnica legislativa – che tiene in vita due diverse versioni delle medesime disposizioni di legge³²⁶ – è discutibile ed è probabile che sia anche il prodotto della fretta con cui è stato adottato il “decreto dignità”, che in qualche modo interrompe la direzione di marcia proseguita³²⁷ dalla “riforma Madia”, frenando l’ennesimo tentativo di convergenza di regole del “pubblico” e del “privato”.

Per venire al piano delle discipline, ciò significa che nel settore pubblico continuano ad essere ammessi, per «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», contratti a termine fino a trentasei mesi³²⁸ con possibilità di cinque proroghe (ovviamente, entro l’indicato limite di durata massima); mentre nel privato la necessità di causali scatta dopo i primi dodici mesi, la durata massima dei contratti è, in ogni caso, pari a ventiquattro mesi e il numero massimo di proroghe, nell’arco di ventiquattro mesi, è pari a quattro, con conversione ex lege del rapporto in rapporto a tempo indeterminato dalla quinta proroga. Ai contratti stipulati dalle pp.aa. non si applica, inoltre, il nuovo (e, anche in tal caso, più favorevole per il lavoratore) termine di impugnazione previsto dall’art. 28 del d. lgs. n. 81/2015 (centottanta – anziché centoventi- giorni dalla cessazione del contratto).

Non solo. Per effetto della norma di esclusione testé richiamata (art. 1, co. 3, d. l. n. 87/2018) alle pp.aa. non si applica il nuovo art. 31, co. 2, del d. lgs. n. 81/2015, che, nella versione novellata dall’art. 2 del “decreto dignità”, pone un limite percentuale cumulativo³²⁹ o congiunto³³⁰ che riguarda sia i contratti a tempo determinato che i lavoratori somministrati a termine (il 30%). Mentre nel settore privato tale limite si aggiunge a quello disposto dall’art. 21 del d. lgs. n. 81/2015 per i contratti a tempo determinato (il 20% o il diverso limite contrattualmente previsto), nel “pubblico”, il datore di lavoro non è gravato dal doppio limite e rimane, dunque, svincolato dalla necessità di conteggiare cumulativamente i contratti a tempo determinato e le somministrazioni a termine³³¹.

Per finire, la “riforma Madia” ha previsto la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione anche oltre i 36 mesi (d. lgs. n. 75/2017, art. 20, c. 8); il regime delle proroghe – stabilmente differenziato dal d. l. n. 87/2018 in ragione dei rivitalizzati effetti del precedente testo dell’art. 21, co.1 (cinque proroghe e non

³²⁵ Come osserva L. Oliveri, *Riforma del contratto a termine: non si applica alle p.a.*, *ItaliaOggi* 6.7.2018, «si tratta di una scelta piuttosto ardita», mentre più opportuno sarebbe «produrre una norma nuova e diversa, ripetitiva del contenuto di quella abrogata».

³²⁶ G. Pagliarini, *Decreto dignità e pubblico impiego: problemi di coordinamento del quadro normativo*, in M. Menegotto, P. Rauseri, P. Tomassetti, *Decreto dignità. Commentario al d.l. n. 87/2018 convertito dalla l. n. 96/2018*, Adapt, e-book series, 2018, 43.

³²⁷ Rinvii alle leggi sui rapporti di lavoro flessibili erano presenti anche nel precedente co. 2 dell’art. 36.

³²⁸ L’espressa applicabilità al lavoro pubblico del periodo massimo di utilizzo dei rapporti a termine, in misura pari a 36 mesi, (come dell’intero d. lgs. n. 368 /2001, eccezione fatta per le disposizioni derogate) è stata sancita – come si ricorderà – dal d.l. n. 101/2013 (art. 4, c.1, lett. b) benché, anche in precedenza, l’estensione della disciplina del d. lgs. n. 368/2001 al settore pubblico potesse desumersi dalla generale regola sulle fonti dettata dall’art. 2, c.2, d. lgs. n. 165/2001.

³²⁹ F. Scarpelli, *Convertito in legge il “decreto dignità”: al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, *Giustizia civile.com*, 3 settembre 2018.

³³⁰ P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2018.

³³¹ Rimane, ovviamente, possibile che sia la contrattazione collettiva di comparto a fissare limiti cumulativi, come già prima del “decreto dignità” era avvenuto, del resto, in molti settori privati (*Id.*, 24).

quattro, come nel “privato”)- è stato, pertanto, anche “specializzato” dal d. lgs. n. 75/2017 in ragione dei contingenti obiettivi della “riforma Madia” (le stabilizzazioni)³³².

Inutile dire che, per superare ogni dubbio e fugare ogni perplessità di ordine giuridico, occorrerebbe che il legislatore tornasse sulla disciplina generale del lavoro pubblico flessibile, come del resto aveva suggerito il Consiglio di Stato nel Parere espresso sullo schema di decreto³³³; considerazione che rende quanto mai vera l’affermazione che il d. lgs. n. 75/2017 è «un punto di arrivo incompleto e precario»³³⁴ e lo è ancor di più per la disciplina dei lavori flessibili, specie dopo il groviglio generato dal “decreto dignità”.

Con nuove disposizioni si potrebbe pure replicare il contenuto di quelle che, nel d. lgs. n. 81/2015, precedevano la riforma del 2018 (trentasei mesi con possibilità di cinque proroghe), benché sarebbe più coerente con lo spirito delle novità introdotte nel “privato” (e con la storica ratio dell’art. 36 T.U.) una modifica nel segno dell’equiparazione almeno della durata massima (dodici mesi) e del numero di proroghe (quattro). È vero, infatti, che l’art. 36 del T.U. è ancora più risoluto del d. lgs. n. 81/2015 (e delle sue ultime modifiche) nell’imporre il lavoro a tempo indeterminato come modello prevalente di rapporto di lavoro; pertanto, non si comprende la ragione per cui nel settore pubblico possa essere tollerato un precariato di estensione maggiore rispetto a quello possibile nel privato³³⁵.

È certo, invece, che, per tali aspetti, la diversità di regole esula dall’ambito della «differenziazione regolativa ragionevole»³³⁶ fra i due settori e che almeno in quest’ambito occorrerebbe una convergenza.

Nessuna parificazione normativa dunque? O il rinvio all’art. 19 e ss. del d.lgs. n. 81/2015 segnala, comunque, un persistente tentativo di avvicinamento da parte della “riforma Madia”, non del tutto compromesso dal “decreto dignità”?

A dire il vero, prevale la sensazione che la convergenza sia uno sforzo al quale il legislatore abbia ormai rinunciato³³⁷, benché vi siano disposizioni del d. lgs. n. 81/2015 che il “decreto dignità” non ha incluso nel novero di quelle che «non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni» e che, per effetto del rinvio, continuano validamente ad operare (anche) nel settore pubblico. Si pensi alle regole sulla continuazione del rapporto oltre la scadenza del termine (art. 22) e ai limiti quantitativi legali disposti dall’art. 23 (il 20%).

³³² Il meccanismo (stabilizzazioni e possibilità di proroga dei contratti anche oltre i 36 mesi) riproduce il sistema delle proroghe selettive (sino al 31 dicembre 2016) e delle stabilizzazioni sperimentato dalla legge di stabilità per il 2013 (l. n. 228/2012, art. 1, co. 400); in quel caso le proroghe richiedevano, però, l’intervento del sindacato (il «previo accordo decentrato con le organizzazioni sindacali rappresentative del settore interessato»). Su quella sperimentazione v. L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti*, cit., 501.

³³³ Come si leggeva nel *Parere* formulato dall’Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato dell’11 aprile 2017, «un rilevante profilo di asistematicità dell’intervento riformatore si coglie nella carenza di un puntuale raccordo, che sarebbe stato necessario, oltre che semplicemente auspicabile (stante il puntuale criterio di delega di cui all’art. 17, comma 1, lett. o), concernente la «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 di organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato», con le parallele riforme del lavoro privato (in primo luogo la c.d. legge Fornero, l. n. 92 del 2012, e quelle di cui al c.d. Jobs act, in particolare, d. lgs. n. 23 del 2015 e il d. lgs. n. 81 del 2015). Si suggerisce di porre in essere, sul punto, adeguati interventi normativi».

³³⁴ L. Menghini, *I contratti*, cit., 165.

³³⁵ L. Oliveri, *Riforma del contratto a termine*, cit.

³³⁶ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., *passim*.

³³⁷ Lo pensa anche V. Pinto, *Flessibilità e precarietà*, cit., 2; cfr. pure A. Boscato, *La specialità del lavoro pubblico*, cit. Sull’impatto sistemico di tale rinuncia, che va di pari passo con una spiccata tendenza alla ri-pubblicizzazione e ri-specializzazione del lavoro pubblico si tornerà nel § 6.

A voler ancora concedere qualcosa all'idea della convergenza, può leggersi il rinvio dell'art. 36 all'art. 19 e ss. del d. lgs. n. 81/2015 in termini di necessaria integrazione della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti di disciplina generale dei contratti a tempo determinato.

Ed infatti, mentre la complementarietà della fonte contrattuale collettiva rispetto alla fonte legale è una tradizionale caratteristica della disciplina del lavoro a termine nel "privato", nel nuovo co. 2 dell'art. 36 è venuto a mancare, dopo il d. lgs. n. 75/2017, quell'esplicito richiamo ai contratti collettivi che era presente nel precedente testo³³⁸.

Pertanto, il rinvio alla disciplina del settore privato, contenuto nel co. 2 dell'art. 36, ha anche la funzione di rinsaldare il ruolo regolativo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine nei comparti pubblici³³⁹.

Tutto ciò non solo può essere letto in coerenza con altri aspetti della riforma, che, novellando per la terza volta l'art. 2, co. 2 d. lgs. 165/01, riapre, in molti ambiti³⁴⁰ (benché non in tutti), gli spazi dell'autonomia collettiva³⁴¹, riposizionandola al centro del sistema di regolazione del lavoro pubblico³⁴². Ma è anche in linea con l'atto di indirizzo del Dipartimento della funzione pubblica del luglio 2017- che, come si ricorderà, riguardava la riapertura dei tavoli negoziali nel settore pubblico – nonché col modo in cui la contrattazione di comparto svoltasi nel 2018 ha disciplinato il lavoro a tempo determinato, occupando i tradizionali spazi regolativi: (a) individuazione delle esigenze di carattere temporaneo o eccezionale che, una volta chiusa la fase delle stabilizzazioni, potranno legittimare il ricorso ai contratti a termine; (b) individuazione dei limiti quantitativi massimi di personale utilizzabile a termine, nel rispetto del 20% (art. 23 del d. lgs. 81/15); (c) previsione di deroghe a tali limiti, aggiuntive rispetto a quelle individuate dal d.lgs. n. 81/2015; (d) individuazione dei casi in cui è possibile derogare al limite di durata massima dei 36 mesi; (e) riduzione della durata minima degli intervalli tra un contratto a termine ed un altro (da 10 a 5 e da 20 a 10 nei contratti dell'ultima tornata)³⁴³.

