

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



**DOTTORATO DI RICERCA IN “SCIENZA POLITICA E ISTITUZIONI IN
EUROPA”**

XVII CICLO

TESI DI DOTTORATO

in

DIRITTO DEL LAVORO

*IL LAVORO SUBORDINATO FLESSIBILE NEL SETTORE PRIVATO E NEL
PUBBLICO IMPIEGO TRA REGOLE COMUNITARIE E DISCIPLINA NAZIONALE*

Tendenze evolutive in un mondo flessibile

Tutor

Ch.mo Prof.
Marcello D’Aponte

Dottoranda

Valentina Prisco
Matr. DR990392

Coordinatore

Ch.mo Prof.
Marco Musella

Anno accademico 2013-2014

INDICE

INTRODUZIONE	p. 5
CAPITOLO I	
L'EVOLUZIONE DELLE POLITICHE DI FLESSIBILITA' DEL LAVORO IN ITALIA	
1.1 Definizione ed elementi del rapporto di lavoro flessibile: una sintesi	p. 13
1.2 Origine ed obiettivi della flessibilità	p. 19
1.3 Ricostruzione dell'evoluzione normativa del lavoro flessibile in Italia: premessa.	p. 23
1.4 Gli anni Quaranta e Cinquanta: la tutela del lavoratore adulto e la legge n.25/1955 sull'apprendistato	p. 26
1.5 Gli anni Sessanta: il contratto di lavoro a tempo determinato e la cd. <i>flessibilità controllata</i>	p. 29
1.6 Gli anni Settanta: la legge n. 285/1977 sull'occupazione giovanile e la legge quadro n. 845/1978 sulla formazione professionale	p. 35
1.7 Gli anni Ottanta e la prima fase di deregolamentazione del mercato del lavoro: l'introduzione dei rapporti atipici, del <i>part-time</i> e dei contratti di solidarietà	p. 43
1.8 Le riforme degli anni Novanta: il c.d. Pacchetto Treu (l. n. 196/1997) e la regolazione del lavoro interinale	p. 52
1.9 Gli anni Duemila: l'attuazione delle direttive europee su <i>part-time</i> e contratto a termine	p. 62
1.10 (<i>segue</i>) Gli anni Duemila: il Libro Bianco del 2001 e la c.d. riforma Biagi (d.lgs. n. 276/2003)	p. 81
1.11. Verso principi comuni di <i>flessicurezza</i> ed aggiustamenti normativi prima della Riforma Fornero (l. n. 92/2012)	p.104
1.12 La crisi economica e la c.d. riforma Fornero (l. n. 92/2012): le nuove frontiere del lavoro flessibilità	p.123

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DELLA FLESSIBILITA' IN ENTRATA NEL LAVORO PUBBLICO

2.1 Cenni storici ed evoluzione normativa del rapporto di pubblico impiego nell'ottica di una maggiore flessibilità	p. 159
2.2 La prima fase di c.d. privatizzazione del pubblico impiego: il d.lgs. n. 29/1993	p. 167
2.3 La seconda fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: il d.lgs. n.165/2001	p. 173
2.4 La terza fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: dalla l. n. 145/2002 alla c.d. Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009). La legge Fornero: una sintesi	p. 179
2.5 L'introduzione di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale: l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 e l'inapplicabilità del d.lgs. n. 276/2003 al lavoro pubblico	p. 188
2.6 Gli interventi normativi successivi al d.lgs. n. 276/2003: nuovi vincoli al lavoro flessibile nel pubblico impiego nell'ottica di contenimento della spesa pubblica e di controllo delle assunzioni	p. 195
2.7 Dalla legge Fornero alla disciplina attualmente vigente in materia di flessibilità in entrata nel pubblico impiego: la l. n. 101/2013	p. 200
2.8 Le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego nella disciplina attualmente vigente: l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Premessa	p. 207
2.9 Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: premessa	p. 209
2.10 (<i>segue</i>) Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: la specialità delle causali giustificative	p. 212
2.11 Il contratto di formazione e lavoro, il contratto di apprendistato e gli altri rapporti di lavoro a contenuto formativo nel pubblico impiego	p. 221
2.12 La somministrazione di lavoro a tempo determinato nel lavoro pubblico	p. 225
2.13 Le forme contrattuali flessibili non previste dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001: il lavoro a tempo parziale e il telelavoro	p. 228
2.14 L'accesso al pubblico impiego: la questione delle modalità di reclutamento del personale	p. 249

2.15 Le procedure di stabilizzazione dei lavoratori flessibili: l'assetto normativo p. 253

2.16 La giurisprudenza costituzionale in materia di stabilizzazione del personale precario delle pubbliche amministrazioni p. 263

CAPITOLO III

LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELLE NORME SUL LAVORO FLESSIBILE: LA SPECIALITÀ DEL PRECARIATO PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED IL CONTRIBUTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

3.1 Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la qualificazione del danno p. 268

3.2 (*segue*) Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la quantificazione del danno p. 280

3.3 L'evoluzione giurisprudenziale in materia di contratti di lavoro a termine e la specialità del pubblico impiego: il contributo della Corte di Giustizia p. 286

3.4 L'indennità risarcitoria nel dialogo tra le Corti nazionale ed europee p. 295

3.5 (*segue*) Attualità e prospettive della giurisprudenza nazionale in tema di quantificazione del danno: l'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 p. 302

3.6 Il contratto a termine per il comparto Scuola: la disapplicazione dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nella recente giurisprudenza "creativa" nazionale ed europea p. 313

3.7 La svolta sancita dall'ordinanza *Papalia* e dalla sentenza *Mascolo*. La responsabilità del dirigente nella gestione della flessibilità in entrata p. 335

3.8 (*segue*) Il "vuoto normativo" dell'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Riflessioni p. 355

CAPITOLO IV

OLTRE LA FLESSIBILITA': SOLUZIONI CONTRO LA PRECARIETA'

4.1 Il concetto di *flexicurity* nella società post-industriale: il modello danese e la difficile "importazione" in Italia p. 361

4.2 Riflessione sugli esiti ambigui della flessibilità post-fordista e sulle ragioni che portano alla precarietà Italia p. 369

4.3 Le soluzioni contro la precarietà e le proposte di riforma: verso una nuova flessibilità "*socialmente ed economicamente sostenibile*" p. 373

4.4 Il contratto a termine a-causale e il contratto di inserimento a tutele crescenti: come cambia il lavoro flessibile con il *Jobs Act* (l. n. 183/2014) p. 389

4.5 Prime osservazioni sul *Jobs Act*: luci ed ombre di una riforma p. 397

CONCLUSIONI p. 411

BIBLIOGRAFIA p. 415

SITOGRAFIA p. 449

SINTESI DELLA NORMATIVA NAZIONALE ED EUROPEA p. 451

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA p. 459

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI p. 466

INTRODUZIONE

Il mercato del lavoro, con il passaggio dalla società industriale alla società *post-industriale* basata sul principio del *just-in-time*¹, in cui il luogo delle decisioni strategiche diviene il mercato, ha subito numerose trasformazioni dal punto di vista legislativo, strutturale e sociale e ciò ha spinto nell'ultimo ventennio i Governi europei, e tra questi l'Italia, a rispondere alle nuove sfide imposte dalla globalizzazione attraverso l'introduzione della flessibilità organizzativa ed operativa all'interno delle imprese².

Le regole del mercato del lavoro stabilite nei Paesi dell'Europa occidentale a protezione dell'impiego vengono messe in discussione già a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, in quanto considerate un ostacolo allo sviluppo delle società post-industriali e *post-fordiste*, caratterizzate da una struttura demografica profondamente mutata; inoltre, l'elevato grado di rigidità che caratterizzava allora il mercato dei beni e dei servizi aveva prodotto un aumento dei costi per le imprese con inevitabili ripercussioni sul mercato del lavoro.

Per fronteggiare la perdita di competitività del nostro continente nei confronti dei principali *partner* internazionali, l'agenda politica del mercato del lavoro si è, dunque, orientata verso l'introduzione di strumenti di maggiore flessibilità che fossero all'altezza delle trasformazioni intervenute nei modelli produttivi e negli stessi stili di vita contemporanea, ovvero mediante interventi legislativi di diritto del lavoro che riducessero la rigidità del mercato del lavoro attraverso la riduzione della protezione dell'impiego e il ricorso a forme contrattuali dotate di minore tutela.

¹ Il principio del *just-in-time* è alla base di un modello produttivo orientato al massimo risparmio di risorse in cui è necessario "*impiegare e retribuire esattamente le unità di forza-lavoro che servono al momento, entro margini approssimati al giorno o addirittura all'ora*": tutti i fattori produttivi devono essere acquisiti ed arrivare in produzione "*nel preciso momento in cui ce n'è bisogno e nella quantità necessaria*". L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*. Editori Laterza, Roma 2007, p. 32. Più approfonditamente, v. *infra*.

² Cfr. M. PEDACI, *Flessibilità del lavoro ed equilibri precari. La transizione al post-fordismo nelle storie di lavoratori para-subordinati*. Ed. Ediesse, Roma 2010, p. 37. L'autore afferma che "*l'impresa diventa un'entità elastica, a morfologia variabile. L'aspirazione è quella di ottenere una struttura in continuo movimento, in grado di modificarsi (nelle sue dimensioni, componenti, relazioni, transazioni, ecc.) seguendo ed assecondando i movimenti dei mercati, ovvero i cambiamenti della domanda [...] ogni configurazione dei fattori produttivi, ogni configurazione organizzativa va intesa con carattere transitorio, caduco, temporaneo, addirittura istantaneo, suscettibile di un subitaneo mutamento per adeguarsi alle circostanze*".

In questo contesto, figlio della globalizzazione dell'economia di mercato, della terziarizzazione e della delocalizzazione, la certezza assicurata dalle regole astratte che si proiettano nel futuro mal si concilia con l'esigenza di un'efficiente programmazione dell'impresa, entrando anzi in conflitto con essa, ove le regole non siano in grado di adeguarsi con la necessaria rapidità alle mutate circostanze. Non ci si trova di fronte ad eventi che sfuggono a qualsiasi possibilità di previsione, con i quali ogni razionale programmazione dell'impresa è tenuta a fare i conti e che sono propri di quel *rischio* che appartiene all'essenza del capitalismo³, ma si tratta della modificazione dello stesso scenario economico sulla base del quale l'impresa aveva fondato i suoi piani e programmi e che oggi avviene a ritmi sempre più serrati generando un clima di assoluta incertezza.

Il mercato del lavoro italiano, fino alla prima metà degli anni Novanta, appariva rigido, con un indice di *Employment Protection Legislation* (EPL) abbastanza elevato⁴ ed è per questo che si è dato vita nel nostro Paese ad una serie frenetica di riforme che hanno modificato profondamente l'impianto legislativo di protezione dell'occupazione, aumentando la flessibilità dei contratti di lavoro flessibile, c.d. *atipici*, che si affiancano (e non si contrappongono) al modello *standard* a tempo pieno ed indeterminato, con l'obiettivo di adeguare il reclutamento della manodopera alle esigenze aziendali e di allargare le possibilità di accesso all'occupazione (*port-of-entry*).

³ E. SEVERINO, *La vittoria delle tecnologie e la sfida a perdere tra economia e politica*, in *Corriere della Sera*, 2 settembre 2011, nel richiamo di S.P. EMILIANI, *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in W.P. *Libertà, lavoro e sicurezza sociale*, 16/12, disponibile all'indirizzo web <http://www2.unimc.it/>, p. 5.

⁴ E. FABRIZI, V. PERAGINE, M. RAITANO, *La flessibilità del lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013, p. 55 ss. Per dovere di completezza, è utile ricordare che il dato iniziale dell'EPL, calcolato dall'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) e considerato una buona approssimazione del livello di inflessibilità del mercato del lavoro, era risultato particolarmente elevato perché aveva considerato erroneamente il TFR un'indennità di licenziamento dei lavoratori indipendenti e non una quota di salario differito che viene erogato dalle imprese all'interrompersi della relazione contrattuale, qualsiasi sia il motivo (licenziamento, dimissioni, pensionamento).

Secondo gli autori, l'Italia, nonostante queste riforme, è risultato il Paese, nell'UE15, che ha registrato, dal 1995 ad oggi, la più elevata rigidità della legislazione sul lavoro.

Il bisogno di accrescere la competitività e la rivoluzione tecnologica che ha favorito l'automazione e il decentramento produttivo⁵ hanno, dunque, accentuato la necessità da parte delle imprese di adeguarsi alle oscillazioni sempre più frequenti del fabbisogno di manodopera instaurando rapporti temporanei, e, all'interno dei rapporti a tempo indeterminato, sospendendo o riducendo la retribuzione e/o l'orario di lavoro⁶.

Pertanto, la crisi della rigidità della normativa del rapporto di lavoro su cui si era basata l'ascesa del diritto del lavoro va letta proprio alla luce del tentativo del legislatore di coniugare l'esigenza di tutela dell'efficienza e della produttività delle imprese con la solidarietà verso i soggetti deboli⁷.

Tuttavia, il tentativo del legislatore italiano di adattare il diritto del lavoro alle trasformazioni economiche e sociali è apparso spesso frettoloso e disordinato, incapace di scongiurare la degenerazione della flessibilità del lavoro in *nomadismo occupazionale* senza tutele⁸ e di sfuggire alla “*trappola della precarietà*”.

La globalizzazione e la progressiva integrazione sovranazionale in ambito europeo, con conseguente imposizione di vincoli alla spesa pubblica, ha fatto registrare un'ulteriore importante novità legata all'importazione nella pubblica amministrazione di lavori atipici analoghi a quelli utilizzati dalle imprese.

Nel rapporto di lavoro pubblico, la flessibilità si presenta come un criterio di organizzazione dell'amministrazione pubblica, che pressata dalle ristrettezze economiche di bilancio, può così aumentare i posti in organico o anche solamente riempire le vacanze.

Al tempo stesso, gli interessi ad una riduzione della rigidità della disciplina non sono solo quelli che attengono ai lavoratori ma anche quelli propri

⁵ F. CARINCI, G. PERONE, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *Atti Aidlass*, Milano 1985.

⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Misure contro la disoccupazione e tutela del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, p. 342.

⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, cit., pp. 3 e 21.

⁸ Cfr. F. DELZIO, *Generazione Tuareg. Giovani, flessibili e felici*. Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2015. L'autore sottolinea che il rapido e imprevedibile dissolvimento delle certezze che avevano caratterizzato il Novecento costringe i giovani in cerca di lavoro a vagare in un mare senz'acqua come i nomadi del deserto, privi delle bussole che avevano guidato i loro padri, da qui la denominazione “*Generazione Tuareg*”.

dell'amministrazione sulla base dell'idea che il segreto dell'efficienza sia legato all'eliminazione di rigide procedure formali e alla deregolazione del mercato del lavoro⁹.

Il ricorso alle forme flessibili di impiego rappresenta, oggi, per le pubbliche amministrazioni una scelta quasi obbligata per fronteggiare le sempre nuove esigenze organizzative e gestionali conseguenti all'eventuale attribuzione di nuove funzioni amministrative e al mutare delle domande sociali in termini di semplificazione, di accelerazione degli adempimenti, di miglioramento della qualità del servizio, e non più esclusivamente, come in passato, la conseguenza di inerzia e inadeguatezza delle rispettive dirigenze, o del clientelismo politico e delle resistenze sindacali¹⁰.

L'assetto legislativo generale così delineato ha avuto sì esiti positivi dal punto di vista del contenimento della spesa pubblica ma, per quanto interessa ai fini del presente lavoro di tesi, si è spesso mostrato incapace di realizzare l'auspicato *efficientamento* delle pubbliche amministrazioni attraverso il ricorso a rapporti contrattuali flessibili, ponendo in essere continui abusi in materia di assunzione a tempo determinato.

E se l'inefficacia e l'inefficienza dell'azione amministrativa è stata spesso considerata il risultato di norme generali, la cui proliferazione "*limita le capacità di adattamento dell'organizzazione e della sua azione alle situazioni concrete*"¹¹, il crescente interventismo del legislatore italiano con provvedimenti *ad hoc* in materia di contratti a termine nel pubblico impiego, che ha prodotto differenziazioni regolative non solo del lavoro pubblico rispetto a quello privato, ma anche all'interno dello stesso lavoro pubblico, in considerazione delle peculiarità e delle necessità dei singoli settori/comparti o perfino di singole amministrazioni soprattutto in materia di reclutamento del personale, ha introdotto il precariato in un settore che non lo conosceva e ha privato intere generazioni dell'opportunità di misurarsi attraverso il concorso

⁹ L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce - contro la flessibilità*, cit., p. 44.

¹⁰ A. GABRIELE, *Profili sanzionatori per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato*, in A. Bellavista, A. Garilli, M. Marinelli (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*. Giappichelli Editore, Torino 2009, p. 135.

¹¹ M.G. GAROFALO, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. Gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: un ritorno al passato?* Ed. Ediesse, Roma 2009, p. 363.

pubblico¹², non più considerato la regola per l'accesso al pubblico impiego come affermato in Costituzione.

Ben presto, un assetto legislativo in materia di lavoro flessibile, con un gran numero di norme relative a casi particolari per sanare in vario modo comportamenti abusivi compiuti dalle pubbliche amministrazioni, ha dimostrato tutta la sua inadeguatezza e ha generato un cospicuo contenzioso giurisprudenziale con ripercussioni anche in ambito europeo.

Ed è così che, per correre ai ripari, si è inteso approfondire il solco che intercorre tra le due discipline, quella che regola il lavoro privato e quella che disciplina il pubblico impiego, abbandonando la creazione di un diritto del lavoro comune, comprimendo gli spazi finora conquistati dalla contrattazione collettiva e sancendo un ritorno all'intensa attività di micro-regolazioni delle relazioni di lavoro¹³.

Quanto finora esposto spinge anche a riflettere su quella grande promessa racchiusa nell'art. 4, comma 1, della nostra Costituzione, della piena occupazione mediante il lavoro subordinato che, a questo punto, non è più considerata “sostenibile”. Nell'universo del diritto del lavoro si è ormai fatta strada l'articolazione tipologica dei rapporti, che *dal lavoro* conduce *ai lavori*¹⁴, con la diretta conseguente impossibilità che il diritto del lavoro possa continuare ad “*identificarsi in futuro con la legislazione sul rapporto di lavoro subordinato degli occupati stabili*”¹⁵.

¹² M. MADIA, *Precari. Storie di un'Italia che lavora*. Prefazione di Susanna Camuso. Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2011, p. 20.

¹³ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 61.

¹⁴ Cfr. G. GOSETTI, *Lavoro e lavori. Strumenti per comprendere il cambiamento*. Ed. Franco Angeli, Milano 2011, in particolare, p. 29 ss.

¹⁵ M. D'ANTONA, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1998, pp. 226-227: “il diritto al lavoro è concepito nelle Costituzioni contemporanee essenzialmente come concreta opportunità per tutti i cittadini di vivere dignitosamente e al riparo dal bisogno grazie all'occupazione stabile nel lavoro subordinato”: “schema occupazionale”, tuttavia, che basandosi, “concettualmente e finanziariamente, sulla centralità dell'occupazione stabile dalla scuola alla pensione, non regge all'invecchiamento della popolazione e alla jobless growth alla quale le società europee sembrano condannate”.

E, date queste premesse, si mostra necessario un approccio c.d. *umanistico*¹⁶ nello studio del diritto del lavoro, tenendo conto che, al di là dei tecnicismi di ingegneria normativa, il lavoro *non è una merce*¹⁷ e che non va mai persa di vista la tutela della dignità del lavoratore.

L'analisi dei cambiamenti degli assetti e dei contenuti contrattuali, nel tenere in conto le ragioni di efficienza e produttività delle imprese nonché del pubblico impiego, non deve perdere di vista le esigenze reali dei lavoratori, riflettendo sul loro progetto di vita e non solo sul progetto lavorativo *sic et simpliciter*¹⁸.

Il cantiere sempre aperto della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro nazionale spinge a considerare il presente lavoro di ricerca come un punto di partenza per una riflessione sugli esiti ambigui della flessibilità del lavoro in Italia, nella piena convinzione che discutere di un tema così vasto impone una scelta di campo nel delimitare l'argomento e la consapevolezza della difficile previsione degli esiti delle dinamiche evolutive in atto nella materia.

Ai fini della mia indagine, sono oggetto di esame le nuove tendenze legislative nell'ottica di una progressiva flessibilizzazione delle prestazioni lavorative attraverso un'attenuazione della rigidità del tipo ma anche del contenuto del rapporto, nel settore privato e nel pubblico impiego, attraverso lo studio dell'evoluzione normativa che ha interessato l'Italia dal secondo dopoguerra ad oggi.

Rilevano, quindi, le forme contrattuali che si allontanano dal contratto di lavoro subordinato tipico, che “è la condizione più generale del nostro tempo”¹⁹, rispetto alla dimensione della settimana lavorativa piena, o a quella della non apposizione di un termine al rapporto di lavoro, o a entrambe²⁰.

¹⁶ M. RUSCIANO, *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 216/2014, disponibile all' indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/docs>, p. 2 ss.

¹⁷ *Dichiarazione di Filadelfia*, Organizzazione Internazionale del Lavoro, 1944.

¹⁸ Cfr. D. GOTTARDI, *Lavoro e lavori, diritto e diritti*, in G. Gosetti (a cura di), *Lavoro e lavori. Strumenti per comprendere il cambiamento*, cit., p. 39.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*. Einaudi Editore, Torino 2013, p. 23.

²⁰ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, p. 13 ss.

Il riferimento è, da una parte, al lavoro a termine, ai lavori con finalità formative e all'apprendistato; dall'altra, ci si riferisce alle figure di lavoro atipico, quali, in particolare, il lavoro a chiamata, in somministrazione, ripartito; tralasciando, per esigenze di sinteticità, l'ambito del lavoro autonomo ed occasionale.

Inoltre, viene dedicata attenzione anche al *part-time* che, pur distinguendosi dagli altri contratti flessibili, laddove propone una diversa *anima* della flessibilità intesa come scelta del lavoratore e non come condizione imposta dalla scarsità del lavoro disponibile, attraverso l'attribuzione di uno speciale *ius variandi* al datore di lavoro, può esporre il lavoratore al rischio di dover lavorare oltre l'orario concordato, finendo per diventare un *full-timer* mancato cui è preclusa la possibilità di disporre al meglio del proprio tempo di non lavoro.

Per quanto riguarda la ricostruzione della disciplina vigente nel settore pubblico, si pone l'attenzione sia sull'analisi delle principali tappe normative, caratterizzate dalla costante necessità di adattare alle pp.aa. discipline originariamente dettate per il datori di lavoro privato, sia sull'approfondimento delle diverse forme di lavoro subordinato flessibile per evidenziare le eventuali differenze con il settore privato.

Inoltre, nell'analisi del diritto vivente nel pubblico impiego, caratterizzato da regole speciali e questioni applicative particolari, si terrà conto anche della cospicua giurisprudenza in materia, in ambito nazionale ed europeo, che ha avuto importanti ricadute sociali ed economiche per il nostro Paese: il riferimento è senz'altro alla stabilizzazione del precariato pubblico.

Infine, nello studio delle politiche del lavoro incentrate su maggiore flessibilità, non bisogna trascurare la riflessione sulle conseguenze umane e sociali che la *metamorfosi della società salariale*²¹ ha prodotto sull'esistenza degli individui e, per questo, l'ultima parte della presente trattazione verte sull'analisi degli esiti ambigui della flessibilità in entrata in Italia e sulle ragioni che portano alla

²¹ R. CASTEL, *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, a cura di A. Petrillo- C. Tarantino. Elio Sellino Editore, Avellino 2007.

precarietà, anche attraverso l'approfondimento delle proposte di riforma che si stanno analizzando nel contesto europeo e a livello nazionale alla ricerca del delicato punto di equilibrio tra flessibilità e sicurezza. Particolare attenzione viene dedicata alla recente riforma del lavoro in Italia, il c.d. *Jobs Act* (l. n. 183/2014).

CAPITOLO I

L'EVOLUZIONE DELLE POLITICHE DI FLESSIBILITA' DEL LAVORO IN ITALIA

1.1 Definizione ed elementi del rapporto di lavoro flessibile: una sintesi; **1.2** Origine ed obiettivi della flessibilità; **1.3** Ricostruzione dell'evoluzione normativa del lavoro flessibile in Italia: Premessa.; **1.4** Gli anni Quaranta e Cinquanta: la tutela del lavoratore adulto e la legge n.25/1955 sull'apprendistato; **1.5** Gli anni Sessanta: il contratto di lavoro a tempo determinato e la cd. *flessibilità controllata*; **1.6** Gli anni Settanta: la legge n. 285/1977 sull'occupazione giovanile e la legge quadro n. 845/1978 sulla formazione professionale; **1.7** Gli anni Ottanta e la prima fase di deregolamentazione del mercato del lavoro: l'introduzione dei rapporti atipici, del *part-time* e dei contratti di solidarietà; **1.8** Le riforme degli anni Novanta: il c.d. Pacchetto Treu (l. n. 196/1997) e la regolazione del lavoro interinale; **1.9** Gli anni Duemila: l'attuazione delle direttive europee su *part-time* e contratto a termine; **1.10** (*segue*) Gli anni Duemila: il Libro bianco del 2001 e la c.d. riforma Biagi (d.lgs. n. 276/2003); **1.11**. Verso principi comuni di *flessicurezza* ed aggiustamenti normativi prima della Riforma Fornero; **1.12** La crisi economica e la c.d. riforma Fornero (l. n. 92/2012): le nuove frontiere del lavoro flessibile.

1.1 *Definizione ed elementi del rapporto di lavoro flessibile: una sintesi*

La definizione del concetto di flessibilità nel mondo del lavoro appare un problema di non facile soluzione dal momento che si rischia di incorrere in una lettura non complessiva ed esaustiva del fenomeno ma o strettamente *giuridica*, che si limita ad un'esegesi della normativa di ciascuno delle tipologie contrattuali flessibili e delle forme di flessibilità introdotte nel tradizionale contratto di lavoro subordinato; oppure in una lettura *sociologica*, che limita l'attenzione al concreto atteggiarsi dell'organizzazione produttiva *flessibile* nel contesto sociale e politico²².

Generalmente quando si parla di flessibilità del lavoro si intende porre l'accento sulla deregolamentazione delle norme a protezione dell'impiego: minori vincoli all'assunzione attraverso contratti di lavoro con durata prefissata (*flessibilità in entrata*) e minori vincoli al licenziamento dei lavoratori (*flessibilità in uscita*).

Ma anche con questa definizione si corre il pericolo di fornire un'immagine parziale del fenomeno, sottovalutando le molteplici forme e combinazioni con cui esso può manifestarsi.

²²M.G. GAROFALO, G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009, p. 11 ss.

Al fine di cogliere la natura poliedrica della flessibilità del lavoro è, dunque, necessario intenderla come la capacità di adattare vari aspetti del rapporto lavorativo, e non solo la durata, alle esigenze espresse dai datori di lavoro e dai lavoratori: diverse saranno, pertanto, le forme di flessibilità che attengono al rapporto di lavoro oggetto di deroghe o variazioni rispetto agli *standard* previsti²³.

Essa, al di là delle osservazioni di tipo politico e sociologico²⁴, costituisce un indubbio vantaggio per le imprese in quanto consente loro di far fronte agli eventuali picchi di produzione e di adattarsi alle previsioni di crescita del mercato senza assumere decisioni che incidono sugli assetti strutturali, con

²³ F. BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*. Ed. Il Mulino, Bologna 2009, p. 29-36. La flessibilità può, infatti, essere *numerica* se attiene al numero di occupati sul quale si incide attraverso il ricorso a rapporti di lavoro a tempo determinato o con procedure di licenziamento, individuale o collettivo, meno onerose per il datore di lavoro; *temporale*, che concerne la variazione dell'orario di lavoro rispetto a quello *standard*; *retributiva* che si riferisce alla modulazione delle componenti variabili della retribuzione (incentivi, premi di produttività, *profit-sharing*, etc) e, più genericamente, alle politiche di moderazione salariale a livello nazionale, locale, aziendale; *organizzativa* che attiene all'organizzazione interna del lavoro (ricorso a mobilità interna e a rotazione dei compiti assegnati ai lavoratori); *spaziale* che prevede molteplici e diverse sedi in cui può essere prestata l'attività lavorativa: un esempio su tutti è dato dal "telelavoro"; *flessibilità delle procedure di avviamento ed assunzione dei lavoratori* attraverso la liberalizzazione e la semplificazione amministrativa del collocamento e dei servizi per l'impiego.

Un'ulteriore classificazione distingue tra *flessibilità dell'occupazione*, intesa come possibilità da parte dell'impresa di variare la quantità di forza lavoro utilizzata, nonché il numero di lavoratori a cui corrisponde in un dato momento un salario; e *flessibilità della prestazione* che si riferisce all'eventuale modulazione, da parte dell'impresa, di vari parametri attinenti alla situazione in cui i dipendenti operano all'interno dell'impresa (ad esempio, mansioni svolte, articolazione differenziale dei salari in base a merito e alla produttività di reparto, modificazione degli orari, etc). Cfr. L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce - contro la flessibilità*, cit., p. 5.

Infine, appare interessante la definizione elaborata da Atkinson che introduce quattro tipologie di flessibilità: la *flessibilità numerica interna* e la *flessibilità numerica esterna* a seconda che la flessibilità prenda origine all'interno o all'esterno, attraverso aggiustamenti del numero di lavoratori interni all'impresa, o, aggiustamenti dell'orario di lavoro dei lavoratori esterni in base alla necessità d'impresa, ovvero alle sue necessità produttive. Le altre due tipologie sono la *flessibilità funzionale*, legata alle necessità organizzative e settoriali dell'impresa, e la *flessibilità finanziaria o salariale*, che si basa sui livelli retributivi del lavoratore, dipendente a sua volta dalle *performance* e/o dai risultati individuali del lavoratore. Cfr. J. ATKINSON, *Flexibility, Uncertainty and Manpower management*, in *IMS Report* (Institute of Man-power Studies), n. 89, Brighton 1984; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Rivista it. dir. lav.*, 1, 2012, p. 257-259.

Cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Il diritto dei lavori*. Giappichelli Editore, Torino 2004, p.33. In altri termini, le discipline flessibili non compromettono l'unità del tipo legale, ma comprimono la fattispecie del lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, destinata a riespandersi quando vengono meno i requisiti della prestazione o del rapporto che hanno determinato l'applicazione della disciplina flessibile.

²⁴ Cfr. *infra* capitolo IV "Oltre la flessibilità: soluzioni contro la precarietà".

conseguente riduzione dei costi fissi²⁵; e risulta conveniente per i lavoratori che, per diverse ragioni - familiari, di studio, di formazione, etc.- reputano vantaggioso il ricorso ad uno schema contrattuale meno vincolante rispetto a quello del lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

Dalle combinazioni dei diversi strumenti e forme di flessibilità, dunque, ha origine l'attuale tendenza alla *flessibilizzazione* del mercato del lavoro che ha ampliato e reso più complessa la casistica di tutti quei tipi contrattuali che hanno come obiettivo quello di coniugare le istanze di promozione dell'occupazione con l'interesse del lavoratore, che potrà conciliare vita familiare e lavoro²⁶, e dell'imprenditore, che ottimizzerà il ciclo produttivo potendo scegliere in assoluta libertà le condizioni contrattuali di impiego che meglio si adattano alle specifiche esigenze aziendali²⁷.

I moduli flessibili di impiego risultano, anche se in presenza di alcune importanti deviazioni normative rispetto al modello di lavoro permanente o stabile, pur sempre riconducibili al tipo generale del rapporto di lavoro subordinato definito dall'art. 2094 c.c.²⁸, che rappresenta la forma specifica e più diffusa nella realtà economica e sociale odierna, attraverso la quale le organizzazioni produttive nel capitalismo si procurano il lavoro vivo di cui hanno bisogno, adattando la variabilità del *fare* alle esigenze dell'organizzazione della produzione²⁹.

E se le diverse attività umane economicamente rilevanti possono essere svolte in forma autonoma o subordinata - in base alle concrete modalità di attuazione - si parla di attività lavorativa subordinata quando sono rilevabili una serie di elementi, pur se combinati in diverso modo e con peso differente:

²⁵ S. SPALLINI, *I contratti di lavoro flessibile nelle scelte strategiche ed operative delle imprese* in M.G. Garofalo, G. Leone (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, cit., p. 30.

²⁶ La diffusione delle forme atipiche di impiego fu, infatti, un'importante risposta all'ingresso delle donne nel mercato del lavoro, con conseguente riduzione del tasso di fertilità. La *femminilizzazione* del mercato del lavoro interesserà in particolar modo il settore dei servizi a discapito del settore primario ed industriale. Cfr. E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*. Il Mulino Editore, Bologna 2013, p. 64.

²⁷ F. M. PUTATURO DONATI (a cura di), *La flessibilità nell'impiego* in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*. Giuffrè Editore, Milano 2003. Cfr. M. MAZZIOTTI, *Limiti alla flessibilità*, in LG, 2001, p. 451 ss.

²⁸ F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro- Il rapporto*, III ed. Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2012, p. 49.

²⁹ M.G. GAROFALO, G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009, pp. 17 e 18.

l'eterodirezione³⁰, la dipendenza, la collaborazione³¹, la continuità della prestazione³², l'osservanza di un orario di lavoro predeterminato, il versamento a cadenze fisse della retribuzione³³.

L'art. 2094 c.c. definisce, infatti, il lavoratore subordinato come colui che “*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

Il concetto di lavoro subordinato è relativo, pertanto, ad una tipologia di rapporto di lavoro inquadrato in una ben precisa situazione giuridica, in base alla quale l'adempimento continuativo dell'obbligazione lavorativa, così come definita dal contratto, è caratterizzato dallo stato di assoggettamento del lavoratore ai poteri di gestione del datore di lavoro: la situazione di dipendenza - intesa come subordinazione socio-economica e come vincolo di soggezione del lavoratore alle direttive del datore di lavoro - esclusivamente nell'ambito del rapporto lavorativo, è, pertanto, il criterio essenziale per qualificare questo tipo di rapporto³⁴.

Il rapporto di lavoro subordinato costituisce, dunque, il presupposto per l'applicazione della disciplina inderogabile del codice civile e delle successive leggi, con un'evidente e progressiva limitazione dei poteri del datore di lavoro il cui esercizio viene procedimentalizzato³⁵.

Anche il relativo sistema protettivo del diritto del lavoro, fondato sull'esigenza di tutelare la persona del lavoratore, viene costruito intorno alla peculiare situazione di dipendenza che connota il lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro: proprio in virtù di questa situazione di subordinazione sul posto di lavoro, al lavoratore viene riconosciuta una particolare esigenza di tutela, tanto nei confronti del datore di lavoro - sul quale viene esercitata una funzione limitativa della sua supremazia contrattuale, della sua preminenza economica e del suo potere di utilizzare e dirigere l'attività di lavoro dei suoi sottoposti- quanto a livello di previdenza.

³⁰ Cfr. Cass. Sez. Lav. 4 maggio 2009, n. 10242.

³¹ Cfr. Cass. Sez. Lav. 17 aprile 2009, n. 9256, in *Mass. GC*, 2009, 4, 643.

³² Cfr. Cass. Sez. Lav. 27 gennaio 2009, n. 1897, in *D&G*, 2009.

³³ Cfr. F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro- Il rapporto*, cit., p. 10 ss.

³⁴ Cfr. Cass. Sez. Lav. 3 aprile 2000, n. 4036, in *Mass. GC*, 2000, 711.

³⁵ G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *Flessibilità e diritto del lavoro* -III ed. Giappichelli Editore, Torino 1997, p. 5.

In effetti, proprio dall'esigenza della tutela della persona del lavoratore — finalità ultima dell'apparato protettivo del diritto del lavoro — discende l'autonomia di questo ramo dell'ordinamento giuridico³⁶.

Nella realtà odierna, caratterizzata dall'internazionalizzazione dei mercati e da un'economia post-industriale, il tradizionale rapporto di lavoro dipendente e subordinato, inteso come svolgimento di una prestazione a tempo indeterminato all'interno di una struttura organizzativa stabile, pur non perdendo la sua centralità, viene fortemente ridimensionato ed il diritto del lavoro, per tener fede alla sua finalità di tutela del lavoratore, a sua volta, deve necessariamente funzionare come un sistema regolativo dinamico e non come un sistema protettivo statico.

In concreto, il diritto del lavoro, per adeguarsi al veloce e consistente cambiamento del mercato del lavoro a seguito di alcuni mutamenti economici, sociali e politici, ha avuto bisogno di dotarsi di strumenti contrattuali capaci di far fronte alle esigenze di flessibilità dell'organizzazione produttiva: questo spiega la vasta gamma di modelli contrattuali introdotti nel nostro ordinamento negli ultimi decenni, per mezzo dei quali, il legislatore ha tentato di controllare la diversificazione delle tecniche di tutela e dell'uso della forza-lavoro³⁷. In base alla presenza o meno di requisiti o modalità della prestazione o del rapporto, la flessibilità che investe la tipologia del lavoro subordinato si risolve, dunque, in una diversificazione sia delle fattispecie e delle rispettive discipline, sia delle tutele con la conseguente sottrazione di una norma o di un blocco di norme del lavoro subordinato.

Si assiste, così, alla crisi della forma giuridica del *monolite* del rapporto di lavoro subordinato e alla conseguente necessità di sostituire la rigidità della normativa vincolistica con un'attenuazione del codice protettivo previsto dall'art. 2094 c.c. e con l'introduzione della flessibilità della disciplina del mercato del lavoro e dello stesso rapporto di lavoro³⁸.

³⁶ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, cit., pp. 5-6 e 9.

³⁷ Sul superamento della centralità riconosciuta al modello tradizionale del lavoro dipendente a tempo indeterminato, cfr., tra gli altri, F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro*, II, cit., p. 42 ss. Per il settore pubblico, cfr. U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*. Bari, Cacucci Editore, 2010, p. 247.

³⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *op.ult.cit.*, p. 2.

E se è vero che il lavoro stabile continua a godere di una posizione di indiscussa preminenza all'interno della nostra realtà economica e sociale, ormai la nozione di atipicità nell'ambito lavorativo è pienamente riconosciuta ed accettata: tali forme lavorative rientrano a tutti gli effetti nell'alveo del lavoro subordinato, così come regolato dall'art. 2094 c.c., benché presentino delle differenze riguardanti il rapporto tra i soggetti che compongono la vicenda contrattuale e le modalità della prestazione (ad esempio, la durata, i modi di esecuzione del lavoro o la sua collocazione temporale).

La definizione paradigmatica di lavoro *atipico* si ottiene, dunque, per negazione attraverso gli scostamenti dal rapporto di lavoro salariato tipico della fase industriale del capitalismo avanzato: ci si riferisce a contratti e rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato che si differenziano da quelli tipici per non essere a tempo pieno e indeterminato³⁹.

Inevitabilmente, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato finisce per trovare un'applicazione limitata, rimanendo estromessa una parte delle norme di tutela del lavoratore, proprio a causa della specificità di queste tipologie contrattuali.

Ma nell'operazione di pluralizzazione di queste ultime, un fondamento giuridico delle tutele si rinviene nell'art. 35 della Costituzione che afferma la necessità di assicurarle a tutti i *lavori*, in tutte le loro forme e applicazioni⁴⁰, dimostrandosi chiara l'intuizione dei padri costituenti di coprire anche i lavori non *standard*, ovvero atipici.

Inoltre, alla necessità di far emergere il lavoro sommerso, va ricondotta la volontà del legislatore di apportare modifiche alla disciplina generale, in modo tale da rendere possibile l'adattamento delle forme di contratto atipiche allo statuto protettivo del modello *standard* di tutela, mediante un'attenuazione della sua rigidità.

Si tratta di un passaggio legislativo veramente fondamentale, perché se l'atipicità è prevista dalla legge stessa, allora le parti sono obbligate a degli

³⁹ D. GOTTARDI, *Lavoro e lavori, diritto e diritti*, in G. Gosetti (a cura di), *Lavoro e lavori. Strumenti per comprendere il cambiamento*. L'autrice aggiunge "tendenzialmente maschile e relativo alla fabbrica taylorista".

⁴⁰ *Ivi*, p. 29.

adempimenti specifici ed il contratto può avere la garanzia di tutta una serie di presupposti e condizioni: è questo, dunque, il fine ultimo della necessaria opera di tipizzazione del lavoro atipico⁴¹.

Ma preme in questa sede sottolineare che con l'etichetta di lavoro atipico non si intende identificare i lavori marginali dal punto di vista della consistenza laddove i lavori tipici sarebbero invece quelli più diffusi: ciò è smentito dal fatto che i contratti atipici sono attualmente la modalità prevalente di ingresso nel mercato del lavoro; né si parla di lavori atipici perché non codificati, dal momento che dopo il decreto legislativo n. 276/2003⁴², di attuazione della c.d. Legge Biagi (l. n. 30/2003), tali forme contrattuali sono state codificate dal diritto del lavoro italiano⁴³ e appaiono caratterizzate, quindi, da un'accentuata disciplina legale.

1.2 Origine ed obiettivi della flessibilità

Le ragioni dell'introduzione delle politiche di flessibilità del lavoro in Italia, come nel resto dell'Europa e del mondo occidentale, sono da ricondurre alla necessità da parte delle imprese di modernizzare l'economia e di reggere la competizione internazionale, riducendo il costo diretto ed indiretto del lavoro e adeguandolo, così, all'andamento della produzione e/o delle vendite, previsto o rilevato, nel corso dell'anno, della settimana, e, in certi comparti produttivi, perfino del giorno.

Tale esigenza è figlia dei processi di globalizzazione che hanno imposto una complessiva riorganizzazione della produzione⁴⁴, premiando le imprese che hanno utilizzato al meglio la quota di lavoro flessibile e per l'altro, imponendo il ricorso a quest'ultimo per ridurre i rischi legati all'interdipendenza.

⁴¹ Cfr. F. SANTONI, *Lezioni di diritto del lavoro II*, cit., p. 42-44.

⁴² F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, p. 16.

⁴³ Cfr. *infra*. Paragrafo 1.10.

⁴⁴ La globalizzazione economica porta con sé la crescente interdipendenza economica degli Stati-nazione, la rapida espansione del commercio mondiale e la mobilità dei flussi finanziari internazionali.

Nei primi decenni del Novecento, si era affermato il modello *taylorista*, da cui aveva attinto il modello fordista di organizzazione della produzione, che era basato su una rigida divisione verticale del lavoro (ideazione, separazione, esecuzione e controllo) e una divisione orizzontale (parcellizzazione del lavoro in compiti elementari e ripetitivi).

I principi del taylorismo-fordismo, inteso come produzione di beni standardizzati⁴⁵, nella seconda metà del secolo scorso, vennero posti al centro di un'accesa critica circa la loro inadeguatezza ad adattarsi alla necessità di flessibilizzazione dei processi lavorativi in risposta alle sfide che provenivano dal contesto macroeconomico internazionale.

Ben presto ad esso verrà preferito il principio di organizzazione della produzione elaborato negli Stati Uniti a metà del Novecento e applicato con particolare successo nell'industria giapponese dell'auto – da qui il termine *toyotismo*⁴⁶ – a partire dagli anni Settanta.

Seguendo il principio del *just-in-time*, si retribuisce solo colui che viene occupato temporaneamente, in termini di ore e di prestazione, a fronte di una domanda effettiva.

La produzione è *trascinata* dal mercato e per questo si parla di organizzazione *market driven*; gli *stock* sono ridotti a zero e ciò vale sia per la merce venduta in magazzino, sia per le risorse produttive inutilizzate nei processi lavorativi, comprese le risorse umane⁴⁷.

Il superamento del modello fordista è stato spinto anche dal verificarsi, in quegli anni, di alcuni *shock* a cui la letteratura economica più diffusa attribuisce l'origine dei problemi relativi al mercato del lavoro e alla crisi

⁴⁵ Tali principi possono essere riassunti nella celebre frase di H. Ford, “*Ogni cliente può avere la macchina del colore che preferisce, purché sia nera*”. Cfr. H. FORD, *La mia vita. La mia opera*. Ed. Apollo, Bologna 1928, p. 143.

⁴⁶ Il “*sistema di produzione Toyota*” è stato ampiamente esposto da Taiichi Ohno. Secondo tale impostazione, nel processo produttivo ciascuna materia prima, semilavorato, componente, etc. viene lavorato solo nel momento in cui potrà essere utilizzato, ovvero “*ogni stazione si rivolge alla precedente per chiederle i pezzi di cui ha strettamente bisogno, nella quantità e nel momento necessari, e la stazione precedente dovrà produrre esattamente quanto richiesto*”, nell'ambito di un'organizzazione che richiede un'elevata sincronizzazione dei propri movimenti. T. OHNO, *Lo spirito Toyota, Il modello giapponese della qualità totale. E il suo prezzo*. Einaudi Editore, Torino 2004, pp. 9-10.

⁴⁷ “*Ciascun componente arriva alla linea di montaggio nel preciso momento in cui ce n'è bisogno e solo nella quantità necessaria*”, T. OHNO, *op. ult. cit.*, p. 7.

economica che colpirà l'Europa continentale e, più in generale, l'Occidente industrializzato.

Se il *boom* del dopoguerra degli anni Cinquanta e Sessanta era riuscito a soddisfare le richieste dei lavoratori, a cui la stessa crescita economica forniva giustificazione, conciliandole con le esigenze delle imprese, ben presto le due crisi petrolifere – la prima conseguente alla guerra del Kippur del 1973-74 e la seconda iniziata all'indomani della guerra iraniana del 1979 - e lo scoppio della guerra tra Iran e Iraq del 1980, nonché il generale rallentamento della crescita della produttività e lo sviluppo dei servizi a danno dell'industria, costrinsero i *policy makers* a dare risposte, prima transitorie e poi strutturali, alla crisi caratterizzata da crescente disoccupazione in Europa e crescente disuguaglianza negli Stati Uniti.

Inizialmente, in Europa le politiche del lavoro si concentrarono sul sostegno al reddito e sul rafforzamento del regime normativo del mercato del lavoro: venivano istituzionalizzati privilegi e benefici per precise categorie di lavoratori, già incluse nel mercato del lavoro, seguendo una logica assistenzialistica e particolaristica. Le tutele esistenti vennero, dunque, rafforzate e tale costo sarebbe stato scaricato sul bilancio pubblico e poi sulle generazioni future.

Ma i privilegi e la lievitazione della spesa pubblica ad essi connessi si sarebbero rivelati difficili da smantellare, contrariamente alla logica di eccezionalità che li aveva giustificati⁴⁸.

Si cominciò così a parlare di *eurosclosi* per indicare l'eccessivo grado di regolamentazione di cui sembravano affetti i mercati del lavoro dell'Europa continentale, caratterizzati da un'opprimente legislazione sul lavoro, da relazioni industriali e politiche salariali altamente centralizzate, e dalla rigidità dei regimi orari. Al fine di far fronte alla crescente disoccupazione di massa che affliggeva tutta l'Europa continentale, negli anni Ottanta si assistette allo sgretolamento del modello di macroregolazione neocorporativa⁴⁹ e keynesiana

⁴⁸ E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 51.

⁴⁹ Caratterizzata dalla partecipazione dei gruppi di interesse al *policy making* economico e sociale sia nella fase di elaborazione che in quella di attuazione degli interventi e dei programmi di emergenza. Per la letteratura in merito, si rimanda ai contributi di P.C. SCHMITTER, *Still the Century of Corporatism*, in *Review of Politics*, 36, 1974; M. MARAFFI

che aveva contribuito a conciliare il capitalismo con la democrazia, estendendo la fruizione di beni e servizi sociali a strati crescenti di lavoratori e cittadini attraverso un maggior intervento dello Stato nell'economia attraverso la regolazione anticongiunturale della domanda (il cd. *fine-tuning*).⁵⁰

Tali strategie economiche che avevano guidato fino ad allora i governi europei lasciarono il posto in quegli anni all'implementazione di programmi incentrati sulla flessibilità dei contratti di impiego e sulla deregolamentazione del mercato del lavoro, sull'esempio del modello statunitense il cui successo nella lotta alla disoccupazione nel dibattito economico e politico europeo veniva ricondotto alla minore regolamentazione del mercato del lavoro⁵¹.

Si ridussero i trasferimenti monetari per il sostegno al reddito, ritenuti non solo responsabili degli squilibri di finanza pubblica, ma anche del prolungamento dei periodi di disoccupazione.

Fu allora che cominciarono a diffondersi per la prima volta forme atipiche dei contratti di impiego (*part-time*, contratti a tempo determinato, *job-sharing* e lavoro interinale), laddove, fino al decennio precedente, il lavoro tipicamente europeo era quello a tempo pieno e per una durata indeterminata, nell'industria e nel settore dei servizi. I tradizionali rimedi keynesiani sperimentati durante le politiche di riforma sociale negli anni Settanta non apparivano, quindi, più adeguati alla mutata configurazione del mercato del lavoro ed i contratti atipici sembravano fornire alle imprese la flessibilità necessaria per affrontare l'accresciuta incertezza della domanda di lavoro in un contesto socio-lavorativo in rapida evoluzione e non più limitato al ristretto ambito nazionale.

(a cura di), *La società neo-corporativa*. Ed. Il Mulino, Bologna 1981; G. LEHMBRUCH, P.C. SCHMITTER, *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*. Ed. Il Mulino 1984; J. H. GOLDTHORPE (a cura di), *Ordine e conflitto nel capitalismo moderno*. Ed. Il Mulino, Bologna 1989.

⁵⁰ E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, pp. 37 e 62 ss. Secondo Keynes, il mercato lasciato a se stesso può raggiungere da solo l'equilibrio grazie all'operare delle forze economiche della domanda e dell'offerta: il pieno equilibrio porta alla piena occupazione. L'economista individua nell'aumento della spesa pubblica la manovra di politica economica in grado di assicurare tale obiettivo dal momento che la spesa pubblica costituisce essa stessa una domanda di consumo, anche se proveniente dall'apparato pubblico e non dai cittadini o dalle imprese. Lo Stato, facendo leva sulla spesa pubblica, può aumentare la domanda aggregata di beni e la conseguente ripresa dei consumi conduce il sistema verso il pieno impiego e lontano dalla crisi da insufficienza di domanda.

⁵¹ Cfr. W. RAMSEY, *L'economia USA vivaio dell'occupazione*, in *Prospettive americane*, 1985.

1.3 Ricostruzione dell'evoluzione normativa del lavoro flessibile in Italia: premessa

Il diritto del lavoro è una scienza particolarmente sensibile al contesto economico, sociale ed istituzionale; pertanto, la ricostruzione dell'evoluzione normativa delle politiche del lavoro in Italia, dal secondo dopoguerra ad oggi, non può prescindere dall'analisi della complessa realtà produttiva italiana caratterizzata dal divario economico, sociale e territoriale tra le regioni del Nord e quelle del Sud; dal dualismo tra settori protetti e non dalla competizione internazionale; dal variegato intreccio di eventi storici, fenomeni politici e comportamenti sociali che non sono mai apparsi meno importanti e influenti dell'andamento del ciclo economico.

Ciò ha reso l'attuale quadro normativo sul lavoro flessibile caratterizzato da una frenetica e spesso disordinata attività regolativa foriera di problemi applicativi talvolta di difficile soluzione che rendono, quindi, complesso qualsiasi tentativo di sistematizzazione della materia.

Non senza giusta ragione, a causa del susseguirsi, spesso incoerente, degli interventi dei governi di turno, il diritto del lavoro italiano è stato definito “*ondivago*”⁵²; si è parlato di “*volatilità normativa*”⁵³; di “*legislazione a macchia di leopardo*”⁵⁴.

Celebre l'affermazione di Gino Giugni che, alla fine degli anni Ottanta, sottolineò come il diritto del lavoro italiano si fosse costruito per “*formazione alluvionale*”⁵⁵, ovvero ogni “era” aveva dato il proprio contributo alla stratificazione e in ogni intervento legislativo sul lavoro si ritrovava depositata la legislazione precedente.

Tale carattere ridondante, stratificato⁵⁶ e, come è stato spesso definito in dottrina, dal forte contenuto ideologico⁵⁷ della legislazione italiana nel settore

⁵² L. MARIUCCI, *Il diritto del lavoro ondivago*, in *Lav. Dir.*, 2009, p. 28-31.

⁵³ M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2009, p. 170.

⁵⁴ G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 210 ss

⁵⁵ L. GIUGNI, *Lavoro, legge e contratti*. Ed. Il Mulino, Bologna 1989, p. 293-335. Giugni definì il diritto del lavoro *alluvionale* nell'ambito delle teorie comunicative e della ricerca di governabilità, come riflesso di una sempre più estesa complessità sociale.

⁵⁶ E si può senza dubbio affermare che lo scarso coordinamento tra i diversi provvedimenti è frutto della progressiva e generalizzata estensione di strumenti pensati *ab origine* con una

del lavoro, rivela la sua stretta dipendenza con le dinamiche congiunturali del ciclo economico, con gli eventi che hanno caratterizzato il dibattito politico nelle diverse fasi storiche e gli effetti degli altalenanti rapporti di forza tra i diversi interessi in gioco.

Il ricorso alle politiche di *flessibilizzazione* non è senza dubbio un fenomeno recente, sebbene nel corso dei decenni queste abbiano conosciuto consistenza, motivazioni e modalità di esplicazione differenti. E' infatti possibile suddividere la sequenza legislativa in una triplice fase che, apertasi sul finire degli anni '40, si è protratta a tutt'oggi⁵⁸.

La prima fase si prolunga sino alla metà degli anni '70 ed è caratterizzata dalla c.d. *legislazione garantista-promozionale*, nata sull'onda della grande spinta sociale e sindacale esplosa nel biennio 1968-69. Il clima fortemente ideologizzato che si era diffuso nel nostro Paese aveva incoraggiato un modello di sviluppo disegnato dalla volontà politica che doveva e poteva sovrapporsi ai meccanismi del mercato e la legislazione prodotta a sostegno era rivolta, in larga parte, alla tutela della sola manodopera occupata con un contratto di lavoro a tempo pieno ed indeterminato e priva, quindi, di iniziative promozionali a favore dei lavoratori disoccupati.

La seconda fase, nota come quella del c.d. *diritto dell'emergenza*, si protrae fino all'inizio degli anni Ottanta, e testimonia una prima inversione di tendenza che mira ad una *deregulation* dei processi gestionali del mercato del lavoro.

La terza fase, tutt'oggi aperta, comincia sotto la denominazione del c.d. *diritto della crisi* e continua sotto quella del c.d. *diritto della flessibilità*. Se la parola *crisi* indica il perpetuarsi, all'inizio degli anni Ottanta, delle problematiche a carattere occupazionale, la parola *flessibilità* evidenzia il consolidarsi, nello stesso decennio, di una politica di maggiore libertà imprenditoriale nella ricerca e nella gestione della forza lavoro.

natura transitoria e limitata a determinate categorie di destinatari. Cfr. E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, p. 162-170.

⁵⁷ Soprattutto in relazione alla discussione in merito alla disciplina del lavoro a termine si è parlato di "sovraccarico ideologico" così come denunciato da G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2009, p. 692.

⁵⁸ Cfr. F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, p.73 ss. Sull'argomento cfr. L. FREY, G. CROCE, (a cura di), *Flessibilità, precarietà e politiche del lavoro*, in *Quaderni di Economia del Lavoro*, n. 73. Ed. Franco Angeli, Milano, 2002.

Sul finire degli anni '80, infatti, verranno realizzati una serie di interventi razionalizzatori che, nel riformare il mercato del lavoro, confermeranno, da un lato il primato della legge, dall'altro lato riconosceranno una serie di flessibilità alle imprese, attraverso forme di delegificazione e mediante l'introduzione di una molteplicità di tipi contrattuali variamente denominati originati dalle nuove forme di organizzazione del lavoro.

Tale opera proseguirà con maggiore incisività negli anni Novanta in cui saranno poste in essere radicali riforme del mercato del lavoro volte a costruire una cornice per la sua modernizzazione, cercando di conciliare la richiesta di maggiore competitività delle imprese e la necessità di combattere la disoccupazione nel rispetto dei diritti sociali dei lavoratori.

Siamo di fronte al definitivo superamento di un mercato del lavoro che si basava rigidamente sul vincolo di un contratto a tempo pieno e a durata indeterminata.

In quegli anni non si può sottovalutare il ruolo dell'Unione europea che si affermò come soggetto attivo delle politiche sociali e dell'occupazione, superando l'iniziale approccio dominante, meramente mercantilistico e monetarista.

Attraverso il Metodo Aperto di Coordinamento (MAC) delle politiche occupazionali⁵⁹ - che rappresenta una terza via tra cooperazione intergovernativa e metodo comunitario - si procedette ad un'armonizzazione delle politiche del lavoro dei singoli Stati membri, non più con il metodo classico di eliminazione delle differenze nazionali, bensì per differenziazione, salvaguardando le peculiarità nazionali, *“nel quadro di un ordinamento multinazionale unitario, anziché della realizzazione di un ordinamento comune”*⁶⁰.

Sebbene, per espressa previsione del Trattato di Amsterdam del 1997, le politiche occupazionali rappresentano il terreno privilegiato del c.d. *soft law*, ovvero di regole non vincolanti, la disciplina europea di alcuni strumenti si baserà a livello europeo su atti vincolanti (quali, per esempio, come si vedrà in

⁵⁹ Introdotto nell'ambito del Processo di Lussemburgo del 1997. Vedi *infra*.

⁶⁰ M. D'ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, p. 58.

seguito, le direttive sul *part-time*, i contratti flessibili, la somministrazione di lavoro).

Tale *multilevel regulation* ha dato vita ad importanti trasformazioni di ordine giuridico che hanno comportato una conseguente tensione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario, sia in sede di adattamento del diritto italiano al diritto europeo, sia in sede giurisprudenziale nel dialogo tra le Corti.

1.4 *Gli anni Quaranta e Cinquanta: la tutela del lavoratore adulto e la legge n.25/1955 sull'apprendistato*

Nei primo trentennio dopo la Seconda Guerra Mondiale si consolida uno specifico modello di regolazione dei rapporti di lavoro in cui il destinatario privilegiato dell'intervento pubblico nell'ambito delle politiche del lavoro era il lavoratore adulto, impiegato a tempo pieno ed indeterminato nelle grandi industrie, con tutele e garanzie crescenti⁶¹, che alla fine della carriera avrebbe beneficiato di un generoso sussidio pensionistico.

I valori guida dell'azione pubblica negli anni della ricostruzione che seguì il secondo conflitto mondiale erano, infatti, la stabilità del posto di lavoro e la sicurezza dell'impiego del *pater familias* che badava da solo al sostentamento della sua famiglia, in un periodo in cui era scarsa, per non dire disincentivata, la partecipazione femminile al lavoro.

Tale riconoscimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato operato dal legislatore del tempo affondava le radici nella realtà già affermata nella prassi e nella giurisprudenza all'inizio del Novecento: gli imprenditori, infatti, avevano dimostrato di privilegiare manodopera fidelizzata e stabilmente inserita all'interno del processo produttivo⁶².

L'economia italiana registrò un processo di crescita eccezionale, uno dei più marcati in Europa, che permise al Paese di guadagnare una posizione di tutto

⁶¹ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, p.17 ss.

⁶² Cfr. M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro. Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2005.

rispetto tra i Paesi industrializzati. Il reddito medio *pro capite* aumentò due volte e mezzo tra il 1950 ed il 1970 e il prodotto interno lordo registrò un vero e proprio *boom*, specialmente nel periodo compreso tra il 1955 e il 1969, grazie soprattutto al commercio internazionale e alla penetrazione dei mercati esteri da parte delle imprese italiane⁶³. Il Paese fu investito da una frenesia produttivistica: nascevano nuovi settori soprattutto nella produzione di beni di consumo durevole; si realizzavano opere pubbliche in tutta la Penisola.

Il Nord vedeva crescere il numero dei suoi cantieri per la costruzione e l'ammodernamento delle sue fabbriche; il Sud diventava ufficialmente una questione nazionale irrisolta e con la legge n. 646 del 1950 veniva istituita la Cassa per il Mezzogiorno, forse la seconda agenzia a livello mondiale per lo sviluppo dopo l'esperienza del *New Deal* di Roosevelt.

La crescita sostenuta dalle esportazioni spinse le grandi industrie del Nord a modernizzarsi con rapidità dal punto di vista tecnologico e finanziario e questa modernizzazione *forzata* permise loro di allinearsi ai principali concorrenti internazionali.

Il settore pubblico industriale – le cosiddette partecipazioni statali – conobbe a sua volta una forte espansione più accentuata rispetto agli altri Paesi europei come risultato di politiche economiche keynesiane orientate verso la programmazione e verso una nazionalizzazione moderata.

L'agricoltura perse il primato occupazionale a favore dell'industria e il “*miracolo economico*” che si registrò in quegli anni portò allo spopolamento delle campagne e delle zone di montagna e alla crescita delle piccole e medie imprese che registrarono un crescente successo sui mercati internazionali in varie nicchie di produzione, mettendo radici anche al di fuori del tradizionale triangolo industriale costituito da Piemonte, Lombardia e Liguria.

⁶³ Cfr. M. FERRARA, E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme già fatte e quelle che restano da fare*. Ed. Il Mulino, Bologna 1999, p. 13-19.

La crescita dell'occupazione in questa siffatta congiuntura economica positiva spinse il legislatore a regolare l'offerta di lavoro giovanile con la legge sull'apprendistato n.25 del 1955⁶⁴, che integrava gli artt. 2130-2134 c.c.

Per apprendistato - schema di origine antichissima risalente addirittura alle corporazioni medievali - si intende *“uno speciale rapporto di lavoro in forza del quale l'imprenditore è obbligato ad impartire o far impartire, nella sua impresa, all'apprendista assunto alle sue dipendenze, l'insegnamento necessario perché possa conseguire la capacità tecnica per diventare lavoratore qualificato, utilizzandone l'opera nell'impresa medesima”*⁶⁵.

Destinatari dell'intervento erano i giovani di età compresa tra i 14 e i 20 anni, ai quali l'imprenditore forniva le tecniche e le abilità necessarie per acquisire una determinata qualifica professionale come operaio o come impiegato.

La durata dell'apprendistato non poteva superare i cinque anni e l'orario settimanale le 44 ore. Il ricorso all'istituto risultava agevolato da una serie di incentivi di carattere economico e normativo ed era sottratto alle vie anguste del collocamento ordinario dal momento che era consentita anche la chiamata nominativa diretta⁶⁶, salvo l'obbligo datoriale di darne successiva comunicazione ai competenti enti amministrativi.

Inoltre, cospicui erano i vantaggi per gli imprenditori dal momento che gli stipendi erano contenuti - pari all'80-90% della paga base della qualifica più bassa- e l'imprenditore beneficiava di generosi sgravi fiscali.

