

Contratto a termine nella pubblica amministrazione: regole nuove, vincoli vecchi

di Luigi Oliveri

La modifica apportata all'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 da parte dell'art. 17, comma 26, lett. a, pone maggiori problemi di quanti non punti a risolverne.

I tratti essenziali della norma sono:

- a) l'eliminazione del divieto di impiegare il medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio;
- b) la cancellazione della precisazione che l'assunzione dei lavoratori flessibili avviene nell'ambito delle procedure previste dalla legge, rispettando principi di imparzialità e trasparenza;
- c) la sostituzione delle previsioni cancellate con:
 - l'obbligo di redigere entro il 31 dicembre di ogni anno un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al d.lgs. n. 286/1999, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento;
 - la previsione del divieto di erogare la retribuzione di risultato al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile.

La riscrittura del comma 3 dell'art. 36 induce a chiedersi quale sia l'effettiva portata della riforma e, in particolare:

1) se le norme cancellate autorizzino ad una flessibilità coincidente con una sostanziale *deregulation*

nella gestione dei rapporti di lavoro flessibili;
2) se e quanto siano applicabili ed efficaci le nuove disposizioni del testo del comma 3 novellato.

Il primo tema, quello degli effetti della riscrittura del comma 3 sulla flessibilità, appare quello più delicato.

Pare opportuno sgomberare subito il campo da interpretazioni eccessivamente estensive. La cancellazione dei divieti e dei vincoli, presenti nel testo del comma 3 come introdotto lo scorso anno dal d.l. n. 112/2008 convertito con modificazioni nella l. n. 133/2008, non può indurre a concludere che le pubbliche amministrazioni non incontrano più limiti nell'acquisizione del lavoro a termine o flessibile.

In primo luogo, infatti, restano ferme le disposizioni dei commi 1 e 2 del medesimo art. 36. Il ricorso, dunque, ai rapporti di lavoro flessibili rimane ammesso solo «per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» (in merito alla qualificazione della eccezionalità, si rinvia a P. Fuso, *Il paradigma della flessibilità e il contratto a termine*, in *Dossier Adapt*, 13 luglio 2009, n. 8). Infatti, per fare fronte a fabbisogni lavorativi stabili nel tempo, le amministrazioni pubbliche possono assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

In secondo luogo, anche se nel nuovo testo del comma 3 non si fa esplicito riferimento al rispetto

delle procedure previste dalla legge e al rispetto dell'imparzialità e della trasparenza, ciò non implica un'improvvisa estensione al datore di lavoro pubblico della possibilità di reclutare i lavoratori per chiamata diretta o senza forme concorsuali. Ciò, infatti, rimane impedito dall'art. 97, comma 3, Cost., da cui discende l'obbligo di assumere agli impieghi pubblici esclusivamente per concorso. Inoltre, sempre l'art. 36, comma 2, precisa e dettaglia l'obbligo di svolgere le selezioni pubbliche, visto che subordina l'assunzione con forme di lavoro flessibili non solo alle cause oggettive viste sopra, ma anche al «rispetto delle procedure di reclutamento vigenti». Le quali non possono che essere quelle concorsuali fissate dalla Costituzione.

Di fatto, dunque, la cancellazione dal comma 3 del riferimento alle forme di reclutamento ed ai principi di pubblicità e trasparenza non ha alcun effetto, proprio perché per questa parte il vecchio testo della norma non aveva alcun valore costitutivo, ma solo ricognitivo di principi già esistenti, addirittura di rango costituzionale.

Pare, comunque, necessario concludere che nemmeno la cancellazione espressa del divieto di impiegare il medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per 3 anni in un quinquennio possa avere alcun effetto di "liberalizzazione" del sistema del lavoro flessibile nel comparto pubblico.

Sarebbe oggettivamente incongruo e in aperta violazione dell'art. 3 Cost., oltre che delle direttive europee sul lavoro a termine, immaginare che effetto della novellazione dell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 sia una sorta di autorizzazione implicita alle amministrazioni pubbliche ad inanelare ripetuti contratti a termine, senza alcun termine o limite.