³³⁸ In quella versione il rinvio alla fonte contrattuale collettiva precedeva, anzi, quello al d. lgs. n. 368/2001 e agli altri testi legislativi di disciplina dei rapporti di lavoro flessibili. La soppressione del riferimento ai contratti collettivi nazionali nel co. 2 sembra, tuttavia, compensata dal nuovo co. 2-bis, nel quale il legislatore della riforma ha rimarcato che «i rinvii operati dal decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, ai contratti collettivi devono intendersi riferiti, per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, ai contratti collettivi nazionali stipulati dall'ARAN». Il chiarimento è utile se si considera una precedente prassi amministrativa, che consentiva, in materia, anche interventi derogatori dei contratti collettivi *decentrati*; su tale prassi v. V. Pinto, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in P. Saracini, L. Zoppoli (a cura di), *Riforme del lavoro e contratto a termine*, cit., 236-237.

³³⁹ Con l'avvertenza – lo si ribadisce – che i contratti collettivi sono i soli contratti nazionali stipulati dall'Aran, come il legislatore della riforma si è affrettato a precisare nel co. 2-bis.

³⁴⁰ Si pensi al recupero del ruolo predominante della contrattazione collettiva nazionale in materia di produttività/premialità ex art. 19, nuovo testo, d. lgs. n. 150/2009, che elimina le graduatorie e affida alla contrattazione la definizione di criteri e modalità di distribuzione degli importi individuali.

³⁴¹ Sul ruolo pervasivo della legge in altri ambiti, *in primis* in quello della disciplina degli illeciti e delle sanzioni disciplinari, v., in q. Volume, M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego*.

³⁴² G. Natullo, *Rapporto tra le fonti e ruolo della contrattazione*; Treccani. *Il libro dell'anno del diritto*, 2018; *Id.*, *Tra legge e contratto: l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 15. Sul rapporto legge-contrattazione dopo la riforma, v. anche M. Ricci, F. Di Noia, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017, «La quarta riforma del lavoro nelle pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74)», cit., 1.

³⁴³ V. gli artt. 54 del CCNL 2016-2018 del comparto Funzioni centrali, 50 del CCNL 2016-2018 del comparto Funzioni locali, 53 del CCNL 2016-2018 del comparto Istruzione e ricerca – sez. Università e Aziende ospedaliere-universitarie, 57 del CCNL 2016-2018 del comparto Sanità.

4.1. La soppressione del limite di durata massima dei contratti a termine nella scuola e la mancanza di analogo limite nel settore AFAM.

Un altro forte segnale di scollamento dei settori pubblici dalle regole di utilizzo del contratto a termine nel settore privato proviene ancora dal d. l. n. 87/2018. Nella legge di conversione del decreto è stata infatti inserita una sorprendente novità, contenuta nell'art. 4-bis del decreto convertito, recante «*modifica in materia di contratti a termine nel settore dell'insegnamento scolastico*»³⁴⁴.

Nell'impossibilità di soffermarsi sulle complesse vicende che hanno interessato le assunzioni a termine del personale scolastico, ma per comprendere il (non-) senso della novità, basterà ricordare che, nonostante la permanenza di un sistema speciale di reclutamento (art. 70, co. 8, d. lgs. n. 165/2001)³⁴⁵ e di una controversa normativa di settore riguardante anche i rapporti a tempo determinato³⁴⁶ - un vero e proprio (altro) diritto del lavoro "scolastico"³⁴⁷ - la "legge sulla buona scuola" del 2015 (l. n. 107/2015) aveva introdotto, nel settore, due importanti novità, per porre fine all'imponente contenzioso sul precariato scolastico di lungo corso³⁴⁸.

Oltre a disporre l'assunzione in ruolo di gran parte del personale precario, attraverso apposite procedure di stabilizzazione, la legge aveva esteso al personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche ed educative statali il limite di durata complessiva massima di trentasei mesi per i rapporti a termine; limite già valevole per il settore privato e per la maggior parte dei settori pubblici³⁴⁹.

Nel tentativo di stabilire, anche in tal caso, una convergenza di regole, l'art. 1, co. 131, della l. n. 107/2015 aveva così previsto che «*a decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non potessero superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi*».

Lo stesso limite – giova rimarcarlo – non era previsto né per il personale delle scuole non statali, né per quello del settore AFAM.

Si ricorda, per inciso, che le previsioni generali della l. n. 508/1999 riguardanti il personale docente delle istituzioni AFAM, non sono mai state affiancate dalla stessa garanzia di durata temporale massima degli incarichi³⁵⁰, nonostante che le condizioni in cui, per anni, si sono trovati a prestare

³⁴⁴ Cfr. M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola: nuovi sviluppi di una storia senza fine?*, LPA, 2018, n. 4, 166.

³⁴⁵ La disciplina del rapporto di lavoro è contenuta nella l. n. 124/1999, recante «*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*», operante in combinato disposto con il d. lgs. n. 297/1994 (*Testo unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione*). Per una recente ricostruzione della disciplina riguardante il personale scolastico contenuta nel d.lgs. n. 297/1994 e nella l. n. 124/1999 v. M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola*, cit.

³⁴⁶ Già ai sensi dell'art. 29, c. 2, lett. c) del d. lgs. n. 81/2015, il personale scolastico è escluso dalla disciplina "privatistica" del contratto a termine in quanto soggetto alla disciplina del conferimento degli incarichi di supplenza a termine contenuta nell'art. 4 della l. n. 124/1999.

³⁴⁷ E. Gagnoli, *Scuole, personale docente*, cit.

³⁴⁸ V., in argomento, A. Preteroti, *Il personale scolastico*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma*, cit., 422.

³⁴⁹ M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola*, LG, 2016, 8/9, 745.

³⁵⁰ Mentre ai sensi dell'art. 2, co. 6, l. n. 508/1999, «*il rapporto di lavoro del personale (...) è regolato contrattualmente ai sensi del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 e gli incarichi di insegnamento non devono avere durata superiore al quinquennio, ma sono rinnovabili, la bozza di Regolamento sulla programmazione e il reclutamento*, cit. a nota 20, prevedeva che l'attribuzione di contratti di insegnamento di durata annuale, rinnovabili soltanto per altri due anni accademici, potesse avvenire solo per sopperire temporaneamente ad esigenze didattiche non fronteggiabili con il personale di ruolo (art. 5). Una peculiarità tipica del settore è peraltro rappresentata dal conferimento di incarichi di insegnamento relativi a specifici moduli didattici a professionisti ed esperti di

lavoro i precari delle Accademie, dei Conservatori e delle altre istituzioni del settore fossero simili a quelle del personale docente delle scuole.

Non è un caso che l'ultimo rinvio pregiudiziale alla CgUe in materia di precariato pubblico (tuttora in attesa di giudizio) sia nato da una fattispecie di reiterazione di contratti a termine nel settore AFAM e, segnatamente, in un conservatorio di musica, nel quale il ricorrente – docente di fisarmonica- aveva lavorato come docente precario per più di dieci anni³⁵¹.

Ebbene, a dispetto della garanzia finalmente offerta dalla l. n. 107/2015 ad una significativa sacca di quel precariato – il personale docente ed ATA delle scuole statali-, l'art. 4-bis del "decreto dignità" ha soppresso il limite massimo dei trentasei mesi, disponendo che «*il comma 131 dell'articolo 1 della legge 13 luglio 2015, n. 107, è abrogato*».

Non sono chiare le ragioni per le quali nella corrente legislatura si sia deciso di sopprimere così drasticamente e senza indugi una disposizione che aveva richiesto anni di contenzioso per venire alla luce³⁵². Forse il legislatore non è rimasto insensibile alle pressioni e alle esigenze emerse nel vasto serbatoio di docenti precari: prima fra tutte, quella di non "mettere nell'angolo", dopo anni di servizio prestato nelle istituzioni scolastiche statali, soggetti che, avendo superato il limite dei 36 mesi, avrebbero dovuto necessariamente attendere l'espletamento delle procedure concorsuali per continuare a lavorare nei ranghi dell'amministrazione scolastica (con immaginabili quanto gravi ripercussioni economiche e professionali)³⁵³.

Oppure – più semplicemente – il legislatore ha inteso porre un freno alle pretese risarcitorie (oltre che ad alcune acrobatiche operazioni giurisprudenziali di conversione³⁵⁴), riducendo, a monte, l'area degli illeciti collegati alla stipulazione di contratti a termine illegittimi.

Quel che è certo è che la soppressione del limite ripropone il problema della difformità della disciplina italiana dei contratti a tempo determinato nella scuola rispetto ai principi della Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato (e, segnatamente, alla clausola 5 "di prevenzione degli abusi" dell'accordo quadro allegato). Un gigantesco passo indietro che riporta l'assetto regolativo della materia alla fase pre-Mascolo³⁵⁵, riproponendone, a piè pari, le condizioni di contrasto con la direttiva europea. E che, ovviamente, rende assai forte e concreto il rischio di una incontrollabile riapertura di contenziosi e rinvii alla Corte costituzionale e alla CgUe³⁵⁶.

riconosciuta esperienza e competenza; una prassi diffusa, che la bozza di *Regolamento sulla programmazione e il reclutamento* avrebbe voluto ricondurre (peraltro, non del tutto correttamente) all'art. 2222 c.c. e, dunque, al contratto d'opera.

³⁵¹ C-494/17 *Fabio Rossato c. Conservatorio di Musica F.A. Bonporti*.

³⁵² Si ricorda che la sent. della Corte Cost. n. 187/2016 (sulla quale v., *infra*, § 6), riferendosi al co. 131 dell'art. 1 della l. n.107/2015, aveva affermato che proprio da questa disposizione e dal piano straordinario di assunzione dei docenti, parimenti previsto dalla l. n. 107/2015, dipendeva la "cancellazione" della violazione del diritto comunitario. Proprio quella innovazione legislativa aveva anche determinato la chiusura della procedura di infrazione che la Commissione europea aveva aperto nel 2010, nei confronti dell'Italia, per il mancato rispetto della dir. 99/70/CE da parte della disciplina delle assunzioni a termine del personale docente ed ATA della scuola pubblica; la procedura era stata chiusa benché per il personale ATA non fosse stato previsto alcun piano straordinario di assunzione.

³⁵³ F. De Cuia, *La buona scuola*, cit., 213.

³⁵⁴ V. *infra*, § 5, testo e nota 99.

³⁵⁵ CgUe 26.11.2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13. Fra i numerosi commenti alla sentenza Mascolo si richiamano G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti Corte Giust. Ue*, *ADL*, 2015, 189; M. Aimò, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*, *RGL*, 2015, II, 177; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, *RIDL*, 2015, II, 336; R. Nunin, *"Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, *LG*, 2015, 2, 146; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?* *RIDL*, 2015, II, 343.

³⁵⁶ Paventano e articolano tali rischi anche M. Bontempi, G. Cicchetti, *Il precariato della scuola*, cit., 179-182.