Dal 1956 al 1963 gli apprendisti aumentarono da 355 mila a 767 mila con la maggiore incidenza nel settore manifatturiero e delle costruzioni, sia al Nord che nelle regioni centromeridionali, con un progressivo coinvolgimento della manodopera femminile⁶⁷.

Ma ben presto si manifestarono i primi effetti distorsivi in quanto il ricorso a tale istituto celava spesso l'intento dei datori di lavoro di sfruttarne i vantaggi

⁶⁴ Come modificata dalla l. n. 424/1968, dalla l. n. 56/1987 (art.21), nonché dalla l. n. 196/1997 e dal d.lgs. n. 276/2003 nonché dalle più recenti leggi sul lavoro che si sono succedute fino al 2012 (cfr. *infra*).

⁶⁵ Art. 2 della l. n. 1955/25.

⁶⁶ Consentita per le aziende con meno di dieci dipendenti. Per le aziende di maggiori dimensioni la chiamata nominativa era autorizzata solo per un massimo del 25% degli assunti (art. 3).

⁶⁷ E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 113. Cfr. G. SARCHIELLI *et al.*, *Apprendistato. Abolizione o riforma?*. Editrice Sindacale Italiana, Roma 1976.

e di sottopagare i lavoratori, piuttosto che come mezzo di trasmissione delle conoscenze⁶⁸.

Di qui le vivaci contestazioni dei sindacati che, a pochi anni di distanza dall'entrata in vigore della legge, ne rigettarono in gran parte i contenuti⁶⁹.

1.5 Gli anni Sessanta: il contratto di lavoro a tempo determinato e la cd. flessibilità controllata

Gli anni Sessanta si aprono all'insegna di un'intensa industrializzazione e di una crescente sindacalizzazione dei lavoratori dipendenti, soprattutto nel pubblico impiego e nelle grandi aziende.

L'esigenza del miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori, anche a fronte di numerosi episodi di abusi da parte del datore di lavoro condusse, sotto la guida dei governi di centrosinistra (1962-76), ad un acceso periodo di contestazione studentesca ed operaia che durerà fino al termine degli anni Settanta. Tra le rivendicazioni vi era la lotta per la garanzia del lavoro a tempo pieno ed indeterminato che lasciava scarsi margini di apertura alle emergenti esigenze di flessibilità delle imprese. La lotta dei sindacati a favore del posto fisso era considerata dagli stessi un obiettivo storico da conseguire in aperta opposizione agli orientamenti liberali che avevano contraddistinto il lavoro italiano tra il XIX e il XX secolo⁷⁰. L'avversione verso qualsiasi forma di occupazione diversa da quella stabile, a tempo pieno ed indeterminato, si affermò con tutta la sua forza all'interno del mondo operaio delle grandi aziende, roccaforte del potere sindacale.

⁶⁸ Cfr. E. GUALMINI, *La politica del lavoro in Italia*. Ed. Il Mulino, Bologna 1998; S. MUSSO, *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*. Marsilio Editore, Venezia 2002.

⁶⁹ L'insoddisfazione dei sindacati e dei lavoratori circa la particolare applicazione della legge è contenuta nella Relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia del 1959.

⁷⁰ Cfr. E. REYNERI, *Il mercato del lavoro italiano tra controllo statale e regolazione sociale*, in P. Lange, M. Regini (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*. Ed. Il Mulino, Bologna 1987; A. ACCORNERO, *Come cambia il mondo del lavoro*. Ed. Ediesse, Roma, 1984.

Quest'ultimo, in virtù di quanto detto, mostrò in quegli anni un atteggiamento fortemente antagonista, precludendo la possibilità di accordi con la controparte datoriale sul tema della flessibilità.

Ma la rigida regolazione del mercato del lavoro si accompagnò a forme di flessibilità, per così dire, *nascoste*, e l'esempio più lampante fu la diffusione dell'occupazione sommersa che interesserà un ampio segmento di lavoratori del tutto sprovvisti di tutele ed in balia dell'arbitrio dei datori di lavoro.

In questo contesto, sette anni dopo l'introduzione dell'apprendistato, fu approvata la legge 18 aprile 1960 n. 230⁷¹ sul contratto di lavoro a tempo determinato⁷², le cui disposizioni assorbivano quelle dell'art. 2097 c.c. poi abrogato (art. 9). Essa costituisce senza dubbio un punto di rottura rispetto alla normativa preesistente e, nell'ottica della cd. *flessibilità controllata*, veniva

⁷¹ Successivamente modificata dal d.lgs. n. 368/2001. Altre modifiche nell'ambito del contratto a termine sono intervenute da parte del c.d. Collegato Lavoro, ovvero la legge n. 183 del 2010 (in vigore dal 24 novembre 2010), dalla c.d. Riforma Fornero, ovvero la legge n. 92 del 2012, dalla l. n. del 13 e, in ultimo, dalla recente l. n.78/2014, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto -legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*. (cfr. *infra*).

⁷² Per la disciplina anteriore rilevano le disposizione del Codice Civile del 1865 dell'Italia pre-fascista che all'art. 1628 affermava che *"nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa"*. Lo scopo di questa norma era di evitare rapporti a vita pericolosamente simili al lavoro servile di cui l'Italia, specie nel Sud, non si era ancora del tutto liberata, sebbene la prassi del lavoro a tempo indeterminato venisse legittimata anche dalla giurisprudenza probivirale in virtù della facoltà di disdetta riconosciuta alle parti, e in particolar modo al lavoratore, idonea ad escludere un vincolo perpetuo.

Già con il R.D.L. n. 1825 del 1924, convertito in l. n. 562/1926 (Legge sull'impiego privato), seppure limitatamente alla categoria degli impiegati, fu stabilito che il contratto poteva essere fatto *"con prefissione di un termine"* ma che sarebbero state comunque applicabili le norme sul contratto di lavoro a tempo indeterminato *"quando l'aggiunzione del termine non [fosse risultata] giustificata dalla specialità del rapporto e [fosse apparsa] invece fatta per eludere le disposizioni del decreto"* (art.1). Il Codice civile del 1942 approvato durante il periodo fascista procedette alla legittimazione del rapporto di lavoro a tempo determinato e segnò un allentamento della normativa, in quanto l'art. 2097 c.c., pur generalizzandone l'applicazione per tutte le categorie di lavoratori, introdusse un duplice alternativo titolo di legittimità, sostanziale (derivante dal fatto che il termine risultasse *"dalla specialità del rapporto"*) o meramente formale (derivante dal fatto che il termine risultasse *"da atto scritto"*), in mancanza dei quali il rapporto si considerava a tempo indeterminato, secondo un principio di tutela poi confermato in tutta la legislazione successiva.

Veniva comunque sancita espressamente l'inefficacia del termine risultante da atto scritto se concordato al fine di eludere le disposizioni relative al contratto a tempo indeterminato (art. 2097, comma 2°, c.c.), con onere della prova a carico del lavoratore secondo la regola del contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.).

La difficoltà dell'onere della prova rendeva questa tutela assai meno efficace di quella che impone al datore di lavoro di comprovare la situazione giustificante il termine, poi introdotta con la l. n. 230/1962.

prevista un'elencazione tassativa delle esigenze aziendali legittimanti l'apposizione del termine.

Difatti, l'elemento centrale di tale impianto normativo era il principio per cui *il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato* (art. 1, comma 1), salvo che non ricorra una delle circostanze eccezionali tassativamente elencate nel comma 2 in grado di giustificare l'apposizione del termine, la cui esistenza doveva essere provata dal datore di lavoro (art.3, comma 3).

La prima disposizione contenuta nell'art.1, comma 2, lett. c) concerneva la legittima apposizione del termine⁷³ per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e *predeterminati nel tempo* che, pur potendo consistere in un'attività qualitativamente identica a quella ordinariamente esercitata dall'impresa, doveva essere necessariamente collegata ad eventi aventi carattere straordinario od occasionale (art. 1, comma 2, lett. c), tali da non poter essere affrontati con la normale struttura organizzativa e produttiva, per quanto efficiente e adeguatamente programmata⁷⁴.

La seconda disposizione disciplinava, invece, la proroga del contratto a termine che era ritenuta legittima in presenza, fra gli altri presupposti, di *esigenze contingenti ed imprevedibili riferite alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato* (art. 2, comma 1).

Entrambe le norme alludevano ad un incremento della manodopera che doveva essere contenuta sul piano temporale in quanto i termini *occasionale* e *contingente* erano considerati sinonimi e riferiti entrambi a ciò che accade solo in determinati momenti o situazioni che ne giustificano il compimento⁷⁵. Per quanto concerne, invece, il profilo qualitativo, ed in parte anche il profilo quantitativo, dell'attività imprenditoriale sottesa al predetto incremento, le due disposizioni sono state parzialmente sovrapposte in virtù di una lettura

⁷³ Rileva in questa sede ricordare che, a differenza della disciplina oggi vigente, nel regime *ex l. n. 230/1962* il requisito della forma scritta riguardasse soltanto il termine e non anche le ragioni giustificatrici dello stesso. Cass. 8 luglio 1995, n. 7507. Si vedano anche A.VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro, Il rapporto di Lavoro*. Ed. CEDAM, Padova 2008, p. 599; A. CASOTTI, M.R. GHEIDO, *Lavoro a tempo determinato*. Ed. Ipsoa, Milano 2009, cit., p. 282.; F. MAZZIOTTI, *Manuale di Diritto del Lavoro*. Editoriale Scientifica, Napoli 2009, p. 282.

⁷⁴ Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in *D&L*, 1996, 119, con nota di R. MUGGIA, *Il contratto a termine ovvero il rigore apparente*.

⁷⁵ M.G. GAROFALO, G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, cit., p. 38 ss.
Con riferimento al significato di *occasionalità* vedi Cass., SS.UU., 29 settembre 1983, n. 5739, *RGL*, 1984, II, 132.

estremamente restrittiva dell'art. 1, comma 2, lett. c) tesa ad interpretare la *straordinarietà* in termini di *imprevedibilità*.

Prima che tale questione ricevesse una soluzione sul piano normativo con l'introduzione di una procedura amministrativa garantistica diretta all'accertamento della necessità di intensificazione dell'attività medesima e dei relativi singoli periodi⁷⁶, assunse particolare rilievo il dibattito in riferimento alle cc.dd. *punte stagionali*, ovvero quelle situazioni caratterizzate da un'intensificazione dell'attività produttiva che viene richiesta a determinate imprese in certi periodi dell'anno. Alcune decisioni giurisprudenziali hanno negato che potessero ricomprendersi situazioni aziendali non collegate ad attività stagionali in senso stretto - ovvero preordinate ed organizzate per un espletamento temporaneo - arrivando ad escludere la possibilità che il datore di lavoro potesse adibire il lavoratore assunto a termine a mansioni che non si identificassero oggettivamente con quelle proprie, o comunque strettamente complementari o accessorie, della lavorazione stagionale.

Tale impostazione giurisprudenziale è stata ribadita anche nel caso della sostituzione dei lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro (lett. b) per la quale è stato sottolineato che dovesse trattarsi di vicende anomale ed eccezionali del rapporto di lavoro, comportanti la sospensione del sinallagma contrattuale per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con esclusione, per esempio, della sostituzione di lavoratori assenti per ferie.

In questo caso, però, a differenza dell'ipotesi precedente, si ammetteva la possibilità che il datore di lavoro non assegnasse al lavoratore a termine le mansioni del dipendente assente (c.d. scorrimento), probabilmente in ragione dell'imputazione al lavoratore e non ad esigenze aziendali dell'evento legittimante il contratto a tempo determinato.

Inoltre, secondo un primo orientamento, il concetto di *straordinarietà* poteva essere inteso nel senso letterale di "*ciò che è fuori del consueto andamento delle cose in relazione al suo stesso verificarsi o alle proporzioni che assume*"⁷⁷, ovvero come mero sinonimo di *imprevedibilità*.

⁷⁶ Dapprima solo nel settore del commercio e del turismo con il d.l. n. 876/1977, convertito nella l. n. 18/1978, e successivamente in via definitiva, in tutti i settori produttivi, con l'art. 8-bis, comma 2, del d.l. n. 17/1983, conv. nella l. n. 79/1983.

⁷⁷ Cass., SS.UU., n. 5739/1983 cit., p.132.

Una seconda interpretazione, invece, che però appare priva di qualsiasi appiglio testuale nella legge, mette in relazione la *straordinarietà* con la differenza qualitativa rispetto alla normale attività dell'impresa, presupponendo, ancora una volta, la perfetta coincidenza con il concetto di *imprevedibilità*.

La questione fu risolta a livello giurisprudenziale solo negli anni Ottanta dalle Sezioni Unite della Cassazione che giunsero a considerare *occasionale* e *straordinario*: “*quell’opera o quel servizio che, pur potendo consistere in un’attività qualitativamente identica a quella normale esercitata dall’impresa*”, ne determina “*un assai rilevante incremento non affrontabile da una sia pur funzionale ed efficiente organizzazione produttiva*”.

Si fa, pertanto, riferimento ad eventi di “*carattere isolato...di per sé non ripetibili negli stessi tempi e con le stesse modalità*”, in grado di sconvolgere “*la pur adeguata programmazione predisposta dall’imprenditore creando in lui l’urgente necessità di farvi fronte con mezzi di carattere eccezionale*”⁷⁸, ricorrendo dunque alla stipulazione di contratti a tempo determinato.

Ed è per questo che, sebbene i termini *straordinarietà* ed *imprevedibilità* siano stati utilizzati dal legislatore in disposizioni diverse e non come sinonimi, si è affermata la perfetta coincidenza tra i due termini, anche se riferita alla normale attività dell'impresa: nella fattispecie erano, infatti, ricomprese le intensificazioni della ordinaria attività aziendale, senza richiedere una diversità qualitativa, ma stabilendo come requisito essenziale l'improgrammabilità della punta di lavoro. E ciò trovava conforto nel fatto che far fronte a fenomeni propri del settore in cui si opera, quali, per esempio, le fluttuazioni di mercato e gli incrementi di domanda prevedibili e ricorrenti in determinati periodi dell'anno⁷⁹, costituisce il compito per così dire naturale di ogni impresa funzionante ed il contenuto della sua normale attività. L'imprenditore, pertanto,

⁷⁸ La Suprema Corte ha inteso per *normale attività* l'attività produttiva che il singolo imprenditore, nell'esercizio dei propri poteri, ha stabilito come scopo oggettivo del suo operare, strutturando intorno ad essa l'azienda e la relativa organizzazione onde assicurarne il corretto funzionamento; e con *adeguata programmazione* si fa riferimento all'aspetto dinamico della stessa, comportando la diligente e corretta valutazione delle relative esigenze e il tempestivo adeguato apprestamento dei mezzi necessari per affrontarle. Cass., SS.UU., n. 5739/1983 cit., pp. 132-133.

⁷⁹ Rilevano a tal proposito alcune decisioni successive, fra cui Cass. 26 gennaio 1993, n. 924, *MGL*, 1993, 176; Cass. 10 giugno 1993, n. 6465; Cass. 14 luglio 1994, n. 6585; Cass. 12 maggio 1995, n. 5209, *NGL*, 1995, 546; Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, *OGI*, 1995, 613; Cass. 9 novembre 1995, n. 11671.

che opera in un determinato settore economico, non può non effettuare le sue scelte e basare la propria organizzazione produttiva in relazione a tali fenomeni fisiologici del mercato, che sfuggono alle definizioni di *straordinarietà* o *occasionalità*, caratteri che non possono neanche qualificare le iniziative che l'imprenditore pone in essere per farvi fronte⁸⁰.

Inoltre, le considerazioni finora esposte si sono poi riflesse indirettamente sul concetto di *imprevedibilità* nel suo ambito naturale, ovvero riferito all'art.2, comma 1, attinente alla proroga, laddove i criteri interpretativi non potevano non essere più restrittivi trattandosi della prosecuzione giunti alla scadenza.

L'impostazione vincolistica e la diffidenza nei confronti dell'istituto da parte del legislatore del 1962, oltre a rinvenirsi già nella tecnica della tassativa catalogazione dei casi in cui era consentito ricorrere al contratto a tempo determinato, si ritrova nella disposizione sull'eventuale proroga che la connette a *esigenze contingenti ed imprevedibili*, riferendosi non solo alle mansioni del lavoratore ma anche all'esigenza imprenditoriale⁸¹, che deve essere, secondo alcuni, *ontologicamente* diversa da quella che aveva giustificato l'originaria apposizione del termine.

Ed una parte della giurisprudenza si è mostrata a favore di una più rigida interpretazione del concetto di *imprevedibilità* delle circostanze legittimanti la proroga laddove tale carattere dovesse essere accertato alla stregua del criterio della *diligenza media* osservabile dall'imprenditore nel compimento degli affari attinenti alla sua attività⁸².

Tali interpretazioni restrittive fornite dalla giurisprudenza⁸³ alle disposizioni contenute nella l. n. 230/1962 miravano dunque a promuovere un'occupazione stabile, ribadendo il divieto di un uso del contratto a termine come strumento ordinario di integrazione dell'organico aziendale⁸⁴ e riflettendo l'impianto

⁸⁰ Cass., SS.UU., n. 5739/1983 cit., p. 133.

⁸¹ Cfr. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. Varesi, M. Roccella, *Le assunzioni. Prova a termine nel rapporto di lavoro*. Ed.Giuffrè, Milano 1990, p.190.

⁸² Cfr. Cass. 27 giugno 1981, n. 4179.

⁸³ A tal proposito si veda la decisione della Cass. SS. UU. n. 5739/1983, cit., p. 130 nella quale si afferma che la qualificazione legislativa delle ipotesi di apposizione del termine quali eccezioni “ *segnala la necessità ...dell'adozione di un rigoroso criterio di stretta interpretazione* (art. 14 disp. prel. c.c.)”.

⁸⁴ Cfr. M. D'ANTONA, *I contratti a termine* in *Opere*. Giuffrè Editore 2000, vol. III, p. 1181 ss.

stesso della legge, perfettamente bilanciato tra presunzione legale della durata normalmente a tempo indeterminato del rapporto di lavoro e l'inderogabilità della sua disciplina.

I successivi interventi normativi evidenzieranno un allentamento della disciplina vincolistica in materia di contratti a termine finora esposta, in risposta alle difficoltà delle imprese di incidere in modo flessibile sull'organico aziendale rispetto agli andamenti del mercato.

Difatti, accanto all'area originaria di utilizzo dei contratti a termini per esigenze temporanee ed eccezionali, si affermerà progressivamente l'impiego *routinario* e ricorrente degli stessi⁸⁵.

1.6 *Gli anni Settanta: la legge n. 285/1977 sull'occupazione giovanile e la legge quadro n. 845/1978 sulla formazione professionale*

Il modello finora descritto basato sulla *job property* si inserisce nella c.d. *legislazione garantista-promozionale*, nata sull'onda della grande spinta sociale e sindacale esplosa nel biennio 1968-69, legislazione rivolta però, in larga parte, alla tutela della sola manodopera occupata e priva quindi di iniziative promozionali a favore dei lavoratori disoccupati⁸⁶.

Questo modello, come si è visto, ebbe modo di consolidarsi negli anni Sessanta e nei primi anni Settanta, grazie all'ambiente economico favorevole caratterizzato da benessere crescente, in cui le organizzazioni sindacali apparivano forti e rappresentative e non sembrava irrealistico l'obiettivo keynesiano della piena occupazione.

Ma a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, a seguito della grave crisi economica e l'alto tasso di inflazione provocati dal primo *shock* petrolifero,

⁸⁵ Ruolo fondamentale nell'estensione dell'utilizzo dei suddetti contratti è stato ricoperto dalla contrattazione collettiva a cui il legislatore all'art. 56 della l. n. 56/1987 ha attribuito il compito di individuare le causali legittimanti l'apposizione del termine, che, quindi, sarebbero potute essere ulteriori rispetto a quelle legali (per esempio consentire la sostituzione dei lavoratori in ferie), ma anche concorrenti, cioè relative a fattispecie identiche con allentamento dei vincoli posti nella legge, fermo restando l'apparato sanzionatorio previsto dalla l. n. 230/1962. Cfr. *infra*.

⁸⁶ Cfr. M. FERRARA, E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme già fatte e quelle che restano da fare*. Ed. Il Mulino, Bologna 1999, p. 33-41.

tale modello di regolazione del mercato del lavoro fortemente vincolistico si dimostrò inadeguato ed incapace ad adeguarsi al mutato contesto economico e sociale italiano, caratterizzato da disoccupazione diffusa e da instabilità di carattere strutturale delle carriere lavorative, soprattutto tra i più giovani e nelle aree depresse del Paese; e non appariva più compatibile con l'esigenza di competitività delle imprese, imposta dalla internazionalizzazione dei mercati e dalla filosofia mercantilistica dell'integrazione comunitaria⁸⁷.

La conclusione dell'*età dell'oro* del capitalismo industriale può essere fatta risalire al 1973, a partire dal quale, comincerà un periodo di turbolenza economica che durerà almeno fino alla prima metà degli anni Ottanta.

Il dibattito di quegli anni intorno alle politiche del lavoro fu incentrato essenzialmente sulla necessaria messa in discussione delle politiche passive per il sostegno al reddito su cui si era basata la regolazione del mercato del lavoro fino alla fine degli anni Sessanta: a queste dovevano essere preferite politiche attive finalizzate alla creazione di nuovi posti di lavoro.

Se, difatti, la regolazione del mercato del lavoro negli anni Sessanta era avvenuta nell'ambito delle politiche macroeconomiche basate sul controllo del livello dei salari (nell'impostazione neoclassica) e sull'andamento della domanda aggregata (nell'impostazione keynesiana), già nella prima metà degli anni Settanta queste apparvero insufficienti a fronteggiare l'accentuazione degli squilibri del mercato del lavoro e delle disuguaglianze tra le categorie di lavoratori.

Nello stesso tempo, è interessante osservare come in quegli stessi anni esplose il fenomeno del decentramento produttivo, nato sicuramente per scelte aziendali per adattarsi alle nuove esigenze del mercato del lavoro, ma anche probabilmente spinto dalla convenienza a creare unità produttive con meno di quindici dipendenti per non applicare i diritti sindacali e la tutela dei licenziamenti individuali così come previsti nello Statuto dei Lavoratori approvato nel maggio del 1970.

⁸⁷ G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, cit., p.8.

Il legislatore del tempo fu costretto, quindi, ad abbandonare la via del *rigido garantismo* a favore del c.d. *garantismo flessibile*⁸⁸ incentrato sulla graduale liberalizzazione della disciplina del mercato del lavoro, seppur sotto il vigile controllo amministrativo e sindacale.

Le allarmanti dimensioni assunte in quegli anni dalla crisi occupazionale ed i vani tentativi volti a stimolare la domanda di lavoro resero necessarie politiche macroeconomiche selettive per il raggiungimento di obiettivi specifici, rivolte a determinati soggetti deboli della forza lavoro e all'adozione di importanti interventi legislativi che, in un crescendo destinato a proseguire anche in seguito, dilatarono la facoltà della stipulazione del contratto a termine al di là dei rigorosi limiti dettati dalla l. n. 230/1962⁸⁹.

Eppure la revisione della disciplina del '62 non mirava allo smantellamento dell'intero regime protettivo e vincolistico, ma ad un progressivo allargamento, con diverse tecniche, delle ipotesi di legittima apposizione del termine al primo contratto, ferma restando, sebbene con alcuni correttivi, la rigorosa disciplina della proroga, della prosecuzione di fatto e delle successive riassunzioni a termine. Il legislatore si trovò ad affrontare il fondamentale tema delle assunzioni a termine per le c.d. "*punte ricorrenti di attività aziendali*" che non erano state ricomprese dalla giurisprudenza nell'ipotesi cui all'art.1, comma 2, lett. c) della legge n. 230 del 1962.

In questo quadro si inserisce la l. n. 266 del 1977 per il settore dello spettacolo e radiotelevisivo⁹⁰; le leggi n. 18/1978, n. 737/1978 e n. 598/1979 per il

⁸⁸ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, p. 79 ss.

⁸⁹ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni settanta: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. Ichino (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*. Giuffrè Editore, Milano 2008, p. 79 ss.

⁹⁰ La giurisprudenza ritenne che per il lavoratore a termine, che con la sua professionalità si rendeva necessario per quello specifico programma in ragione di un'esigenza aziendale episodica, non poteva essere previsto il suo inserimento stabile. La specificità del programma non veniva però intesa in relazione alla *straordinarietà* ed *occasionalità*, bensì semplicemente come autonomia individuabilità riscontrabile anche in puntate monografiche all'interno di un più ampio programma - contenitore. Nella decisione della Cassazione n. 1827 del 20 febbraio 1995 si afferma, infatti, che "*a norma dell'art. 1, secondo comma, lettera e), della legge 18 aprile 1962 n. 230, come modificato dalla legge del 23 maggio 1977 n. 266 – la cui ratio è quella di consentire, al servizio radiotelevisivo di apprestare, a vantaggio dell'intera collettività, una maggiore varietà e ricchezza di programmi e spettacoli facendo ricorso all'apporto di diverse componenti culturali, artistiche e sociali, al fine di rappresentare in modo più completo e dialettico, la realtà che si vuole illustrare – per le assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli o programmi radiofonici o televisivi, dovendo il relativo rapporto di lavoro rispondere ad una esigenza di carattere temporaneo che, essendo destinata ad*

commercio e per il turismo⁹¹; la l. n. 479/1978 a favore dei giovani iscritti in particolari liste di collocamento.

Veniva, così, consentito il lavoro a termine “*quando si verifichi in determinati periodi dell’anno, una necessità di intensificazione dell’attività lavorativa, cui non sia possibile sopperire con il normale organico*”. Pur non intravedendosi un totale stravolgimento – quanto meno dichiarato - del sistema ex l. n. 230/1962, si coglie una sostanziale apertura del legislatore che veniva incontro alle esigenze delle imprese concedendo una maggiore flessibilità per coniugare la necessità di avere a disposizione più manodopera per un dato periodo di tempo con l’ovvia ambizione di voler contenere il costo del lavoro dovuto a siffatto incremento.

E veniva introdotta un’altra novità di rilievo assoluto: si trattava dell’affidamento di un controllo preventivo sulla ricorrenza in concreto delle condizioni che legittimavano il ricorso alle assunzioni a termine all’Ispettorato del Lavoro⁹², che autorizzava l’assunzione stessa solo dopo aver sentito i sindacati provinciali di categoria maggiormente rappresentativi.

Si assicurava, così, al datore di lavoro adeguata certezza, in quanto la valutazione *ex ante* della Pubblica Amministrazione sostituiva il controllo *ex post* da parte del giudici, previsto dalla precedente disciplina, spesso foriero di incertezza, che in questo caso veniva limitato ai soli eventuali vizi di legittimità dell’atto amministrativo, ivi compreso l’eccesso di potere, ma con totale esclusione di un controllo nel merito della sussistenza o meno delle ipotesi

esaurirsi in un certo tempo, non consente uno stabile inserimento del lavoratore nell’organizzazione dell’impresa...mentre non implica la straordinarietà o la occasionalità di esso, richiede che lo spettacolo o il programma stesso, oltre ad essere destinato ad una temporanea necessità (ancorché esso venga ripetuto nel tempo ed in diverse puntate) sia caratterizzato dall’appartenenza ad una specie di un certo genus e sia inoltre individuato, determinato e nominato; è necessario altresì che l’assunzione riguardi soggetti il cui apporto lavorativo si inserisca con vincolo di necessità diretta, anche se complementare e strumentale, nello specifico spettacolo o programma, sicché non può considerarsi sufficiente ad integrare l’ipotesi di legittimo ricorso al contratto a tempo determinato la specifica qualifica tecnica o artistica del personale, correlata alla produzione di spettacoli o programmi radiofonici o televisivi. I suddetti principi si applicano anche nel caso di assunzione a termine per l’effettuazione, nell’ambito di spettacoli o programmi ‘contenitore’, di singoli spettacoli o programmi aventi ad oggetto materie con qualche profilo comune, ed inseribili, pertanto, in un contesto più ampio e generale quale appunto quello proprio del ‘contenitore’”.

⁹¹ Poi esteso a tutti i settori economici con l’art. 8- bis della l. n. 79/1983.

⁹² In merito alla natura giuridica del provvedimento dell’Ispettorato del Lavoro ed ai poteri dell’autorità giurisdizionale cfr. Cass., SS. UU., 11 aprile 1994, n. 3354, e per approfondimenti sulla questione G.RIGANO, *La natura giuridica e gli effetti del provvedimento del capo dell’Ispettorato Provinciale del Lavoro nell’autorizzazione del contratto di lavoro a termine ex legge n.18 del 1978*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, fasc. 6, p. 1074.

legittimanti le assunzioni a termine. Per tutti gli altri aspetti del rapporto di lavoro veniva, invece, espressamente richiamata la disciplina della l. n. 230/1962.

Questo nuovo *trend* legislativo, sulla scorta di un momento economico favorevole, sanciva dunque un'inversione del rapporto a favore dell'interesse all'occupazione - sebbene precaria – rispetto all'interesse alla stabilità del posto di lavoro, in precedenza preferito⁹³.

Sono sempre di quegli anni, nel quadro di una rinnovata e feconda cooperazione sociale tra i sindacati ed il governo, alcuni provvedimenti di natura emergenziale - incentrati su politiche attive - per correggere il divario tra protetti ed esclusi dal modello originario: vedono la luce i contratti di formazione e lavoro per i giovani, le procedure di mobilità territoriale ed aziendale per i lavoratori e i programmi per la formazione professionale.

Si inserisce in questo contesto la legge sull'occupazione giovanile n. 285 del 1977 (ritoccata dal decreto n. 351 del 1978) che era diretta ad incoraggiare l'ingresso al lavoro da parte delle giovani generazioni, attraverso la predisposizione di un finanziamento speciale a favore delle Regioni, per la realizzazione di progetti di formazione professionale (art. 1).

Sul versante delle assunzioni, vennero regolati le prime forme di *stages* legati al lavoro e il contratto di formazione e lavoro che prevedeva l'alternanza tra il lavoro e cicli di formazione professionale organizzati dalla Regione; contratto che aveva una durata massima di 12 mesi e non poteva essere rinnovato. Inoltre, la legge introduceva una serie di sgravi fiscali per stimolare la domanda di lavoro.

Ma tale normativa non riuscì a dare gli effetti sperati a causa della scarsa propensione dei datori di lavoro ad utilizzare i nuovi strumenti e procedure contrattuali, e della permanenza dei vincoli garantisti imposti dal sindacato come, in particolare, l'obbligo dell'avviamento al lavoro su richiesta numerica. L'insuccesso fu maggiore nel settore privato rispetto al settore pubblico

⁹³ Tale inversione fu resa necessaria anche dalla sovrapposizione della intervenuta disciplina vincolistica del licenziamento all'originario modello sanzionatorio dell'illegittima apposizione del termine.

Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Gli anni settanta: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, cit., p. 137.

caratterizzato da un discreto ricorso alle nuove forme contrattuali che rappresentarono la creazione di impieghi pubblici a termine che, dopo ripetute proroghe, venivano definitivamente stabilizzati.

I contratti di formazione e lavoro, conviene anticiparlo, in seguito al d.lgs. n. 276/2003, permarranno solo per il settore pubblico⁹⁴; nel settore privato tale forma contrattuale sarà, infatti, sostituita dal contratto di inserimento⁹⁵.

Sempre nel 1977, venne approvato il decreto legge 3 dicembre n. 876 - *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato nei settori del commercio e del turismo*- convertito l'anno successivo nella legge n. 18, che definisce una speciale disciplina per il rapporto di lavoro a tempo determinato, estendendo l'applicazione della l. n. 230/1962 alle occupazioni nei settori del commercio e del turismo nel caso che si verifichi, in determinati e limitati periodi dell'anno, la necessità di intensificazione dell'attività lavorativa.

Con la legge-quadro per la formazione professionale del 21 dicembre del 1978 n. 845 si provvede, invece, a portare ad unità le indicazioni e gli orientamenti esistenti sul tema, fornendo alle Regioni i principi generali a cui attenersi per l'intervento attivo nel campo della formazione e l'emanazione della disciplina dettagliata di riferimento: era ormai maturata la consapevolezza che gli investimenti in capitale umano fossero essenziali per combattere la natura strutturale della disoccupazione italiana.

Anche il sindacato, insoddisfatto per il vecchio sistema dell'apprendistato, premette per l'introduzione di un sistema pubblico di formazione.

Secondo l'art. 2, le attività di formazione dovevano essere finalizzate alla diffusione di conoscenze teoriche e pratiche per lo svolgimento di ruoli professionali, alla qualificazione, alla specializzazione, aggiornamento e perfezionamento nell'ottica della formazione permanente, collegata all'andamento della programmazione economica, come era avvenuto negli altri Paesi europei. La legge, inoltre, prevedeva il ricorso al Fondo Sociale Europeo⁹⁶ attraverso il raccordo con il Ministero del Lavoro.

⁹⁴ Per tale confronto si veda E. REYNERI, *Il mercato del lavoro italiano tra controllo statale e regolazione sociale*, cit., p. 151 ss.

⁹⁵ Vedi *infra*.

⁹⁶ Il Fondo sociale europeo è stato istituito con il Trattato di Roma nel 1957 ed è il più antico dei fondi strutturali.

Nonostante le nobili intenzioni, molti degli obiettivi enunciati dalla legge rimasero irrealizzati in quanto le Regioni non procedettero all'emanazione della normativa di loro competenza e l'utilizzazione dei fondi, sia nazionali che comunitari, risultò scarsa così come il necessario raccordo con le strutture scolastiche, perno di tutto il sistema.

Le opportunità di formazione risultarono disperse e frammentate, prive di un minimo grado di razionalità e di coordinamento.

E' quindi da quegli anni che, al di là degli sforzi, si cominciò a delineare la carenza di un adeguato sistema di formazione professionale nel modello italiano di tutela dell'occupazione. Difatti, a differenza del caso tedesco che dal 1969 aveva inaugurato un efficiente sistema di alternanza scuola – lavoro, gestito congiuntamente dai *Länder* e dalle imprese, o dell'esempio inglese basato, a partire dai primi anni Settanta, sull'investimento di ingenti risorse, umane e finanziarie, per la creazione delle commissioni di servizio per la formazione e di programmi di opportunità per i giovani, in Italia il sistema della formazione non ebbe mai la capacità di rappresentare un'alternativa valida ai percorsi scolastici superiori.

Tutt'oggi tale sistema è disperso tra i diversi enti ed istituzioni responsabili (Ministero, Regioni, Università, centri di formazione pubblici o privati) e gli interventi normativi che si sono succeduti dalla citata legge-quadro con l'intento di risolvere tali carenze non hanno fatto altro che ampliarne la frammentazione e l'inefficacia⁹⁷.

L'esperienza della legislazione c.d. *dell'emergenza* degli anni Settanta fu quindi piuttosto contraddittoria e le deboli capacità istituzionali del governo di solidarietà nazionale (1976-1979) rappresentarono un ulteriore e cruciale fattore di vulnerabilità strutturale dell'Italia rispetto alle vecchie e alle nuove sfide nazionali ed internazionali.

Alla fine dei turbolenti anni Settanta, l'economia italiana si presentava con un tasso di inflazione e di disoccupazione - soprattutto di donne e giovani - tra i più elevati d'Europa⁹⁸: la perdita del posto di lavoro negli anni Settanta divenne un fenomeno particolarmente ricorrente nelle grandi fabbriche che si

⁹⁷ Cfr. l. n. 864/1984; l. n. 125/1991; l. n. 221/1991; l. n. 236/1993.

⁹⁸ L'inflazione si aggirava intorno al 15% e il tasso di disoccupazione era particolarmente elevato se confrontato con quello degli altri Paesi europei (Spagna esclusa).

erano sviluppate tra gli anni '50 e '60, che furono costrette ad intraprendere un travagliato processo di riorganizzazione industriale.

In primo luogo, quest'ultima comportò lo smantellamento delle grandi catene di produzione in piccole e molteplici unità produttive, sparse sul territorio; dall'altro, significò la rinascita delle piccole e medie imprese. Il decentramento produttivo permetteva tra l'altro, oltre la possibilità di rispondere con maggiore flessibilità agli aggiustamenti del mercato e di realizzare economie di scala, di indebolire - talvolta sino ad azzerare- il potere dei sindacati che avevano radicato la loro presenza soprattutto nelle grandi imprese, laddove era possibile far valere lo Statuto dei lavoratori.

Nonostante l'impegno, dunque, il decennio si concludeva registrando, da un lato innovazioni positive sul versante delle politiche attive; dall'altro queste disposizioni si combinarono con il permanere della rigidità dell'avviamento al lavoro, dei disincentivi ai licenziamenti, del particolarismo degli interventi normativi.

Il sistema di *welfare* così delineato, basato, dunque, su politiche sociali particolaristiche e distributive ed un regime regolativo del mercato del lavoro fortemente garantistico per gli occupati, appariva in sé coerente, ma il suo mostrarsi chiuso ed impermeabile alle sfide dell'ambiente esterno contribuì ad aggravare il divario tra il mondo dei "garantiti" ed il mondo dei disoccupati in cerca di un impiego e non resse alle inaspettate turbolenze provenienti dal mutamento dell'economia internazionale e dal crescente processo di integrazione sovranazionale.

E' stato proprio il rafforzarsi dell'identità, delle funzioni e dei vincoli dell'arena europea, attraverso le tappe serrate dell'integrazione economica, ad aver messo in discussione l'assetto originario dello stato sociale italiano, che ben presto fu costretto a fronteggiare il risanamento forzato e l'inarrestabile apertura dei mercati.

Il condizionamento dell'arena comunitaria sul decorso del *policy making* domestico e, quindi, delle politiche sociali e del lavoro si rafforzò alla fine

degli anni Settanta, più precisamente con l'istituzione dello SME⁹⁹, per poi protrarsi sino ai giorni dell'Euro ed oltre.

Ecco perché non è possibile ricostruire il filo rosso dello sviluppo del *welfare* italiano dopo gli anni Settanta senza fare diretto riferimento alle strategie e alle decisioni di un attore rilevante come l'Europa che si impose rapidamente e con forza all'attenzione dei decisori pubblici nazionali.

In quest'ottica, l'adesione allo SME nel 1978 costituì solo il primo passo di un lungo processo di aggiustamento ai vincoli ed alle sfide provenienti dall'ambiente internazionale che avrebbe profondamente inciso sulle caratteristiche e sul funzionamento del nostro sistema di *welfare*.

Il secondo passaggio si realizzerà negli ultimi anni Ottanta con le liberalizzazioni connesse al completamento del mercato interno europeo; mentre la terza e ultima fase coinciderà con il processo di convergenza delle politiche pubbliche nazionali agli *standard* e ai requisiti messi a punto dal livello sovranazionale in una prospettiva di rigore e stabilità.

1.7 Gli anni Ottanta e la prima fase di deregolamentazione del mercato del lavoro: l'introduzione dei rapporti atipici, del part-time e dei contratti di solidarietà

Già nella prima metà degli anni Ottanta vennero poste alcune importanti precondizioni per un efficace risanamento dell'economia e della finanza pubblica; ma i *policy makers* italiani, che in quegli anni erano alle prese con altri drammatici problemi - come l'elevata instabilità politica, la minaccia persistente del terrorismo interno e gli effetti inflazionistici indotti dal secondo *shock* petrolifero - si mostrarono impreparati ad intraprendere un reale processo di cambiamento e ad uscire dalle tradizionali logiche di distribuzione espansiva.

⁹⁹ Il Sistema Monetario Europeo entrò in vigore il 13 marzo 1979 e fu sottoscritto dai Paesi membri dell'allora Comunità Europea, ad eccezione della Gran Bretagna che vi farà ingresso nel 1990. Esso fissava una parità di cambio che poteva oscillare entro una fluttuazione del $\pm 2,25\%$ (del $\pm 6\%$ per Italia, Gran Bretagna, Spagna e Portogallo), prendendo come riferimento una unità di conto comune - l'ECU, determinata in rapporto al valore medio dei cambi del paniere delle divise dei Paesi aderenti.

La seconda ondata di innovazioni degli anni Ottanta, che segue la prima rinvenuta negli anni Settanta, apre la strada alla prima fase di deregolamentazione e quindi di *flessibilizzazione* del mercato del lavoro con l'introduzione dei rapporti atipici, il *part-time* ed i contratti di solidarietà, per rispondere anche alla crescente partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

Gli effetti della globalizzazione dei mercati, la terziarizzazione dell'economia e l'innovazione tecnologica, come si è anticipato, cominciarono a manifestarsi con tutta la loro forza imponendo un necessario processo di cambiamento della struttura delle imprese, delle tipologie dei rapporti di lavoro e della stessa concezione sociale ed antropologica del lavoratore¹⁰⁰.

L'esigenza di contenere la disoccupazione di massa - come si già detto - portò ad abbandonare il modello di macroregolazione neocorporativa e keynesiana che aveva guidato le scelte di politica economica dei governi europei preferendo l'adozione di programmi incentrati sulla flessibilità dei contratti di impiego e sulla deregolamentazione del mercato del lavoro.

L'evoluzione delle politiche del lavoro durante gli anni Ottanta seguirono, dunque, due direttrici, corrispondenti rispettivamente al periodo 1981-1983 e al periodo 1984-1989.

Con la prima, il governo italiano tentò di far fronte alla recessione provocata dal secondo *shock* petrolifero e all'aumento della disoccupazione prodotta dalla grande industria in maniera difensiva, attraverso, cioè, il ricorso a politiche passive e all'esodo sussidiato dei lavoratori (i c.d. *prepensionamenti*).

Le nuove regole si concretizzarono nell'Accordo sul Costo del Lavoro del 22 gennaio del 1983, il c.d. Lodo Scotti¹⁰¹, alla cui stesura prese parte Gino Giugni ed in cui trovò spazio un pacchetto di nuove disposizioni a favore di una maggiore flessibilità nel mercato del lavoro.

¹⁰⁰ F. FONTANAROSA, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, disponibili all'indirizzo web <http://www.rivistaaic.it/>

¹⁰¹ Primo esempio in Italia di regolazione e *policy making* trilaterale caratterizzata dal confronto tra i pubblici poteri, le associazioni dei lavoratori e le associazioni del padronato.

Tra queste si ricordano le procedure più elastiche per l'avviamento al lavoro¹⁰², il ricorso a contratti di formazione per i giovani, l'estensione dell'impiego a tempo parziale ed il ricorso a contratti di solidarietà.

Tale accordo però fu bloccato da ragioni di natura politica più che dalle caratteristiche organizzative dei gruppi di interessi, quali la frammentarietà e la mancanza di coordinamento.

Il fallimento del funzionamento del triangolo fu per lo più dovuto al mutamento delle relazioni tra i vari attori a seguito della ritrovata invadenza dei partiti¹⁰³.

La CGIL decise di non firmare l'accordo ed il governo fu costretto ad un passo indietro in quanto non disponeva più delle risorse dell'anno precedente.

A partire dal 1984, il governo italiano, approfittando di uno scenario economico più favorevole, rilanciò strategie di *policy* di tipo attivo e promozionale: furono introdotti i contratti di lavoro atipici; fu incentivata la creazione di nuove imprese e fu avviata la riforma del collocamento. Si voleva in tal modo incoraggiare una maggiore flessibilità nei rapporti di lavoro, nell'ingresso nel mondo del lavoro e nella gestione dell'orario di lavoro¹⁰⁴.

Solo un anno dopo dal fallito accordo del 1983, fu, infatti, stipulato un secondo patto sociale tra governo, imprenditori e sindacati che riprendeva i temi relativi all'occupazione contenuti in quello precedente, rinviando alla legislazione e alla contrattazione collettiva per la concreta specificazione dei contenuti.

Il provvedimento più significativo fu la legge 19 dicembre 1984 n. 863, di conversione del decreto n. 726 del 30 ottobre 1984, recante misure urgenti a sostegno e a incremento dei livelli di occupazione.

Con questa legge trovarono regolazione i contratti di solidarietà, i contratti di formazione e lavoro e il lavoro a tempo parziale, con lo scopo principale di promuovere l'occupazione giovanile.

¹⁰² Una parziale liberalizzazione dell'avviamento al lavoro si configurò nella legge n. 79 del 1983 che stabiliva che le imprese potevano assumere il 50% della manodopera richiesta senza dover ricorrere alle graduatorie previste dagli uffici di collocamento.

¹⁰³ E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 136 ss.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 132 ss. Sulle politiche del lavoro degli anni Ottanta cfr. M. NAPOLI, *Politiche del lavoro, occupazione e diritto. Idee ed esperienze (1983-1996)*. Ed. Franco Angeli, Milano 1988; F. NERI *Le politiche del lavoro degli anni Ottanta*. Ed. Franco Angeli, Milano 1989; R. BRUNETTA, *Il modello Italia*. Marsilio Editore, Venezia 1991.

I contratti di solidarietà, basati sul motto della scuola francese di Guy Aznar, “*lavorare meno, per lavorare tutti*”, rappresentano uno strumento “solidaristico” mirato a fronteggiare il problema della disoccupazione giovanile in un periodo di rapida trasformazione tecnologica.

I lavoratori sono impiegati per un numero inferiore di ore allo scopo di scongiurare i licenziamenti (contratti di solidarietà *interni* o *difensivi*)¹⁰⁵ o per favorire nuove assunzioni (contratti di solidarietà *esterni*)¹⁰⁶. All’area della flessibilità, oggetto di studio nel presente lavoro, è riconducibile solo il contratto di solidarietà *difensivo* che prevede una riduzione dell’orario di lavoro. Esso costituisce una causale di intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria connessa alla stipulazione di un contratto collettivo aziendale con i sindacati aderenti alla confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

Nel corso della sua storia applicativa, tale strumento contrattuale è stato oggetto di numerosi interventi legislativi¹⁰⁷ e ha sofferto di alterno successo a causa della diffidenza sia da parte dei lavoratori per un evidente difetto di solidarietà nei confronti dei compagni di lavoro da “salvare”¹⁰⁸ mediante la riduzione dell’orario di lavoro, sia dei datori di lavoro per il verificarsi di

¹⁰⁵ Lo Stato fornisce ai lavoratori e agli impiegati un’integrazione salariale pari al 50% del trattamento retributivo perso a seguito della riduzione dell’orario di lavoro per la durata massima di due anni. Se la riduzione dell’orario di lavoro è superiore al 20%, i datori di lavoro beneficiano di sconti negli oneri fiscali pari al 25% che diventa del 30% nel Sud; se la riduzione è superiore al 30%, gli sgravi salgono al 40%.

¹⁰⁶ Gli imprenditori ricevono un contributo dallo Stato pari al 15% della retribuzione lorda prevista dal contratto collettivo di categoria per il primo anno, al 10% per il secondo e al 5% per il terzo. I contributi assicurati e pensionistici sono parificati a quelli previsti per l’apprendistato.

¹⁰⁷ Dal 1991, anno della l. n. 223, fino al d.P.R. n. 218/2000, si sono susseguiti a cadenza quasi annuale.

Si ricordi la legge 19 giugno 1993 n. 236, art. 5, commi 5 e 8, con la quale è stato esteso l’istituto dei contratti di solidarietà anche alle aziende non rientranti nel campo di applicazione della normativa in materia di Cassa Integrazione, nonché alle imprese alberghiere e alle aziende termali pubbliche e private operanti nelle località con gravi crisi occupazionali (comma 7) e alle imprese artigiane non rientranti nel campo d’intervento della Cigs ed anche ove occupassero meno di 16 dipendenti (comma 8)

Dal 2002 la materia è stata quasi completamente delegificata e si è assistito ad una pluralità di decreti, circolari e note del Ministero del Lavoro e dell’Inps che hanno conferito al contratto di solidarietà una disciplina organica, fino a giungere agli ultimi aggiustamenti del quadro legale di riferimento intervenuti nel biennio 2008-2009. Il d.l. n. 78 del 2009, convertito nella legge n. 102 del 2009, ha incrementato, per gli anni 2009 e 2010, l’ammontare dell’integrazione spettante ai soli lavoratori coinvolti da contratti di solidarietà difensiva, stipulati in base all’art. 1, comma 1, della legge n. 863/1984. La misura dell’integrazione è stata elevata all’80% della retribuzione persa.

¹⁰⁸ M.G. GAROFALO, G. LEONE (a cura di), *La flessibilità del lavoro: un’analisi funzionale dei nuovi strumenti contrattuali*, cit., p. 127 ss.

problemi di carattere organizzativo che la riduzione dell'orario di lavoro comportava.

Per ciò che riguarda, invece, i contratti di formazione e lavoro, anch'essi regolati dalla legge n. 863 del 1984, art.3¹⁰⁹, si procedette ad aggiornare quelli già introdotti in via sperimentale della legge del '77¹¹⁰ sull'occupazione giovanile. Destinatari dell'intervento legislativo erano i giovani di età compresa tra i 15 ai 29 anni, per la durata massima di 24 mesi, a un salario variabile nelle imprese e negli enti pubblici economici che non fossero in corso di ristrutturazione o di crisi aziendale. L'esperienza lavorativa, come indica la denominazione dei contratti, doveva essere combinata con corsi di qualificazione professionale, solitamente organizzati con il patrocinio delle Regioni. Nel caso di assunzione dei giovani con contratti di formazione e lavoro, la quota di contribuzione a carico dei datori di lavoro era uguale a quella prevista per gli apprendisti e vi era la possibilità di assunzione a tempo indeterminato per chiamata nominativa entro dodici mesi dalla conclusione del contratto.

La legge n. 863 del 1984, inoltre, all'art. 5, provvedeva a regolare per la prima volta il lavoro a tempo parziale, ovvero, la possibilità di prestare regolarmente l'attività lavorativa per un orario inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro per periodi predeterminati nell'arco di una settimana, di un mese o di un anno; fino ad allora tali strumenti erano stati gestiti solo a livello contrattuale. Si individuavano due distinte categorie di contratti: a) il *part-time orizzontale*, con riduzione dell'orario di lavoro su scala giornaliera, e b) il *part-time verticale* con decurtazione dell'orario su scala annuale. Entrambi i contratti dovevano essere stipulati dall'azienda e dalle parti sociali con l'indicazione delle mansioni e della distribuzione dell'orario.

Alla regolazione legislativa del *part-time*, che mirava anche a rispondere all'avviata femminilizzazione del mercato del lavoro, non corrispose l'attesa diffusione dello stesso.

¹⁰⁹ La materia sarà aggiornata ed integrata da successivi provvedimenti tra cui, in particolare, le ll. nn. 407/1990 (art. 8), 451/1994 (art. 16), 196/1997 (art. 15), e dalla contrattazione collettiva interconfederale e di categoria. In tali interventi si ribadisce che, diversamente dall'apprendistato che tende all'acquisizione della professionalità, i contratti di formazione e lavoro rappresentano l'attuazione di una sorta di ingresso guidato, di iniziazione, del giovane nel mondo del lavoro. Vedi *infra*.

¹¹⁰ Legge sull'occupazione giovanile n. 285 del 1977, vedi *supra*.

Infatti, rispetto agli altri Paesi europei, il *part-time* in Italia non godette del successo sperato a causa dei costi elevati ad esso collegati: la contribuzione sociale non risultava infatti proporzionale alle ore lavorate, il costo per le imprese di due lavoratori *part-time* superava di un terzo il costo di un lavoratore a tempo pieno ed implicava oneri più elevati per i lavoratori. Questa parziale penalizzazione fu pensata dal legislatore italiano come forma di tutela contro la possibilità che il nuovo strumento occultasse rapporti di lavoro a tempo pieno¹¹¹.

Da un'analisi complessiva dei nuovi strumenti contrattuali introdotti dalla l. n. 863 del 1984, nell'ottica di una parziale liberalizzazione del mercato del lavoro, finalizzata alla promozione dell'occupazione, specie giovanile, si evince che, nonostante le buone intenzioni del legislatore, la loro implementazione risultò confusa ed incerta.

Difatti, se i contratti di formazione e lavoro consentirono l'assunzione di numerosi giovani soprattutto nelle piccole e medie imprese e nel settore pubblico; i contratti di solidarietà e il *part-time* vennero scarsamente utilizzati, o meglio, il loro ricorso risultò finalizzato essenzialmente a tamponare gli esuberi e non per creare nuova occupazione.

Le finalità passive sembravano continuare a prevalere su quelle attive¹¹².

Negli anni successivi, sempre in un'ottica di tendenziale *flessibilizzazione* del mercato del lavoro, si ricorda la legge 28 febbraio 1987 n. 56 - *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro* - che all'art. 23, comma 2¹¹³, prevedeva una novità di estremo rilievo, ovvero il riconoscimento per i lavoratori utilizzati per le punte di attività del diritto di precedenza nelle successive assunzioni presso la stessa azienda, purché manifestassero la volontà di avvalersi di tale diritto entro tre mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

¹¹¹ La normativa è stata espressamente abrogata dal d.lgs. n. 61/2000, come modificato dal d. lgs. n. 100/2001, emanato in attuazione della Direttiva CE 15 dicembre 1997 n. 97/81, relativa all'accordo quadro concluso il 6 giugno 1997 dalla parti sociali Unice, Ceep e Ces in ambito europeo. Cfr. *infra*.

¹¹² E. GUALMINI, R. RIZZA, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 139.

¹¹³ Successivamente modificato dall' art. 9. *bis* della l. n. 236/1993.

Ma il grande passo in avanti verso una più decisa liberalizzazione del lavoro, soprattutto a tempo determinato, si evince nell'art. 23, comma 1, della legge sopra richiamata, laddove il legislatore abbandonava il monopolio delle ipotesi di legittima apposizione del termine, consentendo l'individuazione di ipotesi aggiuntive da parte dei contratti collettivi stipulati dai sindacati aderenti alle confederazioni nazionali maggiormente rappresentative.

Non veniva posto alcun vincolo alle causali di fonte collettiva, che potevano essere molto ampie, non essendo necessario che l'occasione di lavoro fosse solo temporanea¹¹⁴.

Non si può non notare che tale disposizione rispondeva ad una logica diametralmente opposta a quella del contenimento antifraudolento del lavoro a termine presente nella l. n. 230/1962.

E proprio per controbilanciare l'assenza di vincoli sulle causali della delega conferita dal legislatore all'autonomia collettiva ed evitare una troppo estesa precarizzazione del lavoro, veniva imposto ai contratti collettivi di accompagnare l'introduzione delle clausole aggiuntive con la fissazione per le stesse di un limite quantitativo consistente in una percentuale massima di lavoratori a termine rispetto al complessivo organico aziendale di lavoratori a tempo indeterminato.

Inoltre, l'ampiezza della delega all'autonomia collettiva, sia in merito al limite quantitativo che qualitativo delle ipotesi aggiuntive, giustificava la selezione legale dei soggetti sindacali ritenuti affidabili, individuati esclusivamente nei sindacati aderenti alle confederazioni sindacali maggiormente rappresentative. Occorre, tuttavia, precisare che la deroga alla disciplina della l. n. 230/1962 riguardava solo la causale giustificativa dell'assunzione a termine, restando applicabili, anche in questi casi, le disposizioni della legge del '62 sul divieto

¹¹⁴ Ad esempio, il termine veniva ammesso per l'esecuzione di opere e servizi anche non straordinari ed occasionali oppure per sperimentare nuove figure professionali. Addirittura in settori importanti, in nome dell'interesse generale all'occupazione non estraneo alla delega all'autonomia collettiva, si consentiva il lavoro a termine in base a meri requisiti soggettivi del lavoratore da assumere. A tal proposito cfr. "Accordo Interconfederale per l'industria" del 18 dicembre 1988, art. 10. Per approfondimenti, E. BOGHETICH, *Arriva la delega in bianco per i sindacati. Piena autonomia sui contratti a termine. La centralità dei rapporti a tempo indeterminato è ormai erosa*, in *Diritto e Giustizia*, Palermo 2006, p. 10

di riassunzione prima del decorso dell'intervallo minimo previsto dalla legge e sulla giustificazione della proroga¹¹⁵.

La disciplina finora esposta sul contratto a termine resterà in vigore, salvo specifici interventi settoriali, fino al decreto delegato di attuazione della direttiva comunitaria n. 1999/70/CE.

Le modifiche intervenute dal 1962 in poi hanno sostanzialmente e profondamente mutato il sistema di regole sul lavoro a termine, soprattutto con riferimento alle ipotesi di legittima apposizione del primo termine. Non solo infatti sono state ampliate le causali di fonte legale, con nuove ipotesi relative alle punte di attività aziendale (segnatamente al settore aereo ed aeroportuale) e con casi di legittimazione derivante dalla situazione soggettiva del lavoratore piuttosto che da ragioni obiettive attinenti al tipo di lavoro da svolgere, ma vi era stata una rilevante parziale abdicazione del legislatore al suo monopolio: ne sono un esempio, il larghissimo rinvio all'autonomia collettiva per l'individuazione di nuove fattispecie (sebbene con un limite quantitativo, definito anch'esso dalla contrattazione collettiva), la commistione tra regole legali e contrattazione collettiva relativamente alle assunzioni brevi nei settori del turismo e dei pubblici esercizi e, su altro versante, la novità del controllo preventivo dell'autorità amministrativa operata dall'Ispettorato del Lavoro, previa consultazione sindacale, che escludeva il controllo di merito in sede giurisdizionale.

¹¹⁵ Chiarissima in tal senso Cass. SS. UU., 19 ottobre 1993, n. 10343.

Senza volersi dilungare in questa sede in dettagli non rilevanti, per dovere di completezza, conviene ricordare che anche tali limiti vennero in parte superati con una deroga alla disciplina dell'intervallo prevista dal legislatore per gli specifici settori del turismo e dei pubblici esercizi (art. 23, comma 3, l. n. 56/1987, modificato dall'art. 54, comma 4, l. n. 448/1998). Il legislatore intendeva agevolare le imprese dei settori indicati, consentendo loro di organizzare l'esecuzione di determinati servizi di durata non superiore a tre giorni utilizzando lavoratori giornalieri anche se tali servizi erano programmati e ripetuti sistematicamente, essendo sufficiente la individuabilità del singolo esercizio. In questo particolare settore, neppure la reiterazione senza intervallo di assunzioni dello stesso lavoratore determinava l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, purché il lavoratore non fosse obbligato a tenersi a disposizione, ma restasse libero di rifiutare ciascuna proposta di assunzione (c.d. "chiamata"). In tal caso, il lavoratore doveva essere di volta in volta, adibito esclusivamente allo speciale servizio per il quale era consentita l'assunzione giornaliera; in caso contrario, il termine si considerava nullo ed il rapporto si considerava a tempo indeterminato non ricorrendo la fattispecie derogatoria della disciplina generale. In merito è cospicua la giurisprudenza in riferimento ai rapporti lavorativi anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina ex art. 10 d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368, vedi *infra*. Per approfondimenti cfr. A. RICCARDI, *La Corte di Cassazione e il lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, fasc. 1, p. 49.

Nel loro complesso, gli anni Ottanta configurarono un' importante stagione di cambiamento in ambito lavoristico, sia dal punto di vista delle politiche attive che di quelle passive, che senza dubbio contribuirono ad aprire un varco nell'ambito della legislazione del lavoro di stampo garantista, a fronte delle nuove esigenze di flessibilizzazione legate alla crescita della disoccupazione, dell'ammodernamento tecnologico, della ristrutturazione industriale e dell'aumento della partecipazione delle donne al mercato del lavoro.

In questo contesto, le parti sociali giocarono un ruolo fondamentale nella trasformazione dell'assetto giuslavorista italiano nell'ottica di un parziale allentamento della difesa dei principi di standardizzazione dei rapporti di lavoro e di stabilità del posto di lavoro attraverso un approccio di tipo derogatorio che avvenne, infatti, per mezzo della contrattazione collettiva.

A caratterizzare le politiche del lavoro degli anni Ottanta fu infatti lo scambio fra l'ottenimento, da una parte, di concessioni su alcune rigidità e sul maggiore controllo sindacale, dall'altra.

Ciò può essere letto, senza dubbio, nell'ottica del rafforzamento del potere sindacale nei confronti della controparte datoriale, ma dall'altro, paradossalmente, sta a significare la debolezza dei rappresentanti dei lavoratori, profondamente divisi al loro interno, costretti alla c.d. *politica del carciofo*¹¹⁶, ovvero a concessioni, deroga dopo deroga, attraverso l'abbandono di posizioni che apparivano sempre più indifendibili perché anacronistiche e svincolate dal contesto socio-economico del tempo.

Ma, nonostante le buone intenzioni, le politiche degli anni Ottanta si mostrarono nel loro complesso inefficaci ad incidere sui fattori strutturali della disoccupazione, quali il progressivo deterioramento di alcuni segmenti deboli della forza lavoro rispetto alle esigenze della domanda, così come la perdita di competitività di alcuni settori produttivi importanti come l'industria manifatturiera, in un periodo di crescente internazionalizzazione dell'economia.

¹¹⁶ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p.81. Cfr. P. SESTITO, *Il mercato del lavoro in Italia. Com'è. Come sta cambiando*. Ed. Laterza, Roma-Bari 2002.

È con questi problemi ereditati dagli anni Ottanta che i decisori pubblici del decennio successivo dovettero fare i conti.

1.8 Le riforme degli anni Novanta: il c.d. Pacchetto Treu (l. n. 196/1997) e la regolazione del lavoro interinale

Le spinte esogene per il risanamento economico s'intrecciarono, nei primi anni Novanta, con i profondi cambiamenti istituzionali successivi al crollo della Prima Repubblica. La combinazione fra la rapida trasformazione delle regole e delle caratteristiche di funzionamento dell'economia politica internazionale e soprattutto europea da un lato, e il drammatico rovesciamento del vecchio sistema politico internazionale dall'altro, sollecitò i decisori pubblici a rompere con le strategie economiche e politiche del passato e ad avviare un importante ciclo d'innovazione nelle politiche pubbliche che investirono anche il mercato del lavoro.

Con gli anni Novanta si apre la terza fase delle politiche di flessibilizzazione che, in un processo inarrestabile, porterà alle innovazioni legislative dei nostri giorni.

Una maggiore flessibilità del lavoro veniva considerata necessaria non solo per rispondere alle sfide imposte dal cambiamento tecnologico e produttivo che interessava le aziende, ma anche per incrementare i livelli occupazionali. A spaventare non era tanto, infatti, il tasso di disoccupazione italiana, che appariva non distanziarsi in maniera allarmante dal livello medio europeo, quanto la diminuzione, a partire dal 1992, del numero dei lavoratori occupati, dopo vent'anni di crescita positiva, a cui si aggiungeva l'aumento degli squilibri territoriali tra Mezzogiorno e Nord Italia.

Tali dinamiche occupazionali apparvero strettamente legate all'andamento di altri indicatori macroeconomici tra cui il progressivo rallentamento della

crescita interna a partire dal 1989 che raggiunse il culmine nel 1993, anno in cui il PIL italiano subì una flessione dell'1,2%¹¹⁷.