A ben vedere, la riscrittura del comma 3 ha per conseguenza il ritorno ad un'applicazione diretta di alcune parti dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001. Non bisogna dimenticare qual è l'assetto vigente delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, come definito dall'art. 2, comma 2, primo periodo, del d.lgs. n. 165/2001, ai sensi del quale «I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto».

Ora, il d.lgs. n. 368/2001 è certamente legge di di-

sciplina del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, come tale applicabile al rapporto di lavoro pubblico, con l'eccezione di quelle sue parti non compatibili con le "diverse disposizioni" del d.lgs. n. 165/2001. Tra esse, la ben nota impossibilità di estendere al lavoro pubblico la sanzione della conversione del rapporto flessibile in lavoro subordinato a tempo indeterminato, nel caso di violazione proprio dei vincoli normativi al ricorso al lavoro a termine.

Vigente il precedente testo dell'art. 36, comma 3, esso si poneva come norma speciale, contenente una regolamentazione particolarmente dedicata alle amministrazioni pubbliche, rispetto al problema del concatenamento di rapporti a termine, diversa (anche se analoga) da quella di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/2001, da cui discende il limite generale – derogabile dai contratti collettivi – di 36 mesi alla durata di un rapporto di lavoro a termine condotto, in mansioni equivalenti, con un medesimo lavoratore.

L'art. 17, comma 26, lett. b, del d.l. n. 78/2009, come visto, cancella la norma speciale ed il vincolo di 3 anni nel quinquennio all'inanellamento di rapporti flessibili. Non potendosi ammettere una liberalizzazione del lavoro pubblico flessibile, né la formazione di un vuoto normativo nell'ordinamento, anche alla luce dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, pare necessario affermare che si applichi alla pubblica amministrazione il limite dei 36 mesi, discendente dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/2001.

Del resto, questo limite temporale è quello considerato dal legislatore come soglia al di sotto della quale la gestione di un rapporto di lavoro flessibile non comporti quell'abuso all'impiego del lavoro flessibile, che proprio il comma 3 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, anche nel nuovo testo, intende scongiurare.

Nel settore privato, il superamento dei 36 mesi (salva la deroga espressa tra le parti, o il diverso termine fissato dalla contrattazione collettiva) è indice certo di "precarizzazione", da cui deriva la tutela reale del lavoratore: il rapporto si trasforma in lavoro a tempo indeterminato.

Nella pubblica amministrazione tale tutela reale non è ammessa. Dunque, a maggior ragione si impone la fissazione di un termine massimo di durata dei rapporti flessibili, per evitare che il lavoratore rimanga a lungo intrappolato nei meccanismi di una continua reiterazione di lavori a termine, senza

poter contare su prospettive di inserimento definitivo nell'organizzazione pubblica. A meno di sperare in processi di stabilizzazione, o su assunzioni *extra ordinem*, per non qualificarle radicalmente illegittime o nulle.

Se la pubblica amministrazione può assumere con rapporti flessibili per fare fronte ad esigenze temporanee, deve essere chiaro a monte il "patto" col lavoratore. Il suo contratto non potrà eccedere la durata dell'esigenza. Il prolungamento di tale esigenza organizzativa è un indice di disfunzione interna, ma non può costituire presupposto per una reiterazione dei rapporti contrattuali a termine, oltre una durata che l'ordinamento considera accettabile solo se contenuta in un arco complessivo di 36 mesi.

D'altra parte, si è visto sopra che la pubblica amministrazione deve continuare ad assumere, anche per avviare rapporti flessibili, mediante concorso. Dunque, la reiterazione di rapporti a termine attraverso rinnovi o riassunzioni da graduatorie non è ammissibile (anche se largamente praticata), perché violerebbe proprio l'art. 97, comma 3, Cost.