(III)

5. La disciplina sanzionatoria. Le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti a termine...

Il secondo profilo di mancata parificazione delle discipline dei rapporti flessibili, soprattutto di quelli a tempo determinato, riguarda le sanzioni.

Anche dopo la "riforma Madia", il co. 5 dell'art. 36, stabilisce che «*la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*».

Per come formulata, la disposizione non consente di incardinare in modo coattivo nell'organico delle amministrazioni lavoratori che abbiano illegittimamente intrattenuto con queste ultime rapporti di lavoro flessibili, diversamente da quanto accade nel privato, ove la conseguenza sanzionatoria tipica della violazione delle disposizioni che limitano l'uso dei contratti a tempo determinato è la loro trasformazione in contratti a tempo indeterminato³⁵⁷.

Anche l'altra disposizione sanzionatoria, il co. 5-*quater* - il cui inserimento nell'art. 36 risale, come si ricorderà, al d.l. n. 101/2013 e per la quale i contratti posti in essere in violazione dell'art. 36 sono nulli e determinano responsabilità (erariale e dirigenziale) dei dirigenti - è rimasta sostanzialmente immutata, se si eccettua il ritocco consistente nella eliminazione del (precedente ed esclusivo) riferimento ai contratti a tempo determinato, sostituito, ora, dal più ampio richiamo a (tutti) «*i contratti di lavoro posti in essere in violazione*» dell'art. 36³⁵⁸.

Le variazioni apportate dall'art. 9 del d. lgs. n. 75/2017 all'art. 36 del T.U. non hanno, dunque, sciolto il nodo più grosso della disciplina, riguardante le conseguenze dell'uso illegittimo dei contratti flessibili e, per quanto qui interessa, dei contratti a termine, lasciando sostanzialmente immutati i commi 5 e 5-*quater* dell'art. 36.

Vale la pena di ricordare che le due disposizioni – per effetto di una stratificazione normativa iniziata nel 1993³⁵⁹, proseguita con la "seconda privatizzazione"³⁶⁰ e conclusasi negli anni 2012 e 2013³⁶¹ – prevedono, sostanzialmente, due distinti meccanismi sanzionatori: (1) il risarcimento del danno - al quale si accompagna il divieto di conversione – unito alle responsabilità del dirigente, erariale e dirigenziale, ex art. 21 (art. 36, co. 5); (2) la nullità e le (medesime)

³⁵⁷ Il principio è stabilito, oltre che per i contratti a tempo determinato, per la somministrazione di lavoro posta in essere al di fuori dei limiti e delle condizioni previsti dagli articoli 31, co. 1 e 2, 32 e 33, co. 1, lett. a), b), c) e d) (art. 38, co. 2 e 4, d. lgs. n. 81/2015) ed è stato recentemente confermato anche dalla disciplina delle prestazioni occasionali, in base alla quale solo il superamento, «*da parte di utilizzatore diverso da una pubblica amministrazione*», dei limiti di corrispettivo di 5000 e 2500 euro annui o del limite di durata della prestazione di 280 ore annue comporta che il rapporto di prestazione occasionale si trasformi in rapporto a tempo pieno e indeterminato: art. 54-*bis*, co. 20, d.l. 24-4-2017 n. 50 (conv. in l. 21-6-2017, n. 96).

³⁵⁸ Se ne riporta integralmente il testo: «*I contratti di lavoro posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato*» (art. 36, co. 5-*quater*).

³⁵⁹ Art. 36, co. 4, d.lgs. 29 marzo 1993 n. 29, nel testo modificato dall'art. 7 d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546.

³⁶⁰ Art. 22, c. 8, d. lgs. n. 80/1998.

³⁶¹ D.l. n. 112/2008 (art. 49) e d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013 (art. 4, co. 1, lett. b). Per una dettagliata analisi dell'evoluzione legislativa riguardante l'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 36, si rinvia a L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili*, cit., 505 ss.

responsabilità dirigenziali, alle quali si aggiunge l'espressa previsione della impossibile erogazione della retribuzione di risultato (art. 36, co. 5-*quater*).

Mentre il secondo meccanismo è *limitato alle violazioni* delle disposizioni dell'art. 36 (per es., assunzioni di personale a tempo determinato per fronteggiare esigenze stabili e ordinarie), il primo è riferito alla violazione di *qualsiasi* disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego: superamento del limite dei trentasei mesi o dei limiti percentuali (legali o contrattuali collettivi), mancato rispetto delle causali previste dai contratti collettivi o degli intervalli temporali minimi fra un contratto ed un altro e ogni altra violazione del d. lgs. n. 81/2015.

Infine, prima della "riforma Madia" il co. 5-*quater* e, con esso, le sanzioni della nullità e delle responsabilità della dirigenza erano riferite soltanto ai contratti a tempo determinato (*rectius*: ai contratti a tempo determinato posti in essere in violazione dell'art. 36).

Tutto ciò aveva, giustamente, condotto ad una ricostruzione del rapporto tra le due disposizioni (il co. 5 e il co. 5-*quater*) in termini di disciplina *generale e speciale*³⁶².

La possibile applicazione del secondo meccanismo sanzionatorio a *tutti* i contratti flessibili (e non solo ai contratti a tempo determinato) - disposta oggi dalla riforma - rende più incerta tale ricostruzione, dal momento che la *specialità* del secondo gruppo di sanzioni non può più essere agganciata *all'ambito (più ristretto) dei contratti* interessati dal secondo meccanismo sanzionatorio, ma, tutt'al più, *al diverso ambito delle violazioni* (tutte le violazioni di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori alle quali l'ordinamento giuridico non ricollegghi specifiche conseguenze, ex co. 5; le sole violazioni dell'art. 36, ex co. 5-*quater*).

Senza addentrarsi troppo in questioni interpretative che certamente meriterebbero sedi e spazi diversi per essere adeguatamente trattate, vale la pena di sottolineare che l'unica novità della riforma - l'estensione del co. 5-*quater* a *tutti* i contratti di lavoro «*posti in essere in violazione dell'art. 36*» - ha il pregio di livellare le sanzioni - nullità e responsabilità dei dirigenti - per ogni tipo di contratto flessibile stipulato in violazione dell'art. 36, rendendo applicabile, ad ognuno di essi (e così, per esempio, anche alla somministrazione), gli effetti retrospettivi dell'art. 2126 c.c.³⁶³. Ne consegue che ogni rapporto "flessibile" instaurato in violazione delle regole poste dall'art. 36 produce effetti retributivi e ogni altro effetto giuridico ed economico collegato alle prestazioni lavorative rese.

Non viene sciolto, invece, il dubbio relativo alla possibile nullità dei contratti stipulati in violazione di *altre* disposizioni imperative - ricavabile, secondo certa interpretazione³⁶⁴ (non da tutti condivisa³⁶⁵) - dal tenore letterale del co. 5; quest'ultimo, nel riferirsi alla violazione di norme di natura imperativa rinvierebbe, infatti, secondo l'interpretazione richiamata, all'art. 1418, co. 1, c.c., con conseguente e necessaria applicazione - anche in questo caso - dell'art. 2126 c.c.

³⁶² Di specialità del co. 5-*quater*, riferito soltanto ai contratti a termine, rispetto al co. 5, riferito, invece, ad ogni «*violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni*» aveva giustamente parlato V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 85.

³⁶³ *Ibidem*.

³⁶⁴ Per richiami di dottrina favorevole a ricavare la nullità dal co. 5 v. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 86.

³⁶⁵ Si veda, in particolare, la contraria argomentazione di V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., sp. 88-89 il quale ritiene che tale interpretazione priva di concreto valore precettivo il co. 5, dato che non avrebbe senso stabilire l'inapplicabilità del rimedio della conversione di rapporti di lavoro che dovrebbero essere dichiarati nulli già in applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c.

Il tratto più controverso dell'apparato sanzionatorio resta, in ogni caso, quello del co. 5, ovvero il binomio «*divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*»/«*diritto al risarcimento del danno*».

Sono note le ragioni per le quali la mancanza di parificazione normativa fra “privato” e “pubblico”, nell'area degli apparati sanzionatori, ha generato, per anni, difficoltà e incertezze, rimesse, in sede di contenzioso, a valutazioni non omogenee della giurisprudenza del lavoro.

Per la maggior parte dei giudici (comprese le alte corti), la trasformazione dei rapporti di lavoro illegittimamente stipulati dalle pp.aa. in rapporti a tempo indeterminato è impedita dal principio dell'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso (art. 97, co. 4, Cost.)³⁶⁶.

Peraltro, secondo diversa, benché minoritaria, interpretazione, tale principio, pur essendo stato incardinato nel T.U. attraverso l'art. 35, non ha carattere fondamentale, non costituisce un diritto inalienabile della persona e potrebbe, dunque, cedere di fronte al diritto euro-unitario, al cui cospetto (non esistendo sanzione risarcitoria di fatto equivalente alla conversione) il giudice nazionale sarebbe vincolato dall'obbligo di disapplicazione (dell'art. 36, d. lgs. n. 165/2001) e potrebbe, pertanto, trasformare il rapporto³⁶⁷.

La verità è che è il fondamento costituzionale del divieto di conversione va rinvenuto più negli artt. artt. 81 e 97, co. 1, che nell'art. 97, co. 4, dovendo ritenersi che la *ratio* del divieto sia più legata a ragioni di pianificazione e controllo della spesa pubblica - e, cioè, all'esigenza di non alterare in modo incontrollabile il costo del lavoro pubblico³⁶⁸ - che al principio del concorso e, cioè, alla necessità di accedere agli impieghi nelle pp.aa. tramite procedure di reclutamento pubbliche. Tanto più che il legislatore della “*riforma Madia*” ha esplicitato, ancor più a chiare lettere, che anche i lavoratori flessibili vengono impiegati «*nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35*»³⁶⁹; circostanza che rende poco pertinente il richiamo dell'art. 97, co. 4, a sostegno del divieto di conversione dei rapporti.

In ogni caso, anche in ragione della richiamata divergenza di vedute (il principio del concorso è principio fondamentale e ostativo / il principio non è tale ed è dunque “cedevole” rispetto al diritto

³⁶⁶ Lo ha sottolineato tanto la Corte costituzionale, sia nel 2003 (Corte cost. 27.3.2003, n. 89), che nella più recente pronuncia del 2018 (Corte cost. 27.12.2018, n. 248), quanto il Consiglio di Stato (cfr., da ultimo, Cons. di Stato 6.10.2018, n. 5720).

³⁶⁷ In questo senso V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 102 e, più problematicamente, V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 526. Fra le pronunce favorevoli alla conversione del rapporto si ricordano le prime eclatanti sentenze del Tribunale di Siena (Trib. Siena 27.9.2010, Trib. Siena 13.12.2010, *RIDL*, 2011, II, 360 ss. con nota di F. Siotto, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*) e del Trib. Livorno 25.1.2011, con nota di A. Federici, *La conversione del contratto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*, *RGL*, 2011, II, 418; con riguardo, al personale scolastico ATA, Trib. Napoli, 16.6.2011, *LPA*, 2011, 491, con nota di M. Ferretti, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi «creativi» della giurisprudenza di merito*. Su tale filone giurisprudenziale, A. Perrino, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, *RGL*, 2011, I, 522-524.