Ma negli anni Novanta è il concetto stesso di crisi economica che comincia a cambiare rispetto agli anni Settanta, periodo in cui le cause della crisi erano da ricercarsi prevalentemente nei fattori esterni, quali l'aumento dei prezzi delle materie prime in seguito alla guerra del Kippur.

Negli anni Novanta, il carattere cronico della disoccupazione - che comincerà seriamente a preoccupare dal 1995- venne addebitato a fattori interni quali la forbice tra la crescita della produzione dovuta agli incrementi di produttività e l'aumento del costo del fattore lavoro, prodotta dalle innovazioni tecnologiche, l'arretratezza e la scarsa efficacia delle istituzioni del mercato del lavoro – *in primis*, collocamento e formazione professionale, il dissesto della finanza pubblica e il crescente dualismo tra settori protetti e i settori non protetti dalla concorrenza internazionale aggravato dai fenomeni della globalizzazione¹¹⁸.

All'acuta recessione economica che ha caratterizzato gli anni Novanta, si aggiunsero le profonde trasformazioni del contesto socio-politico: gli scandali inerenti alla corruzione, il cambiamento del sistema elettorale, la trasformazione del sistema partitico, il parziale ricambio della classe politica ed il ritorno al metodo della concertazione triangolare come forma privilegiata di *policy making* sociale ed economica.

Inoltre, come si è già accennato, un ruolo sempre maggiore nel campo delle politiche sociali fu assunto negli anni Novanta dall'Unione Europea che si affermò come attore chiave nella definizione delle strategie occupazionali in un'ottica di contemperamento tra diritti sociali e aumento della competitività delle imprese. I vincoli imposti a livello sovranazionale si fecero più stringenti a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, allorché divenne chiaro che il risanamento della finanza pubblica, e quindi, le riforme in campo economico e sociale, erano una necessità non più procrastinabile.

¹¹⁷ Dati OCSE 1995.

¹¹⁸ Per la letteratura in merito, cfr. R. STUBBS, R.D.G.UNDERHILL, *Political Economy and the Changing Global Order*. Ed. Palgrave Macmillan, 1994; R.O. KEOHANE, E. OSTROM, *Local Commons and Global interdependence*. SAGE Publications, 1995; R. DORE, *La globalizzazione dei mercati e la diversità dei capitalismi*. Ed. Il Mulino, Bologna 1996.

Il primo documento ufficiale a prendere in seria considerazione le tematiche del lavoro in ambito comunitario fu il Libro Bianco di Jacques Delors del 1993 – *Crescita, competitività, occupazione – Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*¹¹⁹, nel quale si sottolineava la necessità di una completa revisione del mercato del lavoro, divenuto troppo rigido in termini di organizzazione dell'orario, delle retribuzioni, di mobilità, di adeguamento dell'offerta alle esigenze della domanda. Ciò comportava costi molto elevati per le imprese – di gran lunga superiori a quelli degli Stati Uniti o Giappone.

Il Libro Bianco suggeriva soprattutto la negoziazione di un migliore equilibrio tra i lavoratori permanenti e i lavoratori a tempo determinato, in modo tale che sia le imprese che i lavoratori potessero scegliere liberamente il modello di lavoro più adeguato alle proprie esigenze.

L'anno successivo, durante il Consiglio europeo di Essen del 9 e 10 novembre¹²⁰, l'attenzione fu rivolta alle cause strutturali della disoccupazione europea e fu sottolineata l'esigenza di un dialogo responsabile tra le parti sociali ed il mondo politico.

A tal proposito, vennero definiti cinque assi prioritari: 1) promozione degli investimenti per la formazione professionale, al fine di adattare i lavoratori all'evoluzione tecnologica; 2) aumento dell'intensità dell'occupazione nei periodi di crescita attraverso un'organizzazione più flessibile del mercato del lavoro, creazione di posti di lavoro attraverso una politica salariale favorevole agli investimenti, incoraggiamento di iniziative a livello regionale e locale; 3) abbassamento dei costi salariali indiretti per favorire le assunzioni, soprattutto dei lavoratori meno qualificati; 4) politica del mercato del lavoro più efficace attraverso la definizione di misure di integrazione dei redditi; 5) rafforzamento delle misure a vantaggio dei gruppi particolarmente colpiti dalla disoccupazione, segnatamente a quelli di lunga durata (giovani senza diploma, donne, anziani).

Infine, con il Libro Verde del 1997 su *Partnership for a New Organization of work*, la Commissione europea promosse un dibattito sulle nuove forme di organizzazione del lavoro e, per la prima volta, venne presentata l'idea di un necessario bilanciamento tra flessibilità e sicurezza del lavoro, in

¹¹⁹ COM (93) 700 F, dicembre 1993.

¹²⁰ Documento disponibile all'indirizzo web <http://www.consilium.europa.eu/>.

considerazione dei mutamenti intervenuti nei mercati, nella società e a livello delle risorse umane.

Le ragioni di tali cambiamenti venivano rintracciate nell'introduzione di nuove tecnologie produttive, nello sviluppo di nuovi prodotti e forme di servizi e, soprattutto, in una globalizzazione che rendeva sempre più spietata la concorrenza. Alle imprese veniva richiesto di accrescere la propria competitività attraverso un'organizzazione del lavoro più flessibile, che consentisse agli imprenditori di far fronte alle fluttuazioni di beni e servizi, ma che risultasse anche più sicura per i lavoratori che non avrebbero dovuto temere tali cambiamenti.

In questo contesto, si inserisce la deregolamentazione delle condizioni di impiego - già inaugurata negli anni Ottanta- che porterà alla “*grande riforma*” del mercato del lavoro, elaborato in particolare dai governi tecnici dell'undicesima e dodicesima legislatura, che sfocerà nel Patto per il lavoro del 1996, siglato durante il governo Prodi, e nel celebre Pacchetto Treu.

Le innovazioni legislative che si sono susseguite dal 1991 al 1995¹²¹ hanno teso esplicitamente ad aumentare la flessibilità c.d. *normata*, stando ad indicare la specifica combinazione tra l'allentamento dei vincoli legali e la salvaguardia da parte dello Stato e delle forze sociali di un potere di controllo e di coordinamento sul mercato del lavoro.

Ma le numerose disposizioni introdotte ancora una volta in modo convulso e disordinato trovarono un'adequata sistemazione nel *Patto per il Lavoro* siglato nel settembre del 1996 dal Ministro del Lavoro Tiziano Treu e le parti sociali

¹²¹ In quest'ottica, la legge del 23 luglio 1991, n. 223, rappresenta sicuramente un provvedimento innovativo soprattutto per ciò che riguarda il campo delle politiche di flessibilità in entrata oggetto della presente indagine. Riprendendo quanto in parte già preannunciato nella l. n. 56 del 1987, si procede a modificare le procedure di avviamento al lavoro introducendo la richiesta nominativa al posto di quella numerica (artt. 25-31). In particolare, l'art. 25 sanciva il principio della libertà di scelta del lavoratore da assumere allargando i margini di discrezionalità degli imprenditori e dando una veste legislativa a quanto si era consolidato nella prassi quotidiana. Tale possibilità resta tuttavia preclusa nei collocamenti speciali dedicati, in particolare, al settore agricolo e a quello delle assunzioni obbligatorie, oltre che per le assunzioni dei dipendenti pubblici con basse qualifiche. V. anche l'Accordo Amato del 31 luglio 1992 ed il Protocollo Ciampi del 23 luglio del 1993, nonché la l. n. 236 del 1993 recante “*Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione*”.

Il testo, che riprendeva i punti principali del dibattito sulla riforma del mercato del lavoro sviluppatosi nelle precedenti legislature, delineava una sostanziale revisione dei principali interventi di politica attiva e di politica passiva nell'ottica della tutela istituzionale contro il rischio della disoccupazione. Particolare importanza assunsero i temi dell'apprendistato e della formazione professionale, che già nel luglio 1996, avevano ricevuto una distinta trattazione da parte del ministro del Lavoro e del ministro della Pubblica Istruzione.

Il Patto per il lavoro riprese tali temi introducendo importanti innovazioni in merito all'apprendistato che fu esteso a tutti i settori, compreso quello agricolo, elevando l'età dei beneficiari sino ai 24 anni (26 anni nel Mezzogiorno) ed estendendo la durata fino a 4 anni.

Il contratto di apprendistato, da funzione di apprendimento diretto di un mestiere, veniva concepito come un processo mirato all'acquisizione di una professionalità, anche di livello medio. Veniva, così, rafforzato il ruolo della formazione, subordinando la concessione di agevolazioni contributive alla partecipazione, da parte degli apprendisti, alle iniziative di formazione esterna all'impresa previste dai contratti nazionali.

Per il contratto di formazione e lavoro fu disposto l'innalzamento dell'età massima a 35 anni per i beneficiari delle regioni del Sud e, in ordine ai contenuti della formazione, la possibilità di inserire programmi ed iniziative concordate e sostenute dalla Commissione Europea.

Un altro importante gruppo di disposizioni ha riguardato la modifica della disciplina del *part-time* e del contratto a tempo determinato, e, novità assoluta, l'introduzione nel nostro ordinamento dei contratti per la fornitura e lo svolgimento di prestazioni di lavoro temporale, meglio conosciuto come lavoro interinale.

Tali disposizioni furono recepite dalla l. n. 196 del 24 giugno del 1997 – *Norme in materia di promozione dell'occupazione* - il c.d. Pacchetto Treu, che rappresenta, senza dubbio, una tappa fondamentale nell'evoluzione della disciplina del mercato del lavoro in termini di maggiore flessibilità.

Per quanto riguarda il *part-time*, esso venne sostanzialmente incoraggiato con riferimento ai giovani disoccupati di lunga durata, residenti nelle Regioni meridionali e alle donne e agli anziani in uscita dal mercato del lavoro.

In riferimento ai contratti flessibili, mutò la normativa sul lavoro a tempo determinato attraverso l'eliminazione di alcuni vincoli alla predeterminazione della durata della prestazione e l'introduzione dell'istituto della continuazione del contratto oltre il termine di scadenza inizialmente fissato. In merito all'intervallo tra i contratti a termine, fu ridotta la sua durata rendendo meno onerose le sanzioni. Nel dettaglio, il secondo comma dell'art. 2 della l. n. 230 del 1962, che prevedeva le sanzioni in caso di continuazione del rapporto anche dopo la scadenza del termine finale apposto al contratto, venne interamente sostituito dall'art. 12 della l. n. 196/1997.

La nuova disciplina sanzionatoria non ricollega più alla continuazione del rapporto oltre il termine inizialmente previsto o prorogato la inevitabile conseguenza della sua trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Prevede, infatti, quattro ipotesi che possono essere sinteticamente così riassunte: a) nel caso in cui il rapporto continuasse non oltre dieci giorni successivi alla scadenza, al lavoratore era dovuta, per ogni giorno di continuazione, una retribuzione maggiorata del 20 per cento rispetto a quella originariamente pattuita; b) nel caso in cui il rapporto continuasse oltre i dieci giorni, ma comunque per non più di venti giorni in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, oppure per non più di trenta giorni in caso di contratto di durata pari a sei mesi o superiore, al lavoratore doveva essere corrisposta, per ogni giorno di continuazione oltre il decimo, una retribuzione maggiorata del 40 per cento rispetto a quella pattuita; c) se il rapporto continuava rispettivamente oltre il ventesimo o trentesimo giorno successivo a quello della scadenza, fermo restando il diritto alla retribuzione maggiorata per il periodo sopra indicato, il rapporto si intendeva a tempo indeterminato a partire da tale scadenza; d) il lavoratore veniva assunto a termine, dopo la scadenza del contratto a termine inferiore a sei mesi o superiore, ma comunque rispettivamente entro venti oppure trenta giorni da tale data; in tal caso, il secondo rapporto si intendeva a tempo indeterminato.

Quest'ultima ipotesi merita un discorso più approfondito.

Il secondo comma dell'art. 2 della l. n. 230/1962, nella versione introdotta dal citato art. 12 della l. n. 196/1997, ha provocato, sin dal suo esordio, un acceso dibattito in relazione alla sua corretta interpretazione e portata applicativa¹²².

Una prima interpretazione della volontà del legislatore sembra favorevole alla conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato sin dalla data della prima assunzione, qualora si fossero verificate più assunzioni successive a termine senza il rispetto degli intervalli di venti o trenta giorni di cui alla lettera d)¹²³.

Altra possibile interpretazione lega la conversione del rapporto al verificarsi di una riassunzione successiva senza soluzione di continuità, così da rendere palese l'intenzione elusiva del datore di lavoro, sebbene alla luce del tenore letterale della norma, non è chiaro perché la riassunzione effettuata il giorno dopo la scadenza del primo contratto dovrebbe comportare una conseguenza differente dalla riassunzione effettuata, per esempio, il secondo giorno successivo a tale scadenza.

Un'ulteriore e preferibile lettura della norma tiene conto della circostanza che il rapporto di lavoro a termine, anche dopo le modifiche introdotte dal Pacchetto Treu, rimane pur sempre un istituto di carattere straordinario, guardato con malcelata reticenza dal legislatore, e a cui si deve ricorrere solo in circostanze particolari. In virtù di questa premessa, la norma in esame è correttamente interpretata nel senso di prevedere che il contratto di lavoro a termine può essere eccezionalmente prorogato una sola volta, per un periodo non superiore alla durata inizialmente stabilita, quando sia richiesto da esigenze contingenti ed imprevedibili, ribadendo, così, la volontà del legislatore di evitare il verificarsi di rapporti di lavoro "spezzettati" in tronconi di durata determinata, al solo scopo di evitare le onerose conseguenze derivanti dalla instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

¹²² Che così recita: *"Quando si tratti di due assunzioni successive a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato, dalla data di stipulazione del primo contratto"*. Per approfondimenti, M. ROCCELLA, *Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *Dir. prat. Lav.*, 1997, n.33; A. TAMPIERI, *La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine*, in *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione* (Commento alla legge 24 giugno 1997, n.196) a cura di L. Galantino. Giuffrè Editore, Milano 1997.

¹²³ Ad esempio, qualora alla scadenza del primo contratto il lavoratore venisse riassunto a termine, prima del decorso dei venti o trenta giorni previsti (che determinerebbe, già di per sé, la considerazione del secondo contratto a tempo indeterminato).

Questa sembra la lettura più confacente alla *ratio legis*, ovvero, rappresenta un'interpretazione della norma che ricollega la conversione in rapporto a tempo indeterminato ad ogni situazione nella quale possa rintracciarsi un intento elusivo della normativa che disciplina e limita il ricorso al lavoro a tempo determinato.

Doveva, quindi, convertirsi in rapporto a tempo indeterminato *ab initio* ogni sequenza di contratti a tempo determinato che potesse far supporre l'esistenza di un rapporto di lavoro continuativo, e, in un'ottica più ampia, ininterrotto, a prescindere dalla circostanza che sia stato rispettato o meno l'intervallo imposto dalla legge.

La minor rigidità introdotta nella disciplina sanzionatoria del contratto di lavoro a tempo determinato, con l'art. 12 della legge n. 196/1997, che ha modificato parzialmente l'art.2 della legge n. 230/1962, persegue l'intento di garantire una maggior duttilità nell'utilizzo della figura contrattuale in questione nel più ampio quadro degli obiettivi di flessibilità del mercato del lavoro.

Ma la novità senza dubbio più significativa del “pacchetto Treu” fu la regolazione dei contratti per la fornitura e lo svolgimento di prestazioni di lavoro temporaneo, ovvero l'introduzione del c.d. lavoro interinale¹²⁴, già da tempo diffuso negli Stati Uniti ed in molti Paesi europei.

Esso comporta una dissociazione del legame tra il datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione lavorativa, in quanto il contratto di fornitura di lavoro interinale prevede una società c.d. *fornitrice*, autorizzata da parte del Ministero del Lavoro, che mette uno o più lavoratori a disposizione di

¹²⁴ In Italia, la precedente disciplina contenuta nella l. 23 ottobre 1960 n.1369 vietava l'intermediazione, ovvero, l'interposizione di terzi nel rapporto tra il lavoratore e l'impresa. Difatti, la nostra disciplina codicistica prevedeva un divieto di interposizione nel cottimo che venne universalizzato dalla l. n. 1369/1960 con la generale interdizione ad “*affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono*”. Il divieto trovava la sua giustificazione più profonda nella considerazione che l'interposizione di prestazioni di lavoro rappresentava una prassi socialmente pericolosa perché basata sulla vendita della “*merce lavoro*” in violazione del principio di “non dissociazione” tra titolarità del rapporto ed utilizzo del lavoro secondo criteri di trasparenza ed effettività. O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2009, p. 5

un'impresa *utilizzatrice*, al fine di soddisfare le esigenze di carattere temporaneo di quest'ultima¹²⁵.

Tale contratto si basa, dunque, su un rapporto trilaterale che lega l'impresa fornitrice, il lavoratore da essa assunto e l'utilizzatore della prestazione lavorativa¹²⁶: il contratto di lavoro rappresenta il mezzo necessario attraverso il quale avviene la mediazione giuridica tra lavoro e retribuzione, sottraendo, conseguentemente, l'acquisizione dell'attività lavorativa agli ordinari meccanismi di scambio mercantile¹²⁷.

Inoltre, la legge in esame stabilisce che il contratto di fornitura deve essere solo a tempo determinato¹²⁸, mentre il lavoro interinale può essere a tempo determinato o indeterminato¹²⁹: in quest'ultimo caso al lavoratore spetterà un'indennità di disponibilità per i periodi di tempo in cui non presta la sua opera.

¹²⁵ Nella disciplina prevista dal Pacchetto Treu, il contratto per lo svolgimento di lavoro interinale è esplicitamente vietato per le qualifiche di basso contenuto professionale. Tale norma verrà poi abrogata dal decreto legislativo n. 276/2003, (vedi *infra*).

¹²⁶ Critico sulle ricadute sociali della c.d. triangolazione del rapporto di lavoro interinale è G. STANDING, *Precari. La nuova classe esplosiva*. Ed. Il Mulino, Bologna 2012, pag. 61. Egli afferma che, se un tempo il diritto del lavoro e la contrattazione collettiva si basavano esclusivamente sulle relazioni tra lavoratore ed imprenditore, con il lavoro interinale “*il padrone cui rendere conto non è più uno solo: sono diventati due*” e l'incerta attribuzione del potere di controllo e decisionale tra impresa fornitrice ed impresa utilizzatrice che ne deriva non fa che accrescere la precarietà e l'insicurezza del lavoratore. Interessante risulta la posizione di A. PERULLI, *Introduzione*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2004. L'autore parla di dissoluzione del mercato interno e l'incentivo al ricorso al mercato esterno comporta la de-materializzazione dell'impresa che diventa, così, un mero contenitore di prestazioni lavorative esterne.

¹²⁷ Cfr. B. CARUSO, *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*. Ed. CEDAM, I, Padova 2005, p. 501 ss. Interessante la posizione di M. G. GAROFALO, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*. Cacucci Editore, Bari 1999. L'autore afferma che “*La disponibilità di lavoro altrui per realizzare propri fini produttivi, una volta ottenuta attraverso la forma contrattuale della locatio operarum, oggi viene ottenuta anche mediante numerose altre forme contrattuali, che compensano la minore immediatezza giuridica del rapporto di potere-subordinazione con un costo minore*”, p. 465 ss.

¹²⁸ Come recita l'art. 1, comma 2 della l. n. 196/1997: il contratto di fornitura di lavoro temporaneo può essere concluso: a) nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi; b) nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; c) nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, fatte salve le ipotesi di cui al comma 4.3. Nei settori dell'agricoltura, privilegiando le attività rivolte allo sviluppo dell'agricoltura biologica, e dell'edilizia, i contratti di fornitura di lavoro temporaneo potranno essere introdotti in via sperimentale previa intesa tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale circa le aree e le modalità della sperimentazione.

¹²⁹ Preme sottolineare che, nella sua storia applicativa, il ricorso al rapporto di lavoro interinale a tempo indeterminato è stato pressoché nullo.

La natura peculiare del contratto di lavoro interinale¹³⁰ fu compensata dalla previsione di specifiche garanzie per il lavoratore c.d. *in affitto*: ovvero, l'introduzione dell'obbligo di tutela della salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro; il godimento per il lavoratore interinale degli stessi diritti sindacali attribuiti agli altri dipendenti; la parità di trattamento retributivo rispetto agli altri lavoratori di pari qualifica dell'impresa utilizzatrice.

La legge 24 giugno 1997 n. 196 costituisce, senza dubbio, il punto di approdo di un continuo processo di riforma, portato avanti dal Governo, dalle organizzazioni sindacali e dalle rappresentanze del mondo delle imprese. Il Protocollo del luglio '93, il Patto per il lavoro del '96, fino a giungere al noto Pacchetto Treu, sono legati da uno spesso filo di coerenza che mira a trasformare piuttosto radicalmente le regole del mercato italiano del lavoro, i suoi caratteri strutturali e, forse, le stesse finalità sociali ed istituzionali del contratto di lavoro in quel medesimo mercato che, seguendo i segni della riforma, tende a modellarsi alle sue fondamentali funzioni¹³¹.

Il legislatore, infatti, nel ridisegnare per alcuni tratti la disciplina del contratto di lavoro, tiene conto delle difficoltà che l'attuale sistema, a causa delle sue rigidità, incontra nel far fronte al dilagare del fenomeno della disoccupazione che accompagna le crisi, più o meno, cicliche dell'economia nonché dell'esigenza di creare nuova domanda di lavoro nelle fasi congiunturalmente più favorevoli.

¹³⁰ E' il caso di ricordare che l'identità tra creditore ed utilizzatore del lavoro rappresenta il fondamento dello statuto protettivo del lavoro nel nostro ordinamento, sia per la determinazione dei soggetti tutelati quanto dei soggetti gravati dei relativi obblighi. Ciò, come è chiaro, ha posto dubbi circa l'incompatibilità logica del rapporto interpositivo con il tipo legale del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. Cfr. A. RICCARDI, *La somministrazione: quale flessibilità?*, cit., p. 59 ss; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit.

¹³¹ M. ALOISE, *Il rapporto di lavoro a tempo determinato e la nuova disciplina sanzionatoria ai sensi dell'art.12, legge 24 giugno 1997, n.196*, 1998, disponibile all'indirizzo web <http://www.opinioiuris.it/>.

1.9 Gli anni Duemila: l'attuazione delle direttive europee su part-time e contratto a termine.

Alla fine degli anni Novanta si registra un'ulteriore spinta verso una maggiore flessibilizzazione del mercato del lavoro italiano attribuibile, senza dubbio, alle pressioni esterne che provenivano dall'Unione Europea. In particolare, durante il Consiglio europeo straordinario di Lussemburgo del 1997, vide la luce una nuova procedura di coordinamento delle politiche del Lavoro, la c.d. *Strategia europea per l'occupazione*, sancita dal titolo VIII del Trattato di Amsterdam¹³². Tale strategia si articola intorno a quattro obiettivi o "pilastri" fondamentali in

¹³² Le competenze comunitarie nell'ambito del diritto del lavoro, inizialmente fortemente limitate, sono state rese gradualmente più incisive dapprima con l'introduzione nel Trattato CEE dell'art. 118 A, poi con l'Atto Unico del 1987 ed in seguito, in maniera più rilevante, dalle innovazioni del Trattato di Maastricht del 1991 ed da quello di Amsterdam del 1997. Infine, con il Trattato di Lisbona del 2009 viene rafforzata la dimensione europea della politica sociale attraverso il riconoscimento nei trattati istitutivi dei valori sociali dell'Unione e la fissazione di nuovi obiettivi sociali, pur restando l'elaborazione e l'attuazione delle politiche sociali essenzialmente di competenza degli Stati membri. Inoltre, il Trattato di Lisbona modifica tre articoli dei Trattati istitutivi, al fine di chiarire e rafforzare gli obiettivi sociali dell'Unione europea: l'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea oggi include tra gli obiettivi dell'Unione la piena occupazione, il progresso sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e la protezione sociale; l'articolo 9 del Trattato sul Funzionamento dell'UE precisa che un elevato livello di occupazione, un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione sociale devono essere presi in considerazione nell'elaborazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione; l'articolo 152 del Trattato sul Funzionamento dell'UE sancisce il ruolo delle parti sociali nell'UE; inoltre, riconosce il contributo al dialogo sociale del vertice sociale tripartitico per la crescita e l'occupazione che riunisce i rappresentanti del Consiglio, della Commissione e le parti sociali. Il Trattato di Lisbona riconosce inoltre il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che ormai possiede un effetto giuridico vincolante e può essere invocata dinanzi a un giudice. Questo riconoscimento è un passo in avanti in materia sociale dal momento che la Carta garantisce diritti sociali per le persone che risiedono nel territorio dell'UE. Tuttavia, le politiche sociali sono più efficacemente applicate a livello degli Stati membri che a livello europeo: dal momento che, in conformità al principio di sussidiarietà, il ruolo dell'UE si limita in questo settore a sostenere e integrare l'azione degli Stati membri. Il trattato di Lisbona mantiene questo modello di ripartizione delle competenze e l'adozione di testi secondo la procedura legislativa ordinaria per la maggior parte delle misure in materia di politica sociale. Per alcune misure, invece, è mantenuto il voto all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo, e il Trattato di Lisbona riprende la specifica clausola "passerella" che è stata introdotta dal trattato di Nizza (articolo 153 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Il metodo di coordinamento aperto è stato istituzionalizzato riconoscendo che la Commissione può adottare iniziative per incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri nel settore sociale e agevolare il coordinamento delle loro azioni. Queste iniziative possono per esempio assumere la forma di studi o di pareri in vista di definire degli orientamenti e degli indicatori e di organizzare lo scambio di pratiche esemplari con l'organizzazione di una valutazione periodica (articolo 156 del Trattato sul Funzionamento dell'UE). Infine, un ruolo fondamentale nello sviluppo del diritto comunitario del lavoro è stato senza dubbio svolto dalla Corte di Giustizia la cui opera, non solo (squisitamente) interpretativa, ha contribuito alla creazione di un diritto comunitario uniforme anche in materia di lavoro.

base ai quali vengono definiti gli orientamenti europei a cui gli Stati devono attenersi nella programmazione dei propri interventi in materia occupazionale: essi sono occupabilità, imprenditorialità, adattabilità e pari opportunità.

Ed è intorno al terzo pilastro, l'adattabilità, intesa sia per le imprese che per i lavoratori, che si basa la necessità di promuovere misure di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro.

In questo contesto, si inseriscono le due importanti direttive comunitarie: la direttiva n. 81 del 15 dicembre 1997 sul lavoro a tempo parziale e la direttiva n. 70 del 28 giugno 1999 sul contratto a tempo determinato.

Alla prima, il legislatore italiano ha dato attuazione con il d.lgs. n. 61 del 2000 (successivamente modificato dal d.lgs. n.100 del 2001) che ha comportato una rottura con la tradizionale diffidenza italiana verso il ricorso al *part-time*, sebbene si erano già intraviste delle prime aperture nel citato d.lgs. n. 196/1997¹³³. Dalla nuova disciplina emergono non solo i tratti salienti del dettato comunitario, teso a tutelare il lavoratore a tempo parziale tramite il riconoscimento del principio generale di non discriminazione, a migliorare la qualità del lavoro *part-time*, nonché a salvaguardare la volontarietà del ricorso a tale fattispecie contrattuale, ma anche e soprattutto gli ampi spazi riservati dal legislatore nazionale alle parti sociali, oltre che all'autonomia decisionale del singolo lavoratore, in sede di gestione, specie amministrativa, del rapporto; il tutto nell'ottica di una sua più ampia divulgazione ed utilizzazione.

Sulla scorta della direttiva europea n. 97/81/CE¹³⁴, viene promossa e valorizzata l'aspirazione individuale a lavorare a tempo parziale, guardando alla riduzione dell'orario non necessariamente con la cautela che deve accompagnare lo spossamento del tempo di lavoro- come è avvenuto nella nostra tradizione interna- quanto piuttosto con il favore concesso alla volontà

¹³³ Il legislatore del 2000 sembra rafforzare una conclusione a cui la migliore dottrina era già pervenuta in vigenza dell'art. 5 della l. n. 863/1984, laddove afferma che il *part-time* non può essere considerato come un tipo contrattuale a sé stante, ma soltanto “*come un rapporto di lavoro con speciale distribuzione dell'orario di lavoro, inferiore a quello normale*” cit. M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine 10-12 maggio 1991, Giuffrè Editore, Milano 1991, pp. 54-55

¹³⁴ Per approfondimenti sulla disciplina comunitaria del *part-time*, si veda S.GIUBBONI, S. SCIARRA, *La regolamentazione del part-time in Europa – Introduzione*, in *DLRI*, 2000.

del lavoratore di riappropriarsi di tempi di non lavoro, al fine di soddisfare altre esigenze di vita (familiari, formative, ricreative, etc.)¹³⁵.

Pur in vigenza di un principio di *prevalenza* del lavoro a tempo indeterminato su quello a tempo determinato, sia in ambito nazionale¹³⁶ che comunitario¹³⁷ - seppur con controverse conseguenze applicative, come si vedrà in seguito - viene rimossa qualsiasi traccia di *favor* normativo nei confronti del *full-time* rispetto al tempo parziale, dal momento che è lo stesso art.1 del d.lgs. n. 66/2000 ad affermare che “*nel rapporto di lavoro subordinato l’assunzione può avvenire a tempo pieno o a tempo parziale*”, non intravedendosi nella riduzione del normale orario di lavoro, un’attenuazione e/o alterazione della subordinazione¹³⁸.

Difatti, la nozione legale di lavoro subordinato non fornisce un’indicazione in tal senso, ovvero, il legislatore non si spinge ad affermare che il rapporto di lavoro subordinato *deve* essere normalmente a tempo pieno. A tal proposito, non sono mancati i tentativi di rintracciare il carattere di prevalenza del tempo pieno su quello parziale nell’antica distinzione civilistica tra elementi accidentali ed elementi naturali del negozio giuridico, inserendo la clausola del tempo pieno nel novero dei *naturalia negotii*, ovvero tra “*quegli aspetti del contenuto che accedono ipso iure al contratto, con possibilità di deroga nei limiti in cui non viene intaccata la funzione del contratto*”, poiché la clausola in esame trova posto nel caso in cui le parti non dispongano nulla in tema di orario. Viceversa, la clausola del tempo parziale rappresenta un elemento

¹³⁵ Cfr. M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*. Jovene Editore, Napoli 2008.

¹³⁶ “*Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato*” come recita l’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall’art. 1, comma 39, l. n. 247/2007. Vedi *infra*.

¹³⁷ Cfr. Preambolo dell’accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato attuato dalla direttiva CE del 28 giugno 1999 n.70.

¹³⁸ Il legislatore del 2000 sembra far proprio la conclusione a cui era giunta la migliore dottrina in relazione all’interpretazione dell’art. 5 della l. n. 863/1984. In merito si ricorda M. D’ANTONA, *L’autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in *Atti del X Congresso nazionale di diritto del lavoro*, 10-12 maggio 1991. Giuffrè Editore, Milano 1994, il quale afferma che il *part-time* non può essere considerato come un tipo contrattuale a sé stante, ma soltanto “*come un rapporto di lavoro con speciale distribuzione dell’orario di lavoro, inferiore a quello normale*”, pp. 54-55.

accidentale perché prende vita qualora le parti la inseriscano nel regolamento negoziale¹³⁹.

Ma, tornando alle disposizioni del d.lgs. n. 61/2000, esse richiamano una triplice ripartizione dei possibili rapporti di lavoro *part-time* basata sull'articolazione della limitazione dell'orario di lavoro.

Il *part-time* può essere a) *orizzontale*, se la riduzione di orario è in relazione al normale orario giornaliero di lavoro; b) *verticale*, quando la prestazione di lavoro è distribuita in periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno; c) *misto*, risultante dalla combinazione delle due tipologie precedenti.

L'orario di lavoro nel *part-time* può essere prolungabile attraverso tre differenti strumenti: il lavoro supplementare; la clausola elastica; il lavoro straordinario.

Il ricorso al lavoro supplementare – precedentemente vietato salvo la sua regolamentazione nei contratti collettivi – demanda alla stessa contrattazione il potere di stabilire i criteri con cui consentire al lavoratore la definizione del suo rapporto supplementare, con l'intento di scoraggiare un uso costante dello stesso quale ostacolo all'assunzione di lavoratori a tempo pieno.

Esso è ammesso solo nel *part-time orizzontale*, sebbene nella prassi amministrativa e in alcuni contratti collettivi sia stato esteso anche alle altre due tipologie¹⁴⁰.

Nella versione originale del 2000, l'esigibilità del lavoro supplementare nel *part-time* necessitava del consenso individuale “*in ogni caso*” e senza ulteriori specificazioni, anche in presenza, dunque della disciplina collettiva in tal senso. Come si vedrà in seguito, il d.lgs. n. 276/2003 disporrà che l’*”effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare richiede il consenso del lavoratore interessato ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo”*, dando, così, rilevanza alla volontà individuale soltanto qualora l'autonomia collettiva non regoli la materia del lavoro supplementare.

¹³⁹Cfr. C.BEDUSCHI, *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, RDC, 1986, nel commento di R.VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, cit., pp.77-78.

¹⁴⁰Ad esempio, la Circolare del Ministero del Lavoro, n. 9 del 18 marzo 2004 non esclude “*che il lavoro supplementare possa ipotizzarsi anche nel lavoro a tempo parziale di tipo verticale o misto, tutte le volte che la prestazione pattuita [...] sia inferiore all'orario normale settimanale*”. Cfr. il CCNL Agricoltura ed attività affini del 20 dicembre 2007.

Un'interpretazione condivisa della normativa definitiva contenuta nel d.lgs. n. 61/2000 vede il lavoratore tenuto, quindi, ad esaudire la richiesta dell'impresa ogni qualvolta le parti sociali ammettano e disciplinino il lavoro supplementare, conferendo al contratto collettivo l'implicito mandato di manifestare il suo consenso individuale al prolungamento all'orario di lavoro¹⁴¹.

Questa impostazione legale sembra contraddire il principio comunitario della volontarietà individuale esposto dalla direttiva comunitaria n. 97/81, che estende la stessa non solo alla scelta di un rapporto di lavoro con un orario ridotto rispetto a quello normale, ma anche alla flessibilità interna a quel rapporto: l'obiezione nasce in relazione alla negazione dell'eventuale possibilità del lavoratore di rifiutare la richiesta di prestazioni aggiuntive senza doverne dare alcuna motivazione e senza subire alcuna conseguenza¹⁴².

Inoltre, l'assoggettamento del lavoratore al potere unilaterale dell'imprenditore di esigere l'effettuazione di prestazioni supplementari toglie al primo la possibilità di assumere altri impegni lavorativi e di raggiungere la sufficienza reddituale, come estensione del principio costituzionale della sufficienza retributiva.

In merito a tale questione, il legislatore non sancisce alcun diritto alla maggiorazione neppure nel caso di lavoro supplementare *effettivamente* prestato, limitandosi a riconoscere l'eventualità che i contratti collettivi la prevedano (art. 3, comma 4, l. n. 61/2000).

La contrattazione collettiva, dal canto suo, ha esercitato sì tale sua facoltà regolativa ma l'ha circoscritta alla determinazione delle ore di lavoro supplementari *effettivamente* prestate, tacendo sulla condizione di disponibilità ad un prolungamento del proprio orario richiesta al lavoratore. La mancanza di questa previsione sembra incidere negativamente sulla

¹⁴¹ Per motivi di sintesi, non si può in questa sede approfondire l'eventualità in cui il lavoratore non sia iscritto ai sindacati stipulanti. Si rimanda all'annosa questione circa la tutela del dissenso individuale nei confronti delle statuizioni operate dalle parti sociali.

¹⁴² La nuova disciplina circa la sanzione erogabile nel caso di rifiuto del lavoratore prevede l'illegittimità del solo licenziamento, non anche di una sanzione disciplinare di tipo conservativo, potendosi quindi, nel caso di un rifiuto reiterato del lavoratore, far scattare la fattispecie della recidiva, e dunque, arrivare persino ad un licenziamento. Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro, n. 9, del 18 marzo 2004.

Per dovere di completezza, l'originaria disciplina contenuta nella l. n. 66/2000 escludeva, in caso di rifiuto del lavoratore, non solo il licenziamento per giustificato motivo, ma qualsivoglia "*infrazione disciplinare*".

programmabilità del proprio tempo di non lavoro e ciò profila un contrasto con il diritto comune delle obbligazioni.

Si ricorda, infatti, che il contratto di lavoro a tempo parziale deve necessariamente contenere la clausola che stabilisce l'indicazione della durata della prestazione, che determina quantitativamente l'obbligazione lavorativa e che rende riconoscibile tale fattispecie; da ciò consegue, che il prolungamento dell'orario attraverso il ricorso al lavoro supplementare necessita del consenso di entrambe le parti.

Ed anche le modalità di manifestazione del consenso del lavoratore meritano una riflessione.

Non è chiaro infatti se questo debba essere acquisito per così dire “*a blocchi*”, ovvero preventivamente, all'inizio del turno, della settimana, del mese, come sembra evincersi dalla Circolare ministeriale del marzo 2004, o ad ogni richiesta di prestazione aggiuntiva.

Il dato letterale sembra propendere per questa seconda ipotesi, nonostante il Ministero del Lavoro abbia tentato di assimilare il lavoro supplementare alle clausole elastiche, ossia al patto con cui il lavoratore accetta permanentemente, o per almeno un certo arco di tempo, di essere esposto al potere datoriale di esigere la prestazione aggiuntiva.

Per ciò che riguarda il contingentamento del ricorso al lavoro supplementare, anche in seguito alle modifiche operate dal d.lgs. n. 276/2003, spetta al contratto collettivo la fissazione di un numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabili, senza ulteriori specificazioni¹⁴³.

Infine, sempre con la nuova disciplina, viene soppressa la norma che affidava all'autonomia collettiva la previsione di un diritto del lavoratore al consolidamento nel proprio orario di lavoro, in tutto o in parte, del lavoro supplementare prestato in via non meramente occasionale¹⁴⁴.

Ciò sancisce il carattere sempre reversibile del prolungamento, anche sistematico, dell'orario di lavoro e autorizza l'impresa, dopo aver fissato un orario iniziale contenuto al minimo indispensabile, ad esigere prestazioni aggiuntive, seppur nei limiti sopra citati.

¹⁴³ Nella disciplina originaria, tale soglia doveva essere fissata in relazione alla “singola giornata lavorativa”.

¹⁴⁴ Art. 3, comma 6, d.lgs. n. 61/2000.

Il secondo degli strumenti con cui è possibile prolungare l'orario è contenuto nelle c.d. *clausole elastiche*, che possono essere apposte all'atto dell'assunzione ovvero in circostanza di rapporto, nell'ambito del *part-time* verticale o misto (art. 3, comma 7, della d.lgs. n. 61/2000).

Esse richiedono il consenso del lavoratore che deve essere esplicitato da un patto scritto che può essere successivamente revocato da parte dello stesso in virtù di un diritto al ripensamento¹⁴⁵ per sopravvenute esigenze personali, familiari o per altre ragioni individuate dalla contrattazione collettiva¹⁴⁶.

Il d.lgs. n. 61/2000 non contempla un patto di elasticità in aumento, essendo possibile solo concordare la variazione della collocazione della durata¹⁴⁷.

Infine, terzo ed ultimo strumento per consentire il prolungamento della durata è il ricorso al lavoro c.d. *straordinario* consentito nel *part-time verticale* o *misto* a cui si applica la disciplina legale e contrattuale vigente in materia di lavoro straordinario (art. 3, comma 5, d.lgs. n. 61/2000).

Il consenso individuale è necessario solo “*in difetto di disciplina collettiva applicabile*”, ma, in ogni caso, tale ricorso deve essere contenuto entro il tetto legale delle duecentocinquanta ore annuali¹⁴⁸. Si ripropongono anche in questo caso i dubbi di compatibilità con la normativa comunitaria e costituzionale già sollevati in relazione al lavoro supplementare e riferiti all'elisione del principio della volontarietà del lavoro straordinario attraverso la contrattazione collettiva.

Conformemente alla direttiva comunitaria, il decreto introduce il principio di non discriminazione del lavoratore a tempo parziale rispetto alle condizioni di cui gode già il lavoratore a tempo pieno con lo stesso inquadramento, secondo il criterio del proporzionamento alle ore effettivamente svolte.

¹⁴⁵ Tale diritto al ripensamento è stato abolito nell'attuale disciplina compensando tale perdita con il riconoscimento della facoltà per il lavoratore di chiedere l'assistenza di un componente delle r.s.a. al momento della stipula del patto.

V. *infra*.

¹⁴⁶ La presenza di contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, prevista dal d.lgs.n. 61/2000 quale requisito legale di accesso, è stata poi confermata dalla l. n. 247/2007 di cui si parlerà in seguito.

¹⁴⁸ Come stabilito dall'art. 5, comma 3, d.lgs dell' 8 aprile 2003, n. 66.

Il *part-time*, dunque, pone l'esigenza di una riflessione dal momento che, se da una parte permette almeno astrattamente di intercettare coloro che sono disponibili a lavorare esclusivamente ad orario ridotto e che quindi non accetterebbero un impiego a tempo pieno, dall'altra, se il *part-timer* si espone al rischio di dover lavorare oltre o al di fuori dell'orario concordato, appare – sociologicamente – un *full-timer* mancato a cui è preclusa la possibilità di disporre al meglio del proprio tempo di non lavoro, dovendogli anteporre il suo bisogno di lavorare¹⁴⁹.

Si è di fronte ad un modello totalmente sbilanciato a favore del datore di lavoro che può imporre clausole elastiche e flessibili al lavoratore il cui lavoro appare, però, il più rigido che c'è.

Per quanto riguarda, invece, la direttiva CE n. 70 del 28 giugno 1999 sul contratto a termine – che a sua volta attuava l'accordo-quadro concluso il 18 marzo 1999 tra CES, CEEP ed UNICE- ad essa il legislatore italiano ha dato piena attuazione con il d.lgs. n. 368 del 6 settembre 2001¹⁵⁰.

Prima di passare all'analisi della normativa italiana, conviene soffermarsi brevemente sul contenuto della direttiva, la cui trasposizione in ambito nazionale, a differenza della direttiva sul *part-time* che aveva consentito all'Italia di dotarsi finalmente di una moderna disciplina rivolta a favorire il ricorso al lavoro a tempo parziale su base volontaria, rompendo con la precedente rigida normativa, ha incontrato non pochi problemi sia dal punto di vista interpretativo - in dottrina e in giurisprudenza - sia dal punto di vista delle relazioni industriali¹⁵¹.

Fermo restando l'ambito di applicazione ricoperto dall'accordo che *“comprende l'insieme delle norme che regolano il contratto o il rapporto di lavoro a tempo determinato, sia concernenti il primo ed unico contratto che la*

¹⁴⁹ R.VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, cit, p.79.

¹⁵⁰ Disponibile all'indirizzo web <http://www.europarl.europa.eu/>. Si ricorda, che il CES è la Confederazione europea dei Sindacati; UNICE, la “Confindustria” europea; CEEP, l'associazione europea delle imprese partecipate dal pubblico e di interesse economico generale.

¹⁵¹ La legge n. 863 del 1984 vietava, ad esempio, la prestazione da parte dei lavoratori a tempo parziale di lavoro supplementare rispetto a quello concordato originariamente dalle parti.

*successione di contratti con esclusioni di carattere generale*¹⁵², il punto di partenza nella ricostruzione delle intricate vicende deve essere rintracciato nella struttura dell'accordo-quadro europeo che la direttiva recepisce, contraddistinto, come denunciato da molti, da scarsa chiarezza¹⁵³.

Nella sua parte più direttamente precettiva la normativa stabilita dalle parti sociali a livello europeo¹⁵⁴, si limita a richiedere l'introduzione di una o più misure idonee a individuare le regioni obiettive che giustificano la rinnovazione del contratto a termine, la durata massima dei contratti successivi ed il numero di rinnovi possibili, ma solo *"in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi"*.

Viene lasciato, dunque, agli Stati membri il compito di stabilire i limiti alla possibilità di stipulare un contratto a tempo determinato, così come le condizioni per considerare i rapporti di lavoro "successivi", e, soprattutto, in caso di violazione delle norme sulla prevenzione degli abusi, il regime sanzionatorio applicabile (cfr. clausola 5, par. 2, vedi *infra*).

L'impressione, era, dunque, che le disposizioni contenute nell'accordo-quadro avessero un *"carattere puramente dichiarativo"*¹⁵⁵ e che nulla aggiungevano alla normativa italiana – ed in generale degli altri Paesi comunitari - già

¹⁵² Sono esclusi dall'ambito di applicazione dell'accordo: i contratti di formazione, di apprendistato, di inserimento, di riqualificazione (clausola 2, par. 2). Cfr. Corte di Giustizia 23 aprile 2009, causa C- 378-80/07, *Angelidaki*, n. 116. La dottrina appare a favore di un'interpretazione estensiva del concetto di *"ambito coperto dall'accordo"* facendo riferimento all'intera disciplina del lavoro a termine e non solo gli aspetti della disciplina del lavoro a termine specificatamente espressi e toccati dall'intesa sindacale. Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*. Giappichelli Editore, Torino 2008, p. 86; A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro, Il rapporto di Lavoro*, cit., p. 631; R. ROMEI, *Questioni sul lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, p. 324.

¹⁵³ Fra gli altri, cfr. A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di). *Il Lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, Torino 2003; M. BIAGI, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, in *GL*, 1999.

¹⁵⁴ Ai sensi dell'art. 139, par. 2, del Trattato CE le parti sociali possono richiedere congiuntamente che gli accordi a livello comunitario siano attuati da una decisione del Consiglio su proposta della Commissione. La disciplina di questa particolare sistema di produzione normativa è contenuta negli artt. 3 e 4 del Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht ed in seguito trasfuso negli artt. 138 e 139 del Trattato di Amsterdam. Cfr. V. FERRANTE, *Nuovo sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, disponibile all'indirizzo web <http://www.unicz.it/lavoro>.

¹⁵⁵ Come evidenziato anche dal Parlamento europeo nel considerando di cui alla lettera n) del Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES del 12 marzo 1999, del 30 aprile 1999, *"dato che in tutti gli stati membri sono già in vigore regolamentazioni in tal senso"*.

comprensiva di ben più penetranti limitazioni volte a scongiurare, in sede di stipulazione del primo contratto, le molteplici possibilità di abuso nella stipulazione e/o nella rinnovazione dei contratti a tempo determinato. Ed anche l'altro obiettivo declamato dall'accordo-quadro, relativo al principio di non discriminazione tra lavoratori assunti a termine e lavoratori a tempo indeterminato – limitato, tra l'altro, alle sole condizioni di impiego e non anche ai regimi di sicurezza sociale - trovava perfetta aderenza con la ben più puntuale previsione contenuta nell'art. 5 della l. n. 230/1962¹⁵⁶.

I contenuti dell'accordo-quadro sono stati confermati dalla direttiva n. 99/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999¹⁵⁷ sul contratto a termine, cui è

¹⁵⁶ Che così recitava: “*Al prestatore di lavoro, con contratto a tempo determinato, spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori regolamentati con contratti a tempo indeterminato, in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine*”.

¹⁵⁷ Cfr. Corte Costituzionale 7 febbraio 2000, n. 41, *FI*, 2000, I, in cui la Corte ha chiarito che la l. n. 230/1962 conteneva già i requisiti minimi posti dalla direttiva 99/70 e che l'obbligo di conformazione, per espressa previsione della direttiva, sussistesse solo per quegli Stati membri che non disponevano già di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi.

In quella sede aveva dichiarato inammissibile la richiesta del Partito Radicale di *referendum* popolare per l'abrogazione della l. 1962, n. 230 e successive modificazioni, e dell'art. 23 della l. 1987, n. 56 come sostituito, quanto al secondo comma, dall'art. 9-bis del d.l. 1993, n. 148, convertito dalla l. 1993, n. 236, dichiarata legittima dall'Ufficio centrale per il *referendum* costituito presso la Corte di Cassazione, con ordinanza 7-13 dicembre 1999. La Corte Costituzionale ha ritenuto non ammissibile un *referendum* mirante all'abrogazione di una normativa interna, avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano il soddisfacimento di un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione Europea, sia perché dall'abrogazione di tali norme sarebbe derivata l'esposizione dello Stato Italiano a responsabilità nei confronti delle parti contraenti, a causa della violazione degli impegni assunti in sede internazionale, sia perché la Costituzione ha voluto riservare tale responsabilità alla valutazione politica del Parlamento.

Sul piano generale, infatti, il quesito referendario si poneva in contrasto con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 28 giugno 1999, concernente proprio il rapporto di lavoro a tempo determinato, in recepimento dell'accordo-quadro stipulato al riguardo dalle parti sociali. Detta direttiva prevedeva un termine (10 luglio 2001) per l'adeguamento di ciascun ordinamento nazionale alle sue prescrizioni, affinché gli Stati membri introducessero nei propri ordinamenti misure idonee a prevenire abusi in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, solo “*in assenza di norme equivalenti*”, mentre, negli Stati in cui già esistevano tali norme, essendosi determinata una situazione di anticipata conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, si sarebbero soltanto potute modificare e non rimuovere del tutto, in pendenza del termine di recepimento, le garanzie esistenti, nel rispetto delle scelte di fondo della normativa comunitaria, per non violare gli obblighi nascenti dalla direttiva.

Com'è noto, l'obbligo di conformazione ad una direttiva sorge, a carico dello Stato, fin dal momento dell'entrata in vigore della stessa (ai sensi dell'art. 254 del Trattato CE, già art. 191) e quindi, anche durante la pendenza del termine, la sopravveniente normazione interna dello Stato non può estrinsecarsi in contenuti confliggenti con i principi della direttiva. Al menzionato vincolo era in modo particolare assoggettato il *referendum* abrogativo, che non può, in quanto atto-fonte di diritto interno, condurre ad un risultato tale da esporre lo Stato Italiano a responsabilità per violazione di impegni assunti in sede comunitaria. Tale situazione invece si sarebbe verificata proprio con l'abrogazione secca della legge n. 230 del 1962, nella parte in cui prevede una serie di misure puntualmente dirette ad evitare l'utilizzo della

stata conferita un'impostazione volutamente minimalista e sintetica¹⁵⁸, dettata dalla necessità di consentire l'attuazione di principi in essa contenuti all'interno di ordinamenti con sistemi e politiche di *welfare* completamente diversi tra loro.

Ed è così, infatti, che la direttiva sul contratto a termine ha potuto trovare accoglimento sia in Paesi come la Spagna, la Francia e l'Italia, già dotati di una, più o meno articolata, regolamentazione dell'istituto, sia in Paesi come il Regno Unito ed Irlanda, fino ad allora sprovvisti di una specifica disciplina della materia¹⁵⁹.

Inoltre, con riferimento alle affermazioni di principio contenute nella disciplina comunitaria in merito alla preferenza dei rapporti a tempo indeterminato rispetto a quelli a tempo determinato, occorre precisare che queste sono contenute non nella parte direttamente precettiva dell'accordo-quadro allegato alla direttiva, ma più semplicemente nel suo preambolo politico¹⁶⁰.

Alle stesse è, dunque, da attribuire un valore squisitamente *ideologico - consolatorio*, che prende atto della fine della sacralità dogmatica del lavoro stabile, laddove il carattere meramente eccezionale del lavoro temporaneo è

fattispecie contrattuale del lavoro a tempo determinato per finalità elusive degli obblighi nascenti da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, abrogazione che avrebbe lasciato fermo soltanto il principio della generale ed indiscriminata liceità dell'apposizione del termine. L'eventuale abrogazione referendaria delle norme in questione avrebbe comportato, dunque, non una mera modifica della tutela richiesta dalla direttiva, ma una radicale carenza di garanzie in frontale contrasto con la lettera e lo spirito della direttiva medesima, che non sarebbe stata più rispettata neppure nel suo contenuto minimo essenziale, il che è stato, a ragione, reputato inammissibile dalla Consulta.

¹⁵⁹ Nel *Progetto di relazione del Parlamento europeo sull'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal CEEP e dalla CES del 12 marzo 1999*, del 30 aprile 1999, il Parlamento nota che l'accordo concluso tra le parti sociali si limita esclusivamente al lavoro a tempo determinato e non disciplina contestualmente anche le altre tipologie contrattuali riconducibili alla nozione di lavoro atipico/ temporaneo (punto 7). Tale scelta di regolare su tavoli separati le diverse modalità di esplicazione della flessibilità ha precluso alle parti sociali - UNICE, CES e CEEP - non solo la possibilità di una concertazione di ampio respiro e maggiori margini di mediazione, ma anche una regolamentazione di insieme delle diverse tipologie contrattuali che avrebbe giovato alle esigenze di modernizzazione del mercato del lavoro.

¹⁶⁰ Su questo punto cfr. U.CARABELLI, *Intervento*, in CESRI, *Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, Roma 22 ottobre 2001, disponibile all'indirizzo web <http://www.unicz.it/lavoro>, che precisa come "il principio del contratto a tempo indeterminato come regola non è affatto sancito esplicitamente dalla direttiva". E sul

oggi sostenibile solo sul piano del *dover essere* giuridico, senza un reale riscontro fattuale¹⁶¹.

Nonostante quanto premesso, al di là di ogni ragionevole previsione, l'impatto sul nostro ordinamento della normativa comunitaria sul lavoro a termine fu senz'altro dirompente, come si anticipava, sia dal punto di vista delle relazioni industriali che dal punto di vista del diritto positivo.

Per ciò che attiene al primo profilo, si ricorda che l'approvazione del d.lgs. n. 368/2001 fu preceduto dalla rottura del fronte sindacale che vedeva schierati CISL e UIL da una parte e CGIL dall'altra, che rifiutò di sottoscrivere l'avviso comune sulla trasposizione della direttiva europea sul lavoro a tempo determinato. In particolare, l'esito negativo del dialogo fra le tre principali confederazioni sindacali fu essenzialmente dovuto alla posizione di chiusura assunta dalle organizzazioni di categoria della CIGL- *in primis*, i metalmeccanici – che si opposero alla sottoscrizione di un testo normativo che avrebbe comportato la perdita della prerogativa di definire nei singoli contratti di lavoro le causali di ammissibilità ai rapporti a tempo determinato¹⁶².

Per far fronte a tali tensioni, il governo uscente di centrosinistra decise di non procedere alla trasposizione della direttiva, rinviando il problema al governo successivo: il decreto legislativo n. 368 del 2001 fu infatti uno dei primi atti approvati dal secondo Governo Berlusconi.

Il clima delle relazioni industriali, dunque, dopo la lunga concertazione italiana che aveva segnato gran parte degli anni Novanta, appariva profondamente mutato: la maggioranza di centrodestra aveva fin da subito mostrato l'intenzione di procedere allo smantellamento dell'impianto garantista del diritto del lavoro italiano, anche a costo di un feroce scontro con i sindacati.

Per ciò che riguarda il piano del diritto positivo, all'indomani dell'approvazione della direttiva comunitaria sul lavoro a termine, in Italia si accesero vivaci discussioni in ordine alla necessità di dare attuazione ai

¹⁶¹ M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, disponibile all'indirizzo web www.fmb.unimore.it.

¹⁶² Cfr. A. ACCORNERO, *La disunione sindacale*, Ed. Il Mulino, Bologna 2003.

principi in essa contenuti, in realtà già largamente presenti nella sostanza nel nostro ordinamento, attraverso un nuovo complesso normativo.

Difatti, il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 ha abrogato, *ri-regolandola*, tutta la normativa previgente e contiene una riforma complessiva della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato¹⁶³, in base alla legge delega contenuta nell'art.1, comma 1, della legge 29 dicembre 2000, n. 422 (legge comunitaria per il 2001).

E proprio in ragione della decisione del governo, di pervenire ad una regolamentazione integralmente nuova, e non limitarsi a dare *formale* attuazione alla disciplina comunitaria, che sono sorti dubbi in merito alla sua legittimità costituzionale, laddove l'intervento governativo risultava violare la delega conferitagli ed essere in mancanza di idonei criteri direttivi. Difatti, una volta accertata la sostanziale, seppur non piena¹⁶⁴, conformità della l. n. 230/1962 e successive modifiche e integrazioni, alla direttiva 99/70/CE, sembrò discutibile l'utilizzo *strumentale* del diritto comunitario in relazione al profilo della presunta violazione della *clausola di non regresso* di cui all'art. 8, paragrafo 3, dell'accordo – quadro del 18 marzo del 1999, che mirava ad impedire che gli ordinamenti nazionali dotati, come il nostro, di norme di tutela più rigide di quelle comunitarie, traessero spunto da quest'ultimo per deregolamentare l'istituto¹⁶⁵.

¹⁶³ Sebbene sia poi stata oggetto di successivi interventi da parte del legislatore con la l. n. 247/2007 e l. n. 133/2008.

¹⁶⁴ Cfr. Corte Cost. n. 41/2000, cit. Inoltre, L.MENGHINI, *Lavoro a termine*, referendum, direttiva 1999/70/CE, *Patto di Milano*, in *RGL*, 1999, pp. 602-603, che evidenzia come il nostro ordinamento non fosse già pienamente conforme a quello comunitario per ciò che atteneva, per esempio, agli obblighi di informazione circa i posti di lavoro vacanti in azienda.

¹⁶⁵ La clausola 8, paragrafo 3, dell'accordo quadro prevede infatti che: "l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso". Sul tema, cfr. L.GALANTINO, *Diritto comunitario del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2001, p.224.

Nel diritto del lavoro europeo la clausola di non regresso rappresenta, inoltre, il rafforzamento delle norme di *favor* per i lavoratori sia di fonte sovranazionale che contenute nelle clausole proprie del diritto internazionale del lavoro che si ritrovano anche nel diritto sociale europeo, le quali sanciscono che la ratifica delle convenzioni emanate da un'organizzazione internazionale di cui lo Stato è membro non giustifica il superamento delle disposizioni interne che prevedono condizioni più favorevoli per i lavoratori rispetto a quelle previste dalle convenzioni stesse o dalle norme internazionali. In questo senso, cfr. art. 19, paragrafo 8, dello Statuto dell'OIL e art. 32 della Carta sociale europea del 18 ottobre 1961 che specifica che le disposizioni in essa contenute non devono ledere le norme di diritto interno, dei trattati, delle convenzioni e degli accordi bilaterali o multilaterali che sono in vigore o che saranno emanate, più favorevoli alle persone protette. Nella stessa direzione, l'art. 154, paragrafo 4, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea che sancisce che le disposizioni adottate in base all'articolo stesso non

Il legislatore italiano, infatti, al fine di adattare il quadro normativo alle trasformazioni del mercato del lavoro verso una maggiore flessibilità, sembra procedere ad un definitivo superamento della precedente disciplina legislativa della l. n. 230 del 1962 che prevedeva, in maniera rigida e tassativa, i casi di legittima apposizione del termine ponendo, invece, alla base dell'instaurazione dei rapporti a termine, non più un'elencazione tassativa, bensì una clausola *generale*, il c.d. "*causalone*", che consente l'utilizzo dello strumento in oggetto in presenza di specifiche ragioni oggettive "*di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*". In tale impostazione è stato intravisto un arretramento in termini di tutela del lavoratore temporaneo¹⁶⁶.

Ma è, anche, il caso di sottolineare che i sostenitori della violazione della clausola di non regresso sembrano procedere ad un mero raffronto con la l. n. 230/1962, dimenticando come la legislazione più recente avesse già riconosciuto al lavoro a termine un'alternativa al lavoro a tempo indeterminato, utilizzabile non solo come strumento ordinario di integrazione dell'organizzazione aziendale ma anche come alternativa a contratti di mera collaborazione (coordinata e continuativa o occasionale), se non addirittura come alternativa alla disoccupazione e al lavoro nero¹⁶⁷.

Pertanto, l'eventuale violazione della clausola di non regresso va unicamente riferita alle disposizioni in tema di parità di trattamento e in tema di proroga e rinnovazione del contratto, non rientrando le ipotesi di apposizione del termine al contratto di lavoro nell'ambito dell'accordo.

In tal senso, la clausola 2, paragrafo 1, precisa che l'accordo-quadro si applica "*ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla*

ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure compatibili con il trattato che prevedono una maggiore protezione.

Tale impostazione tiene conto del fatto che gli Stati membri di un'organizzazione internazionale presentano, di solito, situazioni giuridiche, economiche, sociali e culturali molto diverse, per cui la regolazione di una determinata materia lavoristica deve contenere prescrizioni minime con salvaguardia dei più elevati livelli di protezione dei lavoratori esistenti negli Stati socialmente più avanzati. Cfr. L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, cit., p. 261.

¹⁶⁶ In questo senso, L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola: problematiche attuali*, in *Dir., Merc., Lav.*, 2001, p. 633 ss.

¹⁶⁷ In tal senso M. D'ANTONA, *Il lavoro a termine*, in M. D'Antona, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, L. Ventura, *Il diritto del lavoro negli anni 80*. Ed. Esi, Napoli 1988.

prassi in vigore in ciascuno Stato membro”, non certo alla platea indistinta di soggetti potenzialmente interessati ad un’assunzione a termine¹⁶⁸.

Riassumendo, il livello generale di tutela dei lavoratori a termine di cui parla la clausola 8, paragrafo 3, dell’accordo – quadro non può che riguardare le condizioni di lavoro, ovvero i soli profili attinenti la parità di trattamento e la tutela contro abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, laddove la maggiore o minore possibilità di essere assunti con contratto a termine non rappresenta di per sé una discriminazione. *Ergo*, fin quando il lavoratore non sarà assunto a tempo determinato, non potrà essere considerato “lavoratore a termine” e rientrare, quindi, nell’ambito coperto dall’accordo.

In relazione alla questione della violazione della direttiva comunitaria in merito al principio che vede nel lavoro a termine l’eccezione alla regola rappresentata, appunto, dal lavoro a tempo indeterminato¹⁶⁹, si ricorda, come già detto in precedenza, che tale principio non solo è collocato nella parte più direttamente precettiva dell’accordo, ma non si rinviene alcuna disposizione volta a darne specifica attuazione¹⁷⁰.

Inoltre, sia dalla lettera che dalla *ratio* della direttiva, non si rintraccia alcun limite né di tipo oggettivo, né di tipo soggettivo alla stipulazione del primo contratto a termine. L’accordo si limita a definire il lavoratore a tempo determinato come “*una persona con un contratto o un rapporto di lavoro il cui termine è determinato da ragioni oggettive*”.

Il legislatore comunitario, recependo la volontà delle parti sociali, ha inteso con l’espressione “*ragioni oggettive*” tutte quelle giustificazioni che non siano di comodo, pretestuose ed arbitrariamente individuate dal datore di lavoro – compresi eventuali motivi connessi a situazioni soggettive del lavoratore¹⁷¹.

¹⁶⁸ M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, cit., paragrafo n. 5, p. 18 ss.

¹⁶⁹ Cfr. M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, 2001, disponibile all’indirizzo web www.cgil.it/giuridico

¹⁷¹ Cfr. A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di). *Il Lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit.