Nella realtà, l'unica possibilità ammessa dalla legge, e valevole anche vigente il precedente testo dell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, perché un'amministrazione conduca un rapporto di lavoro flessibile col medesimo lavoratore per un periodo superiore ai 36 mesi è che il lavoratore abbia partecipato a più concorsi e li abbia vinti, accumulando, così, legittimamente un periodo di lavoro lungo. Legittimamente, perché l'applicazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost. attribuisce ai cittadini il diritto di partecipare (e, se capaci, di vincere) ai concorsi pubblici.

In conclusione, il limite della durata del lavoro a termine in mansioni equivalenti per 36 mesi non può non considerarsi operante anche per la pubblica amministrazione. Del resto, se così non fosse, mancherebbe uno dei parametri fondamentali per la verifica della correttezza dell'operato dei dirigenti, chiamati a rispondere, dal nuovo testo dell'art. 36, comma 3, per l'irregolarità nell'utilizzo del lavoratore flessibile. La principale tra le irregolarità, infatti, resta il concatenamento di contratti, da sempre indice di abuso al ricorso del rapporto a termine.

Non è, tuttavia, solo questa l'irregolarità in cui può incorrere il dirigente. La responsabilità dirigenziale scatterà:

1) per violazione del termine di 36 mesi, come fin

qui sostenuto;

2) per assunzione con rapporti flessibili, allo scopo di rispondere ad esigenze organizzative stabili;

3) per assenza di quelle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che, comunque, debbono emergere a supporto del fabbisogno temporaneo ed eccezionale che giustifica l'assunzione;

4) per reclutamento senza l'effettuazione delle necessarie prove selettive pubbliche, ivi compreso il rinnovo o la riassunzione da graduatoria ancora valida;

5) per il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa che dissimulano lo svolgimento di vere e proprie attività lavorative subordinate; si tenga presente che, per effetto del comma 27 dell'art. 17 del d.l. n. 78/2009, il rapporto informativo previsto dal testo novellato dell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001 deve contenere informazioni anche relative ai contratti di lavoro autonomo ed alle co.co.co. gestite dagli enti.

A questo punto, l'analisi si sposta nel tentativo di rispondere al quesito relativo all'individuazione del soggetto competente a rilevare le irregolarità dei dirigenti.

Il rapporto informativo previsto dal nuovo testo dell'art. 36, comma 3, del d.lgs. n. 165/2001, come si è visto, va trasmesso ai nuclei di valutazione o servizi di controllo interno; si esclude a priori la possibilità che il Dipartimento della funzione pubblica possa accertare le irregolarità dei dirigenti, anche perché si evince dalla norma che la ricezione dei vari rapporti da parte delle pubbliche amministrazioni sarà utile solo a scopi di ricerca e statistici.

Immaginando una correlazione tra soggetto operativo (nucleo di valutazione o servizio di controllo interno) destinatario del rapporto informativo, evidenziazione di irregolarità ed irrogazione della sanzione a carico dei dirigenti, parrebbe proprio che spetti al nucleo di valutazione o servizio di controllo interno:

a) accertare l'irregolarità nell'utilizzo dei lavori flessibili;

b) irrogare la sanzione, attraverso la proposta all'organo di governo di non erogare la retribuzione di risultato, in forza dell'irregolarità rilevata.

È, tuttavia, legittimo dubitare della sostenibilità del sistema delineato dal legislatore, sia sul piano strettamente giuridico sia, soprattutto, in via di fatto.

C'è da dubitare seriamente, intanto, della competenza dei nuclei di valutazione in merito all'indivi-

duazione di irregolarità. L'accertamento di violazioni normative alla disciplina dell'acquisizione di lavoratori flessibili è, di fatto, un vero e proprio controllo di legittimità successivo e puntuale, incentrato su specifici atti. A questo scopo, oggettivamente un rapporto informativo, per quanto ben strutturato, non pare possa essere sufficiente. Occorre, infatti, un esame analitico della programmazione dei fabbisogni, dell'organizzazione della struttura diretta dal dirigente, della valutazione specifica della tipologia di fabbisogno, della sussistenza della causa giustificativa, delle modalità di reclutamento, della motivazione di ogni singolo provvedimento adottato, del contratto di lavoro. Insomma, si pretende che soggetti come i nuclei di valutazione compiano atti di controllo e di istruttoria in sostanza simili a quelli che spetterebbero al giudice del lavoro, in assenza:

- a) di una competenza generale: i nuclei di valutazione sono chiamati non a controllare singoli atti, ma i risultati di un processo gestionale; la norma, se applicata letteralmente, snaturerebbe totalmente tali organismi, trasformandoli in qualcosa d'altro;
- b) di una competenza professionale specifica: nei componenti dei nuclei di valutazione specifiche professionalità ed esperienze giuridiche possono anche essere presenti; nel caso di specie, tuttavia, occorrerebbero approfondite ed attestate competenze giuslavoristiche, mentre in generale fanno parte dei nuclei componenti esperti in materia di gestione, management, finanza pubblica, controllo, sprovvisti delle analitiche cognizioni che occorrerebbero per la delibazione in merito all'irregolarità nell'acquisizione di lavoratori flessibili.

Vi è, poi, un decisivo elemento di fatto. È acclarato che moltissime pubbliche amministrazioni utilizzano forme di lavoro flessibile, allo scopo di eludere, aggirare vincoli alle assunzioni a tempo indeterminato, discendenti in vario modo e misura da norme di finanza pubblica. È illusorio ritenere che responsabili di tali scelte siano in via esclusiva i dirigenti. Certo, richiamare la responsabilità dirigenziale nella gestione e nella legittimità, da parte del legislatore, appare inevitabile. Ma, le scelte elusive di portata rilevante, quali quelle compiute dalle amministrazioni, tanto da dare corso ad un vero e proprio fenomeno di esplosione del "precariato" pubblico, non sono sicuramente da ascrivere ai dirigenti, bensì agli organi di governo. Sono detti organi che, approvando la pianificazione contabile e gestionale, orientano in modo ineludibile le scelte

gestionali.

C'è da chiedersi, ad esempio, come sarebbe possibile privare un dirigente della retribuzione di risultato, laddove il nucleo accertasse il corretto assolvimento e conseguimento degli obiettivi gestionali previsti dalla programmazione, soprattutto se, allo scopo di rendere i servizi, non gli venissero attribuite le direttive e le risorse per fare fronte alle esigenze lavorative con lavoratori a tempo indeterminato, pur in presenza di esigenze stabili. Se quel dirigente, magari per assicurare il corretto svolgimento di corsi di formazione, l'apertura continuata di uffici di informazione e a contatto col pubblico, turni di lavoro, assume con rapporti flessibili, privato – per scelte programmatiche di governo – della possibilità di assumere a tempo indeterminato; se, soprattutto, tale dirigente abbia elaborato piani e relazioni gestionali, con i quali abbia evidenziato l'esigenza di coprire i fabbisogni lavorativi con rapporti a tempo indeterminato e ne abbia fatto formale proposta all'organo di governo e, tuttavia, quest'ultimo abbia denegato direttive in tal senso, c'è da chiedersi come potrebbe, nel merito, il nucleo di valutazione censurare l'operato del dirigente.

Il quale, per altro, a prescindere dalla flebile e forzata previsione del comma 3 novellato dell'art. 36, risponderebbe comunque, in via risarcitoria, dell'attivazione di rapporti di lavoro a termine in violazione di norme imperative per dolo o colpa grave, ai sensi del comma 5 del medesimo art. 36.

Insomma, per quanto concerne la funzione di "controllo" connessa al rapporto informativo e la "sanzione" prevista, la novella del comma 3 dell'art. 36 appare confusa e sostanzialmente inefficace. Anche perché non prende di mira le responsabilità nella genesi del precariato pubblico, che non sono esclusivamente rimesse alla dirigenza, ma vanno ricercate anche nei confronti degli organi di governo.

Luigi Oliveri

Dirigente Coordinatore
Area Servizi alla Persona e alla Comunità
della Provincia di Verona