³⁶⁸ Sulla opportunità di valorizzare, come norma ostativa, l'art. 81 Cost., piuttosto che l'art. 97 Cost. v. V. Pinto, *Le assunzioni a termine*, cit., 244, testo e note (al quale si rinvia per ulteriori indicazioni di posizioni favorevoli); l'opinione è ribadita da Id., *Flessibilità e precarietà nel reclutamento delle amministrazioni pubbliche*, *LPA*, 2018, 1, 15; conf. anche A. Perrino, *Lavoro pubblico a termine*, cit. Convinde l'argomentazione secondo cui soltanto rinvenendo nell'art. 81 e 97, co. 1, il fondamento del divieto di conversione è possibile ritenere costituzionalmente legittimo l'art. 36, co. 5, della cui legittimità costituzionale si potrebbe invece dubitare pensando ai possibili casi di instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato senza concorso (si pensi al reclutamento tramite richiesta numerica) o ai rapporti a termine instaurati con soggetti vincitori (o idonei a seguito) di già espletati concorsi a tempo indeterminato. In senso adesivo, in q.to fasc., anche B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., per il quale ciò che più lascia perplessi non è tanto la differenziazione, che potrebbe anche essere giustificata da solidi e ragionevoli principi, quanto «il fatto che tale asimmetria rimediale sia tutta caricata sulle spalle di una norma come l'art. 97 comma 4 Cost.».

³⁶⁹ Art. 36, co. 2, secondo periodo (testo novellato dal d. lgs. n. 75/2017).

euro-unitario), il contenzioso sul regime sanzionatorio differenziato pubblico/privato non accenna a risolversi, tant'è che i ripetuti rinvii dei giudici nazionali alla Corte europea di Lussemburgo hanno dato vita ad uno dei dialoghi più serrati tra le Corti nazionali – comprese le alte Corti- e la CgUe.

Né il superamento del vaglio di costituzionalità (nel 2003)- per i profili di compatibilità con il principio di uguaglianza³⁷⁰-, né il positivo esito dell'esame di conformità all'ordinamento europeo (nel 2006)- per gli aspetti di compatibilità con la clausola 5 dell'Accordo allegato alla Direttiva 99/70/CE³⁷¹- sono bastati a immunizzare l'apparato sanzionatorio del settore pubblico dal rischio di ricaduta in successivi contenziosi.

Né ad impedire che la questione del risarcimento del danno a favore del lavoratore interessato formasse oggetto di prolungati contrasti giurisprudenziali, solo parzialmente risolti dalla interpretazione "adequatrice" (all'ordinamento europeo) delle SS.UU. della Corte di Cassazione nel 2016 (sent. n. 5072/2016)³⁷² ; né, ancora, ad impedire che, di lì a poco, il cerchio delle pronunce sulle misure di prevenzione degli abusi e sulle sanzioni nel settore pubblico si richiudesse verso le alte Corti, tornando alla CgUe (CgUe 8.3.2018; CgUe 25.10.2018³⁷³) e alla Corte costituzionale (sentt. n. 248/2018 e n. 96/2019).

Chiamate a misurare l'equivalenza e l'effettività dell'apparato sanzionatorio che tutela il lavoratore pubblico illegittimamente assunto a termine, le SS.UU. hanno così trasposto dal settore privato al settore pubblico il canone di danno presunto previsto dall'art. 32, co. 5, della l. n. 183 del 2010 (oggi art. 28, c. 2, d. lgs. n. 81/2015) e denominato "danno comunitario"³⁷⁴. È stato così chiarito che il risarcimento del danno a favore del lavoratore pubblico illegittimamente impiegato a tempo determinato debba essere disposto, con esonero dall'onere probatorio, nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva variabile tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (e cioè nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, oggi art. 28, d. lgs. n. 81/2015). L'eventuale ulteriore danno da perdita di *chance* è risarcibile e può essere liquidato solo se si accerta che il lavoratore, rimasto confinato in una situazione di precarietà, ha perso occasioni di lavoro stabile, circostanza che va interamente provata dal lavoratore³⁷⁵.

La posizione delle SS.UU. è stata ripresa dalla CgUe nella causa Santoro (CgUe 8.3.2018) nella quale la Corte europea, ancora chiamata a valutare la proporzionalità, l'effettività e l'equivalenza dell'apparato sanzionatorio del settore pubblico (rispetto alle misure sanzionatorie del settore

³⁷⁰ Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89.

³⁷¹ CgUe 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*; CgUe 7 settembre 2006, C-180/04, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*. Conf. anche le successive ordinanze CgUe 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*; CgUe 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*.

³⁷² La pronuncia delle SS.UU. conclude i gradi del giudizio instaurato dai famosi cuochi Marrosu e Sardino, dipendenti dall'Azienda Ospedaliera San Martino di Genova, nel maggio 2003, nel corso del quale era stato aperto l'incidente di pregiudizialità comunitaria che aveva condotto alla sentenza della CgUe 7 settembre 2006 cit. alla nota precedente.

³⁷³ CgUe 25.10.2018, C-331/17, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*.

³⁷⁴ In argomento v., *ex plurimis*, L. Tria, *Il dialogo incessante tra le Corti europee e la Corte suprema di Cassazione sui rapporti privatizzati di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni: il cd. danno comunitario*, in M. Cerreta, M. Riommi, *Le recenti riforme*, cit., sp. 64 ss.

³⁷⁵ Il lavoratore assunto ripetutamente a termine per soddisfare esigenze durevoli potrebbe così sostenere che l'amministrazione, violando l'obbligo di cui al co.1 (che le imporrebbe, in tal caso, di bandire concorsi per assunzioni definitive), gli precluda una *chance* di lavoro stabile (G. Franza, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010, 390-391).

privato), ne ha ribadito la conformità alla direttiva europea, enfatizzando il carattere equivalente ed effettivo dei rimedi e l'adeguatezza degli importi indennitari dovuti al lavoratore, specialmente in ragione del favorevole regime probatorio stabilito dalle SS.UU.

Anche la sentenza Santoro ha dunque considerato: (1) equivalente, effettivo e sufficientemente dissuasivo l'apparato sanzionatorio pubblico, (2) idonea la liquidazione di un'indennità compresa tra da 2,5 e 12 mensilità ed infine (3) possibile il risarcimento integrale del danno a condizione che il lavoratore dimostri, «*mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato*».

Per finire, anche la Corte costituzionale, nella penultima pronuncia sulla presunta incostituzionalità delle misure sanzionatorie del settore pubblico (sent. n. 248/2018) - segnatamente, del divieto di conversione - ha ribadito «*l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato*», nel chiaro intento di non smentire la precedente e «*pacifica giurisprudenza euronitaria e nazionale*», come tale richiamata dalla Consulta nel punto finale (n. 10) della sua decisione³⁷⁶.

Per tornare alla "riforma Madia", sorge allora spontanea una domanda: il legislatore sarebbe stato più accorto se, sulla falsariga di quanto previsto nel privato (art. 28, d. lgs. n. 81/2015), avesse integrato il co. 5 dell'art. 36?³⁷⁷ Se avesse espressamente affrontato la questione del risarcimento, sostituendo alle risposte giurisprudenziali³⁷⁸ un'esplicita enunciazione dei criteri di quantificazione del risarcimento?³⁷⁹

Certamente sì, ma a due condizioni, che andrebbero tenute presenti anche nell'ipotesi di un eventuale e futuro intervento legislativo.

Innanzitutto e a partire dal presupposto che nel privato l'indennità compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità ristora sì e «*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*» (art. 28, c. 2, d. lgs. n. 81/2015), *ma si aggiunge* alla conversione, la predeterminazione, nel "pubblico", di un'indennità forfettizzata esigerebbe una differenziazione, dovendo attestarsi su livelli superiori

³⁷⁶ La più recente Corte cost. 18.4.2019, n. 96 è una sentenza che dichiara inammissibile, per erronea ed incompleta ricostruzione del quadro di riferimento nazionale ed europeo, la questione di legittimità costituzionale (sollevata dal Tribunale di Termini Imerese) dell'art. 77, co. 2, della l. reg. Sicilia 24.12.2004, n. 17, in relazione all'art. 117, co. 1, Cost. e in riferimento alla Dir. n. 1999/70/CE. La disposizione regionale escludeva dall'ambito di applicazione del d. lgs. n. 368/2001 - e quindi del meccanismo sanzionatorio della trasformazione in rapporti a tempo indeterminato - i «contratti a termine volti alla stabilizzazione dei soggetti destinatari del regime transitorio dei lavori socialmente utili».

³⁷⁷ L'espresso richiamo dell'art. 28, d. lgs. n. 81/2015 era suggerito nel Parere emesso dal Consiglio di Stato sullo schema di decreto (Parere n. 00916/2017, Adunanza della Comm. spec. dell'11.4.2017, punto 3.2.6.5.); in senso adesivo, C. De Marco, *Tipologie contrattuali flessibili e stabilizzazione del personale precario*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della p.a.*, cit. 44-45.

³⁷⁸ Sui diversi criteri di quantificazione del danno impiegati dalla giurisprudenza del periodo precedente la sentenza delle SS.UU. del 2016 v. ancora V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 100-101; Id., *La flessibilità del lavoro subordinato*, cit., 253, testo e note; V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 527 ss.; da ultimi, N. Frasca, *La flessibilità nel pubblico impiego: la "giusta tutela" per l'utilizzo abusivo del contratto a termine*, ADL, 217, sp. 515 ss.; F. Siotto, *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero un «un altro danno per la precarizzazione illegittima»*, Labor, 2016, 3-4, 258.

³⁷⁹ Di un prolungato e «colpevole silenzio del legislatore su problemi cruciali, che vengono scaricati sui giudici» parla, al riguardo, L. Menghini, *I contratti*, cit., 145.

per eguagliare le garanzie del lavoratore privato e rendere effettiva la tutela del lavoratore pubblico³⁸⁰.

In tempi in cui si è tanto discusso di adeguatezza dei risarcimenti e di discrezionalità del giudice nella loro determinazione³⁸¹, è probabile che prevedere stretti margini per il risarcimento, contenendo l'indennizzo o, come fa la Cassazione a SS.UU., limitandolo a poche mensilità (da 2,5 a 12), produca una asimmetria rimediale eccessiva fra "pubblico" e "privato" e renda, in definitiva, inidoneo il meccanismo di repressione degli abusi dei contratti a termine nel settore pubblico. Tanto più che l'eventualità di un risarcimento irrisorio «incide anche sulla dissuasività della sanzione "interna" del (non) recupero delle somme erogate a titolo di risarcimento da parte dell'amministrazione nei confronti dei dirigenti che abbiano agito con dolo o colpa grave»³⁸². E che l'esposizione finanziaria di questi ultimi è esclusa, per l'appunto, nelle ipotesi di colpa *non* grave e così, per esempio, nel caso in cui il dirigente, pur consapevole della non ricorrenza delle condizioni richieste per la stipulazione di un contratto flessibile, si sia trovato, in qualche modo, costretto a procedere ugualmente alla stipula per impedire *impasse* nel funzionamento dell'ufficio³⁸³.