Il carattere oggettivo deve, dunque, risultare da elementi quali: il termine finale del contratto desumibile chiaramente dal raggiungimento di una certa data, dal completamento di un compito o dal verificarsi di un evento specifico (clausola 3, accordo-quadro allegato alla direttiva n. 99/70/CE).

Ed anche nell'adattamento da parte del legislatore italiano, l'elencazione analitica delle causali è, dunque, sostituita da una norma aperta, costituita da una fattispecie e da un comando che non descrive un singolo caso o gruppo di casi, ma una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva¹⁷².

Nel dettaglio, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 prescrive la forma scritta sia per il termine che per le ragioni di cui al comma 1, che devono essere specificate, con nullità della clausola appositiva del termine, nel caso di eventuali violazioni di una delle due prescrizioni. E si è precisato in giurisprudenza come il datore di lavoro non possa limitarsi ad un mero rinvio alla legge¹⁷³ o alla contrattazione collettiva¹⁷⁴; né tantomeno possa definirle in modo generico, con clausole di stile o *stereotipate* che possano vanificare la funzione di tutela del lavoratore¹⁷⁵.

Il datore di lavoro è chiamato a descrivere, seppur sinteticamente, la realtà particolare dell'impresa e le relative peculiari necessità che lo hanno spinto ad assumere con contratto a tempo determinato.

Eppure le posizioni in giurisprudenza sono apparse spesso differenti¹⁷⁶: accanto a decisioni che richiedono la prova molto rigorosa di una vera e propria

¹⁷² L.MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986.

¹⁷³ Trib. Ravenna 7 ottobre 2003, *LG*, 2004, 1283; Trib. Milano 14 ottobre 2004, *D&L*, 2004, 904; Trib. Milano, 25 novembre 2004, *D&L*, 2005, 152; Trib. Pavia 12 aprile 2005, *ADL*, 2006, 260; Trib. Roma 2 aprile 2007, n. 6445, *LPO*, 2007, 1353; App. Firenze 30 maggio 2005, *RIDL*, 2006, II, 122 ss; App. Genova 12 settembre 2005, *GL*, 2006, 8, 41.

¹⁷⁴ Trib. Roma 3 febbraio 2005, *DL*, 2006, 706.

¹⁷⁵ G. LEONE, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in M. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*, cit., p. 49. T. VETTOR, *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post d.lgs. 368/2001 e successive modifiche*, in *ADL*. Ed. CEDAM, Padova 2008.

¹⁷⁶ S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, *DLRI*, 2007, pp. 466-467, citato da G. LEONE, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., p. 50.

necessità imprenditoriale di apporre il termine al contratto di lavoro¹⁷⁷; altre si limitano ad accertare l'esistenza del collegamento causale fra la ragione specificata nel contratto e l'assunzione a tempo determinato, in termini di mera ragionevolezza, ovvero, ad escludere la sussistenza di finalità elusive rispetto alla conclusione di un contratto a tempo indeterminato. Ne deriva che la casistica esplicativa delle ragioni indicate nel comma 1 dell'art.1 del d.lgs. n. 368/2001 è affidata *in primis* all'autonoma determinazione del datore di lavoro nei limiti sopra indicati, sulla quale la giurisprudenza è chiamata a effettuarne il controllo attenendosi al nesso causale dell'apposizione del termine colto nella dimensione della razionalità tecnico-produttiva dell'assunzione a tempo determinato¹⁷⁸.

Non sono mancate in dottrina posizioni discordanti su cosa debba intendersi per *ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitutive*.

Da una parte, si è sostenuto che le ragioni *tecniche* dovessero includere la necessità di disporre di specifiche professionalità per un tempo limitato; che quelle *produttive* ed *organizzative* dovessero riferirsi all'adeguamento dell'organico in presenza di esigenze che richiedano una tempestiva soddisfazione e quelle *sostitutive*, infine, alla volontà di preservare il livello dimensionale ottimale al fine di mantenere inalterata l'organizzazione produttiva.

Dall'altra, molti hanno sostenuto che per ragioni *tecniche* dovessero considerarsi quelle legate all'introduzione di innovazioni tecnologiche che richiedono l'implementazione di strumenti e macchinari alternativi, mentre quelle *produttive* fanno riferimento a fasi di incremento della produzione di beni e servizi. Per ragioni *organizzative* si devono intendere tutte le circostanze che richiedono la riorganizzazione dei processi produttivi e l'utilizzazione e redistribuzione del personale. Quelle *sostitutive*, infine, non necessariamente vincolate a vicende anomale ed eccezionali del rapporto di lavoro.

La prima posizione, ad avviso di chi scrive preferibile, a differenza della seconda che si riferisce a situazioni aziendali che possono essere stabili,

¹⁷⁷ Trib. Roma 21 febbraio 2005, *RGL*, 2005, II, 706.

¹⁷⁸ S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, p.465.

afferma il carattere temporaneo delle esigenze¹⁷⁹ ed è proprio sul carattere della temporaneità che conviene soffermarsi dal momento che il legislatore resta in silenzio su questo punto.

Sebbene non manchino posizioni contrarie¹⁸⁰, l'orientamento maggioritario sembra concorde nell'attribuire carattere *ontologicamente* temporaneo alle ragioni addotte dal datore di lavoro¹⁸¹ e ciò a testimonianza della sottintesa infungibilità tra il contratto a tempo indeterminato, che risponde ad esigenze di stabilità dell'occupazione, e il contratto a tempo determinato, in cui le esigenze che giustificano la deroga-termine nel contratto devono essere ricondotte necessariamente alla temporaneità.

Ed anche in relazione al prolungamento del rapporto di lavoro, si ritiene che questo debba essere giustificato dalle stesse motivazioni economiche ed organizzative legittimanti l'originaria apposizione del termine che, per eventi sopravvenuti, richiedono la proroga stessa. Se si prende ad esame la norma che stabilisce la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato dei contratti a termine intercorsi fra le stesse parti per più di trentasei mesi, essa fa espresso riferimento alla “*successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti[...] comprensivi di proroghe e rinnovi*” (art. 5, d.lgs. n. 368/2001).

La proroga, è bene precisarlo, non costituisce una forma di rinnovo del contratto, bensì la continuazione di quest'ultimo con la sola variazione dell'elemento temporale, ovvero della scadenza, e questo ha conseguenze anche sulle mansioni del lavoratore che per effetto della proroga non possono variare. Nel caso, invece, dei rinnovi, ovvero della successione di contratti a termine, si presuppone che il contratto precedente sia terminato e nel successivo possono, quindi, essere modificati tutti gli elementi del regolamento contrattuale precedente.

¹⁷⁹ G. LEONE, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., pp. 50-51

¹⁸⁰ M. ROCCELLA *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, 2001, A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*. Ed. CEDAM, Padova 2001; M. TIRABOSCHI, *Il nuovo lavoro a termine*. Giuffrè Editore, Milano 2002.

Cfr. Circolare del Ministero del Lavoro 1 agosto 2002, *DPL*, 2002, 2216.

¹⁸¹ L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL* 2006.

Inoltre, se si guarda alla normativa comunitaria, la disciplina in essa contenuta fa esclusivamente riferimento alla successione di contratti a termine (comma 1) ovvero ai rinnovi (lettera *a*) e *c*), non anche alla proroga, le cui ragioni oggettive legittimanti, il legislatore italiano le ritrova non nella citata clausola 5, bensì nel recepimento del 7° *Considerando* che si riferisce alla più generica previsione circa l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato, che, dunque, include la proroga.

Un ultimo cenno merita il ruolo della contrattazione collettiva che appare evidentemente ridimensionato rispetto al passato¹⁸², essendo circoscritto alla determinazione dei limiti quantitativi al ricorso al contratto a tempo determinato¹⁸³. Il ridimensionamento del ruolo del sindacato sconta non solo le profonde divisioni all'interno delle confederazioni ma è anche determinato dall'evoluzione del sistema politico che, attraverso il sistema elettorale maggioritario, ha comportato il venir meno di quella situazione di confusione politica che aveva legittimato il coinvolgimento del sindacato nelle scelte importanti per il Paese, quasi come a colmare quel *deficit* democratico delle istituzioni repubblicane dei primi anni '90¹⁸⁴.

Difatti, nella maggior parte dei casi, la contrattazione collettiva ha operato un generico rinvio alle vigenti disposizioni di legge, oppure ha ripetuto pedissequamente quanto indicato dal legislatore. Più raramente, le parti sociali hanno introdotto disposizioni contrattuali che contenessero una elencazione tassativa, più restrittiva rispetto all'ampia previsione legale¹⁸⁵.

Fermo restando quanto detto, sembra salva la relazione regola/eccezione che lega il contratto a tempo indeterminato a quello determinato.

¹⁸² Si ricorda che l'art. 23 della l. n. 56/1987 riconosceva un ben più incisivo ruolo alla contrattazione collettiva, dal momento che poteva ampliare il ventaglio di ipotesi in cui si poteva ricorrere all'assunzione a tempo determinato. Vedi *supra*.

Sul punto, cfr. S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, p. 505 ss.

¹⁸³ Un ruolo più pregnante le verrà restituito dalla l. n. 133/2008, vedi *infra*.

¹⁸⁴ V. FERRANTE, *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, in M. Marrazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione- Diritti e obblighi*, tomo II. Ed. CEDAM, Padova 2012, p. 139.

¹⁸⁵ Circa il diverso atteggiarsi della contrattazione collettiva si veda G. LEONE, *Le declinazioni dell'eccezionalità nella disciplina del contratto a tempo determinato*, cit., p. 56, note 129, 130, 131.

Come ribadito dal Preambolo della direttiva – che definisce il contratto a tempo indeterminato la *forma comune* dei rapporti di lavoro¹⁸⁶ - e dalla giurisprudenza di merito¹⁸⁷, la regola continua ad essere quella che il rapporto di lavoro normalmente deve essere stipulato a tempo indeterminato.

Se vi fosse piena equiparazione, non si spiegherebbe di fatto la necessità di prevedere: ragioni che giustificano l'apposizione del termine, il requisito formale della relativa clausola e la mancata esplicita indicazione della suddetta fungibilità, altrove presente (in relazione, per esempio, alla disciplina del *part-time*¹⁸⁸).

1.10 (segue) *Gli anni Duemila: il Libro bianco del 2001 e la c.d. riforma Biagi (d.lgs. n. 276/2003).*

Il processo di flessibilizzazione e di *ri-regolamentazione* dei rapporti di lavoro intrapreso negli anni Novanta prosegue con maggiore enfasi ed incisività raggiungendo il suo punto più avanzato sempre durante il secondo Governo Berlusconi.

E' durante questo periodo che si arriva ad una drastica ridefinizione dei rapporti tra il governo e le parti sociali che troverà espressione nella pubblicazione, nell'ottobre del 2001, del Libro Bianco su *Il mercato del lavoro in Italia – Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità* - ad opera del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali¹⁸⁹.

¹⁸⁶ M. BIAGI, *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, cit.

¹⁸⁷ Trib. Milano 15 ottobre 2003 e 13 novembre 2003, *D&L*, 2003, 937; Trib. Firenze 5 febbraio 2004, *D&L*, 2004, 325; Trib. Milano 21 aprile 2004, *D&L*, 2004, 319; Trib. Milano 10 novembre 2004 e 25 novembre 2004, *D&L*, 2005, 152; Trib. Monza 18 gennaio 2005, *D&L*, 2005, 152; Trib. Frosinone 9 febbraio 2005; Trib. Firenze 10 febbraio 2005; Trib. Roma 25 febbraio 2005, Trib. Milano 11 maggio 2006, *GL*, 2006, 28; App. Firenze, 30 maggio 2005, *RIDL*, 2006, II; App. Bari 20 luglio 2005, *D&L*, 2005, 758; App. Milano, 9 gennaio 2006, *LG*, 2006, 823. Di altro avviso, Trib. Napoli, 12 marzo 2004.

¹⁸⁸ Vedi *supra*. Cfr. F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, d.lgs. delegato 6 settembre 2001, n. 368, *ADL*, 2002; M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, Torino 2003.

¹⁸⁹ Redatto da un gruppo di lavoro coordinato da Marco Biagi e Maurizio Sacconi, a cui hanno partecipato Carlo Dell'Arringa, Natale Forlani, Paolo Reboani, Paolo Sestito. Disponibile all'indirizzo web http://www.uil.it/politiche_lavoro/librobiancommappdf

Il cambiamento di rotta si evinse già dalle prime pagine del documento che il governo esibì come atto di forza contro l'eccessiva invadenza istituzionale del sindacalismo nostrano¹⁹⁰.

Difatti, al fine di portare avanti un processo complessivo di modernizzazione del mercato del lavoro, il governo si propose di innovare profondamente le modalità di confronto con le parti sociali, promuovendo un forma di *dialogo sociale* basato sull'accantonamento del metodo della concertazione degli anni Novanta – giudicato fallimentare – e sulla sua sostituzione con quello della consultazione.

La svolta può essere in qualche modo collegata all'introduzione e circolazione dell'Euro che comportava il conseguente venir meno della possibilità di porre in essere politiche di svalutazione della moneta nazionale che si cercò di compensare con la svalutazione del costo del lavoro, e la necessità, particolarmente sentita dal Governo Berlusconi, di assicurare alle imprese le condizioni giuridiche per una remunerativa valorizzazione del capitale e la soddisfazione delle loro attese di profitto. Le riforme legislative messe in campo dalla XIV legislatura hanno, dunque, lo scopo dichiarato di garantire alle imprese recuperi in termini di efficienza e competitività attraverso il contenimento dei costi diretti ed indiretti di acquisizione, organizzazione ed utilizzazione del lavoro, non solo subordinato. Infatti, alla moneta unica e al patto di stabilità¹⁹¹ si attribuisce l'emergere dell'esigenza di flessibilizzare i fattori produttivi e la loro remunerazione: allo scopo, anche, di frenare la delocalizzazione all'estero da parte delle imprese italiane dei propri impianti produttivi¹⁹².

Ma è anche sulla necessità di intervenire in favore dell'innalzamento del tasso di occupazione, secondo quanto stabilito dagli orientamenti comunitari contenuti nell'Agenda di Lisbona¹⁹³, che si focalizza il Libro Bianco del 2001.

¹⁹⁰ E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*. Rubettino Editore 2010, p. 21-41.

¹⁹¹ Cfr. Libro Bianco del 2001, p. 31.

¹⁹² M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2001, p. 257 ss.

¹⁹³ Nel marzo del 2000, a Lisbona, il Consiglio Europeo adottò l'obiettivo strategico di "diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado

Come sostenuto da Marco Biagi - consulente dell'allora Ministro del Welfare Roberto Maroni e fra i principali estensori del documento- e, poi, affermato nell'*Executive Summary* del Libro Bianco (p. X): *“il conseguimento di una maggiore occupazione non dipende esclusivamente dalle politiche del lavoro. Esse, tuttavia, devono assicurare che la crescita economica possa essere pienamente sfruttata, accrescendo le possibilità occupazionali degli individui ed aumentando l'intensità occupazionale e lo sviluppo economico. A questo fine deve essere rafforzata la capacità di funzionamento efficiente del mercato, liberandolo dalle inefficienze economiche e normative che hanno nel corso degli anni ostacolato il pieno dispiegarsi delle sue potenzialità. La strategia immediatamente percorribile per un aumento dei livelli occupazionali deve basarsi sulla rimozione degli ostacoli normativi al ricorso ai rapporti di lavoro atipici che non deve avvenire restringendo tutele e protezioni, bensì spostandole dalla garanzia del posto di lavoro all'assicurazione di una piena occupabilità durante tutta la vita lavorativa, riducendo i periodi di disoccupazione e lo spreco di capitale umano”*. Ciò anche e soprattutto al fine di combattere la piaga del lavoro sommerso.

La nuova dimensione su cui riflettere è, dunque, la *qualità* del lavoro che non viene assolutamente inficiata, si sostiene, dalla rimozione degli ostacoli all'utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili, laddove queste *“sono state utilizzate in larga misura in tutti i Paesi europei senza che questo abbia comportato situazioni di esclusione sociale o di bassa qualità del lavoro”*¹⁹⁴.

Sindacati e partiti di sinistra non fecero attendere la loro dura reazione nei confronti del Libro Bianco e delle leggi che lo avrebbero attuato, imputando loro la colpa di aprire la strada alla più feroce precarizzazione del mercato del lavoro.

Sotto accusa vi era non solo la scelta del governo di affidarsi incondizionatamente al funzionamento del libero mercato, ma anche la presa di posizione nei confronti del ruolo dei sindacati, che veniva fortemente ridimensionato con l'introduzione per la prima volta di spazi di negoziazione

di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale.”, disponibile all'indirizzo web <http://www.europarl.europa.eu>.

¹⁹⁴ P. XII nell'*Executive Summary*, Libro Bianco 2001.

individuale della flessibilità svincolati dal controllo collettivo¹⁹⁵; il riferimento è, per esempio, alla possibilità di introdurre clausole elastiche nel *part-time* (vedi *infra*).

A poche settimane dalla pubblicazione del Libro Bianco, fu approvato il disegno di legge delega n. 848 che in gran parte ne riprendeva gli orientamenti a cui seguì, nel luglio 2002, un nuovo accordo, il *Patto per l'Italia*, che il governo stipulò con CISL, UIL e Confindustria¹⁹⁶.

Buona parte di questi provvedimenti trovarono applicazione nella legge delega n. 30 del 14 febbraio 2003, nota anche come la *Legge Biagi*, a cui seguirà l'approvazione del decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003.

Esso rappresenta un indiscusso passo in avanti nell'approfondimento ed ampliamento della flessibilizzazione in entrata, già intrapreso dall'approvazione del Pacchetto Treu del 1997.

L'obiettivo era quello di attuare un intervento sistemico di ampio respiro capace di riportare in un unico contenitore norme disperse, pronunce giurisprudenziali e prassi, dando alle tante tipologie di rapporti di lavoro atipici e flessibili - già ampiamente diffusi e radicati - un riconoscimento formale e primi livelli di tutela. Ciò, come sostennero i suoi promotori, avrebbe favorito l'inserimento lavorativo di soggetti deboli e a forte esclusione sociale come donne, giovani, lavoratori anziani ed extracomunitari e, nello stesso tempo, scoraggiato il ricorso al lavoro sommerso.

In quest'ottica, furono trovate alcune soluzioni innovative recuperate da prassi già sperimentate nel resto dei Paesi europei, e a cui anche l'Italia vi aveva fatto

¹⁹⁵ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 89.

¹⁹⁶ La CIGL si era resta protagonista di un'accesa contestazione in relazione alla proposta di revisione dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori contenuta nel disegno di legge delega n. 848/2001. Lo scopo era quello di consentire al datore di lavoro la scelta tra il risarcimento del dipendente illegittimamente licenziato e l'obbligo del reintegro. La CIGL, che vedeva nell'art. 18 St. Lav. un diritto inalienabile contro la politica di destrutturazione del governo di centrodestra, propose un *referendum* per l'abrogazione dei limiti di applicazione dell'art. 18 St. Lav., al fine di estenderne la tutela anche alle imprese con meno di 15 dipendenti e indisse uno sciopero generale nell'ottobre del 2003 a cui presero parte anche Cisl e Uil. Di fronte a tale contestazione il Governo Berlusconi-*bis* decise di limitare la portata delle modifiche all'art. 18 St. Lav., senza eliminarle del tutto dalla legge delega come richiesto dai sindacati, aprendo il dialogo sulla riforma degli ammortizzatori sociali e sugli interventi a favore del Mezzogiorno e ceti meno abbienti. La CGIL non fu disposta ad aperture sull'art. 18 St. Lav. che non considerava merce di scambio per concessioni su altri fronti e mantenne ferma la sua posizione di chiusura rispetto a qualsiasi forma di dialogo con il governo.

ricorso seppur con qualche *escamotage*, ovvero con modalità in molti casi elusive dei vincoli legislativi e contrattuali.

Vengono così *tipizzazzate* sia le forme di impiego *atipiche*, ovvero non vincolate al rispetto degli *standard* contrattuali e contributivi, sia quelle *limitatamente* tipiche, in quanto tutelate dal rispetto parziale degli *standard* medesimi.

Le novità introdotte, è bene precisarlo, non si applicano alle pubbliche amministrazioni e al loro personale dipendente¹⁹⁷.

La prima innovazione degna di nota è la regolazione della somministrazione di lavoro che sostituisce il lavoro interinale, marcando sostanziali differenze con la vecchia disciplina contenuta nella l. n. 196/1997, sia in termini di ampliamento delle possibilità che ne consentono l'utilizzo, sia in termini di durata.

Il d.lgs. n. 276/2003 inverte definitivamente quella lunga tradizione giuslavoristica basata sulla tutela del lavoro attraverso l'affermazione della coincidenza tra potere e responsabilità, ovvero della necessaria coincidenza tra titolarità del contratto ed esercizio delle prerogative derivanti in capo al creditore di lavoro¹⁹⁸. Difatti, la dottrina maggioritaria- sebbene non mancassero voci in senso contrario¹⁹⁹ – aveva sempre affermato l'incompatibilità logica del rapporto *interpositorio* con il tipo legale del lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*, rinvenendo nella coincidenza tra titolarità e utilizzo del rapporto lavorativo, l'elemento essenziale e qualificante del lavoro subordinato²⁰⁰.

¹⁹⁷ Vedi *infra* Capitolo II, “La disciplina della flessibilità in entrata nel lavoro pubblico”.

¹⁹⁸ Cfr. A. RICCARDI, *La somministrazione: quale flessibilità?*, cit. p. 59 e ss., O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*. Editore Giuffrè, Milano 1979.

¹⁹⁹ Alcuni commentatori hanno sostenuto che la dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio delle prerogative datoriali non contraddice lo schema dettato dell'art. 2094 c.c. In merito, cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sul lavoro intermittente tramite agenzia*, 1992, *DRI*, p. 77; P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, *ADL*, 2001, p. 174 ss; M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL* 2004, p. 104.

²⁰⁰ Fra gli altri, O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, cit., p. 263 ss.

E, sebbene la messa in discussione della coincidenza tra potere e responsabilità - ampiamente accolta dalla giurisprudenza²⁰¹ - si era già rinvenuta, come si è visto, nella l. n. 197/1997, il ricorso al lavoro interinale doveva essere giustificato da ipotesi tassativamente elencate, nell'ottica di un' "*eccezionale deroga al generale divieto di interposizione*"²⁰², stando a sottolineare la sua natura straordinaria e transitoria.

Invece, nel dettaglio, il d.lgs. n. 276/2003²⁰³ prevede che il contratto di somministrazione, stipulato tra l'agenzia somministratrice (interinale) e l'impresa utilizzatrice possa essere sia a tempo determinato che a tempo indeterminato (il c.d. *staff leasing*).

Per ciò che riguarda la prima fattispecie, essa è soggetta alla disciplina sui contratti a termine contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, che prevede il ricorso a ragioni giustificatrici di carattere "*tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*" (art. 20, comma 4). La genericità di questa disposizione trova un limite nel carattere necessariamente temporaneo delle causali che ne permettono la stipulazione di un contratto di somministrazione a tempo determinato.

Ciò è confermato anche dall'esplicita previsione di una seconda tipologia di somministrazione a tempo indeterminato²⁰⁴, soggetta alla disciplina generale dei rapporti di lavoro ma accessibile in ipotesi tassativamente previste (art. 20, comma 3)²⁰⁵.

²⁰¹ Che aveva già adattato la disciplina del 1960 alle mutate esigenze produttive attraverso una pragmatica opera di legittimazione di operazioni di esternalizzazione. Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in R. De Luca Tamajo, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*. Ed. ESI, Napoli 2002.

²⁰² M. T. CARINCI, *Interposizione e lavoro interinale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Ipsoa, Milano 2002. p. 25.

²⁰³ Che abroga la l. n. 1369/1960 come espressamente disposto dall'art. 85.

²⁰⁴ La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è stata abrogata dall'art. 1, comma 46 della l. n. 247/2007. Secondo parte della dottrina tale abrogazione ha un significato più simbolico che sostanziale, limitata ad risolvere problemi di compresenza tra due tipologie contrattuali dagli incerti confini separatori.

²⁰⁵ La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è ammessa:

a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; b) per servizi di pulizia, custodia, portineria; c) per servizi, da e

Se la somministrazione a tempo determinato potesse aversi per ragioni imprenditoriali continuative, non avrebbe avuto senso – e una norma va sempre interpretata nel modo in cui ne abbia uno - né la previsione di una doppia tipologia né la limitazione della seconda a tempo indeterminato a un numero chiuso di ipotesi.

Queste ultime - escluse quelle *sub. lett. a) e h)* - sono relative, infatti, ad “attività o funzioni aziendali che rispecchiano esigenze di lavoro stabile”²⁰⁶.

La limitazione causale del contratto di somministrazione ad esigenze temporanee *ex art. 1, comma 1 del d.lgs.368/2001*, espressamente richiamato – rappresenta l’unica lettura *sostenibile* dell’istituto che conferma la non discrezionalità nel ricorso alla somministrazione, in linea con le esperienze degli altri ordinamenti europei, e la negazione di un’eventuale alternatività tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro che, in tal modo, regredirebbe a mezzo di regolazione del rapporto tra capitale e lavoro abdicando dalla sua insostituibile funzione di *medium* giuridico dello scambio tra lavoro e retribuzione²⁰⁷, in ossequio della tradizionale separazione tra il mercato del lavoro ed il mercato delle merci²⁰⁸.

Il carattere di eccezionalità del contratto di somministrazione rispetto al contratto di lavoro, e la non equivalenza funzionale nella provvista di personale, si evince non solo dall’area di agibilità, o per usare la dizione della legge, l’area di *liceità*, basata sull’oggettività delle motivazioni sopra descritte,

per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; *d)* per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; *e)* per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; *f)* per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale; *g)* per la gestione di call-center, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali; *h)* per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa; *i)* in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

²⁰⁶ Cit. V. SPEZIALE, *Art. 20. Commento*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Ed. CEDAM, Padova 2004, p. 321.

²⁰⁷ Cfr. A. PERULLI, *Introduzione*, cit.; R. DE LUCA TAMAJO, *Dietro le righe del D.lgs. 276 del 2003: tendenze ed ideologie*, in *Diritto del lavoro, i nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*. Ed. CEDAM, Padova 2005.

²⁰⁸ U. ROMAGNUOLI, *Entre nacionalismos e integraciòn transnacional*, disponibile all'indirizzo web <http://amiromagno.blogspot.com/2006/02/entre-nacionalismos-e-integracion.html>.

ma anche dalla previsione dell'apparato sanzionatorio del Capo I del titolo 3 che all'art. 21, comma 1, *sub lett. c)*, prevede che le ragioni che giustificano il ricorso alla somministrazione devono essere indicate per iscritto nel contratto e che in mancanza di tale forma si ha la nullità del contratto di somministrazione e la considerazione dei lavoratori *“a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore”* (comma 4); dal suo canto, l'art. 27, comma 1, stabilisce che *“quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21 [...] il lavoratore può richiedere [...] la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze [dell'utilizzatore] con effetto dall'inizio della somministrazione”*; e ancora, l'art. 28, comma 1, in materia di somministrazione fraudolenta, sanziona la somministrazione di lavoro posta in essere con la specifica finalità di eludere norme di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, con le medesime conseguenze. Se, quindi, i due tipi negoziali fossero stati considerati equivalenti dal legislatore, norme del genere, in particolare quella che sanziona la somministrazione con intento fraudolento, non avrebbero ragione di esistere.

Sul punto è utile ricordare che la Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della Legge Biagi nega la concorrenza con il contratto di lavoro laddove specifica che *“le attuali forme di organizzazione del lavoro, soprattutto nel terziario, presuppongono ipotesi di somministrazione di lavoro [...] che nulla hanno a che vedere con le ipotesi di speculazione parassitaria sul lavoro a cui si riferiva il legislatore all'inizio degli anni Sessanta”*, ma che mirano a realizzare specifici obiettivi quali la promozione dell'occupazione, l'integrazione sociale a favore di soggetti a rischio di esclusione e il rimedio a fenomeni anomali di esternalizzazione di lavoro.

Inoltre, per dovere di completezza, si sottolinea che per ciò che riguarda il rapporto di somministrazione a tempo determinato, sebbene sia confermata la disciplina *ex d.lgs. n. 368/2001* in merito alle causali giustificatrici, è prevista una diversa regolamentazione riguardo alla proroga, al regime sanzionatorio nel caso di successione di contratto a tempo determinato e al mancato computo del lavoratore nell'organico dell'utilizzatore.

Per il lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato dall'agenzia somministratrice sono previste delle eccezioni in materia di esclusione delle norme in materia di assunzione obbligatoria, la non applicazione delle norme in

materia di licenziamento collettivo e il mancato computo dei lavoratori nell'organico dell'utilizzatore.

Infine, un cenno merita il ruolo della contrattazione collettiva che, in linea con l'impostazione di *policy – making* e delle scelte di politica del diritto che marciano i provvedimenti della XIV legislatura, viene fortemente ridimensionata. Difatti, come indicato nel capo I, titolo 3, d.lgs. n. 276/2003, i rinvii operati alla regolazione contrattuale non rappresentano condizioni necessarie per l'applicabilità della disciplina legislativa in materia di somministrazione, che è operante “*a prescindere dalla approvazione e dall'esistenza di clausole contrattuali sui temi per i quali sono previsti i rinvii*”²⁰⁹. Viene meno il ruolo autorizzatorio che la contrattazione collettiva ha tradizionalmente rivestito nella legislazione in materia di flessibilità.

In merito allo *staff leasing*, la contrattazione collettiva si è sostanzialmente astenuta dal prevedere ulteriori ipotesi rispetto a quelle previste dalla legge: o non prendendo nemmeno in considerazione tale tipologia contrattuale o escludendone espressamente l'utilizzo²¹⁰.

Nel caso del contratto di somministrazione a tempo determinato, il legislatore delegato del 2003 sembra violare la *ratio* e la lettera dell'art. 1, comma 2, lett. m), n. 2) della l. n. 30/2003, che aveva stabilito per il ricorso a tale tipologia contrattuale “*la presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo e organizzativo individuate dalla legge e dai contratti collettivi nazionali o territoriali*”, laddove non ha operato alcuna specificazione o rinvio ai contratti collettivi.

Questi ultimi sono intervenuti in materia limitandosi a ripetere pedissequamente la formulazione dell'art. 20, comma 4, nell'individuazione delle causali di accesso all'istituto o, in maniera più significativa, definendo i limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato²¹¹.

²⁰⁹ G. ALTIERI, C. OTERI, M. PEDACI, *Dal lavoro interinale alla somministrazione di manodopera: primo monitoraggio su cosa cambia per le Agenzie per il lavoro e per le imprese utilizzatrici*, in Ires Cigil (a cura di), *Collana dell'osservatorio Centro Studi*, dicembre 2005.

²¹⁰ Ad. esempio, il CCNL Portuali: lavoratori dei porti del 26 luglio 2005, n. 59; o il CCNL Autoferrotranvieri, 14 dicembre 2004, art. 1, lett. e).

²¹¹ Che sono andate dal 2% (CCNL Autoferrotranvieri, 14 dicembre 2004, art.1, lett. e) al 25% (CCNL Edili industria, 20 maggio 2004, art. 94), calcolate in alcuni casi su base annua, semestrale o trimestrale.

Una seconda importante novità introdotta dall'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003 riguarda la disciplina del lavoro *part-time* che viene nuovamente rivista per ciò che riguarda il ricorso al lavoro supplementare e la stipula delle clausole elastiche²¹². L'intento del legislatore è l'inserimento di ulteriori margini di flessibilità gestionale all'impresa, consentendole non solo di ridurre *geneticamente* l'orario di lavoro, ma anche di adattarlo *funzionalmente* alle mutevoli esigenze della produzione²¹³.

Per ciò che riguarda il lavoro supplementare, esso viene circoscritto solo alle "*ipotesi di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale*" (art. 46, lett. d), risultando così precluso nel *part-time* verticale o misto, dove però il prolungamento dell'orario è realizzabile attraverso il ricorso alla clausola elastica e persino al lavoro straordinario.

Inoltre, viene limitata la portata del consenso del lavoratore che viene richiesto solo nel caso in cui non sia già contemplato nel contratto collettivo²¹⁴, in spregio della tanto decantata libertà individuale²¹⁵. Il contratto collettivo continua ad essere investito del compito di fissare un numero massimo di ore di lavoro effettuabili e viene invece soppressa la norma che affidava allo stesso la possibilità di prevedere un diritto per il lavoratore a consolidare nel proprio orario di lavoro, in tutto o in parte, il lavoro supplementare svolto in via non meramente occasionale²¹⁶.

Per quanto riguarda le clausole elastiche, vengono inaugurati ampi spazi alla negoziazione individuale del rapporto di lavoro ed aboliti i limiti che garantivano un'ampia libertà di accettazione delle stesse da parte del lavoratore. E' stabilito che, anche in assenza di previsioni della contrattazione collettiva, l'impresa ed il lavoratore potranno accordarsi singolarmente

²¹² La disciplina del *part-time* non si applica, invece, alle amministrazioni pubbliche come previsto dall'art. 3, comma 1, della legge n. 30/2003. V. infra, II Capitolo, *La disciplina della flessibilità in entrata nel lavoro pubblico*.

²¹³ Cfr. R.VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, in M. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*, cit., p. 78.

²¹⁴ In passato, il consenso del lavoratore all'effettuazione di prestazioni supplementari era necessario "*in ogni caso*" (art. 3, 3° comma, d.lgs. n.61/2000).

²¹⁵ R.VOZA, *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 37/2005, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 7.

²¹⁶ Come era previsto dall'art. 3, comma 6, d.lgs. n. 61/2000.

riguardo alle variazioni relative alla collocazione temporale²¹⁷ e alla durata della prestazione lavorativa²¹⁸.

E viene, inoltre, abolito il diritto al ripensamento del lavoratore che comporta che, una volta accettato il patto di elasticità o flessibilità, magari all'atto di assunzione, viene privato dello *ius poenitendi*, rimanendo “*permanentemente elastico*”²¹⁹.

Il legislatore ha pensato di ricambiare tale limitazione della libertà individuale, attraverso il riconoscimento al lavoratore della facoltà di ricorrere all'assistenza di un componente delle r.s.a., “*indicato dal lavoratore medesimo*” (art. 46, lett. l), al momento della stipula del patto; di contro, qualora il lavoratore non formuli alcuna richiesta di assistenza, la clausola tornerebbe ad essere rimessa all'autonomia individuale *pura*²²⁰.

Viene, inoltre, regolato il c.d. lavoro a chiamata, o intermittente, consistente nel contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente (secondo il combinato disposto degli art. 33, comma 1, e 34, comma, del d.lgs. n. 276/2003). Esso rappresenta la versione estrema di un assetto contrattuale nel quale il tempo di lavoro rappresenta un elemento

²¹⁷ Lo *ius variandi* datoriale trova il suo fondamento nella cd. clausola *flessibile*, ammessa in tutte e tre le tipologie di *part-time* (orizzontale, verticale, misto).

²¹⁸ La legge n. 247 del 2007 cancellerà tale disposizione restituendo alla contrattazione collettiva l'esclusiva possibilità di stabilire le clausole elastiche.

²¹⁹ R. SANTUCCI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro part-time*, in M. Rusciano (a cura di) *Problemi giuridici del mercato del lavoro*. Ed. Jovene, Napoli 2004, p. 163.

²²⁰ Dubbi in merito all'eventualità, e non all'obbligatorietà, di ricorrere all'assistenza di un rappresentante sindacale sono stati sollevati da R.VOZA, *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, cit. pp. 10-11 che ha sostenuto l'intrinseca irrazionalità di una simile opzione regolativa. Perché se la *ratio* è quella di tutelare la libertà del consenso proprio attraverso l'assistenza sindacale, quest'ultima non può che essere sempre obbligatoria: e se il datore di lavoro è in grado di imporre al lavoratore il patto in questione, forzandone la volontà, è anche in grado di ottenere che il lavoratore non formuli la richiesta di essere assistito. Del resto, non ha alcun senso pratico rimettere l'*an* della assistenza alla scelta del lavoratore: se quest'ultimo ha la *forza* di chiedere l'intervento sindacale, avrà anche la forza di negare il proprio assenso alla clausola in questione. Peraltro, il lavoratore potrebbe desiderare l'assistenza e non poterla ottenere per la semplice ragione che non esiste alcuna r.s.a.: in tal caso, non vi sarebbe alcuno strumento di tutela della volontarietà della scelta di adottare il regime elastico o flessibile di distribuzione dell'orario. Inoltre, cfr. A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*. Ed. CEDAM, Padova 2004; M. BROLLO, *Le modifiche al D.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini, *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci. Ed. Ipsoa, Milano 2004, III.

indeterminato, ovvero determinabile all'occorrenza, in funzione delle contingenti e variabili esigenze produttive dell'impresa.

Questa condizione costituisce l'oggetto di un vero e proprio vincolo giuridico per il lavoratore, remunerato attraverso un'apposita indennità, non a caso definita indennità di *disponibilità*.

In passato, l'espressione "*lavoro a chiamata*" era stata comunemente utilizzata con riferimento al lavoro *part-time* provvisto di clausola elastica (prima delle modifiche adottate con l'art. 46 del d.lgs. n. 276/2003), ma ciò non deve indurre a pensare che il lavoro intermittente sia una mera duplicazione. Infatti, da un lato la disponibilità che il lavoratore intermittente presta non necessariamente è a tempo parziale, in quanto egli potrebbe essere chiamato per una durata corrispondente al normale orario di lavoro (e quindi a tempo pieno).

Dall'altro lato, il lavoratore a tempo parziale, a fronte di un tempo minimo *oggettivato* che costituisce il suo regime orario, ove accetti la modalità flessibile o elastica, si espone, al potere di variare la collocazione temporale e/o la durata della propria prestazione.

Si tratta, cioè, di una forma di *ius variandi*, riferito al tempo di lavoro, rispetto al quale scatta il problema di tutelare il lavoratore da un uso incontrollato del potere datoriale. Di contro, la condizione del lavoratore intermittente in attesa di chiamata, rimette nelle mani del datore la facoltà di determinare, volta per volta, non solo il *quomodo* o il *quantum*, ma addirittura l'*an* della prestazione altrui²²¹.

Per dovere di completezza, conviene ricordare che l'assunzione di un obbligo di mera disponibilità era già contemplato nella fattispecie, sebbene poco diffusa, del lavoro interinale a tempo indeterminato (art. 4, comma 3, l. n. 196/1997) e ripresa dal contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato (art. 22, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

Inoltre, per chiarire dubbi circa un'eventuale duplicazione dell'istituto, il Libro Bianco del 2001 afferma che il lavoro intermittente viene rappresentato "*non tanto come sottospecie del part-time, bensì come ideale sviluppo del lavoro*

²²¹ R.VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, cit., pp. 85-86.

temporaneo tramite agenzia”, volendo con tale specificazione aggirare il divieto di assoggettare il lavoratore a tempo parziale ad un potere di chiamata esercitabile *ad libitum*, ricavabile dall’orientamento della giurisprudenza costituzionale in tema di clausole elastiche²²².

Una certa affinità con la figura negoziale del lavoro temporaneo si rintraccia sia nella medesima incertezza nella distribuzione dei tempi di attesa e di lavoro²²³ che nella possibilità di ravvisare nella mera disponibilità o reperibilità uno dei modi per adempiere all’obbligo lavorativo.

A tal proposito è interessante il dibattito circa l’eventuale erosione dei tradizionali confini della subordinazione *ex art. 2094 c.c.* che sarebbe da escludere laddove è possibile ricondurre la facoltà datoriale di chiamata del lavoratore intermittente al generale potere direttivo del creditore della prestazione di lavoro²²⁴.

C’è addirittura chi sostiene in dottrina che il lavoratore intermittente rappresenti il lavoratore subordinato *per eccellenza*, dal momento che la sua prestazione realizza la massima adattabilità alle esigenze dell’organizzazione aziendale “*modellate dall’imprenditore*”²²⁵.

Ma come si desume dall’art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, le garanzie previste per il lavoratore subordinato operano soltanto in caso di effettiva chiamata e soltanto nei limiti della prestazione svolta²²⁶, attribuendo al datore di lavoro la facoltà di creare la condizione per il lavoratore del godimento dei diritti previsto dallo statuto protettivo della subordinazione.

Ciò deriverebbe dal fatto che la fase di attesa viene considerata *strumentalmente ed ontologicamente* diversa dalla fase di esecuzione, quindi soggetta a regole diverse da quelle che governano un ordinario rapporto di lavoro subordinato²²⁷.

²²² Corte Cost., 11 maggio 1992, n. 210, *RIDL*, 1992, II.

²²³ D. GOTTARDI, *Sub artt. 33-40*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Ed. CEDAM, Padova 2004.

²²⁴ G. BONI, *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *RIDL*, II, 2005, p.125 ss. Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli Editore, Torino 2004, p. 139.

²²⁵ A. BOLLANI, *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani, P. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*. Giappichelli Editore, Torino 2005, p. 415.

²²⁶ Sul punto, P. BELLOCCHI, *Le aporie del lavoro intermittente*, in *ADL*, 2005, p. 567.

²²⁷ R. ROMEI, *Sub. artt. 33-40*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna 2004, p. 431. Sul punto, si consideri il caso degli effetti della

Altra difformità si rileva nel caso di ingiustificato rifiuto di rispondere alla chiamata qualificato dal legislatore come motivo di risoluzione del contratto, con conseguente perdita dell'indennità per il futuro e con l'obbligo per il lavoratore di corrispondere al datore *“un congruo risarcimento del danno nella misura fissata dai contratti collettivi o, in mancanza, dal contratto di lavoro”* (art. 36, comma 6, d.lgs. n. 276/2003), configurandosi un'ipotesi di risoluzione del contratto diversa dal normale licenziamento per inadempimento contrattuale, sia sotto il profilo della causale giustificatrice sia sotto il profilo delle conseguenze²²⁸. Difatti, se il lavoratore subordinato che si dimette in tronco, senza giusta causa, è solamente tenuto a versare un'indennità di mancato preavviso, il lavoratore intermittente che non risponde alla chiamata è tenuto al risarcimento del danno.

Nella prassi si è però consolidata la tipologia del lavoro a chiamata senza obbligo di risposta da parte del lavoratore: in questo caso, l'impresa non sopporta nessun altro costo di natura indennitaria per i periodi di non lavoro.

A tal proposito sono stati sollevati nuovamente dubbi circa la natura subordinata o meno di tale istituto: difatti, la facoltà del lavoratore di rispondere o meno positivamente alla chiamata del datore di lavoro costituisce un limite importante alla sua supremazia profilandosi un lavoro intermittente autonomo²²⁹. Ma è lo stesso decreto n. 276 a specificare che *“tutte le disposizioni di regolazione del rapporto di lavoro intermittente – nei rapporti lavorati – sono comuni e si riferiscono al lavoro subordinato, sia che il lavoratore sia tenuto a rispondere alla chiamata sia che non sia tenuto”*, considerando subordinata la prestazione lavorativa resa in accettazione della chiamata, a prescindere dalla sussistenza o meno del relativo obbligo.

malattia del lavoratore sopravvenuta durante il periodo di attesa laddove l'art. 36, comma 4 del d.lgs. n. 276/2003 prevede che nei periodi di temporanea indisponibilità il lavoratore *“non matura il diritto alla indennità di disponibilità”* verificandosi un'alterazione del principio civilistico *ex art. 2110* che imputa in capo al datore di lavoro il rischio dell'impossibilità sopravvenuta derivante da causa non imputabile al lavoratore. Nonostante la suddetta disciplina, l'INPS ha sostenuto che nei periodi di attesa, gli eventi della malattia e della maternità restano assicurati (Circolare INPS 8 febbraio 2006 n. 17, in *DPL*, inserto al numero XVIII).

²²⁸ G. MATTAROLO, *Sub artt. 33-40*, in M. Brollo, G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs 1° settembre 2003, n. 276*. Ed. Ipsoa, Milano 2004, p.53.

²²⁹ P. FERGOLA, *Lavoro a comando*, in *RGL*, 2009, p. 33.

A conferma di ciò vi è la considerazione che l'obbligo di disponibilità rappresenta solo una *mera* eventualità nell'elencazione degli elementi del contratto, una sorta di patto *accessorio* tra le parti, come si evince dall'art. 35, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 276/2003.

Eppure, nel caso del contratto di lavoro intermittente senza obbligo di risposta sembra venir meno il sinallagma tra reperibilità e indennità, ovvero si è parlato di contratto nullo perché “*privo della qualità di fonte di vincoli obbligatori per l'una e per l'altra parte*”²³⁰, o magari viziato da una clausola meramente potestativa bilaterale: *chiamerò se vorrò, lavorerò se vorrò*²³¹.

Nonostante ciò, seppur la fattispecie *de quo* non possa essere assimilata ad un contratto *di lavoro*, rappresenta pur sempre un contratto *normativo*, e non un contratto *preliminare* in quanto l'accordo in esame non crea alcun vincolo a contrarre in capo alle parti²³².

La profonda differenza tra le due ipotesi di lavoro intermittente, con o senza obbligo di chiamata, sembra essere stata confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, seppur non in relazione alla normativa italiana, ha specificato che il lavoro intermittente senza obbligo di risposta si configura come fattispecie a sé stante rispetto al lavoro subordinato²³³.

Dal punto di vista dell'organizzazione aziendale, il lavoro a chiamata senza obbligo di risposta rappresenta per il datore di lavoro il vantaggio di ridurre i costi di transazione per la stipula di tanti contratti a termine: difatti, se il lavoratore risponderà all'eventuale chiamata, solo allora verrà stipulato un contratto di lavoro, presumibilmente a tempo determinato, le cui clausole sono state già stabilite (orario, mansioni, luogo di lavoro etc.).

Dal punto di vista strettamente giuridico pare, invece, configurarsi un disciplina elusiva dei vincoli legali all'utilizzo del lavoro temporaneo, quale si configura il lavoro intermittente senza vincolo di disponibilità nelle fasi di attesa della chiamata. Esso dovrebbe, cioè, essere soggetto alle regole sul contratto a tempo determinato (giustificazione, limiti alla reiterazione, etc.) ma

²³⁰ P. ALLEVA, *Ricerca e punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 2003, p. 905.

²³¹ U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, p.28.

²³² R.VOZA, *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, cit., p. 90.

²³³ Corte di Giustizia, 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*, *GL*, 2005, n. 3, 176.

come è stato chiarito dal Ministero del Lavoro²³⁴, una volta stipulato il contratto iniziale, tutte le successive frazioni di lavoro generate dalle singole chiamate sono automaticamente legittime e non sindacabili ed assimilabili alla luce della disciplina generale del lavoro a termine.

Il decreto legislativo n. 276/2003, con gli artt. 41 – 45, inoltre, ha introdotto nell'ordinamento italiano il c.d. lavoro ripartito²³⁵, già oggetto negli anni Novanta di falliti tentativi di regolamentazione.

Esso si configura come un tipo particolare di contratto a tempo parziale “*mediante il quale due lavoratori assumono in solido l'adempimento di una unica e identica obbligazione lavorativa*” (art. 41, comma 1) concordando tra di loro la ripartizione dell'orario e la sua collocazione temporale.

Il datore di lavoro beneficia dell'alternanza fra i due prestatori d'opera che sottraggono il datore di lavoro al rischio di accadimenti naturali - ad es. la malattia - che ne potrebbero determinare la sospensione temporanea.

Nel contratto di *job sharing* ciascun lavoratore è solidalmente obbligato a garantire l'esecuzione dell'intera prestazione lavorativa, in forza - dunque - di un rapporto contrattuale *unitario* e non, come si è anche sostenuto in passato ai fini previdenziali²³⁶, come combinazione di due distinti *part-time*²³⁷.

Trattasi di una solidarietà debitoria *sui generis* rispetto alla nozione civilistica ex art. 1292 c.c., in quanto il datore di lavoro non ha la facoltà di scegliere il lavoratore che presterà la sua attività in un dato momento e ciò ha fatto sì che gran parte della dottrina ritenesse che tale tipologia contrattuale si configurasse come un'*obbligazione soggettivamente complessa* caratterizzata da una solidarietà “*residuale*”, ovvero, derivante non da un atto di volontà del datore

²³⁴ Nota ministeriale n. 440 del 4 gennaio 2007. Cfr. R. VOZA, *op. ult. cit.*, p. 91.

²³⁵ La tipologia contrattuale del lavoro ripartito sarà, poi, eliminata dal *Jobs Act* del Governo Renzi. Cfr. Capitolo IV, *Oltre la flessibilità, soluzioni contro la precarietà*.

²³⁶ C. ALESSI, Part-time e job-sharing, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, n. 17, 1995, p. 111.

²³⁷ Tra gli altri cfr. G. DE SIMONE, *Sub artt. 41-45*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Ed. CEDAM, Padova 2004 p. 504; G.FERRARO *Tipologie di lavoro flessibile*, 2ª edizione, Giappichelli Editore, Torino 2004, p. 88; L. MONTUSCHI *Sub artt. 41-45*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna, 2004, p. 463; F. BACCHINI, *Lavoro ripartito o “job sharing”*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*. Ed. Ipsoa, Milano 2004; M.N. BETTINI (2005) *Il lavoro ripartito*, Giappichelli Editore, Torino, p. 45-47.

di lavoro, “*bensi da una situazione di fatto totalmente esterna a quest’ultimo*”²³⁸.

Il mancato riferimento - nella norma definitoria – alla natura subordinata di tale rapporto di lavoro, non può assumere alcun particolare significato: anche il contratto di lavoro ripartito (almeno quello regolato dalla legge), per quanto speciale possa essere, non sconfina affatto nell’area del lavoro autonomo.

Ma, dal momento che manca il riferimento esplicito nella norma alla natura subordinata di tale rapporto, è necessario indagare su quale posizione occupi il lavoro ripartito rispetto al modello generale di lavoro subordinato.

Si potrebbe ritenere, come ha fatto qualcuno, che nel *job sharing* “*non si assiste ad una alterazione funzionale della causa tipica del contratto di lavoro*”, che consiste comunque “*nello scambio tra lavoro e retribuzione, seppure all’interno di uno schema soggettivamente complesso per la presenza di due coobbligati*”. Ma rimane da comprendere, tuttavia, la portata della disposizione che condiziona l’applicabilità della normativa generale del lavoro subordinato al presupposto della sua compatibilità “*con la particolare natura del rapporto di lavoro ripartito*” (art. 43, comma 2).

Dunque, anche ammettendo che la specificità del *job sharing* (consistente nella ripartizione del lavoro fra due co-obbligati) non incida sulla causa del contratto di lavoro e quindi non intervenga sulla fattispecie generale del lavoro subordinato, si deve comunque riconoscere che si è di fronte ad un contratto a disciplina *speciale* che necessita di qualche adattamento per ciò che riguarda l’ambito delle tutele²³⁹.

Difatti, non bisogna sottovalutare le insidie che si celano nella condivisione dell’obbligazione lavorativa. E se in passato, non vi erano dubbi sulla sussistenza di un generale obbligo di sostituzione - quale corollario della natura solidale dell’obbligazione – era già emerso, quale profilo problematico, l’imprevedibilità della prestazione effettivamente dovuta da ciascun co-obbligato, imputabile non al volere del datore di lavoro (come nel *part-time* elastico o flessibile, e - oggi – nel lavoro a chiamata), ma alla natura stessa del

²³⁸ F. BACCHINI, *Lavoro ripartito o “job sharing”*, cit., p. 282 ss.

²³⁹ L. MONTUSCHI, *Sub artt. 41-45*, cit., p. 439.

lavoro ripartito. È senz'altro vero che nel lavoro *a coppia* c'è qualcosa di diverso, rispetto al *part-time*, “*perché i lavoratori possono regolare liberamente i propri impegni lavorativi*”²⁴⁰, come pure appare evidente che la rigidità dell'impegno lavorativo, complessivamente considerato, è determinata nel contratto e non si presta ad alcun margine di elasticità.

Tuttavia, sul piano del concreto andamento del rapporto, è indubitabile che il singolo lavoratore, impegnandosi a garantire l'esecuzione dell'intera prestazione, e quindi a sostituire il proprio *partner* impossibilitato o semplicemente inadempiente, è costretto a rimanere a disposizione, e ad organizzare il proprio tempo di lavoro nell'ambito di una libertà *condizionata*, perché ipotecata dalla responsabilità solidale debitoria.

Non a caso, anche da parte di coloro che - già in passato - sostenevano la piena ammissibilità del lavoro ripartito, si era giunti ad invocare, in caso di legittimo e non imputabile impedimento di uno dei due contraenti, una “*retribuzione aggiuntiva per la prestazione sostitutiva svolta dall'altro partner*”²⁴¹.

Nell'attuale regolamentazione legislativa, ci si limita soltanto a prevedere che “*fatte salve diverse intese tra le parti contraenti o previsioni dei contratti o accordi collettivi, i lavoratori hanno la facoltà di determinare discrezionalmente e in qualsiasi momento sostituzioni tra di loro, nonché di modificare consensualmente la collocazione temporale dell'orario di lavoro, nel qual caso il rischio della impossibilità della prestazione per fatti attinenti ad uno dei due coobbligati è posto in capo all'altro obbligato*” (art. 41, comma 3).

Restando in tema di risoluzione del rapporto di lavoro, il decreto dispone, che, salvo diversa previsione tra le parti, “*le dimissioni o il licenziamento di uno dei lavoratori coobbligati comportano l'estinzione dell'intero vincolo contrattuale. Tale disposizione non si applica se, su richiesta del datore di lavoro, l'altro*

²⁴⁰ P. BELLOCCHI, Art. 4. Sezione I- Art. 4, comma 1, lett. a), c), d), e), f). *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*. Ed. Ipsoa, Milano 2003.

²⁴¹ Cfr. P. ICHINO, *Il tempo della prestazione del rapporto di lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 1985, II p. 411. Cfr. F. LUNARDON, *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie “lavoro subordinato”*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal “Libro Bianco” al Disegno di legge delega 2002*. Ed. Ipsoa, Milano 2002, p. 87.

prestatore si renda disponibile ad adempiere l'obbligazione lavorativa, integralmente o parzialmente, nel qual caso il contratto di lavoro ripartito si trasforma in normale contratto di lavoro subordinato (art. 46, comma 5).

Quanto al trattamento economico-normativo spettante ai lavoratori co-obbligati, il legislatore riproduce il generale principio di uniformità di trattamento (art. 44, 1° comma), proprio dei lavoratori flessibili, accompagnato dalla consueta regola del riproporzionamento (art. 44, comma 2): “*il calcolo o l'applicazione dei diversi istituti può farsi solo ex post*”²⁴², rispetto alla esecuzione della prestazione da parte di ciascuno dei lavoratori.

Infine, va segnalato che, sul fronte sindacale, ai fini della partecipazione alle assemblee di cui all'art. 20 dello Statuto dei lavoratori, il tetto delle 10 ore annue è riferito alla coppia nel suo complesso, e non a ciascun lavoratore (art. 44, comma 3).

In chiave critica nei confronti di tale disposizione, che appare come “una deroga implicita” alla norma statutaria, può osservarsi che i diritti alla libertà e all'attività sindacale non dovrebbero subire la logica del riproporzionamento, come si evince dalla disciplina del *part-time*, ove la riduzione dell'orario non incide sulla misura del diritto di partecipare alle assemblee sindacali²⁴³.

Sembrerebbe profilarsi, dunque, un fondato dubbio di illegittimità costituzionale, per contrasto con gli articoli 3 e 39 di difficile soluzione.²⁴⁴

Inoltre, il decreto legislativo n. 276/2003 provvede a modificare e ri-regolare la disciplina in materia di contratti a contenuto formativo²⁴⁵ che rispondono alla duplice finalità di ampliare le *chances* occupazionali tramite un adattamento

²⁴² A. ALLAMPRESE, *Sub artt. 41-45*, in, M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*. Ed. Ipsoa, Milano 2004, p. 105, nonché V. PINTO, *Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite*, in *Dir. relazioni ind.*, 2004, p. 563.

²⁴³ Addirittura, si è affermato che, in caso di sciopero, “*se il coobbligato non intende seguire l'altro nell'astensione, dovrà garantire l'adempimento dell'intera obbligazione*”: privando lo sciopero dell'effetto di sospendere l'esecuzione del lavoro, in violazione dell'art.40 Cost. Cfr. C. LAGALA *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*. Cacucci Editore, Bari 2004, p. 409.

²⁴⁴ R. VOZA, *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, cit., p. 47.

²⁴⁵ Cfr. F. M. PUTATURO DONATI, *La flessibilità nell'impiego* in G. Ferraro, *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*, cit., p. 458 ss.

delle professionalità alle specifiche esigenze aziendali e ad una sensibile riduzione del costo del lavoro.

Il *lifting* della materia investe, *in primis*, il contratto di formazione e lavoro, artt. 54 – 59, che viene abolito per il settore privato²⁴⁶ e rimarrà in vigore solo per il settore pubblico.

Tale cambiamento si rese necessario per accogliere le indicazioni della Commissione europea e della Corte di Giustizia che hanno ritenuto i contratti di formazione e lavoro incompatibili, per ciò che attiene al regime degli incentivi in termini di sgravi contributivi concessi dall'Italia alle imprese, con il divieto di aiuti di Stato posto dall'ordinamento comunitario dall'art. 87 del Trattato della Comunità europea²⁴⁷.

Con finalità più occupazionali che formative, viene introdotto il contratto di inserimento che sostituisce il contratto di formazione e lavoro, con cui condivide la temporaneità della durata e gli incentivi che lo rendono favorevole. Esso si rivolge a giovani di età compresa tra i diciotto e i ventinove anni, disoccupati di lungo periodo o categorie di soggetti deboli con difficoltà di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro. Alla contrattazione collettiva viene conferito il compito di porre limiti anche più stringenti per il suo utilizzo, a garanzia della valenza formativa.

Per ciò che riguarda il contratto di apprendistato, l'attenzione è rivolta, invece, sul suo aspetto formativo prevedendo una triplice articolazione dell'istituto basata sulla modulazione dei percorsi formativi in relazione ai diversi livelli di scolarizzazione e alla qualificazione professionale da acquisirsi.

Ovvero, si parla di contratto di apprendistato per l'espletamento del diritto dovere di istruzione e formazione (art. 47, lett. *a*) rivolto al conseguimento di una qualifica professionale usufruendo dell'offerta di istruzione e formazione pubblica come delineata dalla riforma dei cicli scolastici. Esso si rivolge a giovani di età compresa tra i quindici ed i ventiquattro anni, limite che può

²⁴⁶ Corte di Giustizia 7 marzo 2002, C-310/99, *Italia c. Commissione*. Cfr. Decisione della Commissione europea dell'11 maggio 1999, 2000/128/CE.

²⁴⁷ Cfr. L. MENGHINI, *I contratti con finalità formative*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Iposa, Milano 2002. D. GAROFALO, *Il riordino degli incentivi all'occupazione e dei contratti formativi*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di) *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Iposa, Milano 2002.

essere elevato a ventisei o a ventinove anni in particolari situazioni previste dalla legge. La durata di questa tipologia di apprendistato è fino a tre anni.

La seconda fattispecie è rappresentata dal contratto di apprendistato professionalizzante (art. 49) nel quale confluiscono le altre tipologie di tipo formativo quale l'apprendistato vero e proprio ed il modello di formazione e lavoro. Essa mira al conseguimento di una qualificazione mediante una formazione sul lavoro ed un apprendimento tecnico – professionale, attraverso un monte ore di formazione formale, interno o esterno all'azienda, di almeno 120 ore per anno. L'apprendistato professionalizzante si rivolge a persone di età di compresa tra i diciotto ed i ventinove anni e la parziale sovrapposizione che sembra prefigurare con l'apprendistato del primo tipo può essere superata specificando che quest'ultimo ha come fine specifico quello di fornire competenze di base in ragione della sua natura propedeutica alle successive fasi di formazione.

La durata dell'apprendistato professionalizzante è rimessa ai contratti collettivi, con un minimo di due anni ed un massimo di sei anni.

Infine, il terzo modello di apprendistato è funzionale all'acquisizione di un titolo di studio di livello secondario, universitario o dell'alta formazione, nonché per la specializzazione tecnica superiore. Esso si rivolge a soggetti appartenenti alla fascia di età che va dai diciotto ai ventinove anni e prevede un'alternanza tra la prestazione di lavoro e la frequenza di una scuola superiore o di una istruzione universitaria. Per questa tipologia di apprendistato le Regioni, a cui spetta la definizione dei percorsi formativi in base alle specifiche competenze contenute nell'art. 117 Cost., stabiliscono la durata in base ai diversi profili formativi.

Sia per il contratto di apprendistato che per quello di inserimento, è necessaria l'individuazione di un progetto individuale finalizzato a garantire l'adeguamento delle competenze del prestatore come condizione per l'assunzione e quale causa del contratto, con l'obbligo per il datore di lavoro di provare l'adempimento dell'obbligo formativo al fine di impedire l'accertamento di un vero e proprio rapporto lavorativo²⁴⁸. E se nel caso

²⁴⁸ Per le posizioni giurisprudenziali in merito, cfr. M.MONDELLI, *Apprendistato: inadempimento degli obblighi formativi*, in *Dir. Prat. Lav.* 2007, n.12, pag. 777.

dell'apprendistato la violazione dell'obbligo formativo imputabile al datore di lavoro implica la perdita dei benefici contributivi connessi alla stipulazione del contratto, nel caso del contratto di inserimento, in presenza di gravi inadempienze nella realizzazione del progetto individuale di inserimento, il datore è tenuto a versare la quota dei contributi maggiorata del cento per cento (art. 55, comma 5).

La trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, che era prevista nella disciplina del contratto di formazione e lavoro, permane esclusivamente nel caso in cui manca la forma scritta.

La legge n. 30 del 2003 ed il successivo decreto legislativo n. 276 rappresentano senza dubbio un passaggio cruciale nella progressiva liberalizzazione del mercato del lavoro e tali norme²⁴⁹ sono state oggetto di forti critiche da parte sindacale e non²⁵⁰.

Sotto accusa vi erano l'eccessivo numero delle forme contrattuali introdotte a scapito del primato del lavoro tipico e le minori garanzie di tutela offerte ai lavoratori atipici, fattori che avrebbero contribuito, si sosteneva, alla rapida crescita del fenomeno della precarietà.

E Marco Biagi pagò con la sua vita²⁵¹ un'interpretazione superficialmente ideologica ed interessata del suo tentativo di tipizzare – parola utilizzata non a caso dai suoi detrattori - il lavoro flessibile che veniva ripudiato in blocco senza tener conto delle tante fattispecie che lo compongono²⁵²; come se la durata dei contratti di lavoro fosse il metro unico per distinguere il lavoro buono da quello cattivo, sottovalutando, invece, l'importanza della certezza dei

²⁴⁹ Si ricorda sinteticamente che il d.lgs. n. 276/2003 provvede a regolare, oltre al c.d. lavoro accessorio che consiste in prestazioni di lavoro di natura meramente occasionale, rese da alcune categorie di soggetti nell'ambito di determinati settori, attività o imprese, anche i contratti temporanei non di tipo subordinato, abolendo il contratto di collaborazione coordinata e quantitativa che viene sostituito dal contratto a progetto, poi modificato dalla l. n. 92/2012. V. *infra*.

²⁵⁰ Non a caso furono presentati ben 2198 emendamenti tra Camera e Senato.

²⁵¹ Marco Biagi fu assassinato a Bologna il 19 marzo 2002 da un commando di terroristi appartenenti alle Nuove Brigate Rosse. Quella mattina in prima pagina sarebbe stato pubblicato il suo ultimo articolo su *Il Sole24Ore* dal titolo “*Chi frena le riforme è contro l'Europa*”, disponibile all'indirizzo web www.ilsole24ore.com/.

²⁵² Cfr. E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*. Rubettino Editore, Soveria 2010, p. 21 ss.

trattamenti economici, le tutele sindacali e la completezza delle tutele previdenziali.

Il giuslavorista bolognese era consapevole che la diffusione dei contratti di lavoro flessibili avrebbe comportato una destrutturazione formale e sostanziale del mercato del lavoro e che con il fenomeno della flessibilità che poteva degenerare in precarietà bisognava fare i conti.

Ma sottolineava, anche, l'esigenza di portare a compimento un reinquadramento negoziale dei rapporti di lavoro per evitare che il sistema produttivo ricorresse, come aveva fatto fino a quel momento, alle tante vie di fuga, quali l'immersione nell'illegalità, le delocalizzazioni e le *fluidificazioni* organizzative, per eludere quella parte dello Statuto dei Lavoratori relativa ai licenziamenti e ai diritti sindacali in azienda.

Inoltre, bisognava garantire alle nuove generazioni, per cui era diventato sempre più difficile usufruire di contratti di lavoro a tempo indeterminato, nuovi canali di accesso al mercato del lavoro, strategie volte alla valorizzazione del capitale umano per ridare slancio allo sviluppo e combattere il disagio sociale esistente.

Biagi, dunque, non ha istituito alcuna forma nuova di lavoro a termine, ma si è limitato a regolare in modo più restrittivo - rinominandoli – tipi contrattuali che già esistevano da decenni²⁵³, nell'ottica di un'operazione di pura trasparenza ed inquadramento.

Ed anche le soluzioni apparentemente più innovative, come si è detto, sono state recuperate da prassi già sperimentate con quale sotterfugio in Italia ed ufficialmente negli altri Paesi europei.

Un'opera volutamente non compiuta quella di Marco Biagi che rimandava alla contrattazione sindacale, a cui rinvia ben quarantadue volte, il compito di arricchire di contenuti innovativi i rapporti di lavoro, che mal si adeguano alla rigidità della legge e che trovano nel confronto tra gli attori sociali la base per la loro più naturale evoluzione.

Inoltre, nel Libro Bianco furono dedicate cinque fittissime pagine al sistema degli incentivi ed ammortizzatori per promuovere l'occupazione e sostenere le

²⁵³ Cfr. P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*. Ed. Oscar Mondadori, Milano 2012, p. 60 ss.

fasi di inattività lavorativa: ma, purtroppo, nulla di tutto ciò fu poi tradotto in interventi legislativi.

1.11 *Verso principi comuni di flessicurezza ed aggiustamenti normativi prima della (Contro-) Riforma Fornero.*

Nel 2005 la Commissione europea unitamente al Consiglio comincia a parlare di *flexicurity*²⁵⁴, sottolineando la necessità di favorire – al contempo – flessibilità e sicurezza occupazionale e ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, con il necessario coinvolgimento delle parti sociali. Successivamente, con il Libro Verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo* del 2006²⁵⁵, la Commissione europea designa la *flexicurity* come il nuovo paradigma di riferimento per i mercati del lavoro europei e, dunque, incentrando la sua azione in materia di politiche del lavoro sulla definizione di *flexicurity* quale espressione che sintetizzi *flexibility* e *security*, flessibilità e sicurezza. Un mercato del lavoro che, sul modello di alcuni Paesi nordeuropei, fosse in grado di esprimere una notevole flessibilità in materia di assunzioni e licenziamenti, garantendo al contempo sicurezza – attraverso gli ammortizzatori sociali ed un efficace sistema di formazione permanente – non solo a chi è occupato, ma anche a coloro che si trovano ad essere disoccupati. Ecco, quindi, dove risiede la principale novità concettuale e cioè lo scambio tra la riduzione della tutela del posto di lavoro in quanto tale, con la sicurezza del mercato del lavoro, investendo nelle politiche attive del lavoro, in sussidi efficaci ed efficienti, nella formazione, nella riqualificazione professionale sul modello danese che viene spesso citato.

Tali aspetti sono stati nuovamente ripresi nella famosa comunicazione della Commissione europea, *Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e sicurezza*²⁵⁶, in cui, partendo

²⁵⁴ Per un approfondimento sul tema della flessicurezza si rimanda al Capitolo IV, *Oltre la flessibilità: soluzioni contro la precarietà*.

²⁵⁵ Il Libro Verde COM(2006) 708 è disponibile all'indirizzo web: <http://eur-lex.europa.eu>.

²⁵⁶ La comunicazione della Commissione *Verso principi comuni di flessicurezza. Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e sicurezza* (COM(2007)359) è disponibile all'indirizzo web <http://europa.eu/>.

dal Libro Verde e dalla pubblicazione del rapporto redatto dal Gruppo di esperti di alto livello istituito dalla stessa Commissione nel luglio del 2006, si sottolinea che, nonostante tutti i Paesi membri dell'Unione si trovino ad affrontare le medesime problematiche connesse alla globalizzazione, è altresì vero che, considerando la diversità delle singole realtà nazionali, non è agevole individuare un'unica *ricetta* valida per tutte le situazioni e per tutti, oggi ventotto, Paesi membri. E ciò anche in relazione alle diverse attitudini e tendenze delle politiche nazionali che mirano ad accrescere o la flessibilità per le imprese o la sicurezza per i lavoratori, in una logica di contrapposizione e antitetica a quella che viceversa sostiene che flessibilità e sicurezza non sono in contrapposizione l'una con l'altra ma rappresentano esigenze complementari per i lavoratori e per le imprese. A tal fine, però, si evidenzia la necessità di combattere gli stereotipi che accomunano la flessibilità alla deregolamentazione dei mercati e quindi al precariato per i lavoratori; e l'idea che la sicurezza rappresenti un vincolo per i datori di lavoro e quindi rigidità che si ripercuotono sul mercato imbrigliandolo.

Partendo anche dalla Comunicazione della Commissione possono essere individuati dei principi comuni e condivisibili dai membri dell'Unione per ciò che si intende per *flexicurity*: 1) ricerca di formule contrattuali al contempo flessibili e affidabili; 2) punto di sintesi tra i diritti dei lavoratori e responsabilità delle imprese; 3) adattabilità della flessicurezza ai differenti mercati del lavoro europei; 4) promozione di un binario doppio per la flessicurezza: all'interno dell'impresa e nel sistema delle imprese; 5) flessibilità in grado di veicolare il dialogo sociale²⁵⁷ e promuovere l'accesso ad un'occupazione di qualità.

Su tali principi, i singoli Stati avrebbero dovuto ispirare le loro politiche nazionali del lavoro.

²⁵⁷ Per la letteratura sul dialogo sociale cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*. Ed. CEDAM, Padova 2007, p. 415; F. GUARRIELLO, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale*. F. Angeli Editore, Milano 1992; R. NUNIN, *Il dialogo sociale europeo*. Giuffrè Editore, Milano 2001, p. 16 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Parti sociali e contratto collettivo dell'Unione europea*. Giappichelli Editore, Torino 1998, p. 37 e ss.. Sul ruolo della contrattazione collettiva in ambito comunitario, cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*. Giuffrè Editore, Milano 1999.

In questo contesto europeo, l'Italia, dal 2006, anno del cambio di governo, fino al 2008, che ha segnato l'inizio della crisi economica mondiale, si è limitata a porre in essere delle riforme che apportavano semplici correttivi in materia di stabilizzazione dei contratti temporanei e di limitazione all'utilizzo delle forme contrattuali *non standard*.

L'intento non era quello di demolire le riforme precedenti, sebbene con l'avvento della nuova maggioranza di centrosinistra nell'aprile del 2006 si intensificarono le pressioni – provenienti, tra l'altro, da esponenti dello stesso governo - per l'abrogazione o, quanto meno, per la modifica radicale dei provvedimenti in materia di lavoro contenuti nella Legge Biagi.

I dati sull'occupazione, infatti, avevano evidenziato un consistente aumento delle assunzioni attraverso tipologie contrattuali atipiche, ponendo al centro del dibattito le inevitabili conseguenze in termini di precarietà del lavoro²⁵⁸.

E fu così che il governo e le parti sociali nel luglio 2007, dopo una lunga concertazione, giunsero a sottoscrivere un accordo – il *Protocollo su previdenza, lavoro e competitività*²⁵⁹ - che, dopo essere stato confermato a larga maggioranza da un *referendum* indetto dalle principali organizzazioni sindacali²⁶⁰, fu tradotto in provvedimento legislativo con l'approvazione di un collegato alla finanziaria per il 2008 – legge n. 247 del 24 dicembre 2007²⁶¹, sebbene da più parti si sottolinearono le evidenti discrasie tra il testo dell'accordo e le nuove disposizioni normative.

Il nuovo provvedimento, di difficile lettura con un unico articolo e ben novantaquattro commi, oltre a contenere interventi in materia previdenziale e di ammortizzatori sociali, apportava delle modifiche ad alcuni aspetti riguardanti i rapporti atipici.

Molte delle previsioni in esso contenute non erano immediatamente operative ma in qualche caso la legge conteneva norme di delega al governo per la

²⁵⁸ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, cit., p. 86 ss.

²⁵⁹ Per un'ampia analisi del Protocollo sul Welfare si rimanda a L. MENGHINI, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, in *Lavoro e giur.*, 2007, p. 961 ss.

²⁶⁰ L'intesa fu firmata con riserva da parte della CIGL, approvata dall'80% dei lavoratori, ma non dalla FIOM, innestando fortissimi contrasti all'interno della maggioranza parlamentare che sosteneva il secondo Governo Prodi.

²⁶¹ Per un'accurata analisi del Protocollo sul Welfare cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 68/2008 disponibile all'indirizzo web: <http://csdle.lex.unict.it/>.

revisione di importanti settori della normativa lavoristica²⁶², oppure richiedeva l'adozione di decreti ministeriali di attuazione o l'azione integrativa della contrattazione collettiva.

Per ciò che riguarda il contratto a tempo determinato, l'art.1, comma 39 della l. n. 247/2007 prèmette all'art.1 comma 1 del d.lgs. n. 165/2001 la previsione che *“il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”*, riaffermando il rapporto di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato originariamente contenuta nella l. n. 230/1962 e cancellato dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 (oggi art. 2), che, richiamando le previsioni contenute nella direttiva n. 99/70/CE, prevedeva che l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato fosse consentito in presenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo. Parte della dottrina, infatti, nel commentare la suddetta disciplina, aveva segnalato come l'inserimento di una clausola generale per l'individuazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine poteva far dedurre una perfetta alternatività tra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato²⁶³.

Con l'art. 1, comma 40, della l. n. 247/2007 viene, inoltre, modificata la precedente normativa contenuta nell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 nella parte in cui prevedeva la possibilità di reiterare le assunzioni a tempo determinato un numero illimitato di volte, purché trascorsi 10 o 20 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro precedente, rispettivamente per contratti inferiori o superiori a sei mesi.

La legge n. 247 del 2007 stabilisce, infatti, il limite di 36 mesi della durata massima della prestazione per mansioni equivalenti, ottenuta sommando i rapporti lavorativi, anche non continuativi, e prevede, inoltre, la possibilità di derogare a tale vincolo una sola volta attraverso il rinnovo da stipularsi con l'assistenza di un rappresentante appartenente ad una delle organizzazioni

²⁶² Ad esempio, per la riforma degli ammortizzatori sociali (art. 1, comma 28) e degli incentivi all'occupazione (art. 1, comma 30); nonché al riordino della normativa in materia di occupazione femminile (art. 1, comma 81).

²⁶³ Cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit. p. 3. In tal senso, anche, M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*. Giuffrè Editore, Milano 2002, p. 90 ss.

sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale²⁶⁴: si parla, pertanto, di derogabilità assistita²⁶⁵, come avviene nella trasformazione del rapporto di lavoro da *full-time* a *part-time* o nel caso delle dimissioni della lavoratrice madre, o di *flessibilità negoziata*²⁶⁶.

La stipulazione *assistita* ha lo scopo di avvertire il lavoratore che l'ulteriore contratto a termine costituisce un'eccezione alla previsione della legge e che, una volta concluso nella sede indicata, non potrà agire per far dichiarare l'intervenuta conversione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato. Il presupposto è che, dunque, il termine dei 36 mesi venga superato proprio attraverso la conclusione dell'ulteriore contratto – escluso dal computo dei periodi di lavoro necessari ad integrare la fattispecie del comma 4-*bis* dell'art. 5 - secondo la procedura indicata, facendo venire meno la posizione di chi, in dottrina, ha posto il dubbio circa la convenienza del lavoratore a “preferire una nuova occupazione precaria alla possibilità di agire in giudizio per farsi riconoscere l'intervenuta conversione”²⁶⁷, facendo presupporre che la fattispecie si sarebbe perfezionata *prima* della nuova stipulazione.

Sempre secondo le previsioni del richiamato comma 4-*bis* la durata massima – intesa come tetto massimo di durata all'interno della quale può essere individuata la durata concreta del contratto ulteriore- è stabilita da avvisi comuni tra le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro²⁶⁸. L'aspetto innovativo della previsione risiede proprio nel riferimento ad *avvisi comuni* che, ricalcando la terminologia di stampo comunitario²⁶⁹, si distinguono dai contratti collettivi e si intendono

²⁶⁴ La stipulazione del contratto deve avvenire presso la Direzione Provinciale del Lavoro competente per territorio ed il lavoratore deve essere assistito da un rappresentante sindacale delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative cui aderisce o conferisce mandato *ad hoc*.

²⁶⁵ Cfr. R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Cacucci Editore, Bari 2007.

²⁶⁶ G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, cit., p. 791

²⁶⁷ M. TATARELLI, *La novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida Lav.*, n. 2-2008, p. 114 nel richiamo di C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., pp. 11-12.

²⁶⁸ Sul criterio della maggiore rappresentatività cfr., tra gli altri, P. CAMPANELLA, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*. Giuffrè Editore, Milano 2000; L. SILVAGNA, *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999.

²⁶⁹ Ad esempio, nel dialogo sociale si è richiamata spesso la fattispecie dei pareri comuni.

stipulati a livello interconfederale con l'intenzione di rappresentare l'orientamento delle parti sociali in una determinata materia²⁷⁰.

Con riferimento ai requisiti sostanziali, il citato comma 4 – *bis* fa riferimento all'equivalenza e non all'identità delle mansioni, il cui giudizio dovrà essere effettuato tenendo conto dell'ormai consolidata interpretazione giurisprudenziale in materia di equivalenza professionale: non tanto e non solo riferita all'identità di inquadramento contrattuale delle mansioni ma anche al contenuto professionale delle stesse inteso “*come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nelle pregressa fase del rapporto*”²⁷¹.

La nuova disciplina trova origine nella clausola 5 della direttiva 99/70/CE che riconosce agli Stati membri la possibilità di introdurre le previsioni di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti a tempo determinato, ovvero un limite di durata massima dei contratti di lavoro a termine tra le medesime parti, o, infine al numero dei rinnovi.

Con l'art. 5, comma 4- *bis*, il legislatore italiano ha scelto di introdurre la seconda delle misure ipotizzate dalla direttiva prevedendo un limite di durata massima di 36 mesi per i contratti a termine stipulati tra i medesimi soggetti. La norma non prevede però un arco temporale di riferimento, laddove il limite riguarda l'intera vita lavorativa; la correttezza di tale interpretazione è dimostrata anche dall'inciso riferito ai periodi di intervallo tra un contratto e l'altro che possono anche essere di considerevole durata senza far venire meno l'applicabilità della norma.

Ma tale previsione del limite apparve fin da subito più di facciata che necessaria: il fenomeno delle successive assunzioni a termine dello stesso lavoratore per mansioni equivalenti non presentava problemi per l'assenza di un contenzioso nel settore privato che sembrava in tutto o in parte superato e

²⁷⁰ La non coincidenza tra avvisi comuni e contratti collettivi si evince dal nuovo comma 4-*ter* dell'art. 5 che fa riferimento ad ipotesi individuate da “*avvisi comuni e contratti collettivi*”, cfr. *infra*. Su esempi di avvisi comuni, si veda R. DELVECCHIO, *L'avviso comune Confindustria – CIGL, CISL, UIL sul recepimento della Direttiva della Comunità europea n. 104 del 1993*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, p. 511 ss.; Avviso comune 4 ottobre 2006 di Confindustria, CGIL, CISL, UIL sull'attuazione della circolare ministeriale in materia di *call center*, reperibile sul sito della Fondazione Marco Biagi all'indirizzo web <http://www.fmb.unimore/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo2698.html>.

²⁷¹ Cass. 26 luglio 2006, n. 11108, in *D&L*, 2006, p. 1117 ss, con nota di M. ORLANDO. Cfr. A. OCCHIPINTI, G. MIMMO, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*. Giuffrè Editore, Milano 2002.

per il quale esistevano già strumenti di tutela rappresentati dall'istituto della negoziazione in frode alla legge²⁷².

Come è noto, la possibilità di dimostrare l'esistenza di una frode alla legge al di fuori di delle ipotesi di successione illegittima espressamente regolate era già prevista dall'art. 2, comma 2, della l. n. 230/1962. Tale previsione, che è stata cancellata dall'art. 12 della l. n. 196/1997 e poi confermata dal d.lgs. n. 368/2001, non ha fatto venire meno, secondo la dottrina prevalente, tale possibilità, ritenuta ammissibile *ex art.* 1344 c.c.²⁷³.

Oggi invece il ricorso a quest'ultima disposizione codicistica sembra residuale, anche se non esclusa *a priori*: indici rivelatori della frode possono essere considerati, ad esempio, la stipulazione di numerosi contratti a termine, la continuità temporale degli stessi, la brevità del periodo intercorrente tra gli uni e gli altri²⁷⁴. Il ricorso reiterato al contratto a termine, dunque, è sufficiente ad indicare un'esigenza stabile di utilizzo delle prestazioni del lavoratore da parte del datore di lavoro²⁷⁵.

La normativa del 2007 appariva, dunque, il manifesto politico ed elettorale volto a ribadire ciò che già era stato generalmente affermato, ovvero che il contratto di lavoro subordinato è stipulato di norma a tempo indeterminato.

Esclusi dall'applicazione di tale limite alla successione dei contratti a tempo determinato sono i lavoratori stagionali (art. 5, comma 4- *ter*): si fa riferimento alle attività indicate dal d.P.R. n. 1525 del 1963 adottato in attuazione delle previsioni di cui all'art. 1, comma 2, lett. *a*), della l. n. 230/1962, nonché dalle attività individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Occorre precisare che anche le ipotesi previste dai contratti collettivi devono avere carattere necessariamente stagionale. Resta escluso dall'applicazione del

²⁷² Sul punto, cfr. M. MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, II edizione. Ed. Ipsoa Milano 2010, p. 239 nel richiamo di L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in M. Martone, (a cura di) *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Il Contratto e il rapporto del Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci. Ed. CEDAM, Padova 2012, p.244.

²⁷³ M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. Varesi, M. Roccella, *Le assunzioni. Prova a termine nel rapporto di lavoro*, cit., p. 198 ss.

²⁷⁴ Pret. Milano 8 aprile 1933, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1993, p. 829.

²⁷⁵ Cfr. M.ROCCELLA, *op. ult. cit.*, p. 202; G. NICOLINI, *Il lavoro a tempo determinato*. Ed. Simone, Napoli 2003, p. 105.

limite dei 36 mesi il rapporto di lavoro dei dirigenti laddove l'art. 1 comma 41, lett. c) introduce la precisazione nell'art. 10, comma 4 del d.lgs. n. 368 del 2001 secondo la quale la stipulazione dei contratti di lavoro a termine con i dirigenti può avvenire “*in deroga a quanto previsto dall'art. 5, comma 4 – bis*”²⁷⁶; e restano escluse dal campo di applicazione del d. lgs. n. 368/2001 tutte le altre fattispecie individuate dal medesimo art. 10.

Un'importante novità introdotta dalla l. n. 247/2007 è senza dubbio rappresentata dalla riproposizione del diritto di precedenza dei lavoratori a termine nel caso di nuove assunzioni effettuate dal datore di lavoro²⁷⁷.

Tale diritto era già previsto dall'art. 23 della l. n. 56 del 1987 per i soli lavoratori stagionali e per i lavoratori assunti in occasione delle punte stagionali di attività ma fu cancellato dal d.lgs. n. 368 del 2001 che aveva, però, affidato alla contrattazione collettiva la sua eventuale reintroduzione, limitandola alle ipotesi di assunzione “*con la medesima qualifica*”(art. 10, comma 9).

La l. n. 247/2007 disciplina nuovamente, con i nuovi commi 4-*ter*, di portata generale, e 4- *quarter* , riservato ai lavoratori stagionali, il diritto di precedenza abrogando i commi 9 e 10 dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, anticipando di qualche settimana la pronuncia di illegittimità costituzionale delle medesime norme, nonché di quella contenuta nell'art. 11, comma 2, nella parte in cui abrogava l'art. 23, comma 2, della l. n. 56 del 1987 per violazione dell'art. 77, comma 1, Cost²⁷⁸.

²⁷⁶ Precisazione ridondante dal momento che il medesimo comma 4 dell'art. 10 prevede per il lavoro dirigenziale l'esclusione dal campo di applicazione dell'intero d.lgs n. 368/2001, fatta eccezione per gli artt. 6 e 8. Cfr. L. M. DENTICI, *Esclusioni dal campo di applicazione del D.lgs. 368/2001 e discipline specifiche*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, Torino 2003, p. 153 ss; F. PASQUINI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*. Giuffrè Editore, Milano 2002, p. 279 ss.; F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 1089 ss.

²⁷⁷ M. MARINELLI, *Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, 2003, p. 157 ss.

²⁷⁸ Cfr. Corte Cost. 25 febbraio 2008, n. 44, reperibile all'indirizzo web www.giurcost.org.

La Corte Costituzionale in quest'occasione ha sottolineato come le disposizioni sul diritto di precedenza contenute nell'art. 23 della l. n. 56/1987 e nell'art. 8 – *bis* della l. n. 79 del 1983 non rientravano né nel campo di applicazione della direttiva n. 70 del 1999 né nel perimetro tracciato dal legislatore delegante, come era già stato sottolineato da molti (vedi *supra*). Tale pronuncia dimostra l'accoglimento della Corte della teoria della vincolatività della clausola di non regresso (cfr. Corte di Giustizia 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, v. *infra*) .

La nuova disciplina prevista dalla l. n. 247/2007 riconosce a tutti i lavoratori a termine, inclusi i lavoratori stagionali a determinate condizioni, un generale diritto di precedenza: ovvero, lo si riconosce al lavoratore che abbia prestato attività lavorativa in esecuzione di uno o più contratti a termine per un periodo complessivo di almeno sei mesi; il lavoratore deve manifestare la volontà di avvalersi del diritto di precedenza nelle assunzioni che il datore di lavoro effettua nei dodici mesi successivi per le mansioni già espletate entro sei mesi²⁷⁹ dalla cessazione del contratto a termine²⁸⁰.

In ogni caso, il diritto di precedenza si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro. Conviene in questa sede precisare che le mansioni svolte durante i sei mesi indicati dalla legge devono essere le medesime per le quali il datore di lavoro procede a nuove assunzioni, escludendo l'ipotesi che il diritto di precedenza riguardi tutte le mansioni svolte presso la stessa azienda, anche in esecuzione di più contratti a termine²⁸¹.

Ciò sembra trovare conferma nella *ratio* della norma che intravede nello svolgimento della medesima attività per un dato periodo di tempo l'acquisizione da parte del lavoratore dell'idoneità allo svolgimento, in via definitiva, delle mansioni pattuite. E se si guarda alla durata massima del patto di prova ex art. 10 della l. n. 604/1966 che coincide con quella del periodo che determina l'insorgenza del diritto di precedenza, non è facile contraddire coloro che hanno ridotto il contratto a termine a mero strumento di selezione

²⁷⁹ Il periodo di sei mesi si riferisce all'intero arco della vita lavorativa e si devono prendere in considerazione solo i periodi di lavoro successivi all'entrata in vigore della legge.

²⁸⁰ Non sono mancate critiche circa questa disposizione che pone dubbi sia per il lavoratore che è vincolato a rendere una dichiarazione in forma tale da poterla provare in caso di controversia, sia per il datore di lavoro nei sei mesi non è in grado di sapere, in caso di nuove assunzioni se debba o meno rispettare il diritto di precedenza dei lavoratori assunti a termine nel periodo antecedente. Sarebbe stato, dunque, preferibile limitare sì la durata del diritto ma senza subordinarlo alla dichiarazione del lavoratore. Cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., p. 17.

²⁸¹ La norma appare ambigua laddove non sembrerebbe subordinare il diritto di precedenza allo svolgimento delle medesime mansioni per tutto il periodo stabilito. La norma, infatti, si riferisce alle prestazioni di attività lavorative per un periodo superiore a sei mesi in esecuzione di uno o più contratti a termine, senza specificare per quali mansioni, prevedendo unicamente che il diritto sorge con riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento a mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine.

del personale che è invece propria di altri dispositivi, come, appunto, il patto di prova²⁸².

Accanto all'ipotesi generale, viene di nuovo riconosciuto il diritto di precedenza anche ai lavoratori stagionali in relazione alle assunzioni effettuate dal datore di lavoro, entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, per le medesime attività stagionali, che implicherebbe l'estensione del diritto a tutte le mansioni riconducibili all'attività stagionale²⁸³.

Ma, è il caso di dirlo, ciò non sembra supportato né dal tenore letterale della norma né dalla *ratio* della stessa che intravede l'interesse per il datore di lavoro a riassumere i lavoratori già impiegati in ragione della capacità acquisita nello svolgimento delle precedenti mansioni.

Il lavoratore stagionale deve manifestare la sua volontà di avvalersi del diritto di precedenza entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto ed il diritto si estingue entro un anno dalla medesima data.

Per ciò che riguarda il ruolo della contrattazione collettiva, il comma 41 dell'art. 1 sostituisce le lettere c) e d) dell'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001 restituendo alla stessa il compito di definire i limiti percentuali di ammissibilità dell'utilizzo dei contratti a termine stipulati per l'intensificazione di attività in determinati periodi dell'anno (punte stagionali), quelli stipulati per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale, quelli genericamente destinati a favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro e stipulati al termine di un periodo di tirocinio o *stage*²⁸⁴.

Per quanto riguarda il *part-time*, l'art. 1, comma 44, della l. n. 247/2007 ritorna sulle modalità di inserimento delle clausole elastiche richiedendo nuovamente per la legittima apposizione delle stesse il c.d doppio filtro come previsto dalla versione originaria del d.lgs. n. 61/2000: ovvero, che da un lato la possibilità di

²⁸² Cfr. A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nel Protocollo del luglio 2007*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 699. L'autore ha intravisto nel contratto a termine "la funzione di sperimentazione in vista dell'occupazione stabile dei più meritevoli".

²⁸³ Come sostiene, ad esempio, M. TARTARELLI, *La novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 115.

²⁸⁴ Esenti dai limiti, i contratti a termine stipulati per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi (nuova lettera c) art. 10, comma 7) e i contratti stipulati con i lavoratori di età superiore ai 55 anni (nuova lettera d).

introdurre clausole flessibili ed elastiche fosse prevista da contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, dall'altro è altresì richiesto il consenso del lavoratore, formalizzato attraverso un apposito patto scritto (vedi art. 3, comma 9, d.lgs. n. 61 del 2000). Fu il risultato di una riflessione, già frequente in dottrina, circa il critico affidamento alla sola volontà di individuale la possibilità di introdurre clausole elastiche o flessibili nel contratto, derogando alla disciplina legislativa.

Ciò con lo scopo di tutelare il fine ultimo del *part-time*, ovvero la flessibilizzazione di una tipologia contrattuale che rispetti le esigenze di libera disponibilità del tempo di non lavoro da parte del lavoratore e le istanze di flessibilità delle imprese.

La nuova disciplina non considera più sufficiente il semplice consenso delle parti per l'apposizione delle clausole come sottolineato anche dall'abrogazione dell'art. 8, comma 2-ter, secondo il quale, in assenza di contratti collettivi²⁸⁵, le clausole flessibili ed elastiche potevano essere apposte mediante accordo tra datore e lavoratore; i contratti collettivi a cui si fa rinvio devono essere integralmente applicati dal datore di lavoro e, qualora il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo, non possono essere apposte clausole flessibili o elastiche²⁸⁶.

Nemmeno l'innalzamento da due a cinque giorni del termine minimo della durata del preavviso operato dall'art. 1 comma 44, lett. c), fatte salve le intese delle parti, sembra comportare una limitazione al potere datoriale laddove quest'ultimo si estende per l'intera durata del contratto. Difatti, l'abrogazione del c.d. diritto di ripensamento disposto dal d. lgs. n. 276/2003 impedisce che il lavoratore possa far valere successivamente sopravvenute esigenze di cura o più generalmente di vita²⁸⁷: l'art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61 del 2000 prevedeva, infatti, un diritto di ripensamento o denuncia consistente nella

²⁸⁵ Da più parti è stato sottolineato che l'ipotesi che il contratto collettivo applicato al datore di lavoro non contenga alcuna disciplina in materia di clausole elastiche e flessibili appare remota e, di conseguenza, il ruolo della volontà individuale continua a restare molto limitato. Cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., pp. 23- 24.

²⁸⁶ Cfr. M. BROLLO, *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, in *Lav. Giur.*, 2004, pp. 252 e ss.

²⁸⁷ C. ALESSI, *op.ult.cit.*, p. 25. Per un ampio dibattito cfr. A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Mass. Giur. Lav.* 2000, p. 492 ss.; A. REALE, *Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in *Mass. Giur. Lav.* 2000, p. 1273.

possibilità di recedere unilateralmente dal patto di variabilità in presenza di alcune esigenze espressamente individuate dalla legge.

Un possibile contenimento all'eventuale obbligo imposto al lavoratore a svolgere la prestazione secondo la variazione richiesta dal datore di lavoro può essere rintracciato nei contratti collettivi che possono prevedere strumenti che in qualche modo tutelano le esigenze del lavoratore²⁸⁸.

Viene inoltre prevista una priorità nella trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale nei casi individuati dai commi 2 e 3 dell'art. 12 – *bis* introdotti dalla l. n. 247/2007.

La prima ipotesi riguarda i casi in cui i genitori, i figli o il coniuge del lavoratore o della lavoratrice siano affetti da patologie oncologiche, non richiedendo la norma che si tratti di persone conviventi con il coniuge, sebbene dubbi interpretativi permangano nel caso di coniuge legalmente separato.

La seconda ipotesi riguarda il lavoratore che assiste una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa, che sia incapace di compiere atti quotidiani nella vita.

L'ultima ipotesi attiene la richiesta del lavoratore o lavoratrice con figli conviventi di età inferiore a 13 anni, o con figli conviventi portatori di *handicap*, senza limiti di età²⁸⁹.

Il diritto di priorità sopra descritto può essere esercitato solo quando il datore di lavoro intenda assumere lavoratori a tempo parziale non trattandosi di un diritto potestativo.

Ma il datore di lavoro che è obbligato a dare informazione sulle assunzioni a tempo parziale (art. 5, comma3, l. n.61/2000) deve tener conto della posizione preferenziale dei lavoratori²⁹⁰ che si trovano in una delle ipotesi previste dai commi 2 e 3 dell'art. 12 – *bis*. Alla contrattazione collettiva è riconosciuto il

²⁸⁸ S. SCARPONI, *Il lavoro a tempo parziale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” - n. 18/2004, disponibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>, p. 21 ss.

²⁸⁹ Cfr. M. TIRABOSCHI, P. TIRABOSCHI, *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *Dir.Rel. Ind.*, 2006, p. 524 ss.

²⁹⁰ F.BANO, *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, 2004, p.124 ss.; M. BROLLO, *Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, in *Il lavoro a tempo parziale. Decreto legislativo n. 61/2000*, per la collana *Leggi e lavoro*. Ed. Iposa, Milano 2001.

compito di individuare criteri applicativi sia per le domande ordinarie che per le situazioni di priorità.

Anche in assenza di tali previsioni il datore di lavoro deve motivare il mancato rispetto dell'eventuale priorità del lavoratore in virtù della gravità delle situazioni legittimanti²⁹¹.

Ma le maggiori novità riguardarono l'abolizione, rispettivamente ai commi 45 e 46 dell'art. 1, dello *staff leasing* e del lavoro intermittente che verranno poi ripristinati nel 2008. L'abrogazione della precedente disciplina di questi due istituti rispondeva, senza dubbio, alla scarsa utilizzazione degli stessi come evidenziata dalla prassi, ma anche all'esigenza di eliminare le forme di flessibilità più esasperate, in ossequio all'operare di "*dinamiche non tecniche, bensì politiche*"²⁹².

Per quanto riguarda lo *staff leasing*, l'art. 1, comma 46, l. n. 247/2007 abolisce il suddetto contratto di somministrazione a tempo indeterminato che aveva costituito una delle principali novità del d. lgs. n. 276 del 2003. Si trattava di un contratto poco utilizzato nella prassi ma la sua abolizione riveste senza dubbio una valenza simbolica dal momento che mira a ribadire che un'esigenza stabile di lavoro deve essere soddisfatta con prestatori di lavoro a tempo indeterminato assunti e retribuiti dal soggetto che ne utilizza la prestazione²⁹³.

La l. n. 247 del 2007 abroga anche il contratto di lavoro intermittente che fin dalla sua introduzione era stato oggetto di forti critiche sia per le difficoltà di inquadramento sistematico della fattispecie, sia per i dubbi di legittimità

²⁹¹ Dal punto di vista della sanzione, si può prospettare per il lavoratore un diritto alla trasformazione del rapporto, oltre che al risarcimento del danno alla luce dell'importanza degli interessi sottesi alla previsione legale.

²⁹² G. ZILIO GRANDI, *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?* In *DRI*, 2007, p. 787 ss.

²⁹³ L'abolizione dello *staff leasing* comporta la caducazione di tutte le disposizioni connesse alle Agenzie per il lavoro specialiste abilitate allo svolgimento di somministrazione a tempo indeterminato. Tali Agenzie potranno però chiedere di essere ammesse a svolgere l'attività di somministrazione a tempo determinato, integrando il capitale versato e la garanzia pecuniaria. Ma resta aperta la possibilità per le stesse di assumere a tempo indeterminato i dipendenti destinati alla somministrazione dal momento che l'abolizione del solo contratto commerciale stipulato tra Agenzia ed utilizzatore, non tra agenzia e lavoratore per il quale continua ad applicarsi l'art. 20, comma 3, d. lgs. n. 276/2003 circa la corresponsione dell'indennità di mobilità. Cfr. V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Ed. Ediesse, Roma 2004, p. 28 ss.

costituzionale circa la facoltà del datore di lavoro di chiamare *ad libitum* il dipendente ogni volta che insorgesse una necessità organizzativa²⁹⁴.

Viene riconosciuto alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre la tipologia in esame per i settori del turismo e dello spettacolo, al fine di evitare il ricorso a forme di lavoro irregolare e sommerso, pur sempre nel rispetto dei principi contenuti nella legge²⁹⁵.

Le ipotesi introdotte dalla contrattazione collettiva dovranno indicare necessariamente le esigenze oggettive che legittimeranno la stipulazione del contratto ma anche l'indicazione dei periodi di tempo nei quali potrà richiedersi la prestazione. Alla contrattazione collettiva spetterà anche la determinazione dell'indennità di disponibilità, il cui importo minimo in precedenza era stabilito con decreto del Ministero del Lavoro, sentite le organizzazioni sindacali più rappresentative²⁹⁶.

La legge n. 247/2007, dunque, prosegue sulla strada già intrapresa, seppur timidamente, dalla Legge Treu e proseguita, con maggiore convinzione, dalla Legge Biagi, di codificazione dei rapporti di lavoro non a tempo pieno ed indeterminato, attraverso un loro più chiaro inquadramento e un rafforzamento delle tutele sociali, decretando ufficialmente il tramonto del modello garantista degli anni Sessanta.

Dal 2008, l'Italia si troverà a fronteggiare la crisi economica mondiale che, scoppiata negli Stati Uniti, avrà effetti dirompenti ed imprevisi in tutti i Paesi europei soprattutto a causa della crisi del debito sovrano.

Nello stesso anno, si assiste ad un repentino cambio di maggioranza: a soli due anni dal suo insediamento, il secondo Governo Prodi cede il passo al terzo Governo Berlusconi.

La nuova maggioranza di centrodestra, tornata al potere sull'onda di un largo consenso popolare, costruito su un tipico programma conservatore, trovò nel

²⁹⁴Cfr. C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, cit., p. 31; A. PERULLI, *Il lavoro intermittente*, in ID., *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2004.

²⁹⁵ Cfr. C. ALESSI, *op.ult.cit.*, p. 32 ss.

²⁹⁶ L'art. 1, comma 49, in esame non era immediatamente operativo ma rinviava ad un decreto ministeriale da emanare per la definizione delle modalità degli adempimenti amministrativi connessi all'instaurazione, allo svolgimento e alla cessazione del rapporto di lavoro, nonché i profili previdenziali dell'indennità di disponibilità.

pubblico impiego il bersaglio più facile da colpire e riformare per il contrasto fra lo stato privilegiato derivante dall'aver un posto fisso, a reddito garantito e ad impegno orario contenuto, e lo scarso rendimento percepito dall'utente²⁹⁷.

Il che ha inevitabilmente messo sulla difensiva sia l'opposizione, che proprio nell'impiego pubblico aveva trovato un bacino elettorale privilegiato; sia la parte sindacale, che nel personale della p.a. vantava il più alto tasso di sindacalizzazione²⁹⁸.

La nuova compagine governativa, sulla base del Libro Verde sul Welfare²⁹⁹, ha fin da subito mostrato un cambiamento di rotta nell'ambito delle politiche di flessibilità del lavoro reintroducendo l'istituto del lavoro intermittente e della somministrazione a tempo indeterminato (art. 39, comma 11, lett. m,³⁰⁰ del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con l. n. 133 del 6 agosto 2008, la c.d. manovra d'estate).

Sono resi più flessibili sia il vincolo dei 36 mesi per le assunzioni a tempo determinato con lo stesso lavoratore, sia il diritto di precedenza per assunzioni a tempo indeterminato (art. 5, comma 4-bis e *quarter*, del d.lgs. n. 368/2001 così come modificati dai comma 2 e 3 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito in l. n. 133 del 6 agosto 2008).

Per la prima ipotesi, al citato comma 4 – *bis* dell'art. 5 viene aggiunta una clausola di salvaguardia “*fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*” e, quindi, viene prevista la derogabilità del limite temporale di 36 mesi in virtù di diverse disposizioni della contrattazione collettiva nazionale, territoriale o anche aziendale.

²⁹⁷ Vedi *infra*, Capitolo II *La disciplina della flessibilità in entrata nel lavoro pubblico*.

²⁹⁸ F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 18/2004, disponibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 4.

²⁹⁹ Libro Verde “*Sul futuro del modello sociale - La vita buona nella società attiva*” presentato dal Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali Maurizio Sacconi il 25 luglio 2008, disponibile all’indirizzo web www.lavoro.gov.it/

³⁰⁰ Così recita l’articolo: “*Dalla data di entrata in vigore del presente decreto trovano applicazione gli articoli 14, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modifiche e integrazioni*”.

Il legislatore ha voluto rendere più flessibile la disciplina che era stata da poco introdotta, rimettendo alla contrattazione collettiva, anche aziendale, la possibilità di concordare un termine più ampio prima che si abbia la stabilizzazione del rapporto di lavoro, venendo così incontro alle esigenze dell'organizzazione aziendale.

Si è, dunque, fatto ricorso alla derogabilità convenzionale di una norma di legge *semi-imperativa*³⁰¹ da parte dell'autonomia collettiva sia in termini migliorativi – sempre possibile senza una norma legale autorizzativa- sia in termini negativi - per cui è necessaria una specifica disposizione. Tale ipotesi si integra con quella già prevista nell'art. 4 – *bis* dell'art. 5 che dispone che le organizzazioni sindacali sono delegate a specificare, con avvisi comuni, la durata per la quale è possibile stipulare un nuovo contratto a termine presso la Direzione del Lavoro territorialmente competente, una volta superato il limite dei 36 mesi.

Le due ipotesi appaiono perfettamente compatibili e fanno sì che il limite dei 36 mesi possa essere superato agendo sia sulla durata iniziale del limite stesso, sia stipulando un contratto in deroga presso la Direzione del Lavoro competente in base a quanto stabilito dagli avvisi comuni (eventualmente in aggiunta all'effetto scaturente dalla prima deroga).

Per ciò che riguarda il diritto di precedenza, viene modificata soltanto la disciplina nelle assunzioni a tempo indeterminato, non quella per i lavoratori stagionali, né per quanto riguarda la loro esclusione dall'operatività del termine dei 36 mesi, né per ciò che concerne lo specifico diritto di precedenza³⁰².

Anche in questo ambito, la contrattazione collettiva potrà derogare sia *in melius* sia *in peius* alla disciplina contenuta nel comma 4-*quarter* dell'art. 5 prevedendo, a titolo esemplificativo, l'esclusione del diritto di precedenza in determinati settori o attività, anche stabilendo un termine più lungo dei sei mesi di impiego perché i lavoratori possano beneficiare del diritto ad essere preferiti nelle successive assunzioni a tempo indeterminato; in senso migliorativo, i contratti collettivi possono prevedere una dilatazione del termine di 12 mesi

³⁰¹ Cfr. G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*. Giappichelli Editore, Torino 2008, p.49.

³⁰² Cfr. C. MUSELLA, *Il lavoro stagionale*, in G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 130 ss.

che vincola il datore di lavoro o anche meccanismi che rendano più agevole la stabilizzazione di tali rapporti di lavoro.

Ma è sull'aggiunta, alla fine dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 168/2001 che la nuova compagine governativa ha voluto palesare ai propri elettori la pronta attuazione del programma di ripristino delle prerogative aziendali e di apertura verso i rapporti a tempo determinato³⁰³.

Difatti, la nuova norma recita: *“è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro”*.

L'innovazione ribadisce che le ragioni dell'assunzione a termine non devono essere necessariamente straordinarie, occasionali, esterne alle scelte imprenditoriali, ma anche la conseguenza di tali decisioni. Ma, si noti bene, la nuova formula del 2008 viene giustapposta al comma 1 secondo cui *“il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato”*, comma che non è stato abrogato.

Le due questioni, una relativa alla necessaria temporaneità delle ragioni giustificatrici e l'altra all'eccezionalità o meno, quale discriminanti tra il contratto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato, sono state da tempo oggetto di accese diatribe interpretative, alla base di una vera e propria *guerra di religione*³⁰⁴ sotto l'influsso di schieramenti politici opposti.

Il legislatore del 2008 provvede a metterle in connessione tra di loro, facendosi strada nell'ambito delle diverse letture che si è dato della fonte normativa primaria in materia, ovvero della direttiva comunitaria 1999/70/CE, l'affermazione del valore effettivo da attribuire alla clausola secondo cui i contratti a tempo indeterminato sono la formula comune dei rapporti di lavoro.

Un cenno, infine, merita l'introduzione della contestatissima norma che disapplicava per i giudizi in corso il diritto alla conservazione del rapporto per i casi di illegittimità del termine per violazione degli articoli 1, 2 e 4 del d.lgs. n. 368/2001, norma che a tutti era apparsa illegittima e che ha avuto effetti

³⁰³ L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, cit., p. 245

³⁰⁴ G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112*, cit., p. 45.

concreti a beneficio di Poste Italiane S.p.A, prima di essere giustamente dichiarata incostituzionale dalla Consulta per violazione del principio di uguaglianza³⁰⁵.

Dopo un *iter* anomalo e complesso, non senza giusta ragione definito “*uno dei peggiori esempi di vicenda parlamentare finora riscontrati*”³⁰⁶, la maggioranza parlamentare riuscì ad approvare la legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato Lavoro)³⁰⁷, che intervenne a limitare le tutele dei lavoratori occupati sia operando dei tagli di natura sostanziale in tema di lavoro a tempo determinato (commi 5 e 6 dell’art. 32), sia attraverso l’introduzione di meccanismi procedurali che, da una parte, avrebbero reso più difficilmente azionabili i diritti a causa di una nutrita serie di decadenze prima inesistenti; dall’altra, avrebbero offerto la possibilità di cercare la loro soddisfazione attraverso procedure preventive o alternative rispetto al ricorso al giudice (si fa riferimento alla certificazione dei trattamenti in deroga e alla moltiplicazione delle sedi e possibilità conciliative ed arbitrali). Tali strumenti alternativi al processo del lavoro sono da intendere quale soluzione ai voluti ritardi nella riproposizione di cause volte ad ottenere risarcimenti crescenti con il passare del tempo che avevano dato vita “*ad abusi troppo a lungo tollerati da una giurisprudenza lassista*”³⁰⁸; ma sono anche da leggere quale avvio del ridimensionamento del carattere antagonista e conflittuale del diritto del lavoro sostanziale, proprio del secolo scorso, basato sull’asse norma inderogabile – giudice³⁰⁹.

Tornando al citato art. 32 del Collegato Lavoro, il primo comma stabilisce che “*il primo ed il secondo comma dell’articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, sono sostituiti*” e dispone che, per ciò che attiene ai tempi di definizione

³⁰⁵ Corte Costituzionale, 14 luglio 2009, n. 214, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, II, 551, che ha dichiarato incostituzionale l’art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall’art. 21, comma 1-bis, del d.l. n. 112/2008, convertito con l. n. 133/2008.

³⁰⁶ Le parole sono di T. TREU durante il suo *Intervento* alla Tavola rotonda svoltasi presso il CNEL il 23 aprile 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 360.

³⁰⁷ Non mancano critiche in merito all’*iter* del c.d. Collegato Lavoro come affermato da T. TREU che l’ha definito “*uno dei peggiori esempi di vicenda parlamentare finora riscontrato nella mia esperienza*”. *Intervento* alla Tavola Rotonda svoltasi presso il CNEL il 23 aprile 2010, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, p. 360.

³⁰⁸ A. VALLEBONA, *I quarant’anni dello Statuto dei Lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 598.

³⁰⁹ In questo senso, M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *Guida al lavoro, Supplemento, Il Collegato lavoro*. Gruppo24 Ore, ottobre 2010, p. 9.

delle impugnazioni dei licenziamenti, a fini della loro efficacia, è necessario il deposito del ricorso giudiziale entro 270 giorni dall'impugnazione stessa, ovvero la comunicazione da inviare alla controparte della richiesta di tentativo (divenuto facoltativo) di conciliazione o di arbitrato deve effettuarsi entro il medesimo termine dei 270 giorni.

Tali innovazioni in tema di impugnazione del licenziamento appaiono rilevanti ai fini della presente trattazione, trovando esse applicazione ai sensi delle lettere a) e d) del comma 3 dello stesso art. 32, anche ai “*licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto*” e “*all’azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo*”³¹⁰.

L’inserimento del termine dei 270 giorni opera sia in un’ottica deflattiva del contenzioso, sia allo scopo di ridurre il rischio economico per le aziende rientranti nell’ambito di applicazione della c.d. tutela reale, venendo tale rischio ora legato alla durata del processo e non più all’inerzia del lavoratore che poteva incidere sulla determinazione della retribuzione maturata dal licenziamento fino all’eventuale sentenza di reintegrazione nel posto di lavoro e che incontrava il solo limite del termine di prescrizione quinquennale³¹¹.

Si concludeva così, prima della grande Riforma Fornero del 2012, la lunga strada intrapresa dalla l. n. 196/1997 e proseguita negli anni 2000 con la c.d.

³¹⁰ Conviene ricordare che il comma 4 dell’art. 32 afferma che le disposizioni di cui all’articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche: a) ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine; b) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge.

³¹¹ E’ indubbio che i commi 5, 6 e 7 dell’art. 32 del Collegato Lavoro riguardino la nuova disciplina dei rimedi risarcitori previsti a tutela dei lavoratori nel caso di conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminati e di questo si discuterà nel III Capitolo, *Le conseguenze della violazione delle norme sul lavoro flessibile*.

Occorre anticipare che sono sorti problemi circa la portata dispositiva dell’art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 e l’ambito operativo della sanzione indennitaria. Il problema interpretativo ha riguardato la formula “*casi di conversione del contratto a tempo determinato*”. Se questa riguarda esclusivamente i contratti a termine o anche i contratti di lavoro temporaneo e di somministrazione. Di questo si parlerà in seguito.

Legge Biagi ed il c.d. Collegato lavoro, nell'ottica di un allargamento della flessibilità e della delegificazione delle regole del mercato del lavoro.

1.2 La crisi economica e la c.d. riforma Fornero (l. n. 92/2012): le nuove frontiere del lavoro flessibile.

La riforma del lavoro contenuta nella legge 28 giugno 2012 n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, viene approvata da un governo di tecnici, accuratamente scelti e guidati dal professore Mario Monti.

L'insediamento del governo di emergenza fu motivato dall'acuirsi non solo della crisi economica e finanziaria del 2008, ma anche dall'instabilità politica non più sostenibile, a giudizio delle autorità europee ancor prima che dall'*establishment* nostrano.

I tecnici, a cui le maggiori forze politiche presenti in Parlamento furono costretti dalla situazione di emergenza a dare una delega in bianco, introdussero una serie di disposizioni normative volte a rendere il sistema produttivo in grado di *“adattarsi rapidamente a cicli economici e fenomeni competitivi dai ritmi molto più veloci di un tempo”*, al fine di *“realizzare un mercato del lavoro dinamico e inclusivo, idoneo a contribuire alla crescita e alla creazione di occupazione di qualità”*³¹². Si sosteneva la necessità di intervenire sul sistema vigente degli ammortizzatori sociali al fine di eliminare i differenziali di accesso agli istituti di tutela³¹³ e di garantire una protezione sociale adeguata a coloro che sperimentavano una situazione di perdurante disoccupazione e precarietà sociale³¹⁴. L'evoluzione del mercato del lavoro basata su una progressiva flessibilizzazione dei rapporti di lavoro aveva condotto ad una generale instabilità economica e sociale dei lavoratori: la situazione degli individui impiegati con forme contrattuali a termine o atipiche

³¹² Relazione introduttiva al disegno di legge S. 3249 *“Disposizioni per la riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”*, presentato dal Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, Elsa Fornero.

³¹³ Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*. Mondadori Editore, Milano 1996.

³¹⁴ F. FONTANAROSA, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, cit., p. 1.

si venivano a trovare spesso in una condizione di non occupazione aggravata dalla limitata disponibilità degli strumenti di sostegno al reddito nonché dalle scarse possibilità di reimpiego nel breve termine. Anche lo Statuto dei Lavoratori si mostrava incapace di rispondere alle emergenti istanze di protezione sociale provenienti da particolari categorie di individui - i disoccupati e gli inoccupati, ovvero giovani alle prese con la ricerca della prima occupazione - laddove, fino ad allora, *“la tutela del posto di lavoro è di fatto l’unico profilo normativo in cui si sia realizzata una forma di tutela del diritto al lavoro”*³¹⁵.

Non c’è dubbio che una spinta immediata all’approvazione delle riforme strutturali, compresa quella del lavoro, è provenuta dalla famosa lettera della Banca Centrale Europea indirizzata al governo italiano dell’agosto 2011 che ne ha indicato l’urgenza per il nostro Paese³¹⁶.

Le indicazioni del Presidente Mario Draghi avevano seguito di poco la raccomandazione del Consiglio che aveva dettagliatamente suggerito all’Italia il rafforzamento di *“misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro, anche rivedendo aspetti specifici della legislazione a tutela dell’occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti, e rivedendo il sistema di indennità di disoccupazione, attualmente frammentario, tendendo conto dei vincoli di bilancio”*³¹⁷. E proprio agli orientamenti comunitari che l’esecutivo in carica, nel predisporre il testo della riforma del lavoro, farà spesso riferimento.

Ma, come è stato già anticipato nel corso della presente trattazione, la necessità di una riforma del mercato del lavoro era già presente nelle note linee guida europee, che dalla Strategia europea varata a Essen nel 1997, aggiornata nella Strategia di Lisbona, prima, e nel documento *Europa 2020*, più di recente, aveva condotto all’affermazione di un modello “ideale” per l’assetto del

³¹⁵ L. GIUGNI, *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*. Vita e Pensiero Editrice, Milano 1998, p. 47.

³¹⁶ Per il testo completo della lettera della BCE del 6 agosto 2011 si rimanda all’indirizzo web: <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2011-09-29/testo-lettera-governo-italiano-091227.shtml?uuid=Aad8ZT8D>

³¹⁷ Raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 sul programma nazionale di riforma 2011 dell’Italia, che formula un parere sul programma di stabilità aggiornato dell’Italia, per il periodo 2011 – 2014, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. C- 215 del 21 luglio 2011, p. 4 ss, consultabile all’indirizzo web: <http://eur-lex.europa.eu>.

mercato del lavoro, la c.d. *flexicurity*, indicata come obiettivo già nei primi documenti del governo Monti. Ritornava a farsi spazio l'idea che, per realizzare crescita economica e occupazione, bisognasse agire da un lato sulla *flessibilità del lavoro*, attraverso l'adozione di tipologie contrattuali flessibili, e dall'altro sulla *sicurezza*, non basata esclusivamente sull'obiettivo del mantenimento del proprio posto di lavoro ma su una tutela più ampia da realizzarsi principalmente nel mercato del lavoro, attraverso la predisposizione da parte degli Stati membri di politiche attive e passive del lavoro.

Dopo la prima fase applicativa della *flexicurity*, iniziata nel 2006 e strozzata sul nascere dalla crisi finanziaria del 2008, la seconda fase si apre con la Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010 intitolata *Europa 2020*, diretta a promuovere una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva³¹⁸.

La seconda fase della *flexicurity* rilancia e tenta un ri-bilanciamento della *flexicurity in tempo di crisi*³¹⁹ incentrata su strategie maggiormente protettive degli aspetti di sicurezza e su obiettivi più quantitativi³²⁰ che qualitativi, al fine di realizzare una migliore gestione delle “*transizioni economiche, la lotta alla disoccupazione e l'aumento della produttività del lavoro*”; inoltre, ritorna l'enfasi sull'attuazione di percorsi nazionali di flessicurezza per ridurre la segmentazione del lavoro, attraverso un riferimento generico, è il caso di sottolinearlo, al migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata.

³¹⁸ Comunicazione della Commissione *Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, del 3 marzo 2010 [COM(2010)2020], disponibile all'indirizzo web <http://europa.eu>.

³¹⁹ Nel giugno 2009, il Consiglio europeo si è pronunciato in merito alla *Flessicurezza in tempi di crisi* affermando che “*vista come strategia integrata per migliorare sia la flessibilità che la sicurezza del mercato del lavoro e supportare quelli che sono temporaneamente fuori da questo, la flexicurity è ancora lo strumento più importante e adeguato nell'attuale contesto di difficoltà economica caratterizzato da disoccupazione crescente, povertà, segmentazione e dalla necessità di stimolare la crescita, creando lavori nuovi e migliori e rafforzando la coesione sociale*”. Il Consiglio europeo ha fornito, allora, alcune indicazioni per la gestione della crisi che suggeriscono di “*mantenere l'occupazione dove possibile, per esempio attraverso il sostegno alle imprese che forniscono alternative al licenziamento quali modelli di lavoro flessibili e adeguamenti temporanei all'orario di lavoro, dove applicabili, e altre forme di flessibilità interna fra le imprese. Questo aiuterà a mitigare gli impatti sociali della crisi e a prevenire la perdita di capitale umano specializzato delle aziende*”.

³²⁰ Il 75% di occupati per cittadini compresi nella fascia di età 20/64 anni, con particolare attenzione a donne, anziani e migranti.

Il secondo aspetto, sicuramente più innovativo, attiene alle politiche di formazione, rispetto alle quali si pongono obiettivi quantitativi e percorsi istituzionali e un forte coinvolgimento delle parti sociali.

Tali orientamenti verranno in parte ripresi dalla Conferenza di alto livello sulla *flexicurity* promossa dalla Commissione europea del 14 novembre 2011, durante la quale il Commissario Andor pone un'importante domanda: “*La questione è capire se nell'Unione europea si siano sviluppate pratiche di flessicurezza realmente integrate, quali condizioni economiche hanno consentito ciò e come queste siano state governate (...). La flessicurezza, così come è stata concepita nel 2007, continua ad aiutare l'Europa a affrontare le sfide che abbiamo di fronte ora e quelle che ci aspettiamo guardando all'orizzonte del 2020?*”³²¹”

Domande che gettano dubbi circa la reale efficacia della *flexicurity* come concepita che finisce per diventare uno dei tanti tasselli delle politiche europee, solo un po' più incerto e sbiadito³²².

Ed in questo quadro europeo poco definito, l'Italia si è mostrata fin da subito incapace di dar seguito alle indicazioni comunitarie per l'implementazione di strategie di flessibilità nella sicurezza, laddove l'evoluzione del mercato del lavoro verso forme più flessibili di regolazione non è stata affiancata da una ridefinizione delle forme di protezione sociale, di sostegno al reddito, di accompagnamento al reimpiego del lavoratore momentaneamente fuori dal mercato del lavoro³²³.

Ed è a queste carenze che la l. n. 92/2012 tenta di rimediare: le nuove disposizioni in tema di flessibilità puntano, da un lato a contrastare l'uso improprio e strumentale dei contratti atipici, dall'altro, ad eliminare le eccessive rigidità che limiterebbero l'uscita dal mercato del lavoro di quanti risultano impiegati a tempo indeterminato.

Tale flessibilità in uscita verrebbe bilanciata da un sistema di protezione sociale in grado di coinvolgere tutti coloro che, a causa dell'intermittenza temporale della loro attività lavorativa, non riescono a maturare il contributo

³²¹ L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 141/2012, disponibile all'indirizzo web: <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 4 ss,

³²² *Ivi*, p. 4.

³²³ Per approfondimenti, v. IV Capitolo, *Oltre la flessibilità: soluzioni contro la precarietà*.

necessario per l'accesso al sussidio di disoccupazione, ordinario o straordinario.

Inoltre, viene predisposto uno schema di riqualificazione professionale³²⁴ che si affianca al sostegno reddituale, quale raccordo tra politiche passive ed attive, al fine di garantire il passaggio della tutela sociale del lavoratore dal rapporto, concluso, al mercato del lavoro.

L'*iter* di elaborazione della riforma ha conosciuto tempi più ravvicinati rispetto a quelli tradizionali: il documento governativo fu presentato alle parti sociali in via pressoché definitiva il 23 marzo, il 5 aprile il testo giunse in Senato e fu licenziato in quella sede il 31 maggio; l'applicazione definitiva della legge da parte della Camera è del 27 giugno, il giorno precedente all'importante Consiglio europeo durante il quale Mario Monti presentò la riforma quale prova di impegno riformatore del Paese. Ma, nonostante il breve lasso di tempo sopra descritto, numerose ed accese furono le critiche che accompagnarono l'*iter* parlamentare, provenienti dalle parti sociali e politiche³²⁵.

L'asprezza di tali posizioni contrastanti si scontrò ben presto con l'ampia maggioranza³²⁶ che alla fine approvò la legge ma anche con la buona accoglienza della riforma da parte delle autorità europee ed internazionali. E non sono mancate nemmeno in dottrina posizioni di cauto entusiasmo nei confronti di quella che appariva ai molti commentatori di diverso orientamento, giuristi e non, *una manutenzione* più o meno riuscita della nostra legislazione del lavoro³²⁷.

³²⁴ Per questo, la legge rimanda ad un successivo intervento governativo (art. 4, comma 50, l. n. 92/2012).

Per quanto concerne i contenuti, l'art. 4 comma 5, fissa i criteri direttivi della delega introducendo la previsione di un "*diritto permanente all'apprendimento*". Nella relazione illustrativa del d.d.l. S. 3249 si afferma che il Capo VII (Apprendimento permanente) "*stabilisce norme generali in tema di apprendimento permanente con l'obiettivo di definire il diritto di ogni persona all'apprendimento in ogni fase della vita, nell'ambito di un sistema integrato che permetta il collegamento con le strategie per la crescita economica, per l'accesso al lavoro dei giovani, per la riforma del welfare, per l'invecchiamento attivo e l'esercizio della cittadinanza attiva, anche da parte degli immigrati*". Relazione illustrativa, disponibile all'indirizzo web www.lavoro.gov.it.

³²⁵ Per averne un'idea si veda la raccolta *Documenti sul mercato del lavoro*, disponibile all'indirizzo web: www.coordinamentorsu.it/doc/mdl/htm.

³²⁶ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 155/2012, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>. Lo stesso autore ricorda come l'ampia maggioranza che accolse la legge 92/2012 è la più ampia mai raggiunta in materia di lavoro, compreso lo Statuto dei lavoratori del 1970, p. 7.

³²⁷ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2012. L'autore, infatti, parla di *robusta manutenzione*, p. 12.

Ciò a dimostrazione che la durezza dei contrasti e la ripetitività di certi argomenti addotti dalle parti sociali e politiche, a forte contenuto ideologico, è tipico della nostra tradizione, non solo politica ma anche culturale, a partire dalla cultura giuridica³²⁸.

Al di là di questa premessa, conviene comunque in questa sede dar conto brevemente delle diverse posizioni emerse durante l'*iter* formativo del provvedimento.

In primo luogo, l'interlocuzione del governo con le parti sociali si basò per lo più su incontri informali, laddove la parola 'concertazione' non viene mai usata dal governo come a significare che si sarebbe sì interloquito ma senza subire veti o condizionamenti come era avvenuto nelle prassi concertative precedenti³²⁹.

Ma tale interlocuzione non è però priva di influenza sul merito delle decisioni: le istanze imprenditoriali si concentrarono sull'obiettivo di superare la rigidità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori in materia di licenziamento³³⁰; le parti sindacali si concentrarono, sebbene con posizioni non unitarie e oscillanti, sul prioritario piano per l'occupazione di giovani, donne ed *over 50* e sul credito di imposta per il Sud³³¹.