La conclusione non cambia se si considera che le mensilità di ristoro sono dovute anche in assenza di prova del danno subito³⁸⁴, tanto più se si pensa che il risultato raggiunto dalla pronuncia delle SS.UU. è di lasciare ad una difficile prova la possibilità che il risarcimento si espanda quantitativamente e che tale difficoltà accompagna anche i casi di precariato storico.

Se è vero che in questo campo la partita si gioca, allora, tra giudici e legislatore, è anche vero che l'inadeguatezza della soluzione offerta dalle SS.UU. – tanto più evidente se si considera che la quantificazione giudiziale degli indennizzi ben può attestarsi sul minimo (2,5 mensilità)- avrebbe dovuto spingere il legislatore ad intervenire, proprio in occasione della delega contenuta nella l. n. 124/2015, al fine di specificare e articolare un apparato sanzionatorio più efficace.

³⁸⁰ Lo notava già V. Speziale, *Lavoro a termine*, cit., 529, richiamando la precedente Cass. - sez. lavoro – 21.8.2013, n. 19371; conf. M. De Luca, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *LG*, 2016, 12, 1053 ss. per il quale un utile parametro di misurazione del «valore del posto di lavoro» potrebbe essere l'indennità sostitutiva della reintegra; M. Biasi, *La stabilizzazione "indiretta" ed il risarcimento del "danno comunitario" da illecita reiterazione di rapporti di lavoro a termine*, nota a Cass. 30.3.2018, n. 7982, *LPA*, 2018, 4, 111.

³⁸¹ È implicito il riferimento all'ampio dibattito apertosi sia prima che dopo la nota sentenza della Corte cost. 26.9. 2018, n. 194, sul regime sanzionatorio dei licenziamenti privi di giusta causa o di giustificato motivo, applicabile (ex art. 3, co. 1, d. lgs. n. 23/2015), ai soggetti assunti dopo il 7 marzo 2015. Per un approccio al dibattito, non sintetizzabile in questa sede, v. i recenti commenti di A. Bollani, A. Maresca, P. Tosi, A. Tursi, L. Zoppoli pubblicati sull'ultimo numero di *DRI*, 2019, n. 1. *Osservatorio di giurisprudenza italiana, La sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018: opinioni a confronto*, 214 ss.

³⁸² E. Ales, *L'utilizzo temporaneo*, cit., 470.

³⁸³ E. Pasqualetto, *I molteplici profili di responsabilità del dirigente pubblico nelle ipotesi di illegittimo utilizzo dei contratti non standard*, *LPA*, 2015, 49.

³⁸⁴ Tale circostanza, nell'escludere che il lavoratore debba dimostrare il pregiudizio, conferma la natura di sanzione pecuniaria del risarcimento (una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro pubblico che ha apposto un termine illegittimo al contratto). Sulla sostanziale trasformazione del danno in sanzione pecuniaria, V. Pinto, *La flessibilità del lavoro subordinato nelle amministrazioni pubbliche e il lavoro autonomo*, in U. Carabelli, M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, sp. 253; cfr. F. Siotto, *Abuso di contratti*, cit., 265.

Tralasciando ogni valutazione relativa alla (probabile) insostenibilità dei costi per le pp.aa.³⁸⁵, sembra certo che solo in presenza di (1) un tetto massimo superiore ai 12 mesi³⁸⁶ (entro il quale dovrebbe ancora operare l'esonero dall'onere probatorio); (2) margini ampi di apprezzamento valutativo; (3) possibilità, per il lavoratore, di ottenere una espansione del risarcimento, la tutela sanzionatoria anti-abusiva del settore pubblico potrebbe effettivamente considerarsi equivalente a quella del settore privato e produrre reali effetti dissuasivi.

Se anche adesso si volesse intervenire per via legislativa, sarebbe dunque opportuno non sacrificare, sull'altare di una maggiore chiarezza del quadro giuridico, discrezionalità e margini di apprezzamento valutativo dei giudici, che appaiono imprescindibili per una determinazione del risarcimento "equa" e capace di tener conto delle circostanze del caso concreto (durata dell'abuso, natura della violazione da parte della p.a., per es.), soprattutto nei casi di lungo precariato e di gravi lesioni.

5.1. (segue) ... e la loro estensione ai settori scolastico e AFAM.

A dispetto della specialità dei sistemi di reclutamento e della normativa sulle assunzioni a termine, un'altra significativa novità del d. lgs. 75/2017 è consistita nella estensione delle misure sanzionatorie contemplate dal co. 5 dell'art. 36 (divieto di conversione, risarcimento e responsabilità dei dirigenti) ai settori della scuola e dell'AFAM.

L'estensione è disposta attraverso l'introduzione di un nuovo co. 5-*quinqüies* nell'art. 36 e si affianca alla più significativa norma di *esclusione* dei due settori dall'ambito di applicazione dell'intera disciplina contenuta nell'art. 36; l'ennesima previsione di contenuto "negativo/esclusivo" riguardante la disciplina sostanziale.

«Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica», si legge infatti nel comma aggiunto. Come dire: ai settori in questione non si applica la generale disciplina *sostanziale* dei rapporti di lavoro flessibili e, segnatamente, quella del lavoro a tempo determinato, ma si applica la disciplina sanzionatoria generale e, segnatamente, il tratto dell'apparato sanzionatorio costituito dal binomio «*divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato*»/«*diritto al risarcimento del danno*».

Giova infatti rimarcare che non compare, nel comma aggiunto, un analogo rinvio al co. 5-*quater* dell'art. 36 e, dunque, alla disposizione sanzionatoria *speciale* dedicata alla nullità e alle responsabilità dei dirigenti.

³⁸⁵ Come ricordava qualche anno fa L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili*, cit., 511, se tutti i lavoratori precari chiedessero in giudizio anche un importo minimo, pari a 2,5 mensilità, l'impegno finanziario per le pp.aa. sarebbe insostenibile. A fronte di tale affermazione, vi è chi ha astrattamente ipotizzato di poter riconoscere al lavoratore un risarcimento pari alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito sino al pensionamento (!), dato che tale criterio di quantificazione del danno sarebbe quello più vicino al rimedio della conversione (V. Speciale, *Lavoro a termine*, cit., 529; conf., nella giurisprudenza di merito, Trib. Trapani 12.12.2012, con nota di C. Marranca, *La tutela dei contratti a termine illegittimi con la p.a.: sul risarcimento del danno resta aperto il torneo tra i Tribunali di merito*, ADL, 2014, 743).

³⁸⁶ Lo suggerisce anche l'Avv. Gen. Maciej Szpunar nelle *Conclusioni* presentate il 26 ottobre 2017 nella causa Santoro (C-494/16), notando che «qualora l'abuso raggiunga una certa portata, la sanzione si scontra con un limite massimo». «Tale standardizzazione delle sanzioni, invece di consentire di evitare la recidiva, potrebbe favorirla, a causa dell'esistenza di un limite massimo universale che non può essere superato, nonostante il carattere reiterato degli abusi» (punto 65 Conclus.).

Se si aggiunge che per effetto della novità richiamata nel precedente paragrafo è anche venuto meno il limite dei trentasei mesi per i contratti a termine del personale docente ed ATA delle scuole statali, si ha la netta sensazione che le due riforme, nonostante l'avvicinarsi delle legislature, abbiano guardato a settori normalmente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina generale delle assunzioni a tempo determinato (la scuola e l'AFAM), avendo a cuore un solo obiettivo: escludere perentoriamente ogni possibile rigurgito di soluzioni favorevoli alla conversione giudiziale dei rapporti a tempo determinato dei lavoratori dei due settori³⁸⁷.

Ancora una volta, si è finito, così, per affidare la soluzione del problema dei risarcimenti ai giudici e quello, più generale, del superamento del precariato alle procedure di stabilizzazione.

5.2. Le conseguenze sanzionatorie dell'uso illegittimo delle collaborazioni.

Ma veniamo ai possibili abusi e alle sanzioni relativi agli incarichi con contratti di lavoro autonomo.

Va premesso che, in quest'area, gli abusi possibili sono essenzialmente riconducibili a due ambiti.

(1) Il primo è quello degli incarichi che formalizzano rapporti caratterizzati, di fatto, dalla subordinazione (ipotesi di "falso lavoro autonomo"): incarichi più volte prorogati, per esempio, che realizzano un inserimento stabile dei soggetti incaricati nella struttura amministrativa³⁸⁸ o contraddistinti dall'assoggettamento al potere direttivo e di controllo del datore di lavoro/p.a. Allo stesso ambito sono riconducibili le eventuali collaborazioni etero-organizzate (ormai vietate dal co. 5-*bis* dell'art. 7), nelle quali vi sia stata, per esempio, una puntuale predeterminazione di tempi, orari e luogo di svolgimento delle prestazioni³⁸⁹.

(2) Un secondo ambito di abusi consiste, invece, nella *violazione dei presupposti di legittimità o dei divieti* indicati dal co. 6 dell'art. 7 per la stipulazione dei contratti di incarico: incarichi conferiti per il soddisfacimento di esigenze permanenti o, per esempio, senza il previo accertamento della impossibilità di utilizzare risorse interne o, ancora, incarichi rinnovati (in violazione del divieto di rinnovo)³⁹⁰.

Benché non si tratti di un vero e proprio abuso, ma di un'ipotesi di condotta dirigenziale illecita, si può aggiungere la violazione dell'obbligo di pubblicare sul sito istituzionale dell'amministrazione gli estremi degli atti di conferimento degli incarichi³⁹¹; violazione in presenza della quale «il pagamento del corrispettivo al collaboratore determina la responsabilità disciplinare del dirigente

³⁸⁷ Ripropone la possibilità di conversione alla luce della recente sent. della CgUe 25.10.2018 sui rapporti a termine instaurati con le fondazioni lirico-sinfoniche (settore in relazione al quale, non essendo prevista la misura sanzionatoria del risarcimento, la CgUe ha potuto affermare che «la clausola dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore») V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 383/2019

³⁸⁸ Cfr. l'emblematico caso dello psicologo utilizzato da una ASL per un periodo di oltre nove anni per via della sottoscrizione di quattro convenzioni e due contratti di collaborazione coordinata e continuativa (più volte prorogati) deciso da Corte app. L'Aquila, 5.2.2015.

³⁸⁹ Si tratta di un'ipotesi che, se pur diversa da quella precedentemente considerata, è comunque ascrivibile alla stessa categoria di abusi, di fatto consistenti nello svolgimento delle collaborazioni con modalità illegittime.

³⁹⁰ Per analogia schematizzazione v. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256.