Inoltre, per ciò che attiene alla flessibilità in entrata oggetto della presente trattazione, il documento è incentrato sulla necessità di incentivare la regolarizzazione delle forme contrattuali improprie attraverso la parificazione dei costi contributivi e contrattuali dei contratti flessibili a quelli a tempo indeterminato, il limite ai contratti a termine, il ricorso al lavoro somministrato per riassorbire i contratti atipici, la valorizzazione dell'apprendistato professionalizzante, l'incentivazione del *part-time*, sia in caso di crisi che per promuovere politiche di conciliazione.

Emblematica è apparsa la decisione di non proporre l'abrogazione *tout court* delle tipologie contrattuali introdotte dalla Legge Biagi – come sostenuto dalla

³²⁸ In tal senso, T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 7.

³²⁹ *Ivi*, p. 9.

³³⁰ Sul dibattito cfr. *ivi*, p. 12 ss.

³³¹ Tali posizioni sono contenute nel documento presentato dalle maggiori confederazioni il 17 gennaio 2012 che rappresenta una piattaforma per le trattative. Il testo non contempla la discussione sull'art. 18St. Lav. confermando indirettamente il carattere di intangibilità dello stesso.

CGIL – ma di mantenere, ad esempio, il contratto di reinserimento, poi abrogato dalla legge, non menzionando però il lavoro intermittente e delimitando in modo generico il contratto a termine attraverso la fissazione della durata.

Il documento unitario non verrà preso in debita considerazione a causa delle posizioni differenziate delle diverse confederazioni, sia formali che informali, sulle principali questioni della riforma e anche la distanza con le parti imprenditoriali risulterà profonda per tutta la fase parlamentare.

Il dibattito più acceso riguardò l'art. 18 St. Lav., soprattutto all'interno della CGIL tra dirigenza confederale e FIOM, circa il mantenimento della reintegrazione in caso di manifesta insussistenza delle motivazioni addotte nel caso dei licenziamenti economici.

Ma il testo governativo, poi licenziato, fu accolto con timida soddisfazione dalla CIGL³³².

Ed anche la normativa sulla flessibilità in entrata è stata oggetto di particolari polemiche e posizioni diversificate, non immuni da un sovraccarico ideologico da parte della sinistra politica e sindacale, che mirava a limitare l'utilizzo dei contratti atipici il cui ricorso era stato ampliato dalle precedenti leggi del centrodestra (Legge Biagi del 2003 e il Collegato lavoro del 2010), ma anche da parte dello stesso centrodestra, portavoce degli interessi delle imprese, volto a ripristinare gli spazi aperti dalle proprie leggi.

Le posizioni divergenti così sinteticamente illustrate sui due versanti della flessibilità, in entrata e in uscita, sono invece sempre stati estranei al dibattito europeo sulla *flexicurity* e ciò a dimostrazione della peculiarità del nostro modello di mercato del lavoro.

Negli altri Paesi i due aspetti appaiono complementari in quanto rispondenti a due funzioni convergenti³³³ ed anche il sistema di ammortizzatori sociali è storicamente impostato su base universalistica.

Ed è proprio nella regolazione e nella prassi della flessibilità funzionale in entrata che il nostro ordinamento presenta le più significative particolarità

³³² Cfr. nota della Segreteria confederale del 5 aprile 2012, confermata a maggioranza durante una riunione del Direttivo del 12 aprile.

³³³ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 15 ss.

rispetto ai modelli europei; la molteplicità delle tipologie contrattuali flessibili – quarantasei per l'esattezza - progressivamente affermatasi nel nostro ordinamento sono state confermate dalla riforma Fornero, nonostante avessero contribuito all'instabilità e alla precarietà, con riferimento non solo al lavoro temporaneo di tipo subordinato, ma anche alle forme di lavoro autonomo che di fatto nascondono lavoro dipendente, ma che sono meno soggette a controlli legali e sociali.

Il governo ha preferito scoraggiare eventuali abusi delle tipologie contrattuali atipiche modificando in senso restrittivo l'utilizzo delle stesse, piuttosto che predisporre un'unica forma contrattuale di ingresso nel mercato del lavoro³³⁴.

A ciò si aggiunge la volontà di *instillare* la flessibilità nei rapporti *standard* attraverso la modifica dell'art. 18 St. Lav. che rende flessibile il sistema di protezione dai licenziamenti ingiustificati³³⁵.

Non stupiscono, quindi, le resistenze che interessarono l'intervento legislativo del 2012 che proprio queste anomalie di regolazione e prassi voleva correggere.

Per quanto riguarda il contenuto della riforma, le prime disposizioni della l. n. 92/2012 affrontano la disciplina dell'ingresso nel mercato del lavoro nella logica di favorire “*l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili*” e di contrastare “*l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti dall'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali*” (art. 1, comma 1, sub lett. *a*) e *c*), ed in questo contesto si provvede a restaurare le principali tipologie contrattuali di impiego esistenti (art. 1, comma 9-36), pur ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro in linea con quanto disposto dall'agenda europea *Europa 2020*, al fine di contrastare

³³⁴ Il riferimento è all'ipotesi di introduzione nel nostro ordinamento del contratto unico di inserimento proposto dagli economisti T. Boeri e P. Garibaldi, basato su una *reductio ad unum* delle diverse tipologie contrattuali di impiego a cui si applicano tutele e garanzie crescenti a seconda che si tratti della fase di ingresso al mercato del lavoro o alla fase successiva. Cfr. T. BOERI, P. GARIBALDI, *Le riforme a costo zero - Dieci proposte per tornare a crescere*. Ed. ChiareLettere, Milano 2011, v. *infra*, Capitolo IV, *Oltre la flessibilità: soluzioni contro la flessibilità*.

³³⁵ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 19 ss.

l'abuso di determinate figure contrattuali in funzione precarizzante, a causa del *dumping* sui costi delle stesse.

Il governo decide di abrogare il contratto di inserimento (art. 1, commi 14 e 15), e, accogliendo la proposta delle parti sociali, di valorizzare l'apprendistato, nella sua versione professionalizzante e a tempo indeterminato, quale canale privilegiato di accesso al lavoro per i giovani (art. 1, comma 16 e ss). La l. n. 92/2012 integra la normativa del d.lgs. n.167/2011 (*Testo Unico sull'apprendistato*), che recepisce l'accordo Stato-Regioni e fa ampio rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione di molti aspetti della disciplina del rapporto, come, ad esempio, gli obblighi formativi del datore di lavoro. L'art. 1, commi 16-19 della legge in esame, modifica quanto previsto nel Testo unico in materia di durata minima dell'apprendistato che viene fissata a sei mesi; stabilisce un aumento della quota di apprendisti impiegabili rispetto ai lavoratori qualificati o specializzati (il rapporto ora è di 3 a 2, rispetto al tradizionale 1 a 1); per le assunzioni inserisce la regola secondo cui un'azienda può assumere nuovi apprendisti solo se almeno il 50% delle precedenti assunzioni sono state, nell'ultimo triennio, trasformate in contratti a tempo indeterminato³³⁶.

Questi interventi indicano la volontà del legislatore di ampliare la possibilità di ricorrere a tale istituto quale strumento di promozione dell'occupazione qualificata e canale di accesso privilegiato a posizioni lavorative stabili³³⁷, considerate naturale conseguenza di una prima fase dell'esperienza lavorativa basata sull'apprendimento ed addestramento del lavoratore³³⁸.

Ma è al contratto a tempo determinato, così come regolato dal d.lgs. n. 368/2011, di derivazione comunitaria, che l'art. 1, commi 9-13, della legge in esame apporta le modifiche più rilevanti. Viene ribadita, come già anticipato, la preminenza del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato rispetto alle altre tipologie contrattuali atipiche (art. 1, comma 1, lett *a*) e previsto che l'apposizione del termine al contratto di lavoro *standard* è possibile solamente

³³⁶ Questi limiti furono oggetto di molte polemiche nel corso dell'iter formativo della legge e furono, poi, in parte mitigati per le imprese artigiane e per quelle di minori dimensioni.

³³⁷ Cfr. M. TIRABOSCHI, *L'apprendistato come ipotesi di contratto di lavoro prevalente*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

³³⁸ Cfr. F. FONTANAROSA, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, cit., p. 5.

se sussistono determinate condizioni, ovvero esigenze produttive, organizzative, sostitutive che l'impresa manifesta in particolari situazioni. Vengono inseriti elementi di flessibilità, quali l'allungamento del periodo per cui il rapporto può continuare dopo la scadenza del termine prima che si verifichi la trasformazione automatica del rapporto, in presenza, come appare ovvio, di determinati limiti temporali e di determinate esigenze organizzative delle imprese³³⁹; viene prolungato l'intervallo di tempo minimo da rispettare prima di procedere alla riassunzione a termine³⁴⁰ e la possibilità per la contrattazione collettiva di ridurre gli intervalli stabiliti dalla legge per la successione dei contratti a termine, sia pure nei casi previsti espressamente dalla legge.

Ma la novità senza dubbio più importante, che fa spostare il pendolo legislativo nella direzione di una maggiore flessibilità, è la previsione della possibilità di stipulare contratti a termine senza causale, della durata massima di un anno e l'ulteriore facoltà affidata alla contrattazione collettiva di prevedere in alternativa una franchigia del 6% dei contratti a termine, pure a-causali (art. 1, comma 9, lett. *b*).

La ribadita eccezionalità del contratto a termine viene in qualche modo mitigata dalla suddetta liberalizzazione del primo contratto a termine di durata non superiore a 12 mesi³⁴¹, possibilità non del tutto sconosciuta al nostro ordinamento ma prevista da tempo per le aziende dei servizi aeroportuali e del trasporto aereo.

Non rinvenendovi alcun vincolo costituzionale in ordine alla necessaria causalità del ricorso del lavoro a termine, l'innovazione normativa deve essere interpretata unicamente alla luce della sua compatibilità con il diritto

³³⁹ Al riguardo, viene previsto l'obbligo del datore di lavoro di dare comunicazione al Centro per l'impiego territorialmente competente e il contratto a tempo determinato prosegue fino a 30 giorni (invece dei 20 previsti dalla disciplina precedente) nel caso in cui abbia durata inferiore ai 12 mesi, e fino a 50 giorni se il contratto abbia durata superiore (art. 1, comma 9, lett. *e*).

³⁴⁰ Il periodo minimo da rispettare prima di procedere alla riassunzione a termine viene ampliato da 10 a 60 giorni per i contratti di durata inferiore ai 12 mesi, da 20 a 90 giorni per i contratti di durata superiore.

³⁴¹ Il testo originario del Governo prevedeva un limite massimo di sei mesi, incrementato a dodici mesi a seguito degli emendamenti presentati alla XI Commissione permanente in data 10 maggio 2012.

comunitario³⁴². Infatti, se si guarda all'accordo – quadro attuato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (clausola 5, n. 1), esso prevede la necessità di ragioni obiettive ma soltanto per la giustificazione del rinnovo di tali contratti, e tale possibilità si somma alle altre due previste dalla stessa clausola 5, ossia la fissazione della durata massima dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, oppure del numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Pertanto, la predetta clausola non impone di giustificare ogni primo ed unico contratto di lavoro a tempo determinato³⁴³; e gli unici rilievi problematici si rinvencono in relazione alla clausola di non regresso contenuta nella clausola 8, n. 3 dell'accordo – quadro, di cui si è già parlato, e che si ricorda essere operante non solo in sede di formale trasposizione della direttiva ma anche successivamente ad essa.

Tale clausola, però, non rappresenta un divieto assoluto di immodificabilità regolativa *in peius*,³⁴⁴ potendosi questa giustificare con il perseguimento di un obiettivo diverso da quello dell'applicazione dell'accordo-quadro: e nel caso specifico, la liberalizzazione del primo contratto a termine potrebbe trovare la sua ragione d'essere nell'aggravamento della crisi economica e nel conseguente necessario potenziamento delle occasioni di accesso al mercato del lavoro che rappresenta una ragione di politica sociale che rientra nelle possibilità di deroga³⁴⁵.

Ma per delimitare il reale campo di applicazione della norma è fondamentale interrogarsi sul significato dell'espressione "*primo rapporto*".

In primo luogo, dalla norma sembra evincersi che il datore di lavoro possa assumere contemporaneamente più lavoratori a termine, non essendo in essa specificate percentuali di contingentamento specifiche per i rapporti a-causali, per i quali varranno i limiti quantitativi di utilizzazione del contratto a termine,

³⁴² R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013, p. 76 ss.

³⁴³ Di questa stessa idea anche la giurisprudenza europea: Corte di Giustizia 23 aprile 2009, *K. Angelidaki e a. – Organismos Normachiakis Autodiokisis Rethymnis*, C. Giannoudi – D. Geropotamou, G. Karabousanos e a. – D. Geropotamou, Cause C- 378 – 380/07, MGL, 2009, p. 424 ss.

³⁴⁴ E non rappresenta un vincolo anche perché la recente giurisprudenza comunitaria ha escluso che la clausola di non regresso sia direttamente produttiva di effetti: difatti, il giudice nazionale non può disapplicare la normativa interna in contrasto con essa ma deve limitarsi a propugnarne un'interpretazione conforme. Cfr. Corte di Giustizia 24/06/2010, *Sorge c. Poste Italiane S.p.a.*, causa C-98/09, RIDL, 2010, II, p. 1042 ss.

³⁴⁵ Cfr. Corte di Giustizia, *Mangold*, C- 144/04, cit.

fissati dalla contrattazione collettiva come previsto dall'art. 10, comma 7, d.lgs. n.368/2001³⁴⁶.

In secondo luogo, a nulla appare rilevare che il lavoratore sia stato titolare di un precedente rapporto di lavoro con il medesimo datore di lavoro di qualsiasi genere, subordinato o autonomo; e la norma non fa nemmeno espressamente divieto per il datore di lavoro di riassumere con un contratto *a-causale*, lo stesso lavoratore.

Per quanto riguarda il primo caso, la norma si limita a parlare di un primo rapporto *a tempo determinato*, non rilevando che tra le stesse parti sia intercorso in precedenza un rapporto di lavoro non a tempo determinato, ovvero a tempo indeterminato.

Sul punto è intervenuta la circolare del Ministero del Lavoro n. 18/2012 che ha respinto tale conclusione facendo riferimento ad una delle finalità del contratto a tempo determinato *a-causale*, quale la sua natura di surrogato funzionale del patto di prova all'interno del contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò vale anche qualora il lavoratore abbia stipulato con il datore di lavoro un contratto di lavoro non subordinato, dal momento che anche tale forma contrattuale, seppur priva di un vincolo di subordinazione, consente di "provare" le capacità ed attitudini del lavoratore.

E ciò varrebbe anche per i rapporti occasionali di brevissima durata, laddove in assenza di una soglia temporale fissata per legge, non è possibile introdurla per via interpretativa in virtù del carattere di estrema eccezionalità della norma in esame.

Sicuramente deve trattarsi di una relazione, per così dire, di natura contrattuale, non rilevando quelle forme di inserimento lavorativo, come gli *stages* o tirocini, che non possono rientrare nella nozione di "rapporto" di lavoro³⁴⁷.

Per quanto riguarda, invece, la riassunzione, essa, come è chiaro, non può avvenire per mansioni identiche a quelle già svolte nel precedente contratto *a-*

³⁴⁶ Sul punto cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 153/2012, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>, p. 11. R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 77 ss.

³⁴⁷ R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 80; V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p. 8.

causale: in questo caso, non si tratterebbe di un primo contratto, ma di un secondo rapporto e quindi collocato, in base al tenore letterale della norma, al di fuori del campo di applicazione della stessa. E anche l'adibizione a mansioni diverse – superiori, inferiori, equivalenti- non fa di ciascun contratto il “primo”.

Su queste eventualità, è intervenuta la citata Circolare che ha affermato “*l'irrilevanza della mansione a cui è adibito il lavoratore*”, ciò significando, che pur variando in qualsiasi modo le mansioni del lavoratore con un secondo contratto, la deroga al regime di causalità può trovare applicazione “*una ed una sola volta tra due medesimi soggetti*”³⁴⁸.

Inoltre, costituendo l'a-causalità un'eccezione alla regola, la fattispecie individuata dalla norma incontra la necessità di un unico requisito, ovvero che si tratti del primo rapporto; ciò detto, in base all'art. 14 delle preleggi del codice civile, non risulta corretto estendere la portata di qualunque norma eccezionale *oltre i casi ed i tempi in essa indicati*³⁴⁹.

Inoltre, il contratto a-causale non può essere ripetuto dallo stesso datore di lavoro neppure a distanza di tempo³⁵⁰, e questo perché il legislatore, nel definire il limite complessivo dei 36 mesi fissato dall'art. 5, comma 4 – *bis* del d.lgs. n. 368/2001, non specifica alcun arco temporale oltre il quale due contratti a termine non debbano considerarsi in successione tra di loro.

E non viene in aiuto nemmeno la giurisprudenza comunitaria secondo la quale la clausola 5 non osta ad una normativa nazionale che prevede che soltanto i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato, separati tra di loro da un lasso di tempo inferiore ai tre mesi, siano da considerare successivi³⁵¹.

Il legislatore italiano ha deciso di non inserire una simile previsione né nella disciplina relativa al limite triennale dei contratti a termine, né in quella che riguarda i contratti a termine a-causali.

³⁴⁸ Ciò vale, secondo la circolare, sia nel caso in cui il lavoratore sia stato già utilizzato dal datore di lavoro mediante contratto di somministrazione, sia, “*a maggior ragione*”, nel caso in cui il lavoratore sia stato parte di un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Cfr. R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 79.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ Di diversa opinione, A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2012, p. 450.

³⁵¹ Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza *Vassilakis*, cit. Cfr. G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2012. R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 80.

Viene, invece, preclusa la possibilità per il datore di lavoro di prorogare tale contratto, come sancito dal citato art. 4, comma 2-*bis* del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, comma 9, lett. d) della l. n. 92/2012. Resta ferma, infine, la possibilità che il lavoratore abbia in passato già stipulato un contratto a termine a- causale, con una diversa impresa: il limite complessivo dei 36 mesi fissato dall'art. 5, comma 4 – *bis* del d.lgs. n. 368/2001 opera soltanto tra le stesse parti.

Se il contratto a-causale supererà i sei mesi, il lavoratore potrà usufruire del diritto di precedenza nelle assunzioni stabili ai sensi dell'art. 5, comma 4-*quater*, del d.lgs. n. 368/2001 (che fissa questa durata minima), mentre non ne avrà diritto se sarà più breve.

Non dovrebbe, inoltre, operare il diritto di precedenza previsto per i contratti stagionali (art. 5, comma 4-*quinqües* del d.lgs. n. 368/2001), perché, trattandosi di un contratto privo di giustificazione “*è ben difficile che il datore di lavoro dichiarare la natura stagionale dell'attività*”.

Tuttavia il lavoratore potrebbe fruire del beneficio se riesce “*a provare che la propria assunzione è stata legata alla stagionalità*” del lavoro³⁵².

La possibilità per il datore di lavoro di non dover allegare le causali per giustificare l'apposizione del termine al primo contratto, non superiore a dodici mesi, stipulato tra datore di lavoro e lavoratore, potrebbe creare un circolo vizioso che, soprattutto nel caso di mansioni a bassa qualifica per le quali non si ritiene necessario un elevato investimento in formazione del lavoratore, incentiverebbe il datore di lavoro ad assumere, per la stessa posizione, un lavoratore ogni dodici mesi. Potrebbe verificarsi, infatti, un continuo *turn-over* fra rapporti a-causali, intercorrenti con diversi lavoratori, tutti assunti per una prima ed unica volta³⁵³. Ma al fine di scongiurare tale eventualità che potrebbe essere foriera di precarietà, viene previsto il limite quantitativo entro il quale è consentito il ricorso al contratto a-causale: la franchigia viene fissata al 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito di un'unità produttiva ed essa rappresenta la soglia entro la quale l'uso del contratto a-causale può essere considerato normale e non anomalo, ferma restando la possibilità per la

³⁵² R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 80, nota n.8. Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p.9.

³⁵³ R. VOZA, *op.ult.cit.*, p. 78.

contrattazione collettiva di modificare tale soglia, tenendo conto del contesto, oltre che delle condizioni indicata dalla legge³⁵⁴.

Nella stessa direzione, vanno letti i commi 28, 29 e 30, dell'art. 2 della legge in esame che prevedono un sensibile aumento dell'aliquota contributiva per tutte le forme contrattuali diverse dai rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, che potrà essere restituito al datore di lavoro, solo se, al termine del periodo di prova o nei successivi sei mesi, il contratto di lavoro venga trasformato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Nel segno del contenimento della flessibilità in entrata vanno interpretate le disposizioni che modificano i tempi e le procedure della prosecuzione del rapporto dopo la scadenza del termine, originariamente pattuito o successivamente prorogato, e che determinano l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato: da 20 a 30 giorni – per i contratti di durata fino a sei mesi, nonché decorso il limite complessivo dei 36 mesi- e da 30 e 50 giorni per quelli da sei mesi in poi (art. 1, comma 9, lett. e). E nulla esclude che tale norma valga anche per il primo contratto a-causale, il quale, dunque, potrebbe arrivare a durare altri 50 giorni (in tutto tredici mesi e venti giorni)³⁵⁵. Nell'ottica di una maggiore trasparenza, la dilatazione del periodo di tolleranza è accompagnata dall'onere per il datore di lavoro di comunicare al Centro per l'Impiego, *“entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione”*(art. 1, comma 9, lett. f).

Tale previsione, come è stato osservato, non sembra avere una reale giustificazione ma finirebbe per favorire una programmata e abusiva permanenza del lavoro a termine anche in assenza delle condizioni previste dalla legge³⁵⁶.

Permane, inoltre, quanto previsto dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 che riconosce al lavoratore il diritto di percepire una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

³⁵⁴ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 34 ss.

³⁵⁵ R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 86.

³⁵⁶ V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p.18, nel richiamo di R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 85.

La l. n. 92/2012 prevede un'ulteriore ipotesi di rapporto per la quale non viene richiesta la sussistenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, nei limiti complessivi del sei per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttive nei casi previsti dall'art. 5, comma 3, nell'ambito di processi organizzativi determinati *“dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente”* (art. 1, comma 9, lett. b), secondo periodo). Tale fattispecie viene individuata come alternativa all'ipotesi di contratto a-causale con cui condivide l'esenzione dai requisiti ordinariamente richiesti per l'accesso al contratto, anche se, in questo caso, le causali d'accesso esistono e sono individuate in modo tassativo consentendo la possibilità del sindacato giudiziale³⁵⁷.

Inoltre, la contrattazione collettiva può introdurre nuove ipotesi di esenzione ma tale rinvio alle parti sociali, sebbene in linea con la riduzione del ruolo regolativo della fonte legale e con la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, appare comunque limitato laddove vige la predeterminazione legislativa dell'area entro cui il contratto è autorizzato a individuare nuove ipotesi, ovvero l'ambito dei processi organizzativi correlati ad innovazioni e commesse. Lo stesso dicasi per la determinazione di un preciso limite quantitativo che è già fissato al sei per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva.

Senza soffermarsi in questa sede sul meccanismo sanzionatorio in caso di violazione dei termini o delle procedure previste e della conseguente automatica trasformazione del contratto a termine in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato³⁵⁸, si ricorda che alcune modifiche sono state apportate alla l. n. 183/2010 per quanto riguarda i termini per l'impugnazione di un contratto di lavoro ritenuto illegittimo per nullità del termine apposto. Difatti, l'art. 32, comma 3, come modificato dall'art. 1,

³⁵⁷ A. VALLABONA, *La riforma del lavoro*, cit., p. 21. L'autore paventa *“le solite intollerabili incertezze”* scaturenti dal *“controllo successivo del giudice sulla configurabilità in concreto di una di queste esigenze produttive e sulla effettiva adibizione del lavoratore a termine della stessa”*. Cfr. R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 81 ss.

³⁵⁸ Si rimanda al III Capitolo, *Le conseguenze della violazione delle norme sul lavoro flessibile*.

comma 11, l. n. 92/2012, ha previsto che nelle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine di cui agli artt. 1, 2 e 4, d.lgs. n. 368/2001, il contratto deve essere impugnato con qualsiasi atto scritto, a pena di decadenza, entro centoventi giorni dalla sua scadenza e all'impugnazione deve seguire entro centottanta giorni il deposito del ricorso nella cancelleria del giudice del lavoro, ovvero per la comunicazione alla controparte della richiesta di un tentativo di conciliazione o arbitrato i tempi sono stati prolungati fino a centoventi giorni, per i contratti di durata inferiore ai dodici mesi, e fino a centottanta giorni, per i contratti di durata superiore.

Per quanto riguarda il contratto di somministrazione di lavoro, il citato art. 1, comma 9, alla lettera *b*), primo periodo, stabilisce la liberalizzazione del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi e svincolato dalla sussistenza delle “*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*”, ed attiene allo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma di contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Il limite massimo dei dodici mesi, nel caso di somministrazione, riguarda sia il fruitore della prestazione, che non potrà utilizzare nuovamente il lavoratore con il quale abbia intrattenuto un precedente rapporto a-causale, derivante da un contratto di lavoro a termine o da un contratto di somministrazione; sia qualsiasi somministratore che non potrà inviare il lavoratore in questione presso il fruitore in questione avvalendosi del citato art.1, comma 9, lett. *b*)³⁵⁹.

Un certo grado di liberalizzazione per il contratto di somministrazione a tempo determinato era stata già prevista dall'art 4, comma 1, lett. *c*), del. d.lgs. n. 24/2012, di attuazione della direttiva europea 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale del Parlamento e del Consiglio del 19 novembre 2008.

La nuova disciplina che inserisce all'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003, un comma *5-ter*, stabilisce che la sussistenza delle causali di cui all'art. 20, comma 4, non è richiesta nel caso di disoccupati percettori dell'indennità ordinaria di

³⁵⁹ A. LICCARDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p. 133 ss.

disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno 6 mesi; soggetti percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno 6 mesi; lavoratori definiti “svantaggiati” o “molto svantaggiati” ai sensi del regolamento 800/2008 CE³⁶⁰.

Ulteriori ipotesi di ricorso alla somministrazione privi di causale potranno poi essere individuate dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, come previsto dal nuovo art. 20, comma 5-*quater* del d. lgs. n. 276/2003, così come novellato dall’art. 4 d.lgs. n. 24/2012.

Il legislatore italiano sembra in linea con la scelta del legislatore comunitario per la liberalizzazione di tale tipologia negoziale, quanto meno rispetto alle restrizioni oggettive di carattere causale, che appaiono giustificate dalla funzione di realizzare “la creazione di posti di lavoro” e la “partecipazione al mercato del lavoro e all’inserimento in tale mercato” (11° considerando), riconosciuta al lavoro tramite agenzia. Quindi, la rimozione delle restrizioni causali si giustifica per via della funzione positiva attribuita alla flessibilizzazione delle forme contrattuali e, in particolare, al lavoro tramite agenzia quale strumento di incentivazione dei livelli occupazionali; che non fa di tale forma di impiego un’alternativa al lavoro alle dirette dipendenze

³⁶⁰ Il richiamato Regolamento 800/2008 CE definisce quali “lavoratori svantaggiati”:

a) chi non abbia un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; b) chi non possieda un diploma di scuola media superiore o professionale; c) i lavoratori che abbiano superato i 50 anni di età; d) gli adulti che vivano, da soli, con una o più persone a carico; e) i lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un “tasso di disparità” uomo-donna che superi almeno del 25% la disparità media uomo-donna che caratterizza complessivamente tutti i settori economici dello Stato membro interessato, qualora il lavoratore interessato appartenga al genere “sottorappresentato”; f) i membri di minoranze nazionali all'interno di uno Stato membro che abbiano necessità di consolidare le proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile. Ai sensi del Regolamento 800/2008 CE sono considerati, poi, lavoratori “molto svantaggiati” coloro i quali non abbiano un impiego regolarmente retribuito da almeno 24 mesi.

Con riferimento alla categoria dei lavoratori “svantaggiati”, le definizioni di cui al Regolamento non appaiono immediatamente precettive, quantomeno per quanto riguarda quelle contenute alle lettere a), b), e) (ed infatti, il d.lgs. n. 24/2012 ha demandato ad un decreto del Ministero del Lavoro, da adottarsi entro 90 giorni, l’individuazione dei lavoratori da considerarsi appartenenti alle predette categorie).

dell'utilizzatore, ma mira ad utilizzare il primo quale strumento per l'incremento del secondo³⁶¹.

Come si è avuto modo di osservare per il contratto di lavoro a termine, anche per il contratto di somministrazione a tempo determinato è prevista l'ulteriore ipotesi di rapporto per le quali non sono richieste ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, ovvero, per *“i casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'art. 5, comma 3, nel limite complessivo del sei per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva”* (art. 1, comma 9, lett. b) secondo periodo).

Si tratta delle ipotesi già individuate per il contratto a termine, ovvero riferite a processi organizzativi determinati *“dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente”*.

Per quanto riguarda il limite complessivo di trentasei mesi stabilito per i rapporti di lavoro a termine, la l. n. 92/2012 prevede che *“ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, a sensi del comma 1-bis dell'art.1 del presente decreto e del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato”* (art. 1, comma 9, lett. i).

La nuova previsione include, dunque, espressamente nel computo dei limiti massimi di durata i periodi di lavoro aventi causa in un contratto di somministrazione, ma essa si presta ad una duplice interpretazione³⁶².

³⁶¹ Non possono quindi essere considerate condivisibili letture che giustificano il presunto parallelismo tra flessibilizzazione delle forme negoziali di assunzione e riduzione degli standard di protezione dei lavoratori subordinati. Cfr. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto nell'ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 72/2009, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 9.

³⁶² A. LICCARDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, cit., p. 136 ss.

La prima, più riduttiva, fa riferimento ai periodi di missione limitati esclusivamente a quelli a-causali di durata temporanea introdotti dall'ultima legge, *ex art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003*, nella parte modificata dalla l. n. 92/2012.

Una seconda interpretazione, invece, tiene conto del suddetto articolo nella sua interezza e si riferisce quindi ai periodi di missione sia causali che a-causali che trovano il loro fondamento in un contratto di somministrazione a tempo determinato.

Tale interpretazione sembra da preferirsi in quanto trova conferma nella dizione “periodi di missione” contenuta nell'art. 1, comma 9, lett. i) che fa, infatti, riferimento ad una pluralità di rapporti tra utilizzatore e lavoratore.

I limiti posti al rapporto tra due specifici soggetti dispiegano i loro effetti su un terzo soggetto, il somministratore, che non potrà legittimamente stipulare un contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione presso un utilizzatore che abbia già intrattenuto rapporti, derivanti da pregressi contratti di lavoro a termine o somministrazione, con il lavoratore in questione per un periodo superiore a trentasei mesi³⁶³. Ma di quest'avviso non sembra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali che, con la Circolare n. 18/2012, ha specificato che, raggiunto il limite in esame, *“il datore di lavoro potrà comunque ricorrere alla somministrazione a tempo determinato con lo stesso lavoratore anche successivamente al raggiungimento dei 36 mesi”*.

Ma è rinomata la mancanza di valore normativo delle circolari, pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza³⁶⁴. L'inclusione, dunque, dei periodi di somministrazione nel limite massimo di durata posto dall'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, ai rapporti di lavoro a termine risponde alla finalità di contenere la dissociazione tra potere e responsabilità che il contratto di somministrazione realizza, come si è già avuto modo di sottolineare, con l'attribuzione all'utilizzatore di poteri di organizzazione e controllo della prestazione lavorativa al di fuori delle responsabilità connesse al contratto di lavoro, riaffermando il ruolo fondamentale del contratto di lavoro quale mezzo

³⁶³ A. LICCARDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, cit., p. 138.

³⁶⁴ Sul punto cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII. Giuffrè Editore, Milano 2011, pp. 511-512, nel richiamo di A. LICCARDI, *op. ult.cit.*, p.138, nota. n. 18.

giuridico necessario per realizzare lo scambio tra lavoro e retribuzione³⁶⁵, nell'ottica di limitazione di pratiche elusive e precarizzanti³⁶⁶.

Sempre nel senso di una limitazione in via generale al ricorso alla somministrazione, sia a tempo determinato che indeterminato, la l. n. 92/2012 prevede la piena affermazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti dall'utilizzatore che comporta una sensibile riduzione della convenienza del ricorso alla somministrazione³⁶⁷.

Difatti, la l. n. 92/2012 con l'art. 1, comma 10, lett. c) abroga l'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 che consentiva deroghe al principio in esame e che poneva dubbi non solo circa la sua legittimità, ma anche dal punto di vista della politica del diritto; nonché abroga il suo richiamo nell'art. 13, comma 1, lett. a) (art. 1, comma 10, lett. a)³⁶⁸

Nella stessa direzione vanno lette le nuove norme che pongono requisiti più stringenti in tema di incentivi³⁶⁹, sia per l'accesso (art. 4, comma 12) che per la durata della fruizione (art. 4, comma 13).

³⁶⁵ Cfr. *supra*.

³⁶⁶ Cfr. Documento governativo “ *La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*” del 23 marzo 2012 che ribadisce la necessità di ricondurre “*nell'alveo di usi propri i margini di flessibilità progressivamente introdotti negli ultimi venti anni*”. R. DE LUCA TAMAJO, *Dietro le righe del D.lgs. 276 del 2003: tendenze e ideologie*, cit., p. 953 e ss. L'autore parla di assimilazione del fattore lavoro agli altri mezzi di produzione sul piano delle vicende circolatorie sottese al d.lgs. n. 276/2003.

³⁶⁷ Cfr. art. 5 della Direttiva 2008/104/CE che afferma che “*per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgerci il medesimo lavoro*”. La declinazione di tale principio si basa sull'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori tramite agenzia e lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore a parità di mansioni. Per la definizione di quali siano, in concreto, le condizioni che devono essere garantite in maniera paritaria ai lavoratori tramite agenzia ed ai dipendenti dell'utilizzatore si rimanda a F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto nell'ordinamento interno*, cit. p. 13 ss.

³⁶⁸ Per un ampio dibattito in materia cfr. i contributi di P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*; D. GAROFALO, *La nuova disciplina sull'organizzazione dei mercati del lavoro tra intervento (modificativo e integrativo) dello Stato e contributo delle Regioni*, in P. Curzio (a cura di) *Lavoro e diritti*. Cacucci Editore, Bari 2006, p. 105 ss.

³⁶⁹ La riduzione al 2, 6% dell'aliquota contributiva (prima del 4%) per i soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro che sono tenuti a versarla ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) viene integrata con il contributo addizionale dell'1,4% introdotta dall'art. 2, comma 28, per tutti i “*rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato*”. Resta invariata l'aliquota prevista per i lavoratori assunti a tempo indeterminato come prevista nell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

Viene, invece, prevista la riduzione dei contributi a carico del datore di lavoro in materia di contratto a termine e di somministrazione a tempo determinato nel caso di lavoratori anziani e donne (art. 4, commi da 8 a 11, l. n. 92/2012)³⁷⁰.

Infine, l'art. 1, comma 16, lett. c), della l. n. 92/2012 esclude la possibilità di assumere in somministrazione apprendisti con contratto di somministrazione a tempo determinato e vengono rivisti i limiti alla possibilità di utilizzare apprendisti attraverso somministrazione a tempo indeterminato: all'art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 viene aggiunta la lettera i-ter che prevede la possibilità di accesso alla somministrazione a tempo indeterminato *“in tutti i settori produttivi, in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato”* (art. 1, comma 17-bis)³⁷¹.

Assolutamente marginali³⁷² e definite di ordinaria manutenzione³⁷³, rispetto alla complessiva riforma del lavoro del 2012, appaiono le novità in materia di *part-time*.

La novella attribuisce al lavoratore, in presenza di determinate condizioni previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, la possibilità di rivedere il regime variabile di orario concordato (art. 1, comma 20, che modifica l'art. 3 commi 7 e 9, d.lgs. n. 61/2000 con particolare riferimento alla disciplina delle clausole elastiche e flessibili) e la soppressione della disciplina sperimentale

³⁷⁰ Per quanto riguarda la determinazione dei soggetti disabili da assumere, sono ora computabili anche i lavoratori disabili occupati con contratto di somministrazione (art. 4, comma 27, l. n. 92/2012). La modifica si è resa necessaria in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 50 del 28 gennaio 2005 che aveva dichiarato illegittimo l'art. 22, comma 6, d.lgs. n. 276/2003 *“nella parte in cui prevede la non applicabilità della disciplina in materia di assunzioni obbligatorie e riserva in caso di somministrazione di lavoro”*. Si è voluto in tal modo evitare la duplicazione del computo dei soggetti disabili presso l'utilizzatore e somministratore, dove questi lavoratori vengono computati. Cfr. D. GAROFALO, *Disabili (lavoro dei)*, *Digesto Disc. Priv. – Sez. Comm.*, IV agg. Ed. UTET, Torino 2009, p. 759 ss.

³⁷¹ Dubbi circa la compatibilità dell'apprendistato con il contratto di somministrazione sono stati sollevati in dottrina. cfr. M. D'ONGHIA, *Il Testo Unico sull' apprendistato*, in *RGL*, 1, 2012, p. 211 ss.

³⁷² Di questo avviso F.M.PUTATURO DONATI, *Il lavoro a tempo parziale nella riforma Fornero*, Marzo 2013 n. 3, Gruppo 24Ore; A. BOSCO, *Manutenzione “leggera” per il contratto a tempo parziale*, in *Riforma del lavoro. Legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *Guida lav. 2012*, supp. 3, p. 37. L'autore sottolinea l'occasione mancata dalla riforma circa la promozione del contratto di lavoro a tempo parziale quale *“utile strumento per favorire sia il mantenimento del posto di lavoro a favore dei lavoratori più anziani, sia per l'immissione nel mondo del lavoro di ampie fasce della popolazione oggi escluse ovvero interessate, a causa del parallelo verificarsi di altri eventi della vita quali la necessità di crescere la prole o di proseguire gli studi, a un'occupazione solo part-time”*.

³⁷³ M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale; meno flex, più security*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa Milano 2012, p. 118.

che consentiva, fino al 31 dicembre 2012, ai *part-timers* di svolgere presso datori di lavoro diversi, in tutti i settori produttivi, prestazioni di lavoro occasionale (art. 1, comma 31, che riformula l'art. 70, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

Ma la principale innovazione della l. n. 92/2012 riguarda le clausole flessibili, che modificano la collocazione temporale della prestazione, ed elastiche, che comportano una variazione in aumento della durata della giornata lavorativa, sia pure limitatamente ai rapporti *part-time* di tipo verticale o misto (art. 3, comma 7 e 10). Come si è avuto modo di sottolineare, si tratta di clausole accessorie di tipo vessatorio che finiscono per accentuare la condizione di subordinazione del lavoratore *part-time* a fronte del riconoscimento in capo al datore di lavoro di un inedito *ius variandi* temporale.

Sulla base di quanto previsto in passato, la riforma Fornero ribadisce la duplice via di ripensamento³⁷⁴, legale e sindacale, riconoscendo al lavoratore *part-time* la possibilità di denunciare la sua disponibilità ad essere flessibile o elastico, ricorrendo a specifiche causali individuate *ex lege* – esigenze familiari, di tutela alla salute, necessità di svolgere altra attività lavorativa- ovvero dalla contrattazione collettiva, secondo modalità predefinite: forma scritta, decorsi almeno cinque giorni dalla stipulazione del patto, con un preavviso di un mese, e fatta salva la possibilità di giungere ad una nuova articolazione temporale.

Per quanto riguarda il ripensamento per via sindacale, l'art. 1, comma 20, lett. a), aggiunge al comma 7 dell'art. 3 del d.lgs. n. 61/2000, il punto 3-*bis* che provvede ad ampliare le competenze dell'autonomia collettiva nella disciplina dell'istituto, demandando alla stessa il compito di stabilire “*le condizioni e le modalità che consentono al lavoratore di richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche*”.

Alla contrattazione collettiva viene riconosciuta la facoltà di disciplinare il ripensamento attraverso l'individuazione di motivazioni di rango costituzionale oppure socialmente rilevabili, prevedendo congrui termini di preavviso.

Dalla suddetta norma, si evince che al lavoratore è riconosciuto il solo diritto di presentare una richiesta per l'eliminazione o la modifica del regime variabile di orario concordato, ma non a poter contare sul suo effettivo e pieno

³⁷⁴ La disciplina in esame si applica al solo lavoro privato, non anche a quello delle pubbliche amministrazioni. Cfr. *infra*.

accoglimento: il buon esito della denuncia è pur sempre subordinata alla accettazione della stessa da parte del datore di lavoro³⁷⁵.

Per quanto riguarda la revoca per via legale, l'art. 1, comma 20, lett. b), della l. n. 92/2012 integra il comma 9 dell'art. 3, riconoscendo la facoltà di revocare il consenso prestato nelle clausole flessibili o elastiche al lavoratore che si trovi nelle condizioni di cui all'art. 12- *bis* del d.lgs. n. 61/2000 ovvero in quelle di cui all'art. 10, comma 1, dello Statuto dei lavoratori.

Si fa rinvio al lavoratore affetto da patologie oncologiche, per il quale residui una ridotta capacità lavorativa, anche a causa degli effetti invalidanti di terapia salvavita, accertata da una commissione medica istituita presso l'unità sanitaria locale territorialmente competente, ovvero in caso di patologie oncologiche riguardanti il coniuge, i figli o i genitori, nonché di assistenza di una persona convivente con totale permanente inabilità lavorativa (che assume connotazione di gravità ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. 5 febbraio 1992, n. 104, con una percentuale di invalidità pari al cento per cento e con necessità di cura continua in quanto non in grado di compiere atti quotidiani della vita); ovvero, ancora, con figlio convivente di età non superiore ai tredici anni o portatore di *handicap ex art. 3, l. n. 104/1992*; infine, si fa riferimento allo studente, iscritto e frequentante corsi regolari di studio in scuole di istruzione primaria, secondaria e di qualificazione professionale, statali, paritarie o legalmente riconosciute o comunque abilitate al rilascio di titoli di studio legali.

Per quanto riguarda l'estensione di tale ambito soggettivo della revoca, parte della dottrina si è mostrata a favore dell'inclusione anche del lavoratore studente universitario, ipotizzando un intervento della contrattazione collettiva, in linea con la promozione dell'apprendimento permanente prevista dalla legge Fornero³⁷⁶.

Da un'analisi complessiva della riforma in materia di *part-time*, dubbi permangono in relazione alla possibilità del lavoratore – fermo restando il suo necessario consenso alla modifica della collazione temporale della prestazione e/o alla variazione in aumento della durata della giornata lavorativa- di farsi assistere, all'atto della formalizzazione dell'assenso, da un componente del

³⁷⁵ F.M.PUTATURO DONATI, *Il lavoro a tempo parziale nella riforma Fornero*, Marzo 2013, n. 3, Gruppo 24Ore, pp. 139 – 140.

³⁷⁶ M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale; meno flex, più security*, cit., p. 122.

r.s.a. su sua istanza. Perché, come si è già avuto modo di osservare, se la *ratio* fosse quella di tutelare la libertà del consenso proprio attraverso l'assistenza di un rappresentante sindacale, questa dovrebbe essere resa obbligatoria: difatti, ove il datore di lavoro fosse capace di imporre il patto di flessibilità o elasticità, potrebbe anche arrivare a dissuadere il lavoratore dal richiedere tale assistenza. E potrebbe anche verificarsi un vuoto di tutela nel caso di assenza di r.s.a. che potrebbe non essere costituita o non costituibile per difetto dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 35 dello Statuto dei lavoratori.

La l. n. 92/2012, se da una parte rinforza il ruolo della contrattazione collettiva che assiste la "volontarietà" del lavoratore dello stare a disposizione, dall'altro apre alla contrattazione individuale che ben può fare a meno, in presenza di determinati requisiti soggettivi, della mediazione sindacale³⁷⁷. E a conferma del progressivo ingessamento della disciplina, l'art. 1, comma 20, lett. b) che integra il comma 9 del citato art. 3, non fissa alcun termine per l'esercizio del relativo diritto, ponendo dubbi di compatibilità con normativa comunitaria che nel preambolo della direttiva 97/81/CE promuove il ricorso al lavoro a tempo parziale su basi che siano accettabili da entrambe le parti del rapporto³⁷⁸. Così come appare criticabile la scelta di negare l'ASpI³⁷⁹ al lavoratore *part-time* verticale che finisce per penalizzare quei lavoratori il cui orario ridotto non è frutto di una libera scelta ma conseguenza dell'impossibilità di beneficiare di un'altra tipologia di rapporto; ciò sembra anche in contrasto con quanto previsto dalla clausola 4 dell'accordo-quadro, dotata di efficacia diretta, che afferma che "*i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo pieno comparabili per il solo motivo di lavorare a tempo parziale, a meno che un trattamento differente sia giustificato da ragioni obiettive*".

³⁷⁷ M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale; meno flex, più security*, cit., p. 121, nel richiamo di F.M.PUTATURO DONATI, *Il lavoro a tempo parziale nella riforma Fornero*, cit., p. 141.

³⁷⁸ P. RAUSEI, R. SCOLASTICI, *Nuove clausole elastiche e flessibili: meno flessibilità, più incertezze*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul d.d.l. n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in www.bollettinoadapt.it, 86.

³⁷⁹ L'Assicurazione Sociale per l'Impiego, introdotta dalla legge Fornero, sostituisce, a partire dal 2013, l'indennità ordinaria di disoccupazione mutandone i criteri di accesso, e prevedendone l'estensione, dal 2015, anche agli apprendisti. Tale istituto è stato modificato dal recente *Jobs Act* del Governo Renzi. V. IV Capitolo, *Oltre la flessibilità: soluzioni contro la precarietà*.

Sempre nell'ottica del contrasto all'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nel nostro ordinamento, la legge n. 92/2012 è intervenuta con l'art.1, commi 21 e 22, anche sulla disciplina del lavoro intermittente o a chiamata, così come regolato dagli art. 33-40, del d.lgs. n. 276/2003.

Un cenno merita l'originaria ipotesi di riforma che contemplava, attraverso l'abrogazione degli artt. 34, comma 2, e 40, sia la soppressione della possibilità di ricorrere a prestazioni intermittenti in ragione dell'età del lavoratore, sia della facoltà del Ministro del Lavoro di determinare in via provvisoria i casi di ricorso al lavoro intermittente qualora non vi provveda il contratto collettivo nazionale³⁸⁰.

Si voleva, infatti, contenere il ricorso allo strumento in esame per i sospetti, dato il suo carattere estremamente flessibile, che venisse usato dalle aziende con la finalità di coprire rapporti di lavoro che potrebbero, *rectius* dovrebbero, essere inquadrati in altre, meno flessibili, tipologie contrattuali, oppure per sfuggire facilmente a controlli in ordine alla effettiva durata della prestazioni lavorative³⁸¹. Ma a dimostrazione della forte capacità di resistenza dell'istituto che, in base alla funzione attribuitagli dalla legge, può presentarsi quale alternativa al *part-time* o al contratto a tempo determinato, alla fine dell'*iter* parlamentare si è dato vita ad una disciplina molto meno incisiva di quella annunciata³⁸². La riforma si limita, ma non in modo poco trascurabile, a modificare i commi 1 e 2 dell'art. 34, aggiungendo un comma all'art. 35 e abrogando l'art. 37, d.lgs. n. 276/2003.

Per ciò che riguarda la prima innovazione, viene ridisegnata la disciplina delle ipotesi in cui è possibile ricorrere al lavoro intermittente con specifico riferimento all'ipotesi basata sull'età del lavoratore e a quella relativa al lavoro intermittente reso per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, e a dettare, di conseguenza, un regime transitorio per i contratti

³⁸⁰ V. LECCESE, *La tenace sopravvivenza del "lavoro intermittente" nell'ordinamento italiano*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., p. 107.

³⁸¹ M. G. MATTAROLO, *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa Milano 2012.

³⁸² V. LECCESE, *op.ult.cit.*, p. 108.

già stipulati. Tali modifiche mantengono ferma la diversificazione delle ipotesi che legittimano la possibilità di sottoscrivere un contratto di lavoro intermittente: ovvero, per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o temporaneo secondo le esigenze individuate dai contratti collettivi, di qualsiasi livello, purché stipulati da associazione dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale; per le numerose e diversificate attività elencate nella tabella allegata al R.D. 6 dicembre n. 2657/1923 (lavori discontinui o di semplice attesa e custodia), cui rinvia il decreto ministeriale adottato dal Ministero del Lavoro nell'esercizio del potere sostitutivo attribuitogli dal già citato art. 40, d.lgs. n. 276/2003 - il cui capo I è dedicato al lavoro intermittente- articolo che, nonostante le iniziali intenzioni, non è stato abrogato dalla riforma; per lavoratori rientranti in determinate fasce di età, peraltro ridimensionate dalla riforma; per periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, sui quali ha inciso la riforma generando non pochi dubbi interpretativi.

Alle suddette ipotesi vanno aggiunte quelle eventualmente individuate, sussistendone i presupposti, dalla contrattazione di prossimità conclusa ai sensi dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, la quale può avere ad oggetto, per l'appunto, anche i contratti a orario ridotto, modulato o flessibile (art. 8, comma 2).

Questa formulazione apre, dunque, la possibilità di intervento alle rappresentanze sindacali operanti in azienda, finora non contemplata dagli artt. 33 e ss. del d.lgs. n. 276/2003.

La riforma non è intervenuta sulla possibilità del ricorso a-causale del contratto in esame, confermando il suo ricorso "*in ogni caso*"³⁸³, a prescindere da specifiche esigenze oggettive ovvero dalla predeterminazione di periodi, in ragione dell'età dei lavoratori.

³⁸³ Il contratto può essere concluso con lavoratori di determinate fasce d'età e l'espressione deve significare che per tali lavoratori si prescinde dalle causali oggettive di cui si è detto, ma non evidentemente dal requisito dell'intermittenza. Con ciò sembra anche fortemente svalutata la distinzione tra causali soggettive od oggettive, posto che in sostanza quello che conta è l'esigenza per l'impresa di un lavoro intermittente nel senso anzidetto. Cfr. R. VOZA, *Lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro Subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester. Ed. UTET, Torino 2007, p. 1400, il quale afferma che "*l'intermittenza, più che un elemento costitutivo della nuova figura negoziale, rappresenta - semmai - una modalità di utilizzo della relativa prestazione*".

La riforma Fornero interviene sul dato anagrafico della platea dei potenziali contraenti, prevedendo che la conclusione a-causale del contratto possa avvenire con soggetti con più di 55 anni di età (prima 45), indipendentemente dal fatto che siano pensionati o meno³⁸⁴, e con soggetti con meno di 24 anni di età al momento della stipula³⁸⁵.

Per il lavoro intermittente prestato in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno, la riforma ha abrogato la previsione che prescrive che, per prestazioni di lavoro intermittente da rendersi nel fine settimana, nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie e pasquali³⁸⁶, l'indennità di disponibilità, prevista per il lavoro intermittente con obbligo di risposta alla chiamata (v. art. 36, d.lgs. n. 276/2003), deve essere corrisposta al prestatore di lavoro solo in caso di effettiva chiamata (art. 37, comma1).

La l. n. 92/2012 ha abrogato con l'art. 34, comma 1, la previsione secondo cui i contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale (art. 37, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) potevano prevedere ulteriori periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno.

Nel silenzio della legge, questo ruolo potrebbe essere riconosciuto alle parti nel contratto individuale ma tale interpretazione è da rigettare se si fa riferimento al correttivo apportato dalla l. n. 92/2012, poiché priverebbe di significato la conservazione di un sistema normativo fondato su specifiche ipotesi dettate dalla legge (art. 34, comma 2, così come modificato dalla riforma) o, su rinvio di quest'ultima alla contrattazione collettiva (art. 34, comma1) e, in via sostitutiva, dal Ministro del Lavoro (art. 40)³⁸⁷. Da quanto detto, deriva, quindi, l'impossibilità di sottoscrivere nuovi contratti per periodi

³⁸⁴ Cfr. Circolare Min. lav. 20/2012. L'abolizione dell'inciso "*anche se pensionati*" non sembra avere alcuna conseguenza applicativa dal momento che nessuna disposizione prevede l'esclusione dei titolari di pensione dovrebbero dal lavoro intermittente. Cfr. G. MATTAROLO, *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, cit., p. 131, nota 83.

³⁸⁵ La norma precisa che le prestazioni intermittenti devono avvenire entro il venticinquesimo anno di età, ovvero l'ultimo giorno utile di prestazione lavorativa è quello precedente al compimento del venticinquesimo anno. Cfr. Circolare Min. lav. n. 18/2012.

³⁸⁶ La Circolare Min. lav. n. 4/2005 aveva affermato che per week-end dovesse intendersi il periodo che va dalle 13 del venerdì alle 6 del lunedì; per vacanze natalizie, il periodo tra il 1° dicembre e il 10 gennaio; per vacanze pasquali, il periodo della domenica delle Palme al martedì successivo al Lunedì dell'Angelo; per ferie estive, il periodo dal 1° al 30 settembre.

³⁸⁷ Cfr. Circolari Ministero lavoro, n. 20/2012 e n. 18/2012. V. LECCESE, *La tenace sopravvivenza del "lavoro intermittente" nell'ordinamento italiano*, cit., p. 111.

predeterminati sino all'intervento autorizzatorio della contrattazione collettiva³⁸⁸.

Il legislatore del 2012 si è preoccupato di dare una specifica disciplina transitoria al fine di scongiurare eventuali problemi interpretativi relativi alla sorte dei contratti già stipulati.

Ai sensi dell'art. 1, comma 22, della legge in esame i contratti di lavoro intermittente già sottoscritti alla data della sua entrata in vigore, che non siano compatibili con le nuove disposizioni, cessano di avere effetti decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge stessa (18 luglio 2012)³⁸⁹.

E' però possibile, in virtù di tale norma transitoria, continuare nel frattempo ad effettuare la chiamata per tali lavoratori e ricorrere alle ipotesi contenute nell'art. 37, oramai abrogato³⁹⁰.

Allo scadere del periodo transitorio si produrrà *ex lege* la cessazione degli effetti del negozio ed il termine annuale fungerà da limite entro il quale la prestazione resa ai sensi di queste causali potrà essere legittimamente ricondotta al lavoro intermittente: da ciò consegue che gli organi ispettivi del Ministero del Lavoro decreteranno che la prestazione resa in violazione della nuova previsione “*sarà considerata in nero*”³⁹¹.

La novità sicuramente più rilevante in materia di lavoro intermittente si ritrova nel nuovo comma 3- *bis* dell'art. 35 del d.lgs. n. 276/2003 che prevede l'obbligo del datore di lavoro di comunicare

preventivamente, alla direzione territoriale, “*la durata della prestazione lavorativa o di un ciclo integrato di prestazioni*” nella quale risiede implicitamente anche la comunicazione dell'inizio della prestazione stessa. L'intento di questa prescrizione è quello di prevenire un uso distorto dell'istituto che potrebbe celare forme di lavoro nero ed in frode alla legge ma anche, indirettamente, di assicurare una maggiore tutela del lavoratore nell'ambito di un uso sostanzialmente corretto del contratto medesimo. Tale

³⁸⁸ Dal combinato disposto degli artt. 34, comma 1, e 40 si potrebbe dedurre la possibilità di un intervento temporaneamente sostitutivo del d.m. anche in merito ai casi in cui è possibile ricorrere a tale strumento. Cfr. G. MATTAROLO, *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, cit., p. 130 ss.

³⁸⁹ Per un esempio, V. LECCESE, *La tenace sopravvivenza del “lavoro intermittente” nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 111 e 112.

³⁹⁰ Circolare Min. lav. n. 20/2012.

³⁹¹ In tal senso, la Circolare Min. lav. n. 18/2012, ma anche Circolare Min. lav. n. 20/2012.

nuovo obbligo di comunicazione³⁹² è connesso sia alla singola chiamata, che ad un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni³⁹³, e opera anche per i rapporti già instaurati³⁹⁴.

In caso di violazione di tale obbligo, sono previste sanzioni amministrative (da 400 a 2400 euro), in relazione a ciascun lavoratore per cui si verifica l'omissione³⁹⁵ e non si applichi la procedura di diffida di cui all'art. 13, d.lgs. n. 124/2004, ovvero ossia la c.d. "*diffida accertativa*" che introduce la possibilità di una sorta di ravvedimento operoso per il datore.

La comunicazione della *chiamata* non sostituisce la comunicazione preventiva di assunzione che va resa secondo quanto previsto dal D.M. 30 ottobre 2007³⁹⁶.

Per dovere di completezza, conviene brevemente ricordare il decreto legge n. 76 del 28 giugno 2013 – "*Migliorare il funzionamento del mercato del lavoro, aumentare l'occupazione, soprattutto giovanile, sostenere le famiglie in difficoltà*" - adottato durante il breve governo di Enrico Letta che annovera tra gli obiettivi: l'incremento della base occupazionale per consentire la ripresa, la riduzione dell'inattività e il miglioramento dell'occupabilità dei giovani; la lotta al disagio sociale, soprattutto nelle aree del Mezzogiorno.

Si intendeva creare un mercato del lavoro più flessibile intervenendo sui contratti a termine e restringendo l'intervallo obbligatorio tra un rinnovo e

³⁹² La comunicazione va inviata alla Direzione territoriale del lavoro competente, e non al Centro per l'impiego, mediante *sms* o posta elettronica. Nella versione originaria era previsto anche l'invio mediante fax, poi soppresso dall'art. 34, comma 54, d.l. n. 179/2012, introdotto dalla legge di conversione n. 221 del 17 dicembre 2012 che ha modificato l'art.21, lett. b, l. n. 92/2012. Il Ministero ha precisato che la comunicazione deve contenere i dati identificativi del lavoratore o dei lavoratori e il giorno o i giorni, o, ancora, il periodo per cui si prevede lo svolgimento della prestazione, non anche l'orario. Per approfondimenti, cfr. Circolari Min. lav. n. 20/2012 e n. 18/2012, nonché Nota Min. lav. n. 12728 del 14 settembre 2012.

³⁹³ Secondo una lettura del Ministero, i trenta giorni possono essere considerati quali giorni di chiamata di ciascun lavoratore e non come arco temporale massimo all'interno del quale individuare i periodi di attività dello stesso.

³⁹⁴ Circolare Min. lav. n. 18/2012.

³⁹⁵ La sanzione scatterà per ogni violazione del precetto ed è da escludersi che, in presenza di violazioni reiterate nell'ambito di un singolo contratto, si applichi una singola sanzione e va anche preso in considerazione, ai fini della fissazione della sanzione, l'eventuale mancanza di dolo da parte del datore di lavoro. Numerose le osservazioni in merito all'entità della sanzione, cfr. P. RAUSEI, R. SCOLASTICI, *Nuove clausole elastiche e flessibili: meno flessibilità, più incertezze*, cit., p. 91. E, sempre con riguardo ai profili sanzionatori, cfr. V. LECCESE, *La tenace sopravvivenza del "lavoro intermittente" nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 115 e 116; G. MATTAROLO, *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, cit., pp. 132 e 133.

³⁹⁶ Nota Min. lav. n. 11779 del 9 agosto 2012 e nota Min. lav. n. 16639 del 26 novembre 2012.

l'altro: si passa dai 60/90 giorni previsti dalla riforma Fornero ai 10/20 giorni rispettivamente per contratti di durata inferiore ai sei mesi e di durata superiore ai sei mesi. Tale disciplina non si applica ai casi di lavoro stagionale e alle ulteriori ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva.

Viene, inoltre, consentita la prosecuzione, nei termini consentiti, ed abolito il divieto di proroga anche in caso di primo contratto a termine senza causale

Infine, sono state definite misure per evitare abusi del contratto intermittente attraverso l'introduzione di un limite per l'utilizzo dello stesso: il ricorso a questa tipologia contrattuale viene ammesso per ciascun lavoratore per un periodo complessivamente non superiore alle quattrocento giornate di effettivo lavoro nell'arco di tre anni solari; nel caso di superamento di tale limite temporale, il relativo rapporto si trasforma a tempo pieno ed indeterminato.

La legge Fornero, così come lo era stata quella di Marco Biagi, rappresenta un'altra tappa importante verso l'implementazione di un modello *più europeo* di regolazione del mercato del lavoro coerente con le indicazioni comunitarie sulla flessicurezza: al fine di rendere il nostro mercato del lavoro più inclusivo e dinamico, le proposte di riforma hanno investito sia la flessibilità in entrata che quella in uscita.

Per quanto riguarda la prima, l'intervento regolatore è apparso di scarsa rilevanza: il tempo indeterminato - senza divenire "unico", risolubile liberamente dopo un periodo iniziale oppure tendenzialmente *sempre* dietro pagamento di un corrispettivo monetario- è rimasto pur sempre dominante ma mantenendo sullo sfondo il *multiforme universo* dell'atipico, figlio della Legge Biagi, che viene conservato quasi integralmente seppure limitato nel suo complesso³⁹⁷; l'unico contratto soppresso è quello di inserimento lavorativo, non certo, a dire di alcuni, più meritevole di morte precoce³⁹⁸.

Le disposizioni contenute nella riforma puntano a rendere più costose le tipologie contrattuali temporanee, ma senza prevedere un analogo incentivo

³⁹⁷ F. CARINCI, *L'apprendistato*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, cit., p. 114.

³⁹⁸ F. CARINCI, M. MISCIONE, *Presentazione - La Riforma Fornero (L. n. 92/2012)*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, cit., p. X.

all'utilizzo di contratti a tempo indeterminato, il cui costo continua a rimanere molto elevato.

Pertanto, la volontà di rendere più stabili le forme flessibili sembra destinata a restare una *buona intenzione* dal momento che la riforma così come licenziata sembra aver dato priorità al tema della disoccupazione, ormai da *record*, facendo passare in secondo piano il problema del precariato.

Ed anche la scelta di spingersi a qualificare come a tempo indeterminato il contratto di apprendistato, quale prevalente canale di ingresso formativo nel mercato del lavoro, appare discutibile.

Difatti, il carattere temporaneo dello stesso è confermato dal previsto limite di durata e dalla possibilità di recedere *ad nutum*. Inoltre, anche il considerarlo come canale di ingresso prevalente appare azzardato, dal momento che l'apprendistato, nella sua forma professionalizzante, mantiene una prospettiva più formativa che occupazionale e non copre l'intera componente giovanile avviata al lavoro tra i 15 ed i 29 anni³⁹⁹. E, se per la categoria degli ultracinquantenni e delle donne nelle aree svantaggiate interviene l'art. 53 della l. n. 92/2012, resta scoperta la categoria costituita dai disoccupati di lunga durata dai ventinove fino ai trentadue anni per i quali sarebbe stato utile il contratto di inserimento lavorativo, ora abrogato, trascurando il dato che la disoccupazione giovanile, che ha raggiunto livelli drammatici, si proietta ormai sempre più verso l'età adulta

Per ciò che riguarda il secondo ambito di intervento della riforma, a cui in questa sede si accennerà brevemente, la flessibilità in uscita conosce una svolta da molti definita storica: modificando l'art. 18 Stat. Lav., si assiste al tramonto della c.d. tutela reale, quale unica ed esclusiva sanzione della illegittimità del licenziamento, laddove quest'ultima ipotesi darebbe vita ad un risarcimento economico, rimettendo al potere discrezionale del giudice la possibilità di

³⁹⁹ F. CARINCI, *L'apprendistato*, cit., p. 114 ss., sottolinea che l'apprendistato, definito dall'art. 1 del T.U. come "*un contratto a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani*", così come qualsiasi tipologia di contratto, dovrebbe essere classificato in base alla causa, con la durata definita dalla disciplina. In questo caso, la causa è sempre stata individuata come formazione/retribuzione *versus* prestazione. Pertanto, appare "*difficile conciliare il contratto a tempo indeterminato attribuito all'apprendistato, unico e unitario, con il cambio dell'elemento causale-da misto formazione/retribuzione versus prestazione lavorativa a puro retribuzione versus prestazione lavorativa- nel passaggio dal periodo formativo a quello post-formativo*".

ordinare la reintegrazione sulla base di ipotesi che appaiono di fatto limitate e di stretta interpretazione⁴⁰⁰.

L'applicazione della tutela obbligatoria per la maggior parte delle ipotesi di licenziamento illegittimo sembra influire sul valore del lavoro e della stabilità, ovvero l'estensione del c.d. *firing cost* alle ipotesi più frequenti di licenziamento illegittimo comporterebbe asimmetria nella sanzione da comminare al datore di lavoro, a seconda delle motivazioni eventualmente accertate come illegittime, e dal punto di vista della tutela giuridica del lavoratore.

L'apparente contraddizione tra l'intenzione del legislatore che si proponeva di favorire la stipulazione del contratto a tempo indeterminato, definito "dominante" in quanto più stabile, e il concreto intervento per ridurre le tutele contro i licenziamenti, previste per il medesimo contratto trova conforto nella definizione di stabilità del lavoro che il governo ha voluto promuovere.

Ed i riformatori, come è noto, hanno voluto spostare la tutela dal rapporto di lavoro alla tutela del mercato, ovvero stabilità nel posto di lavoro *versus* assistenza nel mercato, in linea con gli orientamenti comunitari⁴⁰¹.

E numerosi sono, infatti, i riferimenti all'ordinamento europeo operati dalla l. n. 92/2012 che sembra orientata a ridimensionare la concezione di diritto al lavoro, come fondamento della pretesa a che i pubblici poteri creino occasioni di lavoro per tutti, nel senso di un diritto alla piena e stabile occupazione, preferendo promuovere la più generica libertà di lavorare intesa come pretesa ad essere attivo ed occupabile nel mercato del lavoro⁴⁰².

Sarà lo stesso Ministro del Lavoro, Elsa Fornero, a dichiarare che il lavoro non è un diritto, in un'intervista rilasciata al *Wall Street Journal* all'indomani dell'approvazione della legge n. 92/2012⁴⁰³.

Lo Stato, secondo questa visione, deve poter assicurare ai propri cittadini la possibilità di dotarsi di una "sicurezza attiva" contro i rischi e le incertezze, in un mercato del lavoro che, finalmente libero dalle costrizioni normative che

⁴⁰⁰ Cfr. F. FONTANAROSA, *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, cit., p. 13.

⁴⁰¹ *Ivi*, pp. 14-15.

⁴⁰² A. CANTARO, *Il diritto dimenticato: il lavoro nella costruzione dell'Unione*. Giappichelli Editore, Torino 2007, p. 71 nel richiamo di F. FONTANAROSA, *op. ult. cit.*, p. 16.

⁴⁰³ Intervista dal titolo "*Italy Official Seeks Culture Shift In New Law*" del 27/06/2012 disponibile all'indirizzo web <http://online.wsj.com>.

tutelano il rapporto, possa generare una maggiore domanda di lavoro. Quanto finora esposto riporta la questione al livello costituzionale ed in particolare all'interpretazione del già citato art. 4 Cost⁴⁰⁴.

E se, in passato, la dottrina prevalente aveva interpretato quest'ultimo riconoscendo il diritto al lavoro come diritto *al* mantenimento del posto di lavoro, per chi il lavoro ce l'ha, e come la pretesa ad ottenere un lavoro con l'aiuto pubblico, per chi il lavoro non ce l'ha o l'ha perso⁴⁰⁵, si è poi fatta strada l'interpretazione a favore del più generico perseguimento di un obiettivo occupazionale più ampio, che prescinde dalla stabilità del singolo nel rapporto di lavoro⁴⁰⁶.

Ed è quest'ultima interpretazione che sembra essere più in linea con gli art. 15 e 30 della Carta di Nizza, laddove non si parla di diritto al lavoro collegato al conseguente impegno dell'Unione europea e delle sue istituzioni a far sì che i cittadini europei possano avere un lavoro, quanto alla tutela della libertà di lavorare sulla base di un principio di non discriminazione.

Di conseguenza, oltre al vecchio *tabù*, come definito dallo stesso Ministro Fornero, legato all'art. 18 St. lav. - viene sacrificato anche l'obiettivo della piena occupazione come obiettivo di politica economica.

Purtroppo, però, il nostro mercato del lavoro è finora apparso impreparato a tale sfida di *employment security*, risultando inadeguato sia dal punto di vista del sistema di ammortizzatori sociali sia per ciò che riguarda le politiche di

⁴⁰⁴ La Corte Costituzionale pronunciandosi più volte sulla conformità dell'art. 2118 c.c. sul potere di recesso del datore di lavoro in relazione con l'art. 4 Cost. ha affermato che “*il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato non costituisce un principio generale del nostro ordinamento*” e che l'art. 4 Cost. non riconosce al lavoratore un diritto soggettivo alla conservazione del posto di lavoro, e quindi alla stabilità del posto di lavoro, che può essere attribuito solo dalla fonte regolativa collettiva (Corte Cost. 12 maggio 1958 n. 78); inoltre, ha affermato che l'art. 4 Cost. non deve essere inteso come “*direttiva al legislatore*”, quanto piuttosto come orientamento generale che la Costituzione dà al Paese invitando il legislatore futuro, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, ad adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, assicurando a tutti la continuità del lavoro e le doverose garanzie contro i licenziamenti (Corte Cost. 6 giugno 1965 n. 45).

Su altre sentenze che collegano l'art. 4 Cost. alla disciplina del licenziamento cfr. Corte Cost. sentt. 103 e 427 del 1989 e 46/2000. Merita rilevare che in quest'ultima si afferma che “*la progressiva garanzia del diritto del lavoro è compito del legislatore al quale spetta anche la scelta dei modi adeguati di tutela contro i licenziamenti illegittimi*”. Nell'ordinanza 23 febbraio 2006 n. 56, la Corte Costituzionale ha precisato che si deve riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario.

⁴⁰⁵ Sul superamento di questa interpretazione cfr. *supra*, p. 7.

⁴⁰⁶ G. DE SIMONE, *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *Lav. dir.*, 2007, n. 4, p. 557 ss.

riqualificazione professionale in grado di garantire la protezione sociale della persona. Il nostro sistema di ammortizzatori sociali, come si è avuto già modo di osservare, è sempre stato basato su base categoriale, a differenza dell'impostazione europea dedicata all'universalismo.

La revisione delle norme di difesa del posto del lavoro sarebbe dovuta essere accompagnata dalla predisposizione di efficaci strumenti di tutela e di accompagnamento sul mercato del lavoro, al fine di garantire un più facile passaggio fra posto e posto di lavoro.

Tale sfasatura non è stata, dunque, compensata da politiche attive del lavoro in grado di sostenere la mobilità e la qualificazione dei lavoratori⁴⁰⁷, dal momento che la parte della legge n. 92 relativa agli ammortizzatori sociali ha incontrato gli stessi ostacoli e resistenze del passato.

Un ultimo cenno merita la rottura con la precedente esperienza di concertazione: il governo, ha infatti, deciso di interloquire in modo esplicito e pubblicizzato con i partiti, piuttosto che con i sindacati, in ossequio alla visione tecnocratica dell'allora Presidente del Consiglio che apparve fin da subito insofferente nei confronti della concertazione e fu accusato di aver voluto relegare ad un ruolo subalterno l'attività parlamentare ricorrendo a continui voti di fiducia⁴⁰⁸.

La riforma Fornero, in funzione *anti-spread*, sembra aver incentivato, come sottolineato da molti, la vendibilità all'estero del lavoro, in seguito ad un'approfondita presa d'atto di un mercato del lavoro in via di accelerato peggioramento. L'eccesso delle aspettative ha trovato come ostacolo la natura di *cantiere ancora aperto* della riforma⁴⁰⁹, la cui buona riuscita sarebbe dipesa in gran parte dalla situazione economica generale e dell'occupazione che ha una rilevanza diretta, per molti prevalente⁴¹⁰, su tutte le aree in cui è intervenuta la riforma.

Opportunamente è stato previsto un sistema di monitoraggio applicativo della legge per verificare la portata delle sue innovazioni e per ripensare ad eventuali

⁴⁰⁷ T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 17.

⁴⁰⁸ F. CARINCI, M. MISCIONE, *Presentazione - La Riforma Fornero (L. n. 92/2012)*, cit., p. VIII.

⁴⁰⁹ *Ivi*, p. 60.

⁴¹⁰ C. DELL'ARINGA, *La riforma del mercato del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

interventi correttivi sulla spinta delle pressioni ed esigenze del momento (art. 1, comma 27)⁴¹¹.

Conviene anticipare che la l. n. 92/2012, a poco più di due anni dalla sua approvazione, ha subito recenti ed importanti modifiche dal *Jobs Act* (l. n. 78/2014) approvato dal Governo Renzi che non si è limitato ad incidere sulle materie già toccate dalla riforma Fornero ma si è spinto ben oltre il suo ambito di intervento⁴¹².

⁴¹¹ Cfr. T.TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, cit., p. 8.

⁴¹² V. *infra*, IV Capitolo, *Oltre la flessibilità: soluzioni contro la precarietà*.

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA DELLA FLESSIBILITA' IN ENTRATA NEL LAVORO PUBBLICO

2.1 Cenni storici ed evoluzione normativa del rapporto di pubblico impiego nell'ottica di una maggiore flessibilità; **2.2** La prima fase di privatizzazione del pubblico impiego: il d.lgs. n. 29/1993; **2.3** La seconda fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: il d.lgs. n. 165/2001; **2.4** La terza fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: dalla l. n. 145/2002 alla c.d. Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009). La legge Fornero: una sintesi; **2.5** L'introduzione di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale: l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 e l'inapplicabilità del d.lgs. n. 276/2003 al lavoro pubblico; **2.6** Gli interventi normativi successi al d.lgs. n. 276/2003: nuovi vincoli al lavoro flessibile nel pubblico impiego nell'ottica di contenimento della spesa pubblica e di controllo delle assunzioni; **2.7** Dalla legge Fornero alla disciplina attualmente vigente in materia di flessibilità in entrata nel pubblico impiego: la l. n. 101/2013; **2.8** Le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego nella disciplina attualmente vigente: l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Premessa; **2.9** Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: premessa; **2.10** (segue) Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: la specialità delle causali giustificative; **2.11** Il contratto di formazione e lavoro, il contratto di apprendistato e gli altri rapporti di lavoro a contenuto formativo nel pubblico impiego; **2.12** La somministrazione di lavoro a tempo determinato nel lavoro pubblico; **2.13** Le forme contrattuali flessibili non previste dall'art. 36, d.lgs. 165/2001: il lavoro a tempo parziale e il telelavoro; **2.14** L'accesso al pubblico impiego: la questione delle modalità di reclutamento del personale; **2.15** Le procedure di stabilizzazione dei lavoratori flessibili: l'assetto normativo; **2.16** La giurisprudenza costituzionale in materia di stabilizzazione del personale precario delle pubbliche amministrazioni.

2.1 Cenni storici ed evoluzione normativa del rapporto di pubblico impiego nell'ottica di una maggiore flessibilità. Verso il diritto comune del lavoro.

La crisi economico-finanziaria mondiale, la conseguente esigenza di contenere la spesa pubblica, la grave crisi politico-istituzionale, le questioni sociali sempre più drammatiche ed urgenti e la diffusione del c.d. precariato anche nel pubblico impiego hanno spinto il legislatore italiano a riflettere sul ruolo delle pubbliche amministrazioni, molto spesso associate a fenomeni negativi come l'inefficienza e l'elevato costo degli apparati ed indetificate, pertanto, quali ostacoli sul faticoso cammino della crescita, economica e sociale⁴¹³.

Ed anche la crescente integrazione europea, che ha esaltato il ruolo delle amministrazioni pubbliche nazionali promuovendo investimenti in capacità amministrativa, ha posto le basi giuridiche, attraverso il Trattato di Lisbona,

⁴¹³ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*. Ed. Cacucci, Bari 2013, p. 11.

per la creazione di uno spazio amministrativo europeo con assetti organizzativi e transnazionali sempre più integrati⁴¹⁴.

Tale processo di europeizzazione ha comportato una necessaria “*revisione profonda delle amministrazioni nazionali, chiamate ad adeguare la propria organizzazione, i propri modi di funzionamento, la propria cultura amministrativa*” ai nuovi compiti⁴¹⁵, per i quali non risulta più sufficiente migliorare il coordinamento delle autorità nazionali nella fase *ascendente* di formazione delle normative europee e nella fase *discendente* di attuazione delle stesse.

L'amministrazione pubblica italiana è stata chiamata, dunque, ad una sfida molto impegnativa, dal momento che, più che i costi - in linea con la media dei Paesi Ocse - è la qualità dei servizi e gli oneri regolatori e burocratici imposti alle famiglie e alle imprese a risultare disallineati rispetto a quelli dei principali Paesi europei che competono sui mercati internazionali.

La scarsa qualità della regolazione e la produttività delle amministrazioni e dei servizi pubblici italiani, difatti, rappresenta uno dei principali, se non il principale, fattore della stagnazione, della bassa produttività e della stessa crisi della finanza pubblica e del debito sovrano del Paese.

Ben presto, apparve quanto mai evidente la necessità di una coraggiosa ed incisiva azione di ammodernamento, che, accompagnata ad una riduzione dei costi regolatori e burocratici eccessivi e da una riduzione ed accelerazione dei tempi giudiziari, avrebbe contribuito in misura assai rilevante alla ripresa della crescita, all'incremento della produttività del sistema italiano e, dunque, alla competitività del Paese: in tal modo, si sarebbero rese sostenibili nel tempo le politiche di riduzione del debito e di consolidamento fiscale imposte dal *fiscal compact europeo*.

⁴¹⁴ Cfr. artt. 6, 197 e 298 TFUE; gli artt. 41 ss. della Carta dei diritti fondamentali sui “diritti amministrativi” e i vari Protocolli aventi rilievo amministrativo. Per approfondimenti, fra gli altri, M.P. CHITI, *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*. Ed. Il Mulino, Bologna 2013, p. 36 ss., con prefazione di F. BASSANINI, *Il nuovo spazio amministrativo europeo*, disponibile all'indirizzo web <http://www.bassanini.it/wp-content/uploads/2013/10/II-Nuova-Spazio-Amministrativo-Europeo.pdf>.

⁴¹⁵ E. CHITI, *Le amministrazioni, l'Europa e i silenzi del legislatore*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, n. 5, p. 461.

Anche per questo, il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili può essere fatto risalire ad una precisa scelta del legislatore operata nella seconda fase della privatizzazione alla fine degli anni Novanta, allo scopo di fronteggiare le esigenze di flessibilità organizzativa delle pubbliche amministrazioni per renderle maggiormente competitive con quelle dei principali Paesi comunitari nel quadro del progressiva integrazione europea⁴¹⁶.

A tal proposito, fu introdotto un meccanismo di definizione europea di indicatori o livelli *standard* di qualità dei servizi e delle prestazioni delle amministrazioni pubbliche e di semplificazione regolatoria e burocratica, e di meccanismi europei di valutazione delle *performance* delle amministrazioni e della qualità dei servizi: l'idea era che il combinato disposto degli uni (i livelli *standard*) e degli altri (i meccanismi di valutazione) potesse rappresentare, se non un vincolo, almeno un *benchmarking* significativo, inducendo processi di allineamento delle amministrazioni e dei servizi pubblici alle migliori pratiche europee⁴¹⁷.

L'intento del governo italiano era quello di imitare il modello sperimentato, in quegli anni, con il Trattato di Maastricht, che, in particolare in Italia, aveva generato, combinando vincoli esterni, obiettivi sfidanti e incentivi dedicati, un processo virtuoso di rapido risanamento degli squilibri della finanza pubblica. E al fine di conseguire maggiore efficienza nelle pubbliche amministrazioni, la razionalizzazione della spesa per gli apparati e una migliore utilizzazione delle risorse umane, si decise di procedere al raggiungimento dell'obiettivo della tendenziale assimilazione della disciplina del lavoro pubblico a quello del lavoro privato⁴¹⁸.

Accanto a ciò, si affermava un nuovo protagonista, il sindacalismo confederale, portatore di “*una proposta radicale*” nell'ambito di un “scambio”, solo apparentemente implicito, tra consenso sindacale al progetto governativo di

⁴¹⁶ Cfr. *infra*.

⁴¹⁷ F. BASSANINI, *Il nuovo spazio amministrativo europeo*, disponibile all'indirizzo web <http://www.bassanini.it/wp-content/uploads/2013/10/Il-Nuova-Spazio-Amministrativo-Europeo.pdf>.

⁴¹⁸ Cfr. C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alla pubbliche amministrazioni*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013, p. 839.

risanamento dei conti pubblici e tendenziale assimilazione delle leggi del lavoro pubblico a quelle del settore privato⁴¹⁹.

Come è noto, il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni è stato tradizionalmente disciplinato in modo autonomo rispetto al lavoro privato in ragione della peculiare natura del datore di lavoro e della conseguente necessità da parte di quest'ultimo di perseguire obiettivi di interesse generale enunciati nell'art. 97 della Costituzione, quali l'efficienza, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa⁴²⁰.

La specialità della disciplina risiede, in primo luogo, nella sensibile supremazia della pubblica amministrazione datrice di lavoro nei confronti del dipendente che marca una netta differenza con il rapporto di lavoro subordinato privato basato sul sostanziale equilibrio tra le posizioni di diritto e di obbligo dei contraenti, a cui si aggiunge la devoluzione al giudice amministrativo della giurisdizione per le controversie relative alla gestione del rapporto di lavoro.

In secondo luogo, la particolare sistemazione normativa trova il suo fondamento nella fisionomia ambivalente storicamente assunta dal pubblico impiegato, il quale è, da una parte, titolare di un vero e proprio rapporto di lavoro (c.d. *rapporto di servizio*), da cui derivavano diritti e doveri sostanzialmente analoghi a quelli del lavoratore privato⁴²¹; dall'altra, ricopre la carica di funzionario dello Stato, ovvero di organo dell'amministrazione pubblica abilitato ad agire per conto di essa e ad esprimere la volontà dell'ente

⁴¹⁹ A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico ed il sistema delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 183 ss.; V. FERRANTE, *Note in margine al progetto di riforma dei rapporti individuali e collettivi nel settore pubblico*, in *Lav.dir.*, 1992, 686 in cui l'autore sostiene che la modifica della natura del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti «è solo la tessera di un mosaico ben più ampio».

⁴²⁰ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*. L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Commentario di Diritto del Lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 616; U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*. Cacucci Editore, Bari 2010, p. 77 ss.

⁴²¹ L'emergere del profilo squisitamente lavoristico della prestazione svolta è da collegare al superamento dell'originaria natura onoraria dell'incarico di funzionario. L'attribuzione di una remunerazione quale corrispettivo dell'attività svolta si rese necessario a seguito dell'ampliamento e complessificazione delle funzioni statuali e della conseguente necessità di adibire stabilmente funzionari professionalmente affidabili a strutture ed uffici permanenti. Cfr. U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *op.ult.cit.*, p. 31.

all'esterno in qualità di titolare di un ufficio pubblico (c.d. *rapporto organico*)⁴²².

Il rapporto di pubblico impiego è stato così delineato circa un secolo fa e si può far propria la giustificazione che diede Giannini nel 1991 che, alla voce dell'Enciclopedia del Diritto dedicata all' "Impiego Pubblico", afferma che lo Stato era divenuto, da Stato "*monoclasse*", nel quale gli uffici pubblici erano detenuti dall'alta borghesia (in precedenza essi erano talora anche gratuiti perché rappresentavano l'esplicitazione di un *munus*), Stato "*pluriclasse*", con l'accesso alle posizioni del sistema pubblico della classe borghese e dei ceti popolari: il rapporto di impiego si costruiva in termini di scambio, richiedendosi da parte dei titolari delle funzioni pubbliche le necessarie sicurezze nel momento in cui prestavano la loro attività a favore del governo⁴²³.

Questa impostazione è stata compensata prevedendo un sistema di tutele e garanzie ben più ampio ed esteso di quello riconosciuto al lavoratore privato la cui rete di sicurezza fu affidata alla giurisprudenza amministrativa dando luogo a un insieme di regole basate, da una parte, su una lettura del fenomeno come "privilegio" dell'autorità, dall'altra, come "garanzia" del dipendente⁴²⁴.

La specialità del pubblico impiego rispetto al rapporto di lavoro privato, basato sui due presupposti giuridici - la supremazia della pubblica amministrazione e gli aspetti soggettivi dell'ufficio pubblico - non è una vicenda solo italiana ritrovandosi in tutta Europa e non solo nei sistemi di diritto amministrativo⁴²⁵. A ciò si aggiunge che il "*titolare dell'ufficio pubblico*" è stato storicamente inteso come prestatore di lavoro *speciale* e non come un prestatore di lavoro subordinato.

Tale sistema, conviene anticiparlo, è stato messo in discussione dal complesso processo riformatore che ha investito la materia nell'ottica di una maggiore

⁴²² U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 31 ss.

⁴²³ E. CARDI, *Note di diritto positivo sulla "privatizzazione" del pubblico impiego*, in E. Cardi, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, a cura di T. Treu. Ed. Franco Angeli, Milano 1997, p.19.

⁴²⁴ Cfr. *ivi*, p. 20.

⁴²⁵ Il concetto di supremazia speciale dell'amministrazione può essere messo in discussione nell'ordinamento militare: sul punto, cfr. V.BACHELET, *Disciplina giuridica e ordinamento giuridico statale*. Giuffrè Editore, Milano 1962, nel richiamo di E. CARDI, *Note di diritto positivo sulla "privatizzazione" del pubblico impiego*, cit., p. 21.

efficienza e funzionalità della pubblica amministrazione e di riduzione degli sprechi e dei costi di gestione della compressa macchina burocratica pubblica⁴²⁶.

Difatti, l'attuale disciplina giuridica dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei rapporti di lavoro è il risultato di una pluralità di interventi normativi succedutisi fino ad oggi e che trova il suo punto di partenza nel d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 – *Testo unico delle disposizioni dello Statuto degli impiegati civili dello Stato* – la cui impostazione mirava ad esaltare il prevalente profilo organizzativo rispetto a quello gestionale del rapporto di lavoro, dal momento che il pubblico dipendente, pur titolare di un vero e proprio rapporto di lavoro, rimane legato alla pubblica amministrazione da una relazione di carattere organico⁴²⁷.

La prevalenza dell'interesse pubblico connesso all'esercizio dell'attività della pubblica amministrazione rappresentava la giustificazione, dunque, a che la costituzione del rapporto avvenisse con un provvedimento amministrativo di carattere autoritativo consistente nel procedimento di nomina e l'assoggettamento anche del rapporto di servizio all'esclusiva disciplina unilaterale legislativa e regolamentare, senza che alla contrattazione collettiva di origine sindacale si riconoscesse il ben che minimo spazio nella determinazione delle regole in questione.

Ciò comportava il conseguente riconoscimento della natura pubblicistica del medesimo⁴²⁸, laddove il rapporto di servizio condivideva con la struttura amministrativa l'*afflato pubblicistico* che ne caratterizza e orienta l'azione⁴²⁹.

Da quanto esposto deriva che il pubblico impiegato era soggetto ad una subordinazione non di natura tecnico-funzionale come il dipendente privato, ma ad una subordinazione di tipo gerarchico, connessa alla stessa natura

⁴²⁶ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 616.

⁴²⁷ *Ibidem*.

⁴²⁸ Cfr. M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*. Ed. Il Mulino, Bologna, 1978, p.313. Il rapporto di impiego era considerato come un elemento strutturale dell'organizzazione in virtù della "immedesimazione organica" "tra disciplina dell'organizzazione amministrativa - alla quale si riconduce tout court l'organizzazione del lavoro - e disciplina del rapporto di lavoro (stato giuridico)" con la conseguente totale attrazione del secondo "nell'orbita della prima".

⁴²⁹ U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 31

gerarchica degli uffici alla quale corrisponde la supremazia speciale della pubblica amministrazione datrice di lavoro.

Come si è anticipato, questa configurazione così delineatasi trova il suo fondamento nelle speciali previsioni costituzionali: l'art. 97, comma 1, prevede che *“i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*, dimostrando tale norma il rilievo unitario dell'organizzazione amministrativa, inclusiva di strutture e personale, pur non disponendo che anche i rapporti di lavoro siano organizzati secondo disposizioni di legge; il comma 2 del citato articolo specifica che *“nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”* e conclude con il comma 3 disponendo che *“agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*.

L'art. 98 Cost., comma 1, afferma che *“i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione”* e l'art. 54 Cost., comma 2, precisa che *“i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi previsti dalla legge”*.

L'inquadramento di tali principi all'interno della Costituzione dello Stato repubblicano del 1948 conferisce agli stessi particolare forza di resistenza rispetto agli interventi del legislatore ordinario.

Ma ben presto, come si è detto, l'Europa ha richiesto all'Italia una rigorosa politica di riorganizzazione del pubblico impiego, partendo dalla constatazione della diffusa insoddisfazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dell'inadeguatezza della disciplina esistente.

Tale sistema conobbe il suo primo tentativo di riforma organico del rapporto di impiego pubblico nella legge del 29 marzo 1983, n. 93 – *Legge quadro per il pubblico impiego* – che pur conservando in capo alla pubblica amministrazione prerogative di tipo organizzatorio e non incidendo sulla configurazione giuridica del rapporto di pubblico impiego, riconosceva ampi spazi di manovra

alla contrattazione collettiva che poteva determinare regole e discipline in tutte quelle materie non esplicitamente riservate alla legge.

Tuttavia, la contrattazione collettiva non era riconosciuta idonea a produrre accordi direttamente efficaci sui rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici, laddove tali accordi, una volta siglati, dovevano essere recepiti da un atto unilaterale: per gli accordi nazionali, si provvedeva mediante Decreto del Presidente della Repubblica; per gli accordi decentrati, mediante decreto del Ministro competente; per le amministrazioni dello Stato e per tutte le altre amministrazioni, mediante atto previsto dai relativi ordinamenti.

La nuova disciplina contenuta nella l. n. 93/83 risultò ben presto fallimentare e apparve fornire una soluzione compromissoria e insoddisfacente all'esigenza di modernizzazione della materia⁴³⁰: il riparto delle competenze tra legge e contrattazione collettiva apparve spesso poco chiaro e la continua sovrapposizione di fonti fu il risultato di un'impostazione basata sulla distinzione delle materie tra legge e contratto assai discutibile.

E al centro delle critiche fu messa anche la selezione dei soggetti sindacali che prescindeva da una verifica sul campo della loro reale ed effettiva rappresentatività; inoltre, la ricezione degli accordi mediante atto amministrativo esponeva gli stessi al frequente intervento demolitivo della giustizia amministrativa, con conseguente progressiva complicazione del rapporto tra le fonti.

Come ulteriore elemento degenerativo, è da sottolineare la progressiva dilatazione del fenomeno della partecipazione dei rappresentanti sindacali nei diversi organi collegiali della pubblica amministrazione, in alcuni organismi paritetici, deputati alla gestione delle politiche di organizzazione delle strutture e del personale o, addirittura, in commissioni di concorso, che incideva negativamente sull'imparzialità di tali enti, nonché sull'efficienza ed efficacia della loro attività⁴³¹.

E fu così che, a partire dagli anni Novanta, il regime pubblicistico di pubblico impiego, con le sue rigidità ed inefficienze burocratico-gestionali, venne messo al centro di un'accesa riflessione circa la stringente necessità di modernizzare il

⁴³⁰ T. TREU, *Pubblico impiego: quale deregolazione?*, in E. Cardi, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, cit., p. 14 ss.

⁴³¹ U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 35.

sistema amministrativo italiano anche nell'ottica di una più flessibile gestione del personale.

2.2 La prima fase di privatizzazione del pubblico impiego: il d.lgs. n. 29/1993

L'amministrazione pubblica era chiamata a rispondere alle sfide imposte dalla modernizzazione e doveva, dunque, mostrarsi in grado di offrire attività e servizi efficienti per i cittadini e utenti e di svolgere strategiche funzioni di supporto alle modificazioni strutturali ed organizzative del sistema economico e produttivo nazionale che si apriva ai mercati internazionali⁴³².

In una società sempre più complessa, caratterizzata da grave crisi economica e delegittimazione della politica, apparve evidente come l'eterogeneità organizzativa delle pubbliche amministrazioni non potesse essere ordinata e governata dalla legge e dalle fonti di natura pubblicistica.

Le fonti della disciplina amministrativa risultavano, difatti, essere funzionali più ad un controllo statico della spesa pubblica che in grado di adattare i diversi apparati alla qualità e alla quantità delle funzioni amministrative assegnate a ciascun ente.

Tale "*primitivismo organizzativo*"⁴³³ aveva portato a pratiche e moduli decisionali che si sommarono ed intersecavano senza un ordine prestabilito ed efficiente: si registrava con frequenza il fenomeno dei c.d. fuori ruolo a cui si dava "stabilizzazione" attraverso successivi e periodici interventi legislativi⁴³⁴.

La contrattualizzazione dei rapporti di impiego e l'assoggettamento degli stessi alla disciplina dettata per il lavoro privato, associati al riconoscimento di ampi margini di azione all'autonomia privata- individuale e collettiva – furono considerati la soluzione necessaria per una dirigenza rinnovata che fosse messa in grado di coniugare efficacia e efficienza dell'azione amministrativa.

⁴³² U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 35.

⁴³³ S. CASSESE, *La riforma della pubblica amministrazione italiana*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2000, p. 1009, nel richiamo di V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 20.

⁴³⁴ M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., p. 269 ss.

A tali esigenze tentò di rispondere la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421⁴³⁵ che all'art. 2 affidava al governo il compito di predisporre misure di razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e di provvedere alla revisione dell'intera disciplina del pubblico impiego.

La riforma si rese quanto mai necessaria anche a causa di fattori esterni come la c.d. “crisi della prima Repubblica” che aveva fatto emergere le ingerenze della politica nell'ordinaria gestione dell'attività amministrativa, nonché la necessità di contenere la spesa pubblica per rientrare nei c.d. Parametri di Maastricht, il cui rispetto appariva necessario per l'introduzione della moneta unica.

Difatti, nella l. n. 421/92, oltre alla riforma del lavoro pubblico, erano contenute altre due importanti deleghe: la riforma del sistema pensionistico e la riforma del sistema sanitario.

In materia di pubblico impiego, il legislatore opera una decisa rottura nei confronti della precedente disciplina. Da un lato, sul versante della disciplina del rapporto di lavoro, si provvede alla creazione di un “*diritto comune del lavoro*”⁴³⁶, sia al settore privato che a quello pubblico, in cui il contratto individuale di lavoro assume il ruolo di “pietra angolare” del sistema, che comporta il mutamento della natura giuridica del rapporto di lavoro, cui si affianca la consacrazione del ruolo della contrattazione collettiva quale fonte di regolazione del rapporto di lavoro, senza che vi sia analoga attribuzione di effettiva efficacia regolativa anche al contratto individuale.

⁴³⁵Tale legge è stata anticipata dalla l. n. 142/90 con cui vengono dettati i principi dell'ordinamento dei Comuni e delle Province e viene riaffermato il principio di distinzione funzionale tra politica e amministrazione. Inoltre, tale legge non soltanto ratifica l'utilizzo delle forme giuridiche private per l'erogazione di servizi pubblici attraverso la costituzione di società per azioni e il conseguente ricorso alla normativa privatistica per i dipendenti, ma prevedeva che anche gli stessi dirigenti e funzionari richiesti per le professionalità tecniche potessero essere assunti a contratto. Si trattava di dirigenti e qualifiche elevate, ovvero di quella parte dei dipendenti della pubblica amministrazione per i quali la legislazione statale operava una normazione separata a più forte caratterizzazione pubblicistica. Ad essa è seguita la l. n. 146/90 con cui, in attuazione dell'art. 40 Cost. si introducono le prime regole sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali. Infine, la l. n. 241 per la prima volta introduce la figura del responsabile del procedimento che impersonifica la pubblica amministrazione e rappresenta un soggetto fisico cui il cittadino/utente può rivolgersi.

⁴³⁶ M. RUSCIANO, *Rapporto di lavoro “pubblico” e “privato”: verso regole comuni?* In *Lav. dir.*, 1989, p. 372; F. CARINCI, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv. trim. dir.proc.civ.*, 1974, p. 1098 ss.; M. D'ALIBERTI, *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giur. Cost.*, 1977, p. 509 ss.; F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 16 ss.

Una contrattualizzazione che non era pensata per l'intero personale, data la prevista conservazione dello "statuto pubblicistico" in capo ai dirigenti generali ed equiparati.

Dall'altro lato, sul piano dei rapporti tra amministrazione e potere politico, si procede al potenziamento del ruolo attribuito alla dirigenza, che si vuole rendere effettivamente autonoma rispetto ai politici e responsabile dell'attività organizzativo-gestoria, così da recidere anche quella "*contiguità tra dirigenti e dipendenti, che era stata spesso causa di tolleranza ed inerzia*"⁴³⁷.

Inoltre, come conseguente effetto della contrattualizzazione, vi è l'affidamento delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti contrattualizzati alla giurisdizione del giudice del lavoro, a decorrere dal terzo anno successivo all'emanazione del decreto legislativo, e, in ogni caso, non prima dell'esaurimento della fase transitoria.

La legge delega citata venne attuata dal d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 definito come strumento attuativo della *prima fase della privatizzazione* del rapporto di lavoro di pubblico impiego.

Gli ambiti di intervento seguirono tre direttive principali: la privatizzazione, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro di tutti i dipendenti – ferme restando alcune esclusioni come la dirigenza di vertice - e il riparto della giurisdizione.

Per quanto riguarda il primo aspetto, si provvede a ricondurre, salvo eccezioni – ovvero, l'intera organizzazione della pubblica amministrazione e materie ad essa collegata⁴³⁸ - l'impiego pubblico sotto la disciplina comune che, per

⁴³⁷ M. RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1989, p.379 . Cfr. A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in WP C. S.D.L.E. "*Massimo D'Antona*", n. 228/2014, reperibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 6.

⁴³⁸ Sette materie sono esplicitamente riservate al regime pubblicistico dall'art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 421/92: 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

definizione, è quella privatistica, facendo riferimento, dunque, all'egida delle leggi: diritto civile e leggi speciali.

Il secondo aspetto attiene invece alla contrattualizzazione, ovvero al riconoscimento del principio secondo cui i rapporti individuali di lavoro sorgono dal contratto individuale, e non più dall'atto pubblico unilaterale, e sono regolati dal contratto collettivo liberamente stipulato dai rappresentanti dei lavoratori e la pubblica amministrazione. Si pone fine, così, alla natura ibrida dell'accordo collettivo nel settore pubblico, mezzo contratto e mezzo atto autoritativo⁴³⁹.

Resta escluso dalla privatizzazione e contrattualizzazione il rapporto di lavoro dei dirigenti di prima fascia, soggetti al regime pubblicistico.

La diversa disciplina loro riservata rispetto a quella dei dirigenti di seconda fascia, che restano all'interno dell'alveo della privatizzazione e della contrattualizzazione, sottolinea il generale principio di separazione tra potere politico e potere dirigenziale, ovvero tra funzione di indirizzo politico-amministrativo (definizione degli obiettivi e programmi da attuare) e funzione gestionale-amministrativa (gestione dell'attività gestionale dirigenziale da parte di nuclei di valutazione), con previsione della conseguente responsabilità dei dirigenti.

Il terzo ed ultimo aspetto riguarda la ripartizione della giurisprudenza e rappresenta il punto probabilmente di maggior rottura con la precedente disciplina del pubblico impiego⁴⁴⁰.

Si prevede, difatti, l'affidamento alla magistratura ordinaria della piena giurisdizione in relazione alle controversie inerenti al rapporto di lavoro, salvo alcune materie che restano di competenza della giustizia amministrativa.

La riforma in esame dispone, infine, che, nonostante l'affermato principio di libertà sindacale e contrattuale, venga conservato un sistema di controlli da parte della Corte dei Conti sulla spesa contrattuale e sui contenuti negoziali, nonché un'autorizzazione finale alla stipula.

⁴³⁹ Cfr. F. CARINCI, *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, in E. Cardi, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, cit., p. 32.

⁴⁴⁰ *Ivi*, p. 32 ss..

All'indomani dell'approvazione della riforma, numerosi furono i dubbi sollevati circa la legittimità costituzionale del provvedimento governativo.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in merito, affermò che il carattere pubblicistico degli interessi perseguiti dalla p.a non era compatibile con le regole di mercato sottese alla disciplina privatistica del lavoro⁴⁴¹.

E numerose furono anche le eccezioni di costituzionalità sollevate dinanzi alla Corte Costituzionale che, da parte sua, escluse che l'art. 97 Cost. imponesse un regime pubblicistico dei rapporti di lavoro, potendo il legislatore – come autorizzato dal citato articolo – al contrario, includere gli stessi *“nell’orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell’azione amministrativa”*⁴⁴².

E rileva anche la scelta di abbandonare il *“tradizionale statuto del pubblico impiego”* a favore del rapporto di lavoro subordinato, seppur con determinate eccezioni, al fine di garantire quel processo di ristrutturazione e riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni necessario ad una *“più idonea realizzazione delle esigenze di flessibilità nella gestione del personale sottese alla riforma”* e volta ad assicurare il buon andamento dell'amministrazione, fermi restando i limiti collegati al *“perseguimento degli interessi generali cui l’organizzazione e l’azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate”*⁴⁴³.

Convieni in questa sede dar conto anche delle numerose reticenze mostrate da parte sia dei giudici amministrativi che di quelli civilistici: i primi si vedevano

⁴⁴¹ Cons. Stato 31 agosto 1992 n. 146.

⁴⁴² Corte Cost., 14 ottobre 1997 n. 309, in *Lav. pubb. amm.*, 1998, 131, con nota di M. BARBIERI, *Corte Costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*. In questa occasione la Corte Costituzionale ha escluso che la nuova disciplina sulla contrattazione collettiva in materia di pubblico impiego confliggesse con l'art. 39 Cost.

⁴⁴³ Corte Cost. 25 luglio 1996 n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, con nota di E. GRAGNOLI, *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, p. 36.

La Corte Costituzionale ebbe modo di pronunciarsi anche circa l'illegittimità costituzionale della privatizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti di seconda fascia, affermando che la scelta tra l'uno e l'altro regime spetta alla discrezionalità del legislatore nell'ottica di una più efficacia ed armonica realizzazione dei fini e dei principi che sottendono all'azione ed organizzazione della pubblica amministrazione. Restano sottratti alla contrattazione quegli *“aspetti in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano al momento organizzativo della pubblica amministrazione”*. Cfr. U. CARABELLI, M.T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, cit., p. 39 ss.

privati di una grossa area di intervento; i secondi temevano di essere esposti all'*alluvione della vertenzialità propria dell'impiego pubblico*⁴⁴⁴.

Fin da subito, apparvero evidenti le difficoltà di applicazione collegate alla complicazione di far convivere diritto pubblico e diritto privato in ragione di quella che fu definita "*doppia inclusione*", per cui l'organizzazione degli uffici e la gestione del rapporto di lavoro risultavano soggetti ad un diverso regime giuridico, a cui si affiancava la riserva di regime pubblicistico anche per alcune materie attinenti al rapporto di lavoro in base a quanto disposto dalla legge delega.

Si tentò di rimediare all'originaria formulazione del decreto n. 29 con alcuni decreti correttivi (in particolare, i decreti nn. 470 e 546 del 1993) che intervennero, prima di tutto, sulle questioni riguardanti l'applicazione della clausola di specialità secondo la quale l'applicazione delle norme del lavoro privato poteva avvenire "*in quanto [esse fossero] compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto*"⁴⁴⁵

Il d.lgs. n. 29/1993, che ha dato attuazione alla prima fase della privatizzazione del rapporto di lavoro nel settore pubblico, ha senza dubbio avuto il merito di contribuire al superamento del pubblico impiego come ordinamento separato dal diritto comune.

Ricondurre a regole comuni il rapporto di lavoro privato e quello di pubblico impiego mirava ad eliminare le rendite di posizione derivanti dall'esistenza di posizioni differenziate: il compromesso prospettato nella legge in esame lasciava fuori dall'ambito di privatizzazione gli alti dirigenti e attribuiva agli altri un'organizzazione sindacale ed una contrattazione loro propria.

I proponenti della riforma intesero privatizzare il rapporto di lavoro anche per evitare di essere costretti prima o poi a privatizzare il datore di lavoro: per far fronte al "collasso" della p.a. crebbe la necessità di restituire i servizi pubblici al libero mercato, ovvero a società per azioni a prevalente capitale pubblico o

⁴⁴⁴ F. CARINCI, *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 33.

⁴⁴⁵ Cfr. M. T. CARINCI, *Specialità del rapporto*, in F. Carinci (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, p. 655 ss.

privato. Ma per evitare la privatizzazione dell'impiego pubblico attraverso la "riscoperta" dell'impresa, del libero mercato, del contratto, del privato, si decise di lasciare gli enti gestori pubblici, ma di privatizzare i rapporti di lavoro dei loro dipendenti, assoggettandoli alla disciplina della legge e di una contrattazione collettiva *con anima di contratto e corpo di atto amministrativo*⁴⁴⁶.

2.3 La seconda fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: il d.lgs. n. 165/2001

Nell'ottica di una progressiva delegificazione delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro e nell'ambito di un più ampio progetto di federalismo amministrativo a Costituzione invariata, sotto la duplice guida di Bassanini e D'Antona, l'impianto normativo introdotto dal d.lgs. n. 29 del 1993 è stato oggetto di numerosi interventi legislativi (l'art. 11, comma 4, della legge delega 15 marzo 1997, n. 59⁴⁴⁷ che ha portato al d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396; d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80⁴⁴⁸ e d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387) che sono

⁴⁴⁶ F. CARINCI, *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, cit., p. 32-34. L'autore definisce l'accordo collettivo del settore pubblico "mostro ermafrodite", sottolineandone la sua natura ambivalente.

⁴⁴⁷ La c.d. Legge Bassanini che riapre la prima delega contenuta alla l. n. 421/1992 integrata di nuovi principi direttivi. Si ricorda, infatti, che il primo dei "principi e criteri direttivi" contenuti nella legge delega riguardava il completamento dell' "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 nelle imprese". A questa legge seguiranno le l. n. 127/1997 e n. 191/1997 note come Bassanini *bis* e Bassanini *ter*.

⁴⁴⁸ Le soluzioni che saranno adottate con il d.lgs. n. 80/1998 sono contenute nel Protocollo d'Intesa sul lavoro pubblico sottoscritto il 12 marzo 1997. Il documento è fortemente incentrato sulla necessità di avviare "processi di trasformazione degli apparati amministrativi (n.1) e di "trasformazione dell'organizzazione del lavoro"(n. 5) attraverso, ad esempio, il "completamento della contrattualizzazione del lavoro pubblico" finalizzato al "progressivo adeguamento ai modelli privatistici dell'organizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, attraverso un'ampia delegificazione che porti alla riduzione progressiva del regime pubblicistico degli atti organizzativi"; vengono prospettate "politiche di innovazione, valorizzazione e qualificazione del lavoro pubblico" attraverso, non solo, processi di adeguata formazione del personale ma anche attraverso il potenziamento delle "capacità di esplicitazione della domanda dei bisogni formativi da parte di amministrazioni mediante la definizione di una funzione stabile destinata a tale compito, a partire dalla rideterminazione del ruolo degli uffici formazione all'interno delle amministrazioni".

Per quanto riguarda la gestione delle risorse finanziarie per obiettivi, viene attribuito ai dirigenti il compito di proporre il budget, come rapporto tra risorse assegnate ed obiettivi da

stati poi trasfusi nell'importante d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 – *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni* – che ha dato inizio alla *seconda fase della privatizzazione* del rapporto di pubblico impiego.

Si tratta di una riforma che, come affermato dagli stessi protagonisti, voleva accantonare “*la nota dominante dell'emergenza finanziaria*”⁴⁴⁹ che aveva caratterizzato la prima fase della riforma e dar vita ad una nuova fase in cui venissero privilegiate regole flessibili nell'organizzazione della struttura e nella gestione del personale.

I decreti legislativi citati (nn. 396/1997, 80/1998, 387/1998) ridefiniscono la linea di confine tra il diritto pubblico e il diritto privato non più basata sull'asse organizzazione/rapporto ma interna alla stessa organizzazione: pertanto, si avrà una c.d. macro-organizzazione (l'organizzazione nelle sue linee essenziali) lasciata al diritto pubblico ed una micro-organizzazione (che comprende tutte le decisioni di organizzazione e di gestione dell'apparato di competenza dei dirigenti preposti agli uffici di livello dirigenziale generale e dei dirigenti subordinati) ricondotta al diritto privato⁴⁵⁰.

La nuova linea di confine così tracciata, sebbene trovasse conforto nella giurisprudenza costituzionale⁴⁵¹, fu messa al centro di un acceso dibattito dottrinale in relazione agli ambiti di libera esplicazione della contrattazione collettiva che troverà la sua completa definizione con la c.d. Riforma Brunetta e che ruotava intorno alla c.d. *negoziabilità dei poteri dirigenziali*, ovvero il potere di considerare o meno materie contrattabili tutte quelle assoggettabili al diritto privato.

Il decreto legislativo n. 165/2001 intende disciplinare l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e d'impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle autonomie locali e delle Regioni e Province

raggiungere e come definizione del programma operativo delle unità organizzative cui sono preposti. I sottoscrittori del documento hanno previsto l'attivazione di un “*continuo monitoraggio dei processi di revisione organizzativa nonché la loro razionalizzazione*” e l'affidamento a determinate strutture ed organismi di studio e promozione della revisione dei modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni.

⁴⁴⁹ M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. Battini, S. Cassese (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*. Giuffrè Editore, Milano 1997.

⁴⁵⁰ A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., p. 8.

⁴⁵¹ Fra le altre, Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, cit., in *Lav. pubb. amm.*, 1998, p. 131.

autonome e dei limiti delineati dall'articolo 97 Cost. al fine di: accrescere l'efficacia e l'efficienza delle amministrazioni pubbliche in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea; ottimizzare i costi del lavoro pubblico, in modo da ottenere il giusto numero di dipendenti e riducendo la spesa pubblica, al fine di ottemperare i vincoli di finanza pubblica; gestire al meglio le risorse umane, curandone la formazione e lo sviluppo professionale, garantendo pari opportunità alle lavoratrici e ai lavoratori.

Ferma restando la natura amministrativa degli atti di macro- organizzazione pubblicistica degli uffici e i vincoli alla spesa pubblica, il decreto legislativo prevede con l'art. 2, comma 2, la diretta applicabilità del diritto comune al rapporto di lavoro pubblico ovvero che “ *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*”, una delle quali, conviene anticiparlo, riguarda l'art. 36 in materia di forme contrattuali flessibili di assunzione.

Il legislatore provvede, dunque, alla contrattualizzazione del lavoro pubblico attraverso la riscrittura del sistema delle fonti e attraverso l'attribuzione alle pubbliche amministrazioni di poteri di organizzazione da esercitarsi con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'art. 2, comma 1, del d.lgs.165/2001 affida ai principi generali fissati dalla legge la c.d macro-organizzazione costituita dalle “*linee fondamentali di organizzazione degli uffici*”, a cui si aggiunge la determinazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della loro titolarità, nonché la determinazione delle dotazioni organiche.

In relazione alla c.d. micro-organizzazione, l'art. 5, comma 1, stabilisce che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Inoltre, l'art. 2, comma 3, stabilisce che i rapporti di lavoro siano regolati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del medesimo decreto,

conformemente ai principi di parità di trattamento definiti dall'art. 45, comma 2.

Alla contrattazione collettiva spetta la definizione della disciplina delle materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali: al contratto collettivo viene, dunque, riconosciuto un ruolo fondamentale nella determinazione del funzionamento e della gestione del rapporto, soprattutto a livello di comparto come avviene nel lavoro privato⁴⁵².

Per quanto riguarda il secondo aspetto, la pubblica amministrazione conserva la prerogativa di determinare i criteri di organizzazione degli uffici pubblici, in modo conforme a quanto previsto dall'art. 97 Cost., con la conseguente esclusione dell'applicazione delle regole privatistiche per ciò che attiene ai profili connessi agli aspetti esclusivamente pubblicistici dell'azione amministrativa⁴⁵³.

La privatizzazione e la contrattualizzazione viene estesa anche ai dirigenti della prima fascia: viene introdotto il *ruolo unico* della dirigenza; si prevede una più accentuata distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione ed attuazione amministrativa dei dirigenti e si afferma il principio dello *spoils system* per gli incarichi dirigenziali di livello apicale. Dal punto di vista "soggettivo", tale estensione del diritto privato anche alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dirigenti apicali ha costretto la Corte Costituzionale a rivedere, nell'arco di pochi anni, la propria posizione passando dal giustificare il permanente assoggettamento al diritto pubblico a legittimarne, successivamente, la riconduzione al diritto privato⁴⁵⁴.

⁴⁵² Si provvede anche ad una revisione dei meccanismi legali di accertamento della rappresentatività dei sindacati dei lavoratori, ai fini della loro ammissione alla contrattazione collettiva, in sede centrale o decentrata; vengono istituiti Comitati di settore. Inoltre, si allenta il sistema di controlli ed autorizzazioni amministrative al fine di renderlo il più possibile libero sia pure nel rispetto dei vincoli finanziari imposti alle pubbliche amministrazioni.

⁴⁵³ La specialità della regolamentazione risponde, come si è detto, all'esigenza di tutela degli interessi di cui il soggetto datoriale è titolare, espressione della sua autonomia organizzativa o al cui rispetto è tenuto in quanto pubblici e generali, e non necessariamente collegati al perseguimento dei principi di imparzialità e buon andamento. Un esempio su tutti è dato dalla disciplina delle mansioni, da sempre sottratta al campo di applicazione dell'art. 2103 c.c., laddove la mancata stabilizzazione nelle mansioni superiori illegittimamente attribuitegli resta, per il dipendente pubblico, la differenza fondamentale con il lavoratore privato. Cfr. C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 834.

⁴⁵⁴ Difatti, la Corte Costituzionale, se con la sentenza 25 luglio 1996, n. 313, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, cit., p. 36, aveva avallato la tesi del legislatore della duplicazione delle fonti

La generalizzazione della contrattualizzazione dell'intera dirigenza aveva comportato il rafforzamento del principio di distinzione funzionale tra politica ed amministrazione attraverso la scissione tra contratto di assunzione a tempo indeterminato ed incarico a termine, profilo questo di evidente specialità del rapporto di lavoro della categoria⁴⁵⁵.

In questo contesto, si realizza il definitivo passaggio di giurisdizione, dal giudice amministrativo al giudice del lavoro con la previsione del termine del 30 giugno 1998; si realizza un definitivo passaggio accelerato dall'introduzione di un termine decadenziale (15 settembre 2000) per la proposizione davanti al giudice amministrativo delle controversie inerenti il rapporto di lavoro contrattualizzato anteriori al 30 giugno 1998, come definito dall'art. 45, comma 17, d.lgs. n. 80/1998⁴⁵⁶.

Infine, viene introdotta la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere ai contratti di lavoro c.d. flessibili⁴⁵⁷.

Conviene ricordare che, a fine legislatura, fu approvata la legge costituzionale n. 3 del 2001 con cui si intese ribaltare il precedente criterio di riparto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni con un nuovo art. 117 Cost.

regolatrici del rapporto, non ritenendola in contrasto con le regole di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa; con la successiva ordinanza 30 gennaio 2002, n.11, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 239, ha affermato che *“la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico (intesa quale applicazione della disciplina giuslavoristica di diritto privato) non rappresenta di per sé un pregiudizio per l'imparzialità del dipendente pubblico, posto che per questi (dirigente o no) non vi è- come accade per i magistrati – una garanzia costituzionale di autonomia da attivarsi necessariamente con legge attraverso uno stato giuridico particolare che assicuri, ad es., stabilità ed inamovibilità”*. Da ciò si evince che spetta alla discrezionalità del legislatore definire l'ambito di estensione di tale privatizzazione, con il limite del rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e della non irragionevolezza della disciplina differenziata.

⁴⁵⁵ A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., p. 9; F. CARINCI, *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, p. 710.

⁴⁵⁶ Sono sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario le categorie di lavoratori che rimangono escluse dal processo di privatizzazione (art. 2, comma 4 del d.lgs. n. 29/1993 ora art. 3 del d.lgs. n. 165/2001), per le quali il permanere del carattere pubblico del rapporto e della natura amministrativa degli atti di relativa organizzazione comporta il corollario del perdurare della giurisdizione esclusiva del G.A. Si tratta delle seguenti categorie: a) magistrati ordinari, amministrativi e contabili; b) gli avvocati e procuratori dello Stato; c) il personale militare e quello delle forze di polizia; d) il personale appartenente alle carriere prefettizie e diplomatiche a partire dal vice-consigliere di Prefettura

⁴⁵⁷ Vedi *infra*.

che prevedeva una generale potestà legislativa in capo alle Regioni e definiva un primo elenco di materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato ed un secondo elenco di materie riservate alla legislazione concorrente Stato-Regioni.

In tal modo viene capovolto il precedente orientamento dottrinale e giurisprudenziale che attribuiva alla competenza esclusiva dello Stato la disciplina del rapporto di lavoro in quanto riconducibile alla materia dell'ordinamento civile che si scontrava con l'interpretazione del testo costituzionale con riguardo al personale delle amministrazioni regionali e locali, in ragione dell'intreccio tra disciplina del rapporto di lavoro e profili organizzativi⁴⁵⁸.

Così, la Corte Costituzionale ha ricondotto i profili relativi alle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale alla materia dell'organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali e alla competenza residuale regionale *ex art. 117, comma 4, Cost.* mentre ha riportato nella materia "ordinamento civile" anche la disciplina del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato⁴⁵⁹.

Quello che era stato pensato come il nuovo Testo Unico del Pubblico Impiego, teso a razionalizzare la copiosa normativa stratificatasi nel corso degli anni, finì per perdere tale caratteristica, assumendo quella di legge generale sul rapporto

⁴⁵⁸ A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., p. 10. Per la giurisprudenza costituzionale, cfr. Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352, antecedente di due giorni rispetto all'entrata in vigore della revisione del Titolo V e, pertanto, assai significativa conoscendo già la Corte il testo del nuovo art. 117 Cost.; in seguito v. Corte Cost. 28 luglio 2004, n. 282 che parla di un limite "*rimasto fondamentalmente invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo testo*". In merito anche Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282 che ha affermato che la determinazione dei livelli essenziali non configura una materia a sé stante, ma al più una competenza di carattere trasversale idonea ad incidere su tutte le altre e volta a preservare l'unità giuridica ed economica della Repubblica; ancora cfr. Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50.

⁴⁵⁹ Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233 che riconduce le nomine e l'attribuzione di incarichi dirigenziali da parte degli organi di indirizzo politico nell'ambito dell'organizzazione amministrativa regionale, ponendosi semmai un problema circa la lesione degli artt. 3 e 97 della Costituzione. Più in generale Corte Cost. 7 luglio 2010, n. 235 che riconduce nell'ambito dell'organizzazione degli uffici la regolamentazione delle modalità di instaurazione di contratti di lavoro con le Regioni. Per la prima giurisprudenza che aveva affermato che la competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di ordinamento dei propri uffici poteva estendersi anche a disciplinare il rapporto di impiego dei propri dipendenti, v. Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345, nonché Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274.

di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e definendo un quadro normativo che mirava essenzialmente a garantire un più stringente collegamento tra lo svolgimento della prestazione del dipendente pubblico ed i risultati conseguiti in termini di efficienza, grazie anche alla valorizzazione del merito nel conferimento degli incarichi.

2.4 La terza fase della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego: dalla l. n. 145/2002 alla c.d. Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009). La legge Fornero: una sintesi

La l. 15 luglio 2002, n. 145 segna l'avvio della c.d. *terza privatizzazione* del rapporto di pubblico impiego che culminerà nell'approvazione della c.d. Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009).

La l. n.145/2002 modifica profondamente il d.lgs. n.165/2001 con la riscrittura delle disposizioni relative alla disciplina del rapporto dirigenziale.

Il nuovo disegno di legge pensato dalla nuova maggioranza di centrodestra mirava, almeno nelle iniziali intenzioni, ad una generalizzazione retroattiva dello *spoils-system*, e poi man mano che si incrementava di contenuti e *ratio*, assunse una più matura e consapevole intenzione di ripubblicizzare/decontrattualizzare la dirigenza.

Quella che è stata definita una *controriforma*, non scevra da implicazioni ideologico-culturali, sembrava voler restituire al potere politico il controllo sulla dirigenza attraverso la riconduzione dell'attribuzione degli incarichi ad un provvedimento unilaterale, precludendo un possibile intervento regolativo della contrattazione collettiva e rafforzando il legame fiduciario tra nominante e nominato. A ciò si aggiungeva l'introduzione della responsabilità del dirigente per inosservanza delle direttive dell'organo politico e l'eliminazione del termine minimo dei due anni di durata dell'incarico che, criticato da gran parte della dottrina, correva il rischio di esasperare il carattere fiduciario degli incarichi con durata brevissima e avrebbe comportato la perdita di autonomia ed imparzialità dei dirigenti nei confronti del potere politico.

Veniva, infine, introdotta la figura del *vice dirigente*, poi abrogata dalla l. 6 agosto 2008, n. 133⁴⁶⁰.

Per dovere di completezza, è necessario soffermarsi brevemente sul d.lgs. n. 276/2003 che, approvato di lì a qualche mese, come già osservato, aveva introdotto nuovi schemi negoziali e ridefinito la disciplina di alcuni già esistenti con riferimento alle sole imprese e operatori privati, escludendo espressamente dal suo ambito di applicazione le pubbliche amministrazioni (art. 6, legge delega, 14 febbraio 2003, n. 30 e art. 1, comma 2, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276), così da comportare il progressivo allontanamento della disciplina del lavoro pubblico dai modelli normativi che avevano ispirato la contrattualizzazione⁴⁶¹.

Il decreto prevedeva, però, l'attribuzione della legittimazione a stipulare il contratto di inserimento sia “agli enti pubblici economici”, sia agli “enti pubblici di ricerca” (art. 54, comma 2, lett. a) ed e), d.lgs. n. 276/2003)⁴⁶².

Inoltre, riconosceva alle pubbliche amministrazioni la possibilità di ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo determinato (art. 86, comma 9, d.lgs. n. 276/2003⁴⁶³) e al lavoro accessorio (art. 70, comma 1, lett. c) e d), d.lgs. n. 276/2003)⁴⁶⁴.

Ma ciò che appare interessante è la previsione nel suddetto provvedimento legislativo che impegnava il Ministro per la Funzione Pubblica a convocare, nei successivi sei mesi, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative al fine di esaminare i profili di armonizzazione della nuova

⁴⁶⁰ Vedi *infra*.

⁴⁶¹ Cfr. S. MAINARDI, *Il pubblico impiego nel “Collegato lavoro”*, in *Giur.it.*, 2011, p. 11. Un allontanamento che più volte la Corte Costituzionale ha legittimato, si veda per questo, da ultimo, Corte Cost. 10 maggio 2012, n. 120, e, in dottrina, in particolare, L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 168/2013, p. 14 ss.

⁴⁶² Poi abrogato dall’art. 1, comma 14, legge 28 giugno 2012, n. 92.

⁴⁶³ L’inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni della disciplina della somministrazione a tempo indeterminato si giustifica in virtù del principio di autosufficienza dell’organizzazione degli enti che richiama il principio costituzionale del buon andamento dell’amministrazione, in base al quale l’espletamento dei compiti istituzionali da parte delle p.a deve avvenire in via tendenzialmente esclusiva attraverso l’impiego di personale direttamente dipendente dalle stesse.

⁴⁶⁴ Originariamente il ricorso al lavoro accessorio è avvenuto solo con riferimento a specifiche attività, quali la pulizia e la manutenzione di edifici e di monumenti; i lavori di emergenza, come quelli resi necessari a seguito di calamità o eventi naturali improvvisi e, infine, per attività di “solidarietà”.

disciplina con quella del lavoro pubblico (art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003). A tale disposizione non si diede alcun seguito e la scelta di escludere le pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione del decreto fu variamente criticata in dottrina dal momento che tale esclusione rappresentava una revisione del precedente orientamento di politica legislativa tesa a creare una disciplina comune dei rapporti di lavoro, sia essi di natura privata o pubblica⁴⁶⁵; a ciò, si aggiungeva che la persistente specificità delle pp.aa. che avrebbe giustificato l'esclusione non sarebbe stata permanente in virtù del preannunciato processo di armonizzazione.

Durante la successiva, seppur breve, legislatura la nuova maggioranza di centrosinistra si concentrò, in materia di lavoro pubblico, sulla riduzione della spesa degli enti, e, quindi, su quella del personale, e sulla soluzione della spinosa quanto annosa questione del precariato, causato dal blocco delle assunzioni, consolidatosi negli anni precedenti, che aveva portato alla conseguente assunzione di personale con contratto a termine o con contratti di collaborazione.

Così ad un primo decreto-legge (d.l. n. 223/1996, convertito con l. n. 248/2006), dal titolo “*Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale*”, le leggi finanziarie per il 2007 (l. n. 296/2006) e per il 2008 (l. n. 244/2007) introducevano specifiche regole volte alla c.d. *stabilizzazione del personale* assunto con contratto flessibile e che avesse lavorato con tale tipologia contrattuale per almeno un triennio⁴⁶⁶.

Le parti sociali furono ampiamente coinvolte e con le stesse a fine gennaio del 2007 venne sottoscritto il “*Memorandum d'intesa sul lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*”.

Un *memorandum* che si apre con l'incipit secondo cui “*una profonda riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche è un passaggio obbligato*

⁴⁶⁵ Per un ampio approfondimento, si veda V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*. cit., nota. n. 60, p. 65.