³⁹¹ V. *retro*, nota 45.

che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta» (art. 15, co. 3, d. lgs. n. 33/2013).

Tenendo, di fatto, sullo sfondo le diverse tipologie di abusi, il legislatore (pre e post-riforma) ha organizzato l'apparato sanzionatorio in maniera non proprio lineare e per molti versi lacunosa.

Cominciando dalle novità, il d. lgs. n. 75/2017 ha creato, innanzitutto, la norma-sanzione del divieto di collaborazioni etero-organizzate e lo ha fatto riprendendo, a piè pari, il co. 5-*quater* dell'art. 36. Si legge, infatti, nel secondo periodo del nuovo co. 5-*bis* dell'art. 7 che *«i contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato».*

Le stesse sanzioni sono stabilite- ma lo erano anche prima della riforma- per il secondo ambito di abusi e, cioè, *per le violazioni dell'intero co. 6*, sostanzialmente per i casi di stipulazione dei contratti di incarico in mancanza dei presupposti di legge o in violazione del divieto di rinnovo. Ciò, questa volta, avviene in virtù dell'esplicito rinvio al co. 5-*quater* dell'art. 36; rinvio contenuto nel co. 6 dell'art. 7 (ult. periodo) e mantenuto dal decreto di revisione del T.U., per effetto del quale le sanzioni sono, anche in tal caso, la nullità, la responsabilità erariale e dirigenziale (ex art. 21), l'impossibile erogazione della retribuzione di risultato. Vi si aggiunge il divieto di conversione: *«in ogni caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma [nda: co. 6 dell'art. 7], fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato art. 36, comma 5-*quater*».*

Infine, con formula sintetica, di non agevole lettura, il (terzo periodo del) co. 6 dell'art. 7 stabilisce che il *«ricorso ai contratti di cui al presente comma per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo di soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti»*³⁹².

Sono diversi i problemi che si annidano in tali disposizioni e che il legislatore della riforma ha trascurato di affrontare.

Innanzitutto, il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato non è esplicitato per le ipotesi di "falso lavoro autonomo", né per le violazioni del divieto di collaborazioni etero-organizzate, ma è espressamente previsto per i soli casi di violazione dei presupposti di legittimità (o dei divieti) indicati dal co. 6 dell'art. 7. Benché la giurisprudenza non esiti, anche nelle prime ipotesi, a farne uso- anche perché ragionevolmente ritiene, in tali casi, che, trattandosi di rapporti a termine di fatto subordinati, si entri nel campo di applicazione dell'art. 36, d. lgs. n. 165/2001, e dunque del diritto al risarcimento (ex co. 5)- opportuna sarebbe stata una esplicitazione del divieto (anche) con riguardo ai casi di rapporti che di fatto assumono modalità di svolgimento coincidenti con la subordinazione (o con la etero-organizzazione, se e quando opererà il divieto); casi nei quali sono, peraltro, più frequenti e ipotizzabili le richieste di conversione.

³⁹² Sul significato da attribuire alla "responsabilità amministrativa" alla quale fa riferimento la disposizione *de qua*, si rinvia ancora a V. Pinto, *Flessibilità e precarietà*, cit., 257, per il quale il legislatore, con tale formula riassuntiva, avrebbe fatto riferimento alle diverse forme di responsabilità già previste da specifiche disposizioni di legge (responsabilità disciplinare, erariale, possibile responsabilità ex art. 21 d. lgs. n. 165/001); in termini più dubitativi F. Borgogelli, *Il lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro*, cit., 522.

In secondo luogo, nessuna delle norme sanzionatorie richiamate³⁹³ fa riferimento al risarcimento del danno a favore del collaboratore che abbia illegittimamente intrattenuto un rapporto di collaborazione con la p.a. e che sia stato, dunque, interessato da un "abuso"³⁹⁴.

Nel contenzioso riguardante le co.co.co. nelle pp.aa. il problema è emerso soprattutto nei casi in cui la richiesta di risarcimento non fosse stata avanzata in giudizio, avendo il collaboratore richiesto la sola conversione del rapporto di collaborazione in rapporto a tempo indeterminato³⁹⁵. In tali casi, le incertezze hanno riguardato sia il riconoscimento del diritto al risarcimento, sia l'individuazione del tipo di responsabilità risarcitoria (contrattuale, pre-contrattuale, extracontrattuale?) gravante sull'amministrazione, sia, infine, la quantificazione del risarcimento.

E benché il diritto al risarcimento possa desumersi dal co. 5 dell'art. 36, tale soluzione appare lacunosa, non tanto perché il co. 5, a differenza del 5-*quater*, non è espressamente richiamato dall'art. 7, quanto perché il medesimo può essere tutt'al più utilizzato, come si è appena chiarito, nei casi di "falso lavoro autonomo" e non nei casi di abuso legato alla violazione dei presupposti di legittimità o dei divieti (per esempio, rinnovo o proroga dell'incarico per un'altra attività; indeterminazione dell'oggetto dell'incarico, i.e. dell'obiettivo e/o del progetto).

La questione sembra pertanto destinata a riproporsi con soluzioni che resteranno rimesse all'interpretazione giudiziale.

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di ricavare il diritto del collaboratore ad un ristoro economico- *diverso* dal risarcimento- dall'art. 2126 c.c., benché si tratti, anche in tal caso, di disposizione utilizzabile nelle sole ipotesi di collaborazioni che mascherano prestazioni subordinate. Ed infatti, l'eventuale riqualificazione giudiziale di un rapporto falsamente autonomo in uno subordinato e il suo svolgimento per un tempo comunque determinato, potrà condurre a dichiarare nullo il rapporto e ad utilizzare l'art. 2126 c.c. L'amministrazione potrà così essere condannata alla corresponsione del trattamento retributivo e previdenziale che, per tutto il tempo della collaborazione, sarebbe spettato al lavoratore-parte di un regolare rapporto di impiego.

Quanto appena chiarito è ripetutamente affermato dalla Corte di Cassazione nei casi di collaborazione coordinata e continuativa avente i caratteri della subordinazione; fattispecie che per la Corte di legittimità, «*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*»³⁹⁶.

³⁹³ Né il nuovo co. 5-*bis* dell'art.7, né il co. 5-*quater* dell'art. 36, richiamato, come si è visto, dalla parte finale del co. 6 dell'art. 7, né, infine, il terzo periodo del co. 6.

³⁹⁴ L'unica eccezione è contenuta nel già richiamato art. 15, co. 3, del d. lgs. n. 33/2013 che, nel prevedere, in caso di violazione dell'obbligo di pubblicazione, la responsabilità disciplinare del dirigente e il pagamento, a carico del medesimo, di una sanzione pari alla somma corrisposta, fa salvo «*il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*».

³⁹⁵ Come ha anche recentemente affermato la Corte di Cassazione (Cass. 8.2.2017, n. 3384), la richiesta di risarcimento dev'essere oggetto di apposita domanda. Nel caso di specie, per es., il ricorrente non aveva proposto una domanda risarcitoria, ma solo una domanda di conversione, che viene, pertanto, rigettata sia nei gradi di merito che in Cassazione.

³⁹⁶ Sempre Cass. 8.2.2017, n. 3384. Conf. la più recente Cass. 5.2.2019, n. 3315 (ord.). Per un precedente di merito parzialmente difforme perché contrario al riconoscimento del diritto alla ricostruzione della posizione previdenziale v. Trib. Bologna 3.5.2007, LPA, 2009, 5, 855, con nota di D. Comandè, *Collaborazione mascherata nelle pp.aa. e tutela risarcitoria: retribuzione da dipendente con previdenza da parasubordinato?*

Diversamente, nel caso in cui l'illegittimità dell'incarico derivi da una violazione delle disposizioni del co. 6, la nullità del medesimo – che è *realmente* un incarico di lavoro autonomo – non potrà richiamare l'art. 2126 c.c., difettando la natura subordinata della prestazione. Sicché in assenza di disposizioni specifiche, potrà tutt'al più farsi applicazione delle norme del codice civile sull'arricchimento senza causa della p.a. (art. 2041 c.c.) e, ove ne ricorrano le condizioni, dell'art. 2043 c.c.³⁹⁷.

La distinzione fra fattispecie e rimedi relativi agli incarichi aventi i caratteri della subordinazione, da una parte, e agli incarichi conferiti in violazione delle disposizioni del co. 6, dall'altra, non è però così nitida nella giurisprudenza, come emerge da un'altra recente pronuncia del Supremo Collegio, nella quale il contratto di collaborazione era stato stipulato *al di fuori dei presupposti di legge*; circostanza in presenza della quale la Corte richiama e applica, comunque, l'art. 2126 c.c.³⁹⁸.

Perciò sarebbe stato opportuno che anche su tali profili si spendesse almeno qualche norma in occasione della "riforma Madia" e della modifica dell'art. 7.

Anche il legislatore della riforma del 2015/2017 sembra essersi mostrato, invece, poco consapevole dei problemi che da tempo affollano il contenzioso relativo alle collaborazioni. Ha infatti mantenuto e ampliato le disposizioni che prevedono le (varie forme di) responsabilità dei dirigenti e, così facendo, ha continuato ad organizzare i dispositivi sanzionatori trascurando di chiarire le conseguenze sostanziali degli abusi.

Anche in tal caso, non è stata puntellata la tutela effettiva (anche se compensativa) di chi ha subito l'abuso ed è rimasta irrisolta (e rinviata alla giurisprudenza) la questione del quali/quantificazione del risarcimento e dell'individuazione del tipo di responsabilità gravante sull'amministrazione³⁹⁹.

6. Questioni aperte e questioni comuni al lavoro a termine e alle collaborazioni. Il futuro è (ancora) nelle mani delle stabilizzazioni o dei dirigenti responsabili?

Per spostarsi dall'esegesi delle disposizioni ad un tentativo di ricomposizione, in chiave critico-valutativa, del quadro delle discipline, si può partire dalla considerazione che, in entrambi gli ambiti normativi (lavoro a termine e collaborazioni), la "riforma Madia" ha ripercorso la strada delle tradizionali sanzioni: la nullità dei contratti, le responsabilità dei dirigenti, il risarcimento del danno per il lavoratore, il divieto di conversione.

Anche per effetto dei diversi intrecci e rimandi esaminati nei paragrafi precedenti, le misure sanzionatorie antecedenti la riforma sono state complessivamente avvalorate, anzi estese ad un più ampio ambito di violazioni: al divieto di collaborazioni etero-organizzate (nuovo co. 5-*bis* dell'art.7); ai settori della scuola e dell'AFAM (nuovo co. 5-*quinqies* dell'art. 36); a *tutti* i contratti di lavoro posti in essere in violazione dell'art. 36 (nuovo co. 5-*quater* dell'art. 36).

In entrambi gli ambiti, infine, il legislatore ha omesso di affrontare la questione del diritto e della quantificazione del risarcimento, lasciando incerta la tutela effettiva di chi ha subito abusi. Nel

³⁹⁷ V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256-257; F. Borgogelli, *Il lavoro autonomo*, cit., 527.

³⁹⁸ Cass. 6.11.2018, n. 28251. Di fatto, in quella fattispecie, l'assenza dei presupposti di legge dipendeva dall'utilizzo *non temporaneo* della lavoratrice e dalla sua adibizione a mansioni *rientranti nei compiti istituzionali* dell'Agenzia-datore di lavoro (nel caso di specie, l'Agenzia regionale per la tutela dell'ambiente-ARTA/Abruzzo) ed era quindi coincidente con l'assenza della subordinazione. Ciò nonostante, la distinzione compiuta nel testo, concettualmente rilevante anche e soprattutto sul piano degli effetti, non è resa chiara ed esplicita dalla sentenza.

³⁹⁹ Lo notava già V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 256, prima della riforma.

caso delle collaborazioni, è anche rimasto aperto il problema del divieto di conversione, la cui applicazione viene ancora lasciata alla giurisprudenza.

Di certo, il legislatore della “riforma Madia” ha scelto, più o meno consapevolmente, di non misurarsi con le più gravose questioni che da anni affaticano gli interpreti e incrementano i contenziosi.

Il filo del ragionamento sin qui dipanato si riannoda, così, alle considerazioni iniziali di questo contributo: decenni di contenzioso non sono stati sufficienti a rendere la quarta riforma del lavoro pubblico una buona occasione per un ripensamento generale della disciplina della flessibilità in entrata, meglio coordinata anche con le regole vigenti nel settore privato; ciò suona quasi come una resa rispetto alla sfida dell’unificazione della stagione di riforma ispirata da Massimo D’Antona.

È un dato di fatto, invece, che l’applicazione del divieto di conversione è stato compensato dal ricorso alle stabilizzazioni, che hanno chiuso il cerchio delle (deboli) protezioni accordate al personale “avventizio” delle pp.aa.

Anche la “riforma Madia” ha finito per confermare un’inveterata prassi: le stabilizzazioni costituiscono un canale alternativo di accesso ai ruoli⁴⁰⁰ e, addirittura, facoltizzano la proroga dei rapporti di lavoro flessibile per coloro che partecipano alle procedure di stabilizzazione (art. 20, co. 8)⁴⁰¹.

In tale contesto possono comprendersi, ma non condividersi, le ragioni per le quali, in occasione tanto della quarta riforma del lavoro pubblico, quanto della successiva riforma dei contratti di lavoro a tempo determinato, l’attenzione legislativa non si sia concentrata su nuove e più coordinate regole sull’uso della flessibilità in entrata, né sulle sanzioni (né, specificamente, sui risarcimenti), ma sulle stabilizzazioni.

Quel che è certo è che sono prevalse contingenti preoccupazioni di riduzione del precariato storico e che tale circostanza ha collocato l’opzione di politica legislativa messa in campo in occasione della “riforma Madia” nel solco di esperienze settoriali recenti, prima fra tutte quella della stabilizzazione e del piano straordinario di assunzioni dei docenti precari, disposti dalla “legge sulla buona scuola” (l. n. 107/2015).

Si tratta di una opzione che sia la Corte costituzionale (Corte cost. n. 187/2016⁴⁰²) che la Corte di Cassazione (Cass. n. 22552/2016) hanno, fra l’altro, sostenuto, anch’esse a scapito delle conseguenze sostanziali degli abusi (e, in particolare, dei risarcimenti), ritenendo che la misura della stabilizzazione sia idonea a riparare, in forma specifica, i danni subiti dal personale precarizzato ammesso ad usufruirne.

⁴⁰⁰ Su tale prassi, da ultimo, G. Fontana, *La strana storia*, cit. Oltre alle stabilizzazioni previste dalla legge di stabilità per il 2013 (v. *retro*, nota 64), vanno almeno ricordate quelle disposte nel periodo immediatamente successivo alla pubblicazione delle due sentenze della CgUe del 2006 sui casi Marrosu e Sardino e Vassallo e previste dalle leggi n. 296/2006 e 244/2007.

⁴⁰¹ Cfr. *retro*, nota 64.

⁴⁰² Si ricorda che la sent. n. 187/2016 sui precari della scuola ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4, commi 1 e 11, della l. 124/1999, nella parte in cui autorizzava, in mancanza di limiti di durata massima totale dei rapporti di lavoro a termine, il rinnovo potenzialmente illimitato dei contratti per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale ATA, pur avendo, al tempo stesso, chiarito che l’illecito comunitario era cancellato dal diritto sopravvenuto (l. n. 107/2015).

Giova infatti ricordare che la Consulta ha affermato, sia pure incidentalmente, che la scelta della stabilizzazione «è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento»⁴⁰³ e costituisce un adeguato ristoro per il personale interessato. Analogamente, la Cassazione, nella nota sentenza sul precariato scolastico, ha dichiarato che «si tratta al contempo di una sanzione e, sotto il versante del beneficiario, di una riparazione in linea di principio la più ragionevole e soddisfacente», «una misura ben più satisfattiva di quella per equivalente», sicché, «in tal guisa l'abuso perpetrato e l'illecito commessi sono stati, rispettivamente, oggettivamente represso e tendenzialmente riparato»⁴⁰⁴.

Per tale limite di prospettiva, la “riforma Madia”, al pari della rivisitazione della disciplina del lavoro a termine operata nella corrente legislatura – per effetto della quale sono rimaste senza seguito le norme di esclusione delle pp.aa. dall’ambito applicativo delle più significative nuove regole-, appare non solo come una riforma interrotta, ma anche come un intervento che ha smarrito il filo che avrebbe dovuto legarlo alle prime due stagioni di riforma. Ciò che in quest’ultimo tratto del percorso riformatore sembra essersi smarrito è il “principio di unificazione” tra regolazione del lavoro pubblico e del lavoro privato⁴⁰⁵, non solo in ragione delle svariate norme di esclusione richiamate nei §§ precedenti (e della esistenza di molteplici microsystemi regolativi speciali), ma anche del rafforzamento di un apparato sanzionatorio diverso, basato, oltre che sul risarcimento, sulle responsabilità dei dirigenti⁴⁰⁶.

E tuttavia, l’idea che, in caso di violazione dei divieti, queste ultime possano efficacemente funzionare come elemento della “totalità del sistema delle misure sanzionatorie”, rendendo, in ultimo, equivalente, effettivo e dissuasivo l’apparato sanzionatorio del settore pubblico, è stata avvalorata anche dal contenzioso sui contratti a termine che ha investito la CgUe. L’idea, suggerita nelle Conclusioni dell’Avv. Gen. Maciej Szpunar nella causa Santoro⁴⁰⁷, è stata raccolta dalla CgUe, la quale, in un rapido ma significativo passaggio della sentenza, ha proprio richiamato, fra le altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato, la

⁴⁰³ Quest’ultimo, per riportare le parole della Corte costituzionale garantisce «all’intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell’art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati)». Si ricorda ancora che la decisione de qua la Corte costituzionale ha escluso, in via interpretativa, il risarcimento per i soggetti coinvolti nella stabilizzazione.

⁴⁰⁴ Più precisamente, secondo Cass. 7.11.2016, n. 22552, la misura della stabilizzazione è idonea misura risarcitoria in forma specifica nei seguenti tre casi: «nel caso di concreta assegnazione del posto di ruolo»; «nella ipotesi della certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell’art. 1 della legge n. 107 del 2015» (punto 89 della sentenza); nella stabilizzazione «assicurata ai docenti attraverso precedenti strumenti concorsuali o selettivi diversi da quelli contenuti nella citata legge 107/2015» (punto 90 della sentenza), mentre al di fuori di queste ipotesi il docente ha diritto al risarcimento del danno, nel rispetto dei criteri di quantificazione affermati dalla stessa Cass. nella sent. n. 5071, pronunciata dalle SS. UU, il 15.3.2016.

⁴⁰⁵ Sul punto *amplius* B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit. L’opportunità di omologare la regolazione del lavoro pubblico a quella del lavoro privato, anche con riguardo alla disciplina dei contratti a termine, è ribadita dal *Rapporto sulle pubbliche amministrazioni in Italia- Reinventare lo Stato*, a cura dell’Associazione Amici di Marco Biagi, 2018, sp. 21-22.

⁴⁰⁶ Sul tema v. E. Pasqualetto, *I molteplici profili di responsabilità*, cit.

⁴⁰⁷ Nelle Conclusioni l’Avv. gen. suggeriva infatti che «la valutazione dell’effetto deterrente delle misure sanzionatorie dovrebbe essere effettuata tenendo conto non solo di quelle previste a favore dei lavoratori vittime dell’utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, bensì anche della totalità delle misure disponibili» (Conclus. § 71). Per questo aspetto l’Avv. gen. invitava i giudici- e il giudice del rinvio in particolare – a verificare, con particolare rigore, se, nella prassi, la condizione richiesta dal c. 5 del 36 – che è quella del “dolo o colpa grave” del dirigente- consenta ai responsabili di sottrarsi sistematicamente alle sanzioni (Conclus. § 72).

responsabilità amministrativa – per dolo o colpa grave- del dirigente “abusante” e la possibilità di non erogare al medesimo la retribuzione di risultato⁴⁰⁸.

Una rinnovata enfasi sulle responsabilità dei dirigenti sembra posta da altri recenti pronunciamenti: dalla decisione emessa dalla CgUe nel caso Sciotto⁴⁰⁹, alla decisione del Consiglio di Stato sui richiami in servizio del personale volontario della Croce Rossa⁴¹⁰.

E se pure, ad oggi, non si conoscono azioni di responsabilità nei confronti dei dirigenti (anche perché gli abusi spesso dipendono dalle scelte degli esponenti politici, i quali tendono ad evitare lo scontro con i dirigenti⁴¹¹), anche le riflessioni scientifiche non si sottraggono al fascino di quella che ancor oggi potrebbe definirsi «la neolingua del pubblico impiego riformato». «Si scrive che i dirigenti operano con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro, ma si legge che sono responsabili per ogni indebito ricorso a forme di impiego flessibili (e che questo è il punto di forza del sistema sanzionatorio del settore pubblico)», si potrebbe dire riprendendo provocatoriamente il tono delle intitolazioni di Massimo D’Antona.

Si rimarca, così, che le responsabilità di chi sceglie e pone in essere le decisioni di assunzione non dovrebbero più essere “tutte teoriche” perché prive di riscontri nella realtà⁴¹²; che le medesime dovrebbero funzionare come strumento di attivazione, da parte delle amministrazioni, di dispositivi virtuosi di “auto-correzione”⁴¹³ (e, cioè, come leva in grado di scardinare le pressioni provenienti dagli organi di governo e di vertice in favore dell’abuso della flessibilità) e, infine, che la dirigenza dovrebbe, opportunamente, innescare tale leva «per salvare sé stessa»⁴¹⁴.

Sin qui una neolingua che ri-accentua le differenze fra “pubblico” e “privato”.

E che ci pone di fronte ad un’ultima domanda: le opzioni compiute in occasione della quarta riforma sono condivisibili? le stabilizzazioni e le responsabilità dei dirigenti basteranno a sanare l’uso abusivo dei contratti a termine e delle collaborazioni? O, una volta chiusa l’ennesima fase di stabilizzazioni, si ripresenteranno le condizioni per il formarsi di sacche di personale avventizio e fuori ruolo, preludio di nuove ondate di stabilizzazione?

È probabile che, al pari delle stabilizzazioni, anche l’enfasi che il legislatore ha posto sulle responsabilità dei dirigenti - peraltro in linea con un esasperato ritorno alle sanzioni per il

⁴⁰⁸ Nella parte finale della sentenza si legge infatti che «dal fascicolo a disposizione della Corte si evince che la normativa nazionale prevede altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato. Difatti, l’articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 dispone che le amministrazioni sono tenute a recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all’impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Una siffatta violazione dovrebbe essere inoltre presa in considerazione ai fini della valutazione dell’operato di detti dirigenti i quali, a causa della citata violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato».

⁴⁰⁹ CgUe 25 ottobre 2018, C-331/17, *Martina Sciotto c. Fondazione Teatro dell’Opera di Roma*. Nella sentenza si sottolinea, infatti, che spetta al giudice del rinvio verificare se la chiamata in causa delle responsabilità dei dirigenti rivesta un carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo tale da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro (punto 63).

⁴¹⁰ Cons. di Stato 6 ottobre 2018, n. 5720. Un’enfasi quasi maggiore, rispetto al risarcimento, viene a porsi proprio sulla responsabilità dei dirigenti che, nella menzione dei rimedi che contraddistinguono l’apparato sanzionatorio del settore pubblico, è anteposta al risarcimento («l’effettività dell’apparato che sanziona l’abuso nel rinnovo dei contratti a tempo determinato è assicurato non solo dalla responsabilità amministrativa cui sono sottoposti i dirigenti che violano la disciplina imperativa dei collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, ma anche dallo speciale regime risarcitorio che assicura al lavoratore pubblico un danno minimo presunto»).

⁴¹¹ Lo nota L. Menghini, *I contratti*, cit., 170.

⁴¹² Tali le definisce L. Menghini, *I contratti*, cit., 146.

⁴¹³ V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 15.

⁴¹⁴ E. Ales, *L’utilizzo temporaneo*, cit., 486.

lavoratore pubblico⁴¹⁵ - accentui solo le distanze regolative sistemiche tra pubblico e privato, piuttosto che ridurle, come si sarebbe potuto (e si potrebbe ancora) fare in una logica ispirata ad una differenziazione regolativa opportuna e sostenibile⁴¹⁶.

Ed è altrettanto probabile che porre l'accento sulle conseguenze che, in termini punitivi, scaturiscono, per i responsabili, dall'indebito ricorso a forme di impiego flessibili risponda ad una «concezione formalistica e cartolare della legalità, in tutto e per tutto ignara di obiettivi e vincoli di efficienza»⁴¹⁷, non contribuendo a migliorare l'efficacia delle decisioni organizzative e, fra queste, delle determinazioni sulla consistenza e la composizione degli organici⁴¹⁸ che richiederebbero, piuttosto, una più convinta diffusione di culture e *pratiche manageriali applicate alle risorse umane*⁴¹⁹.

L'ultima riflessione riguarda allora la possibilità di rinvenire, fra le pieghe della riforma del 2015/2017, dispositivi virtuosi che agevolino, a monte, un buon uso della flessibilità e che pertanto consentano un bilancio meno negativo della riforma.

Con un certo ottimismo della volontà, è in effetti possibile rintracciare nelle novità del 2015/2017, una serie di meccanismi – alcuni richiamati già all'inizio di questo contributo – che, malgrado il mancato ripensamento della disciplina generale degli usi e abusi della flessibilità, potrebbero garantire un utilizzo più sano e fisiologico dei contratti di lavoro flessibili, agevolando una gestione più efficiente e manageriale di ciò che tale risorsa può offrire al funzionamento degli apparati.

Si può immaginare, per esempio, che una “sana flessibilità”, come principio di macro-organizzazione collegato ad una corretta programmazione strategico-gestionale delle risorse umane, possa essere favorita dal virtuoso funzionamento dei PTFP.

⁴¹⁵ M. Militello, *Etica comportamentale*, cit.

⁴¹⁶ B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit.

⁴¹⁷ M. D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in *Opere, Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, vol. V, 190, già in S. Battini, S. Cassese, (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, 1.

⁴¹⁸ In linea, peraltro, con l'ancora vigente co. 2 dell'art. 5 T.U. per il quale competono ai dirigenti - i quali operano «con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro» - «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro». I poteri decisionali relativi alla consistenza e alla composizione degli organici sono riconducibili altresì agli artt. 16 e 17 del T.U., in particolare, alla lett. a-bis del co. 1 dell'art. 16 (per cui dirigenti «propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4») e alla lett. d-bis del co. 1 dell'art. 17 (per cui i dirigenti «concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4»). Sulla parificazione dei poteri di gestione del personale nel “privato” e nel “pubblico” e all'indomani della seconda privatizzazione, v. ancora M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit.

⁴¹⁹ In questi termini ancora B. Caruso, *Le riforme e il lavoro*, cit., ma v. sp. i capp. dedicati alla *Responsabilità politica e dirigenziale: la quadratura del cerchio* e alla *Educazione permanente dei dirigenti e dei dipendenti nel Rapporto sulle pubbliche amministrazioni*, cit., nei quali si insiste sulla opportunità di una formazione manageriale dei dirigenti pubblici e si sottolinea, riprendendo il pensiero di C. Deodato, che «il contesto ordinamentale sanzionatorio nel quale si muove il dirigente pubblico presenta rilevanti profili di indeterminatezza, atipicità e imprevedibilità, per eccesso della proliferazione di fattispecie indefinite di responsabilità (come tali violative delle esigenze minime dello Stato di diritto), che inducono, nella psicologia del dirigente, uno stato di preoccupazione e che rischiano di provocare, di conseguenza, la paralisi dell'azione amministrativa. La recente legislazione ha moltiplicato gli adempimenti formali e burocratici estranei alla *mission* della struttura, producendo, ad esempio, una nuova burocrazia dell'anticorruzione (...) Il dirigente, al quale va restituito un rinnovato e credibile profilo di *civil servant*, deve essere messo nelle condizioni di assumersi le sue (doverose) responsabilità istituzionali: deve, cioè, poter lavorare senza temere conseguenze sfavorevoli, imprevedibili, potendo dedicare la maggior parte del suo tempo all'assolvimento dei compiti dell'ufficio, con dotazioni organizzative adeguate e in un quadro normativo chiaro e scevro da ambiguità» (111-112).

Questi ultimi- come già chiarito dalle prime *Linee di indirizzo* (D.M. 8 maggio 2018)- dovranno indicare, oltre alle assunzioni a tempo indeterminato previste nel triennio, «ogni forma di ricorso a tipologie di lavoro flessibile nel rispetto della disciplina ordinamentale di cui agli articoli 7 e 36 del d. lgs. n. 165/2001».

In una visione più generale, i “piani” dovrebbero consentire, non solo una più oculata programmazione delle risorse- con un’indicazione puntuale di quelle che si intendono acquisire con forme contrattuali flessibili-, ma anche una rimodulazione annuale- qualitativa e quantitativa - della necessaria provvista di personale e, dunque, di per sé, una maggiore adattabilità/flessibilità organizzativa.

Altro strumento al quale potrebbe agganciarsi l’effettività della disciplina sui contratti flessibili e gli incarichi è il controllo esterno esercitato dagli OIV, dai nuclei di valutazione e dal Dipartimento della Funzione pubblica; soggetti ai quali è affidata l’attività di monitoraggio, a sua volta legata all’obbligo delle pp.aa. di trasmettere annualmente il rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate nell’anno solare precedente⁴²⁰. Sia la trasmissione del rapporto che l’attività di controllo esterno dovrebbero, ovviamente, assumere più una funzione di rendicontazione e verifica di sana e virtuosa flessibilità che di auto-controllo e stigmatizzazione di abusi per evitare un inutile incremento della “babilonia dei controlli”⁴²¹.

La presenza di tali dispositivi lascia sperare che un corretto impiego della flessibilità in entrata nei settori pubblici possa essere garantito - oltre che da precetti (che richiederebbero solo “adempimenti”) e sanzioni- dalla concreta capacità delle amministrazioni di pianificare in modo adeguato la propria attività e i propri fabbisogni⁴²² (puntando più sui “risultati”), come il legislatore della riforma sembra in effetti aver richiesto (v. *retro*, § 2)⁴²³.

A non voler essere troppo ingenerosi verso la riforma del 2015/2017, può dirsi che il corretto funzionamento dei nuovi meccanismi generali di programmazione delle attività e organizzazione degli uffici (in sinergia con i dispositivi di monitoraggio e verifica della gestione delle risorse umane) potrebbe riportare l’uso delle flessibilità nelle pp.aa. nell’alveo dei valori dell’etica pubblica⁴²⁴ e del principio costituzionale del buon andamento, determinando un vero “cambio di passo” delle amministrazioni e una riemersione della «tensione pratica a garantire la “buona amministrazione”»⁴²⁵.

⁴²⁰ Cfr. l’art. 36, co. 3 e l’art. 7, co. 6, ult. periodo, contenente rinvio alla prima disposizione. A tale obbligo si aggiunge l’obbligo informativo sulle consulenze richiamato *retro* alla nota 45. Sul “peso” del controllo esterno contro l’abuso delle forme flessibili v. già, dopo gli interventi del 2008-2013 sull’art. 36, E. Ales, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, nota a Cass. 21 agosto 2013, n. 19371 e 2 dicembre 2013, n. 26951, *RIDL*, 2014, II, sp. 93-94.

⁴²¹ G. Della Rocca, A. M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma dell’organizzazione pubblica: adempimenti o risultati?*, *DLM*, 2018, 173, i quali riprendono E. D’Alterio, *I controlli sull’uso delle risorse pubbliche*, Giuffrè, 2015.

⁴²² V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile*, cit., 13.

⁴²³ Sulla opportunità di abbandonare, nell’organizzazione delle pp.aa., la logica per sanzioni a vantaggio di logiche di tipo motivazionale e di coinvolgimento e di stili di *management* pubblico più vicini a quelli delle imprese private v. ancora G. Della Rocca, A. M. Ponzellini, *I dilemmi della riforma*, cit.

⁴²⁴ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), Firenze, 2010, 90; P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, *Il diritto dell’economia*, 2015, 1, 35.

⁴²⁵ L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma*, cit., 13 (il quale richiama F. Merusi, *L’“imbroglio” delle riforme amministrative*, Mucchi editore, 2016). Ma in tema v. sp. S. Cassese, *Relazione alla “Giornata sul diritto alla buona amministrazione” per il 25° anniversario della legge sul “Sindic de Greuges” della Catalogna*, Barcellona, 27 marzo 2009.