⁴⁶⁶ Ampiamente v. *infra*.

affinché l'economia italiana torni su un sentiero di crescita duratura” e che prosegue affermando che “*le iniziative di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche vengano attuate attraverso indirizzi e criteri generali concordati in connessione con il rinnovo dei contratti*”.

Dunque, un’affermata esplicita volontà di ritorno al contratto di cui si prospetta l’estensione anche ai profili organizzativi⁴⁶⁷.

Si giunse, così, alla c.d. Riforma Brunetta con la legge delega 4 marzo 2009, n. 15, attuata dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150⁴⁶⁸, che intervenne nuovamente a sostituire o a modificare molte previsioni del d.lgs. n. 165/2001, soprattutto in materia di dirigenza, di disciplina dei rapporti di lavoro e in materia di contrattazione collettiva. Obiettivi della riforma⁴⁶⁹ erano la riduzione del costo del lavoro, l’incremento della produttività del lavoro e il miglioramento dell’efficienza organizzativa delle strutture pubbliche, attraverso la riduzione degli organici (a partire dal personale che aveva maturato l’anzianità

⁴⁶⁷ È altresì da ricordare la Direttiva Nicolais, n. 10 del 19 dicembre 2007, che, rifacendosi in parte ad alcuni contenuti dell’ appena citato *memorandum*, sottolineava la stringente esigenza di individuare strumenti per realizzare un’adeguata pubblicità dei posti dirigenziali vacanti per consentire ai dirigenti che ritenevano di possedere la professionalità idonea allo svolgimento del relativo incarico di potersi candidare per lo svolgimento dell’incarico vacante.

⁴⁶⁸ La legge delega e il relativo decreto erano stati preceduti da due progetti di riforma, uno denominato “*Piano Industriale per la riforma della Pubblica amministrazione*”, l’altro “*Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva*”, sulla base dei quali vengono in breve tempo redatti due disegni di legge. Il primo, progetto di legge n. 1441 - “*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*” - viene stralciato in autonomi disegni di legge, perdendo nell’approvazione definitiva dei vari testi l’iniziale organicità; il secondo disegno di legge 847 “*Delega al Governo finalizzata all’ottimizzazione della produttività*” condusse direttamente all’approvazione della legge delega n. 15/2009. Ben più complesso fu il percorso di approvazione del d.lgs. n. 150/2009 che venne licenziato in maniera definitiva solo dopo oltre quaranta revisioni. Nel frattempo, fu emanato il d.l. n. 112 del 2008 convertito in l. n. 133/2008 con cui si cercò di provvedere a problemi urgenti e stringenti. Cfr. *infra* e in dottrina sul punto, L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*. Ed. Editoriale Scientifica, Napoli 2009; M. TIRABOSCHI, F. VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2010; P. MASTROGIUSEPPE, R. RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità ed innovazione*. Ed. Ipsoa, Milano 2010; M. PERSIANI (a cura di), *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2697 ss.; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*. Ed. CEDAM, Milano 2011; M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgie del passato, Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2011, p. 1073 ss.; M. NAPOLI, A. GARILLI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*. Ed. CEDAM, Padova 2013.

⁴⁶⁹ Tra i criteri della delega, si ritrova “*la convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quello del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali*”, a cui si provvederà attraverso la tecnica della rilegificazione.

contributiva massima e favorendo l'esonero volontario anticipato dal servizio) e il ricorso al *part-time*.

Si intendeva introdurre nel settore pubblico una “*reale cultura dell'efficienza*” nell'ottica di una visione aziendale della pubblica amministrazione, del merito e dell'integrità al fine di riaffermare la fiducia della collettività nei confronti dell'operato della macchina pubblica e favorire la partecipazione del cittadino nella gestione dei servizi pubblici, rendendo possibile il controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e assicurando maggiore trasparenza delle informazioni su organizzazione, costi dei servizi e trattamenti economici erogati.

La suddetta riforma nel d.lgs. n. 150/2009 consta di due parti ben distinte: una prima del tutto nuova comprendente i titoli II e III, rispettivamente dedicati a “*Misurazione, Valutazione e Trasparenza delle Performance*” e “*Merito e Premi*” e l'altra contenuta nel successivo titolo IV, riguardante le “*Nuove norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*”, con cui si agisce sul d.lgs. n. 165/2001 mediante la tecnica della novellazione.

Ed è proprio tale seconda parte ad ampliare la specialità della disciplina del lavoro pubblico, qualificando come imperative tutte le speciali disposizioni del d.lgs. n. 165/2001, con una significativa contrazione della libera esplicabilità della contrattazione collettiva a cui si preferisce l'unilateralità delle decisioni datoriali⁴⁷⁰.

Inoltre, si procede ad una sensibile rivisitazione del sistema delle fonti, riassegnando alla legge gli ampi spazi di intervento di cui godeva la contrattazione collettiva: si intendeva in tal modo rispondere al timore che un'eccessiva autonomia di quest'ultima comportasse un aggravamento degli sprechi e degli abusi di carattere economico nella gestione delle risorse disponibili⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., p. 16; M. RICCI, *Il contratto collettivo verso il suo ridimensionamento*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*. Ed. Ipsoa, Milano 2011, p. 313 ss.

⁴⁷¹ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 621 ss.

Difatti, tra gli aspetti di maggiore interesse, si ritrova l'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, così come modificato dal d.lgs. n. 150/2009.

Nella sua originaria formulazione, la suddetta disposizione prevedeva che “*la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali*”, ovvero il contratto collettivo – e individuale – diventava la forma privilegiata di disciplina del rapporto di lavoro pubblico, restando ad esso preclusa la sola possibilità di regolamentare le linee fondamentali in materia di organizzazione degli uffici pubblici.

Il nuovo e definitivo testo dell'art. 40 stabilisce che la contrattazione collettiva determina i diritti ed obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali ma vieta la negoziabilità dei poteri gestionali del dirigente/*manager* in materia di micro-organizzazione e di gestione dei rapporti di lavoro, ovvero di gestione del personale o delle risorse umane.

In particolare, restano *escluse dalla contrattazione collettiva* le materie attinenti: all'organizzazione degli uffici; quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'art. 9; quelle relative alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5 comma 2, 16 e 17; la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali; e quelle di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421 in tema di affidamento al giudice ordinario delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti.

Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

Inoltre, segnando un'inversione del precedente meccanismo, è prevista la derogabilità delle disposizioni legislative ad opera del contratto collettivo: le disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducono discipline per i dipendenti pubblici, possono essere derogate da contratti collettivi intervenuti successivamente, fatta salva l'ipotesi che sia la stessa legge a vietarlo espressamente (art. 2, comma 2, come modificato dall'art. 33, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150/2009). Gli effetti della rilegificazione hanno investito anche l'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni affermando che le

determinazioni organizzative e le misure gestionali sono assunte dal dirigente in via esclusiva, preservando tale potere dalla possibile ingerenza dell'interlocutore sindacale, a cui ora si riconosce il diritto alla "sola informazione", ove prevista dalla contrattazione collettiva.

Per quanto riguarda la contrattazione collettiva integrativa di secondo livello, si riprende quanto già ribadito nei più recenti interventi riformatori e a livello negoziale nell'Intesa del 30 aprile 2009 per l'applicazione dell'Accordo-quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009 al settore pubblico. La nuova formulazione dell'art. 40, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001 attribuisce alla contrattazione integrativa un ruolo funzionale al raggiungimento degli obiettivi di "*efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità delle performance ai sensi dell'art. 45, 3° comma*". Si intende in tal modo avvicinare la funzione del contratto integrativo nel settore pubblico a quella del settore privato collegandola all'istituto della *produttività*, che viene, difatti, parametrata ai fini dell'attribuzione del trattamento retributivo accessorio, sulla base dei vari livelli di merito e dei risultati di *performance* ottenuti.

Quanto sopra descritto conferma la subordinazione gerarchica della contrattazione di secondo livello rispetto a quella nazionale, dal momento che spetta a quest'ultima stabilire le materie oggetto della contrattazione integrativa⁴⁷².

Ma se alla fonte collettiva viene ora attribuito un ruolo subalterno rispetto alla legge e alla regolamentazione unilaterale del datore di lavoro, in aperta controtendenza rispetto ai principi riformatori della materia affermatasi dagli anni '90 in poi, dall'altro lato, si prevede l'esigenza della sottoscrizione di nuovi contratti collettivi, a livello nazionale ed integrativo, per l'effettiva attuazione di quanto previsto, soprattutto in materia di merito e politiche incentivanti⁴⁷³.

⁴⁷² M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit. p. 621

⁴⁷³ Il successivo d.l. n. 78/2010 prevede il blocco della contrattazione collettiva e ha congelato di fatto il sistema di relazioni sindacali. In tal senso, A.VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *Giorn. dir. lav.rel.ind.*, 2013, p. 73. Il citato decreto elimina anche l'unico effettivo baluardo eretto a tutela della dirigenza ovvero la possibilità di modificare alla scadenza l'incarico solo in presenza di una valutazione negativa o di pregresse ed enunciate ragioni di carattere organizzativo. Cfr. G. GARDINI, *L'autonomia*

Da uno sguardo di sintesi, si evince, dunque, che gli effetti della rilegificazione hanno significativamente inciso sull'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni attraverso l'accentuarsi della specialità della disciplina del lavoro pubblico quale conseguenza dell'intenzione del legislatore di guidare l'agire dirigenziale nell'esercizio dei poteri datoriali⁴⁷⁴.

Questa impostazione sembra essere stata confermata anche dagli interventi legislativi successivi alla riforma del 2009 che hanno introdotto regole speciali per i lavoratori pubblici, contemplandole in provvedimenti che contengono manovre di spesa pubblica, ribadendo l'effettiva *ratio* che ne giustifica l'approvazione: tra questi si annoverano la l. n. 148/2011 (II manovra finanziaria dell'estate 2011) in materia di trasferimento e la l. n. 183/2011 (legge di stabilità 2012) in materia di mobilità collettiva.

Gli interventi del successivo governo Monti in materia di lavoro pubblico sono, invece, incentrati essenzialmente sul contenimento della spesa pubblica, e, quindi, anche del personale, senza in realtà prevedere un organico progetto di riforma⁴⁷⁵. Ne è prova emblematica la l. n. 92/2012 che, scritta e pensata per il solo lavoro privato, al fine di evitare ambiguità inerenti alla sua applicazione, al momento della sua definitiva approvazione, inserisce frettolosamente i due commi nn. 7 e 8 all'art. 1.

Difatti, all'art. 1, comma 7, si afferma che le disposizioni in essa contenute costituiscono "*principi e criteri*" per la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che sono regolati contrattualmente, "*in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2*" del d.lgs. n. 165/2001.

della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, p. 595, il quale rileva come in un sol colpo il governo sia riuscito a svuotare di significato tanto il principio di autonomia funzionale, quanto il momento valutativo e A. GARILLI, *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2717 secondo cui «risultano così ristretti al minimo gli spazi di verifica sulla legittimità della scelta».

⁴⁷⁴ C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alla pubbliche amministrazioni*, cit., p. 835.

⁴⁷⁵ L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 168/2013, nel richiamo di A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., p. 18.

Al successivo comma 8 dell'art. 1 citato si precisa che “*gli ambiti, le modalità e i termini di armonizzazione della disciplina*” relativa ai dipendenti pubblici dovranno essere individuati e definiti dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione “*anche mediante iniziative normative*”, “*sentite*” le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative⁴⁷⁶.

La sua formulazione sembra prevedere un percorso di armonizzazione non necessariamente affidato ad una legge delega, come avvenuto nella maggioranza dei casi analizzati, potendo essere realizzato attraverso atti di indirizzo dell'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN), in vista della ripresa dei negoziati per i rinnovi contrattuali.

Si tratta, come è chiaro, di materie che attengono alla disciplina dei rapporti di lavoro e quindi di competenza della contrattazione collettiva negli “*esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*”.

Restano esclusi del tutto dall'ambito di applicazione delle nuove norme i rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico, per i quali restano ferme le previsioni di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001.

I profili incerti che si rinvenivano nella scelta del legislatore del 2012 di non prevedere esplicitamente l'esclusione delle pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione delle nuove disposizioni sul mercato del lavoro – come avvenuto con l'art. 6 della legge delega n. 30/2003 che stabiliva espressamente l'esclusione del personale delle pubbliche amministrazioni dal suo ambito di applicazione- limitandosi ad affermare che esse costituiscono “*principi e criteri*” per il lavoro pubblico contrattualizzato e rinviando all'intervento armonizzatore del Ministro previsto dal comma successivo da intendersi nel senso dell'inapplicabilità della l. n. 92/2012, assumono rilievo in materia di utilizzo di contratti di lavoro flessibile nel pubblico impiego, per il cui approfondimento si rimanda al proseguimento della trattazione.

Un breve cenno merita il d.l. n. 101/2013 - “*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche*

⁴⁷⁶ Il dibattito circa l'applicabilità o meno della l. n. 92/2012 alle pubbliche amministrazioni si fece particolarmente acceso in merito all'estensione ai pubblici dipendenti dell'art. 18 St. Lav. così come riformato dalla legge Fornero.

amministrazioni”- emanato durante il Governo Letta, convertito in legge n. 135/2013.

Il provvedimento si è limitato ad alcuni interventi settoriali e, per quanto concerne il lavoro pubblico, l'intervento è stato espressamente volto al superamento del precariato, non senza presentare alcune incoerenze interne, prima fra tutte in materia della novellata disciplina del contratto a termine.

Infatti, il legislatore, al fine di rafforzare la regola dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato, ha anteposto alla necessaria temporaneità ed eccezionalità delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine l'avverbio “*esclusivamente*”; senonché, nel contempo, ha sostituito la congiunzione “e” (temporanee e eccezionali) con la disgiuntiva “o” (temporanee o eccezionali), sì da facilitare, almeno in teoria, il ricorso a tale tipologia contrattuale.

Significative sono le disposizioni per favorire la stabilizzazione del c.d. personale precario, sia riaprendo i termini dettati dalle leggi finanziarie per il 2007 ed il 2008, sia dettando nuovi criteri, tra i quali la possibilità di prorogare oltre i limiti i contratti a tempo determinato⁴⁷⁷.

2.5. L'introduzione di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale: l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 e l'inapplicabilità del d.lgs. n.276/2003 al lavoro pubblico

Negli ultimi anni il tema delle flessibilità è diventato un tassello importante di un più ampio ragionamento sulle prospettive di cambiamento delle pubbliche amministrazioni, legate alla valorizzazione del fattore umano e all'abbandono di regole impostate più sul formalismo giuridico e sull'adempimento che sui risultati. Il miglioramento della qualità del servizio richiesto alle pubbliche amministrazioni necessita di ampi spazi disponibili di adattamento e di razionalizzazione interna, anche e soprattutto al fine di produrre una riduzione significativa della spesa e, quindi, degli sprechi⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Cfr. *infra*.

⁴⁷⁸ Cfr. Dipartimento della Funzione pubblica –Ufficio per l'innovazione delle pubbliche amministrazioni, Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Lavoro pubblico e flessibilità, analisi e*

Il ricorso al lavoro flessibile e agli incarichi di lavoro autonomo rappresenta una leva privilegiata con cui le pp.aa. possono far fronte a insopprimibili esigenze pratiche, ma l'impiego *fisiologico* e non abusivo presuppone una precisa visione politico-istituzionale e la capacità degli organi a ciò preposti di imprimere realmente un indirizzo politico-amministrativo mediante la fissazione di obiettivi strategici e la pianificazione delle attività.

Ma spesso le pubbliche amministrazioni si sono mostrate incapaci di affrontare in modo efficiente e razionale gli inevitabili cambiamenti socio-economici o normativi che interessavano loro e le difficoltà di natura organizzativa sono state indebitamente “scaricate” sui lavoratori in termini di precarietà e perdita di diritti⁴⁷⁹.

Già nel 1979, Massimo Severo Giannini, allora Ministro della Funzione Pubblica, nel suo famoso Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato⁴⁸⁰ aveva indicato l'opportunità di costituire nelle pubbliche amministrazioni uffici temporanei, detti “*di missione*”, per la realizzazione di obiettivi che erano delimitati nel tempo.

Si apriva, così, un varco per il superamento del principio dell' *ontologica incompatibilità* tra lavoro pubblico e regolamentazione privatistica, sebbene limitato a prestazioni lavorative non implicanti l'esercizio di una pubblica funzione.

Il tema della flessibilità funzionale ed organizzativa nel pubblico impiego venne ripresa dalla *Relazione sulla Riforma dell'Amministrazione Centrale* presentata nel 1985 dalla Commissione per la Modernizzazione delle Istituzioni che prevedeva: la delegificazione della disciplina organizzativa, ovvero la flessibilizzazione dell'organizzazione attraverso la semplificazione delle procedure per la sua regolazione; l'abbandono di modelli organizzativi uniformi e generalizzati, per adattare in modo flessibile l'organizzazione alla specificità delle differenti funzioni ed esigenze; il ricorso ad amministrazioni o

strumenti per l'innovazione, 2002, disponibile all'indirizzo web http://www.funzionepubblica.gov.it/media/275195/lavoro_flessibile.pdf

⁴⁷⁹ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*. cit., p. 16.

⁴⁸⁰ Ministero per la Funzione Pubblica, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato* (trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979), in *Riv.trim.dir.pubb.* 1982, p.722.

uffici temporanei “*di missione*” o “*per obiettivi*”, ogni qual volta la funzione da svolgere o l’obiettivo da realizzare avessero caratteri di transitorietà.

Il dibattito proseguì nel biennio 1993-1994 quando l’incarico di Ministro della Funzione Pubblica fu ricoperto da Sabino Cassese.

Le analisi e gli studi si concentrarono su due principali considerazioni: la prima riguardava il fatto che nella maggior parte dei casi le funzioni non presentavano caratteri di stabilità e continuità nel tempo, essendo soggette a mutevoli dimensioni il cui principale indicatore era la dotazione finanziaria, e che, pertanto, affrontavano fasi di emersione, espansione e recessione, fino all’eventuale soppressione; la seconda considerazione si basava sull’assunto che i mutevoli flussi delle funzioni pubbliche avrebbero dovuto riflettersi sugli apparati, essendo strumentali rispetto alle funzioni, secondo logiche di razionalità organizzativa ed economica (principio che difficilmente trovava riscontro in Italia).

Tuttavia, l’introduzione di forme flessibili di lavoro negli enti pubblici è stata a lungo osteggiata dal legislatore nazionale, come dimostra il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, strumento normativo della *prima privatizzazione* del pubblico impiego, che all’art. 36, comma 4, nella sua prima versione prevedeva il divieto per le pubbliche amministrazioni di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a tre mesi e stabiliva la nullità delle assunzioni avvenute in violazione di tale divieto, con la conseguente responsabilità personale, patrimoniale e disciplinare a carico di chi le avesse disposte⁴⁸¹.

La scelta regolativa compiuta con il d.lgs. n. 29/1993 dimostrò fin da subito la forte cautela mostrata rispetto alla capacità delle pubbliche amministrazioni di fare un uso responsabile delle forme di lavoro flessibile, soprattutto subordinato.

Con l’emanazione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e l’avvio della *seconda fase di privatizzazione* ci fu un cambiamento di rotta a favore dell’estensione alle pubbliche amministrazioni delle forme contrattuali flessibili previste per il rapporto di lavoro privato, sia per l’assunzione che per l’impiego della risorsa

⁴⁸¹ Cfr. G. DI CORRADO, *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*. Ed. ESI, Napoli 2010, p. 134.

lavoro⁴⁸². Si intendeva proseguire sulla via della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico attraverso il ricorso di tutti gli schemi negoziali privatistici utilizzabili per l'organizzazione dell'attività lavorativa⁴⁸³.

L'attuazione della normativa in esame, che atteneva al recepimento ed adattamento delle disposizioni generali sul lavoro a tempo determinato, sui contratti di formazione e lavoro, sul lavoro interinale, sui tirocini formativi e di orientamento, sugli *stages* e sugli altri istituti di flessibilità, fu demandata ai contratti collettivi nazionali del settore pubblico.

Si trattò di una novità senza dubbio importante dal momento che fino ad allora la normativa di settore aveva guardato, come si è detto, con diffidenza alle forme flessibili di assunzione e impiego della forza lavoro, interessandosi principalmente della sola mobilità del personale che costituiva un tipo di flessibilità c.d. *gestionale* dei dipendenti già in servizio e non della flessibilità concernente la costituzione del rapporto di lavoro.

La definitiva omologazione della disciplina delle tipologie flessibili nel settore pubblico e privato è stata realizzata dall'art. 36, comma 1, del d.lgs.165/2001 (che riproduceva l'art. 36, comma 7 del d.lgs. n. 29/1993).

Nella sua formulazione vigente sino all'entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008, stabiliva che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, si potessero avvalere di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previsto dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese.

Significativo in tal senso l'*incipit* del comma 1 dell'art. 36 che precisa che le amministrazioni, nell'avvalersi di "*forme contrattuali flessibili di assunzione ed impiego del personale*", ricorrono agli stessi criteri utilizzati per le ordinarie modalità di accesso: l'utilizzo di moduli flessibili non è più considerato episodico o eccezionale ma basato sulla sostanziale discrezionalità della

⁴⁸² Cfr. C. D'ORTA, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. nelle P.A.*, 2000, p.1, disponibile all'indirizzo web <http://archive.forumpa.it/>, nel richiamo di G. CORRADO, *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*, cit., p. 134.

⁴⁸³ F. MIANI CANEVARI, *Le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego*, in *Dir. Lav.*, 2002, I, p. 295.

pubblica amministrazione, purché rispettosa delle modalità di reclutamento secondo criteri di oggettività e imparzialità⁴⁸⁴.

A tal proposito, l'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 prevede per l'accesso alle pubbliche amministrazioni l'obbligatorietà del concorso pubblico⁴⁸⁵, quale metodo che meglio corrisponde ai principi di imparzialità, di eguaglianza, nonché del principio di meritocrazia.

Il rilievo assunto durante la XIII legislatura dal tema della flessibilità organizzativa e gestionale spiega il riconoscimento a favore delle pubbliche amministrazione della possibilità di ricorrere a forme flessibili di impiego attraverso la profonda modificazione dell'assetto delle fonti in materia di organizzazione delle pp.aa.⁴⁸⁶

La previsione di un progressivo riavvicinamento della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni a quella del rapporto di lavoro privato e la necessità di una più razionale organizzazione degli uffici pubblici ha riconosciuto al datore di lavoro pubblico la possibilità di far ricorso a strumenti di flessibilità nell'uso della forza lavoro; si riteneva, infatti, che l'utilizzo di forme flessibili nello svolgimento della prestazione di lavoro dei pubblici dipendenti avrebbe migliorato l'efficienza della pubblica amministrazione.

Ma se da una parte il ricorso al lavoro flessibile nel pubblico impiego veniva giustificato dalle esigenze di accrescimento di capacità e funzionalità

⁴⁸⁴ L. FIORILLO, *La flessibilità nell'impiego*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*. Giuffrè Editore, Milano 2003, p. 467 ss. L'autore sottolinea il timore che la procedura selettiva per le tutte forme contrattuali flessibili di assunzione possa essere d'intralcio per il soddisfacimento delle esigenze di tipo organizzativo a cui sono chiamate ad assolvere, ovvero quelle di provvisoria sostituzione o integrazione del personale stabile che sono pertanto influenti sulla configurazione della pianta organica.

⁴⁸⁵ G. GENTILE, *Art. 35. Reclutamento del personale*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*. Giuffrè editore, Milano 2011.

⁴⁸⁶ Sul nesso tra organizzazione e flessibilità del lavoro, M. RANIERI, *Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2007, p. 683 ss.

organizzative⁴⁸⁷; dall'altra, non mancarono perplessità circa l'uso distorto che spesso se ne era fatto.

Non erano, infatti, mancate occasioni in cui il ricorso a forme di lavoro flessibile nel pubblico impiego era servito a soddisfare ragioni di tipo clientelare e aveva dato, poi, luogo a situazioni di precariato sanate da immissione nei ruoli per legge del personale a termine con elusione dell'obbligo di ricorrere a procedure concorsuali *ex art. 97 Cost*⁴⁸⁸.

L'accresciuta diffidenza circa la possibilità di avvalersi di forme flessibili di assunzione ed impiego del personale nella pubblica amministrazione fece registrare una sostanziale battuta di arresto nel processo di effettiva privatizzazione in occasione della riforma del mercato del lavoro attuata nel 2003, la c.d. Riforma Biagi⁴⁸⁹.

La legge delega del 14 febbraio 2003 n. 30, difatti, all'art. 6 prevedeva che *“le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non espressamente richiamate”*.

Sulla stessa linea il decreto legislativo n. 276/2003 che all'art. 1, comma 2, stabiliva che *“il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”*. In questo modo, veniva interrotto qualsiasi intervento legislativo volto a regolamentare il ricorso della pubblica amministrazione a forme di lavoro che rispondessero ad una gestione alternativa e più razionale delle risorse umane e, allo stesso tempo, si impediva che alla contrattazione collettiva potesse essere affidata la valutazione della concreto ricorso alle stesse⁴⁹⁰.

Questo quadro è reso ancora più stringente dall'aggravamento della previsione della responsabilità del dirigente pubblico nell'ipotesi di erroneo utilizzo delle forme contrattuali flessibili.

⁴⁸⁷ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit. p. 622.

⁴⁸⁸ G. DI CORRADO, *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*, cit., p. 133 ss.

⁴⁸⁹ Per un ampio dibattito in merito, cfr. R. ALTAVILLA, *Le forme flessibili di impiego nelle pubbliche amministrazioni e il D.lgs. n. 276/2003*, in *Dir. Lav.*, 2004, I, p.63; L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*. Giappichelli editore, Torino 2003; A. M. BATTISTI, *Commento art. 36 del D.lgs. n. 165 del 2001*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, cit., p. 314.

⁴⁹⁰ M. D'APONTE, *op. ult.cit.*, p. 623.

Il motivo di tale impostazione può essere ricondotto allo scopo espressamente dichiarato dal legislatore del 2003 di aumentare il tasso di occupazione e favorire la crescita occupazionale: ciò non avrebbe avuto senso nel settore pubblico che, per antonomasia, è connotato da un eccesso di personale rispetto ai reali bisogni e per il quale sarebbe stato irragionevole pensare a misure volte ad incrementare il numero di occupati⁴⁹¹. Ma non sono mancati dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina che escludeva il lavoro pubblico dall'ambito di applicazione della riforma del lavoro, prospettandosi una violazione dell'art. 3 Cost.⁴⁹².

Per questa eventualità, come si è visto, il legislatore aveva previsto all'art. 86, comma 8, del d.lgs. n. 276/2003 che il Ministro per la Funzione Pubblica potesse convocare le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del decreto e gli eventuali provvedimenti legislativi in materia: tale norma, come ricordato, non ha mai avuto attuazione.

Pertanto, permanevano problemi esegetici in ordine all'individuazione della normativa applicabile al lavoro pubblico e alla ricostruzione di una coerenza sistematica complessiva dell'ordinamento del lavoro.

Difatti, la tecnica di inclusione/esclusione del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, soprattutto in materia di ricorso alle forme contrattuali flessibili, sembra realizzata a *macchia di leopardo*, rinvenendosi norme particolari che escludono alcuni istituti e norme altrettanto particolari che includono il lavoro pubblico.

Tale impostazione appare evidente con il d.lgs. n. 276/2003 che applica espressamente al lavoro pubblico: il contratto di somministrazione a tempo determinato (art. 85, comma 9), con esclusione della sanzione della conversione (art. 27, comma 1); il contratto di formazione e lavoro, ad eccezione fatta per quanto previsto dall'art. 59, comma 3, (art. 86, comma 9); il

⁴⁹¹ R. ALTAVILLA, *Le forme flessibili di impiego nelle pubbliche amministrazioni e il D.lgs. n. 276/2003*, cit., p.63 nel richiamo di G. DI CORRADO, *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*, cit., p. 135.

⁴⁹² R. SANTUCCI, *La contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2003; F. BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 36/2004, disponibile all'indirizzo web <http://db.foromez.it/>, p. 6 ss.

contratto di inserimento, esclusivamente per gli enti di ricerca (art. 54, comma 2, lett. e).

L'irrigidimento dei vincoli all'utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche di forme contrattuali flessibili è parso chiaro anche negli interventi legislativi successivi che hanno marcato la divisione dalle regole generali dettate per il rapporto di lavoro tra privati al fine di contenere la spesa pubblica e operare un controllo sulle assunzioni⁴⁹³.

2.6 Gli interventi normativi successi al d.lgs. n. 276/2003: nuovi vincoli al lavoro flessibile nel pubblico impiego nell'ottica di contenimento della spesa pubblica e di controllo delle assunzioni

La regolamentazione della flessibilità in entrata nel pubblico impiego, che aveva trovato la sua sistemazione nell'art. 36 del d.lgs.n.165/2001, dal 2006, sarà oggetto di un progressivo processo di riforma, che operando sul medesimo articolo, investirà l'intera materia.

Sotto accusa vi era il ricorso alla flessibilità nell'utilizzo della forza-lavoro che era spesso accompagnato da un'eccessiva autonomia dei singoli comparti sulla base della contrattazione collettiva di settore ed era spesso sinonimo di incapacità da parte della pubblica amministrazione di controllare in modo razionale i flussi di spesa⁴⁹⁴.

Di qui la necessità di limitare l'impegno di spesa per il reclutamento del personale in coerenza con gli obiettivi fissati di finanza pubblica e la gestione programmata dei fabbisogni, la cui verifica era affidata al Ministero dell'Economia e al Dipartimento della Funzione Pubblica.

Quanto premesso ha spinto il legislatore a rivedere la disciplina del lavoro flessibile nel pubblico impiego a partire dalla legge 9 marzo 2006, n. 30 – di

⁴⁹³ A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in Riv. giur.lav., 2007, I, p. 322.

⁴⁹⁴ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 624.

conversione del decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4) che ha rivisto gli artt. 35 e 36 del d.lgs. n.165/2001.

L'art. 4 ha, difatti, aggiunto all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 il comma 1-bis, secondo il quale *“le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazioni di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'art. 4, comma 1, lett a), del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, per la somministrazione a tempo determinato, ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi”*⁴⁹⁵.

Dalla lettera della norma in esame potrebbero sorgere perplessità circa la preferenza del legislatore verso la somministrazione a tempo determinato, rispetto al contratto a tempo determinato, la cui giustificazione potrebbe essere ritrovata nella circostanza che per la singola somministrazione non occorre il concorso pubblico, pur essendo necessaria la gara ad evidenza pubblica finalizzata a selezionare l'agenzia autorizzata alla somministrazione di lavoro.

L'idea che la limitazione al ricorso del lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni fosse funzionale al contenimento della spesa pubblica fu portata avanti anche dalla legge finanziaria per l'anno 2008 - l. n. 244/2007⁴⁹⁶.

Il nuovo testo della norma prevede che le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, con la possibilità di superare il vincolo temporale unicamente per sostituire personale in maternità, ma solo nell'ambito delle autonomie territoriali⁴⁹⁷; per la sostituzione di lavoratori assenti che abbiano diritto alla conservazione del posto – per maternità,

⁴⁹⁵ S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p.12.

⁴⁹⁶ Cfr. A. BATTISTI, *Le tipologie flessibili*, cit., E. VICENTI, *Le assunzioni a tempo determinato*, in *Commento art. 36, d.lgs. 165/2001*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. III, cit.

⁴⁹⁷ Che comprendono, oltre gli enti contemplati dall'art. 114 Cost., anche quelli per cui il territorio è l'elemento costitutivo, ovvero le comunità montane, le comunità isolate, le unioni di comuni e i consorzi.

malattia, aspettativa, comando; per la sostituzione di lavoratori assenti indipendentemente dalla causa dell'assenza, o anche cessati dal servizio.

Le deroghe riguardano i soli enti del Servizio Sanitario Nazionale e le sole figure infungibili del personale medico, il personale infermieristico e quello di supporto delle attività infermieristiche.

Escluse dalla restrizioni temporali introdotte vi sono anche gli Uffici che collaborano direttamente con i Ministeri (art. 14, comma 2, d.lgs. 165/2001); quelli alle dirette dipendenze del Sindaco, del Presidente della Provincia, della Giunta o degli Assessori (art. 90 del d.lgs. n. 267 del 2000); gli incarichi dirigenziali; gli organi preposti all'esercizio della funzione di direzione, consultivi e di controllo, delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi quelle operanti per le finalità di cui all'art. 1, l. 17 maggio 1999, n. 144.

Ulteriore deroga è prevista per i contratti a tempo determinato stipulati per lo svolgimento di programmi o di attività i cui oneri siano finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Rientrano in questo ambito anche le ipotesi che contemplano il cofinanziamento delle amministrazioni e quella in cui il finanziamento esterno giunga tramite l'intermediazione di un altro soggetto pubblico, come ad esempio la Regione.

Resta ferma la disciplina speciale delle supplenze che, per quanto riguarda le scuole statali, è regolata dall'art. 4, l. 3 maggio 1999, n. 124 e dal successivo regolamento attuativo 13 giugno 2007, n. 131 del Ministero della Pubblica Istruzione e, per le scuole gestite dagli enti locali, si rimanda alle disposizioni regolamentari che gli enti locali sono tenuti ad adottare a norma dell'art. 89 del d.lgs. n. 267/2000⁴⁹⁸.

La novella legislativa non permette neppure alla contrattazione collettiva di modificare le regole descritte, lasciando inalterata solo la previsione secondo cui la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può mai comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, fermo restando il diritto per il lavoratore al risarcimento del danno e la responsabilità dei dirigenti in caso di dolo o colpa grave.

⁴⁹⁸ Cfr. G. DI CORRADO, *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*, cit. pp. 142 e 143. V. *infra*.

In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con un'altra tipologia contrattuale.

Viene, inoltre, previsto per le pubbliche amministrazioni che abbiano violato le suddette disposizioni il divieto di effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla violazione. Possono, quindi, continuare a ricorrere a forme contrattuali flessibili: a) gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che comunque abbiano una dotazione organica non superiore alle quindici unità, oltre che per le finalità di cui al comma 1 (ovvero per attività stagionali), per la sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempre che nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione; b) gli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, al personale infermieristico ed al personale di supporto alle attività infermieristiche, possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per esigenze stagionali, per la sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio limitatamente ai casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza, compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa di personale; c) le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate; d) le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università; e) gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati da privati o da fondi comunitari.

Non rientrano nell'ambito di applicazione della norma: gli Uffici che collaborano direttamente con i Ministeri; quelli alle dirette dipendenze del Sindaco, del Presidente della Provincia, della Giunta o degli Assessori; per l'esercizio della funzione di indirizzo e di controllo loro attribuite dalla legge.

Sono esclusi dall'ambito applicativo della norma riformata: a) il contratto a tempo parziale; b) il telelavoro; c) il lavoro autonomo; d) il contratto di formazione e lavoro; e) il contratto di inserimento per gli enti di ricerca; f) il contratto di somministrazione a tempo determinato.

Sempre nell'ottica del contenimento dei flussi di spesa, nel 2008 con la l. 6 agosto, n. 133, il legislatore interviene nuovamente in materia di contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni, riscrivendo integralmente il testo del citato art. 36 così come era stato modificato dalla l. n. 244/2007: si intende in tal modo razionalizzare la disciplina, attenuandone la rigidità e correggendone l'estraneità ad ogni corretta logica di gestione aziendale⁴⁹⁹.

L'art. 49 della l. n. 133/2008 modifica il testo dell'art. 36 con una rilevante eccezione relativamente alla causa giustificativa che nel settore pubblico, oltre al carattere della eccezionalità, si aggiunge quello della temporaneità, marcando una netta differenza con il settore privato⁵⁰⁰.

Per “*esigenze temporanee*”, bisogna intendere anche quelle riferibili all'attività ordinaria, purché limitate nel tempo; per “*esigenze eccezionali*”, quelle dovute a situazioni contingenti dettate dalla necessità di far fronte a situazioni e contingenze non astrattamente prevedibili per le quali non sia possibile far ricorso agli organici normalmente e stabilmente disponibili in forza a quella determinata amministrazione⁵⁰¹. L'obiettivo che si intende perseguire non è più quello di evitare il ricorso a forme flessibili e di ridurre l'utilizzo, quanto la finalità di “combattere” gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile foriero di nuovo precariato e di situazioni di costante aspettative da parte dei lavoratori ad una conseguente stabilizzazione.

Non viene stabilito dal legislatore un divieto di utilizzo di lavoratori con rapporti contrattuali flessibili, circoscrivendoli entro un determinato arco temporale, ma si fa ricorso ad un meccanismo di monitoraggio del lavoro

⁴⁹⁹ L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Commentario di Diritto del Lavoro*, cit., p. 665.

⁵⁰⁰ L. FIORILLO, *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali flessibili*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, t. II. Ed. UTET, Torino 2009, p. 253 ss.

⁵⁰¹ M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., pp. 626-627.

flessibile mediante la compilazione in rete da parte delle pubbliche amministrazioni di un dettagliato rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibili utilizzate, compresi gli accordi di utilizzazione dei lavoratori socialmente utili.

La rivisitazione dell'art. 36 prosegue anche nel 2009 con l'art. 17, comma 26, della legge 3 agosto n. 102 che provvede ad ampliare l'ambito di estensione delle tipologie contrattuali secondo la disciplina prevista per il lavoro privato e impone l'obbligo di redazione di un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile e l'operatività del diritto di precedenza stabilito dal d.lgs. n. 368/2001, circoscrivendolo alle ipotesi di personale assunto mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento.

La legge 30 luglio 2010, n. 122, nell'ottica di stabilizzazione e competitività economica, interviene nuovamente sulla disciplina del ricorso per le amministrazioni pubbliche al contratto a tempo determinato fissando il limite *“del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nel 2009”*.

2.7 Dalla legge Fornero alla disciplina attualmente vigente in materia di flessibilità in entrata nel pubblico impiego: la l. n. 101/2013.

Conformemente a queste linee di intervento, si colloca anche la recente Legge Fornero, l. n. 92/2012, che a norma dell'art. 1, comma 7, prevede che le disposizioni in essa contenute rappresentano *“principi e criteri”* per la disciplina dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, *“in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2”*, del d.lgs. n. 165/2001. Inoltre al comma 8 del citato articolo, aggiunge *“Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro della Funzione Pubblica, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”*.

Sono esclusi da tale ambito di applicazione i rapporti di lavoro in regime di diritto pubblico per i quali “*restano ferme le previsioni di cui all’art. 3*” del citato decreto.

Come è facile osservare, la l. n. 92/2012, a differenza dell’art. 6 della legge delega n. 30/2003, non ha esplicitamente previsto l’esclusione delle pubbliche amministrazioni dall’ambito di applicazione delle nuove disposizioni sul mercato del lavoro ma si è limitata a specificare che esse costituiscono “*principi e criteri*” per il lavoro pubblico contrattualizzato.

A questa previsione, si aggiunge il rinvio al Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione per quanto riguarda la definizione degli “*ambiti, le modalità e i termini di armonizzazione della disciplina*” relativa ai dipendenti pubblici, anche mediante iniziative normative, previa consultazione delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 1, comma 8, l. n. 92/2012). Sebbene tale rinvio sembra implicitamente escludere l’applicabilità della l. n. 92/2012 al lavoro pubblico, la rilegificazione non ha comportato un ritorno al regime giuridico pubblicistico per la disciplina relativa all’organizzazione e al lavoro pubblico.

Pertanto, la “*privatizzazione*” resta l’unico criterio sistematico in base al quale operare ogni interpretazione: da ciò deriva che le regole differenziate per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e per il lavoro nell’impresa rispondono esclusivamente a ragioni di carattere organizzativo o inerenti l’esercizio di funzioni che vincolano dall’esterno il datore di lavoro pubblico⁵⁰².

Per quanto riguarda il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili nel pubblico impiego, la legge Fornero ha perseguito l’obiettivo di ridimensionare il ricorso improprio e strumentale alle tipologie contrattuali che non comportano l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

⁵⁰² C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alla pubbliche amministrazioni*, cit., pp.837-838. Della stessa autrice, *Il datore di lavoro pubblico Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*. Cacucci Editore, Bari 2012. Sulla stessa posizione cfr. Corte Costituzionale, 16 maggio 2008 n. 146 che ha sottolineato come le eventuali disparità di trattamento introdotte dovranno soddisfare il criterio della ragionevolezza.

Ma a tal proposito, deve far riflettere la previsione dell'art. 2, comma 28, che esonera le pubbliche amministrazioni dal versare il contributo addizionale dell'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, per i rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato.

Sembra sorgere allora una contraddizione, perché se l'aggravio dei costi del ricorso alla flessibilità è stato concepito come deterrente per gli abusi, ciò dovrebbe valere anche per le pubbliche amministrazioni.

Il legislatore, però, ha ritenuto prioritario evitare di penalizzare il ricorso fisiologico al contratto a tempo determinato nel settore pubblico con un incremento di spesa, in ragione della scarsità delle risorse che da sempre pesa sulle pubbliche amministrazioni.

Pacifica, invece, è l'inapplicabilità al lavoro pubblico delle disposizioni contenute nella l. n. 92/2012 che legittimano l'a-causalità del primo contratto a tempo determinato e della prima missione nel caso di un contratto di somministrazione a tempo determinato, in deroga alla necessaria sussistenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

Anche in sede di armonizzazione, dunque, tale regolamentazione è da escludersi per le pubbliche amministrazioni dal momento che la "liberalizzazione" del primo rapporto contrattuale così come previsto dalla legge Fornero prevede un insieme di regole e di costi che mirano dopo il primo contratto a limitare, e, in caso di inosservanza, a sanzionare l'abuso dei contratti a tempo determinato.

Ma, come si vedrà approfonditamente in seguito, il regime sanzionatorio previsto per il lavoro privato non può essere applicato al settore pubblico e questa esclusione realizzerebbe una liberalizzazione priva di necessari "contrappesi"⁵⁰³.

Per quanto riguarda la delicata questione del personale precario, si può far riferimento all'Intesa siglata con le Regioni, gli enti locali e le organizzazioni

⁵⁰³ C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alla pubbliche amministrazioni*, cit., p. 841. F. VERBARO, *Licenziamenti nel settore pubblico e la riforma dell'art. 18. Cronaca di una specialità*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, Adapt Labour Studies, e-book n. 1, Adapt University Press, p. 23 ss, disponibile all'indirizzo web www.bollettinoadapt.it.

L'autore suggerisce l'ipotesi di estendere alla pubbliche amministrazioni la deroga sulle causali solo per i contratti di durata inferiore ai sei mesi o il tetto dei 36 mesi nel ricorso allo stesso lavoratore computando anche i periodi di utilizzo attraverso contratti di somministrazione.

sindacali nel maggio 2012, con la quale si è giunti ad un accordo su alcune linee di intervento anche con riguardo al mercato del lavoro nel pubblico impiego. Per il personale precario, si è deciso di abbandonare la strada delle stabilizzazioni, come invece era avvenuto con le leggi finanziarie del 2007 e 2008 (rispettivamente, l. n. 296/2006 e l. n. 244/2007), e di valorizzare e testare la professionalità acquisita attraverso procedure concorsuali, salvo eccezioni previste dalla legge⁵⁰⁴, confermandone il carattere di necessario canale di accesso al lavoro pubblico a tempo indeterminato⁵⁰⁵.

La legge di stabilità del 2013 ha poi previsto una disciplina transitoria stabilendo la possibilità di una proroga dei contratti a tempo determinato che hanno superato la durata massima complessiva dei 36 mesi, come stabilito dalla legge, o il diverso limite stabilito dai contratti collettivi nazionali di comparto: questi potranno essere ulteriormente prorogati entro il termine massimo ed inderogabile del 31 luglio 2013, sulla base di un accordo decentrato stipulato *“con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative del settore interessato”*, nel rispetto dei vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente e quelli dettati dall’art. 36, d.lgs. n.165/2001.

L’impostazione scelta dalla legge Fornero conferma l’inapplicabilità delle disposizioni della legge di riforma del mercato del lavoro alle pubbliche amministrazioni fino a quando non saranno disposte misure di armonizzazione. Sembra, quindi, *“prender tempo”* al fine di fornire una risposta adeguata alla complessità e gravità delle questioni del precariato nel settore pubblico⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ Art. 35, comma 1, lett. b) che prevede *“avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità”*; e comma 2 che dispone che *“Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere. Per il coniuge superstite e per i figli del personale delle Forze armate, delle Forze dell'ordine, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della Polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio, nonché delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla legge 13 agosto 1980, n. 466, e successive modificazioni ed integrazioni, tali assunzioni avvengono per chiamata diretta nominativa”*.

⁵⁰⁵ Di questo avviso anche Corte Costituzionale, 18 febbraio 2011, n. 52.

⁵⁰⁶ C. SPINELLI, *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 845.

Anche in materia di partecipazione sindacale, quella che era stata giudicata un'apertura può essere considerata solo simbolica, tesa più ad armonizzare tra loro disposizioni normative che ad innovare. Così la legge c.d. di *spending review* (l. n. 95/2012) modifica il comma 2 dell'art. 5 e il successivo art. 6 del d.lgs. n. 165/2001, previsioni con le quali si apriva alla partecipazione sindacale rispettivamente nel caso di misure riguardanti i rapporti di lavoro (sempre che l'esame congiunto sia prevista dai contratti collettivi) e nel caso di processi di riorganizzazione per l'esame dei criteri per l'individuazione di esuberi o per le modalità delle procedure di mobilità.

Si ritenevano quanto mai urgenti gli interventi di drastico contenimento della spesa pubblica così come sottolineato nell'*Agenda del Governo per la crescita* che inserisce tra le priorità quella di “rendere la pubblica amministrazione più snella ed efficiente, orientata ai risultati ed attenta alle esigenze dei cittadini e delle imprese”⁵⁰⁷.

Un ultimo cenno merita il d.l. 31 agosto 2013 n. 101 - “*Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*”, convertito in legge n. 135/2013. Il provvedimento viene adottato dal Governo Monti con l'intento di operare solo alcuni limitati interventi settoriali. Per quanto concerne il lavoro pubblico si voleva espressamente superare il precariato, anche attraverso la novellata disciplina del contratto a termine.

Il legislatore al fine di rafforzare la regola dell'assunzione con contratto a tempo indeterminato è intervenuto sull'art. 36 scegliendo di anteporre alla necessaria temporaneità ed eccezionalità delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine l'avverbio *esclusivamente*, ovvero sottolineando che “*le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato*”, nel rispetto delle procedure di reclutamento previste dall'art. 35 dello stesso decreto. Allo stesso tempo, il comma 2 offre la possibilità alle pubbliche amministrazioni di ricorrere a tipologie contrattuali flessibili previste dalla normativa sul rapporto di lavoro subordinato nelle imprese, ma ciò “*per rispondere ad esigenze di carattere*

⁵⁰⁷ Disponibile all'indirizzo web www.governo.it.

esclusivamente temporaneo o eccezionale”. Come si può notare, il legislatore ha sostituito la congiunzione “e” (temporanee e eccezionali) con la disgiuntiva “o” (temporanee o eccezionali), così da facilitare, almeno teoricamente, il ricorso a tale tipologia contrattuale.

Merita una precisazione anche il riferimento alle “*forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa*”, dovendo con queste intendersi quelle effettivamente utilizzabili nel pubblico impiego, così come previsto dall’art. 36 citato integrato dall’art. 17, comma 26, lett. a), legge n. 102/2009, ovvero: il contratto di lavoro a tempo determinato, il contratto di formazione e lavoro e gli altri rapporti formativi, il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e, infine, il lavoro accessorio⁵⁰⁸.

Per quanto riguarda le fonti di disciplina del rapporto, accanto alla fonte legale a cui si fa espressamente rinvio per il contratto a termine, ovvero il d.lgs. n. 368/2001, il contratto di formazione e lavoro e gli altri rapporti formativi⁵⁰⁹, per il contratto di somministrazione a tempo determinato e per il lavoro accessorio⁵¹⁰, viene indicata anche la contrattazione collettiva il cui ruolo ed ambito di intervento viene fortemente ridimensionato restando circoscritto alla esclusiva funzione di individuare i “*contingenti di personale utilizzabile*”, ferma restando l’autonoma competenza dell’amministrazione in ordine alla individuazione delle proprie necessità organizzative⁵¹¹.

Al fine di evitare abusi nel ricorso al lavoro flessibile, viene eliminato l’obbligo della durata massima complessiva delle forme di lavoro utilizzabili per lo stesso lavoratore e sostituito con un meccanismo di monitoraggio e controllo. Quest’ultimo prevede che entro il 31 dicembre di ogni anno, le amministrazioni debbano redigere un analitico rapporto informativo sulle

⁵⁰⁸ Per l’approfondimento delle singole tipologie contrattuali come regolate dalla normativa attualmente vigente si rimanda al paragrafo successivo.

⁵⁰⁹ L. n. 863/1984, art. 3, e l. n. 451/1994, art.16.

⁵¹⁰ D.lgs. n. 276/2003.

⁵¹¹ Sull’ampio dibattito in dottrina in ordine al ruolo del contratto collettivo cfr. L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., pp. 666-667; V.PINTO, *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M. G. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un’analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009, p. 209; A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, p. 1100.

tipologie di lavoro flessibili utilizzate da trasmettere entro il 31 gennaio di ogni anno ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri- Dipartimento della Funzione Pubblica, che a sua volta è tenuta a redigere una relazione annuale al Parlamento (art.36, comma 3, d.lgs. n. 165/2001). Le modalità di monitoraggio sono estese anche ai lavoratori socialmente utili dal successivo comma 4 dell'art. 36 citato.

Il comma 5-*bis*, così come introdotto dalla l. n. 102/2009, dispone che le previsioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001 in materia di diritto di precedenza nelle assunzioni si applicano alle pubbliche amministrazioni, non già con riferimento a tutte le assunzioni, ma con riguardo al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e i profili per i quali sia richiesto il solo requisito della scuola d'obbligo, fermi restando gli ulteriori requisiti per specifiche professionalità⁵¹².

Al fine di scongiurare il rischio che l'esercizio del diritto di precedenza costituisca una concreta ipotesi di deroga legislativa alla regola generale del concorso pubblico conformemente all'art.97 Cost., viene previsto che il diritto di precedenza, nel caso di legittimo ricorso ad assunzioni a termine, ove azionato dal lavoratore interessato comporterà che l'assunzione a tempo determinato avverrà senza dover ricorrere ad alcuna procedura di tipo selettivo, dovendosi l'amministrazione limitare a verificare unicamente la sussistenza di eventuali ulteriori requisiti richiesti per specifiche professionalità⁵¹³.

Significative appaiono le disposizioni per favorire la stabilizzazione del c.d. personale precario⁵¹⁴, sia riaprendo i termini dettati dalle leggi finanziarie per il 2007 ed il 2008, sia dettando nuovi criteri, tra i quali la possibilità di prorogare oltre i limiti i contratti a tempo determinato in essere al fine della successiva conversione in contratto a tempo indeterminato.

Di rilievo sono anche le disposizioni che hanno subordinato le nuove assunzioni a tempo indeterminato nelle amministrazioni centrali ad un doppio

⁵¹² Del pari, il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni a termine per lo svolgimento delle medesime attività stagionali.

⁵¹³ G. GENTILE, *Commento art. 35, D.lgs. n. 165/2001*, cit., p. 500 ss.

⁵¹⁴ Cfr. *infra*.

vincolo: il primo, l'aver accertato vacanze di organico, con divieto di procedere ad assunzioni nelle qualifiche e nelle aree in cui vi sia soprannumero, di per sé scontato e desumibile dai principi generali; il secondo, l'aver immesso in servizio tutti i vincitori di concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato collocati nelle graduatorie vigenti.

Si introduce, altresì, il principio del concorso unico per il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni a tutte le pubbliche amministrazioni e si prevedono procedure comuni per le amministrazioni centrali cui possono aderire anche le Regioni e gli enti locali.

A quanto detto, si aggiungeva per le amministrazioni statali l'impossibilità di nuove assunzioni nel caso di mancato adeguamento alla riduzione degli organici ed alla riorganizzazione prevista dalla *spending review*.

2.8 Le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego nella disciplina attualmente vigente: l'art. 36, d.lgs.n.165/2001. Premessa.

Come si è già osservato, il ricorso a forme flessibili di impiego nella Pubblica Amministrazione ha registrato negli ultimi anni un notevole incremento dettato dal contingente bisogno, nonché dagli obiettivi imposti dalle leggi finanziarie e di bilancio, che, nell'ottica di contenimento della spesa pubblica, hanno spinto le pubbliche amministrazioni a limitare il numero delle assunzioni a tempo indeterminato, preferendo ad esse forme temporanee a cui corrispondono procedure di selezione più snelle e rispondenti a esigenze di efficace riorganizzazione della macchina burocratica.

L'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, nella sua versione definitiva, a seguito dei numerosi interventi legislativi, conferma la possibilità che sia la contrattazione collettiva nazionale di comparto a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi, nonché della somministrazione di lavoro e il lavoro accessorio, ferma restando la competenza delle pubbliche

amministrazioni ad individuare le necessità organizzative in coerenza con le disposizioni di legge.

Nel dettaglio, fatta salva la necessaria sussistenza di esigenze temporanee o eccezionali che giustifichino il ricorso a forme flessibili di impiego, è affidato alla contrattazione collettiva il compito di adattare le disposizioni relative ai singoli contratti flessibili alla peculiare natura del rapporto di pubblico impiego e di definire i contingenti di personale di cui sia possibile avvalersi nei diversi comparti, non potendo spingersi oltre quello che è stato definito un mero compito meccanicistico⁵¹⁵.

In dottrina ci si è poi spesso interrogati sull'ambito di applicazione della norma, ovvero se i commi 1 e 2 dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 siano estensibili anche a forme contrattuali e tipologie non espressamente richiamate, come ad esempio il lavoro a tempo parziale e il telelavoro.

La circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 3 del 19 marzo 2008 concernente “*Linee di indirizzo in merito alla stipula di contratti di lavoro a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni*” aveva infatti escluso dall'ambito di applicazione della relativa disciplina dell'art. 36 sia il contratto di lavoro a tempo parziale, riferito come è noto all'articolazione oraria della prestazione piuttosto che alla forma contrattuale di assunzione, sia il telelavoro, concernente le modalità di articolazione del luogo di svolgimento della prestazione e non il contratto di lavoro che potrebbe essere senza dubbio anche a tempo indeterminato.

Aveva, inoltre, escluso da suddetto ambito di applicazione anche il contratto di lavoro in regime di somministrazione, essendo tale fattispecie estranea rispetto a quelle suscettibili in un contratto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni; il contratto di formazione e lavoro alla luce di quanto prescritto dall'art. 86, comma 9 del d.lgs. n. 276/2003⁵¹⁶; ed, infine, i lavori socialmente utili e le forme di lavoro autonomo.

⁵¹⁵ Così M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 630.

⁵¹⁶ Che così recita: “[...]La vigente disciplina in materia di contratti di formazione e lavoro, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 59, comma 3, trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione. Le sanzioni amministrative di cui all'articolo 19 si applicano anche nei confronti della pubblica amministrazione”.

Nonostante quanto premesso, l'espressa previsione nell'ambito delle procedure di stabilizzazione di tutte le tipologie flessibili - anche di quelle diverse dal contratto di lavoro a tempo determinato e dalle collaborazioni coordinate e continuative- lascia intravedere l'intento del legislatore di ricomprendere qualsiasi tipologia di rapporto nell'ambito della limitazione dell'utilizzo di forme contrattuali flessibili alla necessaria sussistenza di "*esigenze temporanee o eccezionali*".

Il ricorso all'assunzione diretta, per quanto "flessibile", diventa l'unico strumento a disposizione delle amministrazioni per far fronte ad esigenze temporanee o eccezionali ed un'eventuale esclusione contraddirebbe l'esigenza di contenere e limitare il ricorso a tali tipologie contrattuali foriere, come si è più volte osservato, di nuovo precariato⁵¹⁷.

Inoltre, il legislatore interviene a restringere in modo decisivo l'ambito finora attribuito alle autonome determinazioni della dirigenza e sancisce, così, il definitivo abbandono della tendenza all'unificazione del regime legislativo per i rapporti di lavoro pubblici e privati.

Infine, viene stabilito che i precetti contenuti nella disposizione in esame "*costituiscono norme di principio per l'utilizzo di forme contrattuali flessibili negli enti locali*", pertanto, il legislatore re-introduce nell'ordinamento giuridico la tendenza alla diversificazione dei regimi normativi tra i diversi settori di intervento nelle amministrazioni pubbliche.

2.9 Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: premessa.

Il primo problema che incontra l'interprete in materia di contratto a tempo determinato attiene alla definizione degli eventuali limiti che si pongono all'applicazione del d.lgs. n. 165/2001 ai rapporti dei dipendenti pubblici

⁵¹⁷ Sull'ampio dibattito in dottrina, cfr. L. FIORILLO, *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali di impiego*, cit., p. 219 ss., M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., pp. 631-632; A. BATTISTI, *Commento art. 36 del D.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 550 ss.

*privatizzati*⁵¹⁸, dal momento che nel suddetto decreto, diversamente da altri –il riferimento è senza dubbio all’art. 10 del d.lgs. n. 61 del 2000 in materia di lavoro *part-time*- non contiene alcun espresso riferimento al lavoro pubblico. La questione potrebbe trovare soluzione nelle indicazioni contenute nella direttiva 99/70/CE sul contratto a termine che, conviene ribadirlo, non chiarisce se il lavoro a termine debba essere necessariamente legato alla temporaneità della funzione da svolgere o alla temporaneità dei fabbisogni da soddisfare; lo scopo in essa dichiarato, come si è già avuto modo di osservare, è quello di evitare la discriminazione dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato e di impedire abusi attraverso una disinvoltata successione di contratti a termine.

A ciò si aggiunge la finalità contenuta al punto 11 dell’accordo-quadro di accrescere, attraverso il lavoro a termine, “*la competitività dell’economia comunitaria e di evitare di imporre vincoli amministrativi*”.

Ad ogni modo, alla clausola 2, comma 1, dell’accordo-quadro che ne definisce l’ambito di applicazione, si afferma che esso si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore in ciascuno Stato membro; i “*lavoratori a tempo determinato*” sono definiti dalla clausola 3 come persone con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata.

Il comma 2 della clausola 2, invece, offre agli Stati membri la facoltà di sottrarsi alle disposizioni dell’accordo soltanto con riferimento ai rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato e i contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici. Da quanto detto, la direttiva non sembra intenzionata ad escludere dal suo campo di applicazione i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni⁵¹⁹ e i problemi

⁵¹⁸ A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 95/2010, disponibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, p. 4 ss.

⁵¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 54; Corte di Giustizia 7 settembre 2007, C- 180/2004; Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C- 378-80/07, *Angelidaki e a.*, che si è pronunciata sulla compatibilità della disciplina ellenica dell’impiego a tempo determinato nel settore pubblico con le clausole 5 e 8.3 della Direttiva 99/70/CE. Si vedano, in particolare, le Dichiarazioni finali con particolare riguardo alla n. 2. Cfr. *infra*. Le sentenze sono disponibili all’indirizzo web <http://eur-lex.europa.eu>.

interpretativi si pongono anche in relazione all'esigenza di rimediare ad eventuali antinomie derivanti dalla sovrapposizione di due normative interne: il d.lgs. n. 165/2001 e d.lgs. n. 368/2001.

A tal proposito, si ricorda che l'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 individua espressamente le norme abrogate: ovvero, la l. n. 230 del 1962 e successive modificazioni, l'art. 8- *bis* della l. n. 79 del 1983, l'art. 23 della l. n. 56 del 1987, e, infine, tutte le norme "*comunque incompatibili e non espressamente richiamate*". E in merito a queste ultime che si pone un importante interrogativo: se, dunque, esse debbano ritenersi in ogni caso abrogate o possano rimanere in vigore quando si dimostri la loro specialità.

Secondo una parte della dottrina⁵²⁰, le norme speciali rimarrebbero in vigore solo se compatibili ovvero se richiamate: tale tesi sembra essere confermata dallo stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 la cui affermazione "*comunque incompatibili e non espressamente richiamate*" risulterebbe pleonastica e priva di senso⁵²¹, in virtù dell'art. 15 disp. Prel. Cod. Civ. che sancisce l'automatica abrogazione di norme incompatibili.

Inoltre, nelle intenzioni del legislatore sembra leggersi la volontà di operare un'abrogazione di *ampio raggio*, pertanto, non è sufficiente che una norma sia speciale per non essere abrogata, ma occorre che venga richiamata espressamente dalla nuova disposizione, come confermato dal fatto che, per mantenere in vigore determinate discipline, sono state previste disposizioni *ad hoc* (ad esempio, il comma 5 dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001).

Secondo un'altra parte della dottrina, le argomentazioni finora esposte non sarebbero idonee a giustificare l'inapplicabilità del noto principio *lex posterior generalis non derogat priori speciali* dal momento che può apparire particolarmente complesso "*identificare il limite oltre il quale la disciplina anteriore e speciale diventa incompatibile con quella generale successiva*"⁵²².

Inoltre, per una tale ambiziosa opera abrogativa sembra necessaria un'espressa previsione in tal senso, come è avvenuto per altre normative, ad esempio, con il

⁵²⁰ Cfr. A.MARESCA, *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, I, p. 117 ss.

⁵²¹ A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, cit., p. 5.

⁵²² G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori*. Giappichelli Editore, Torino 2009, p. 275.

citato art. 11 del d.lgs. n. 368/2001. Quest'ultima tesi trova conferma nell'orientamento prevalente della giurisprudenza⁵²³ che ha ritenuto applicabile al lavoro pubblico il secondo comma (ora comma 5, dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001), ove è sancito che, in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori a termine da parte delle pubbliche amministrazioni non dà luogo alla conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, ferma restando ogni responsabilità e sanzione; tale possibilità è, invece, prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 per i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze del datore di lavoro privati.

L'evidente carattere di specialità dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, quale norma di prevenzione degli abusi, inserito in un *corpus* normativo volto a disciplinare il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, testimonia l'impossibilità, in base alle disposizioni che regolano la successione delle leggi nel tempo, di ritenere tale norma tacitamente abrogata dal d.lgs. n. 368/2001 che ha carattere generale e non contiene alcun riferimento ai contratti a termine nel pubblico impiego⁵²⁴.

2.10 (segue) *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: la specialità delle causali giustificative.*

Da quanto detto, la disciplina del contratto a tempo determinato contenuta nel d.lgs. n. 368/2001 trova dunque applicazione anche nel pubblico impiego, fermo restando il necessario coordinamento per quanto attiene alla verifica della legittimità del termine apposto al contratto di lavoro con le disposizioni contenute nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, da considerarsi norma speciale.

⁵²³ Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-180/2004; Corte Costituzionale 27 marzo 2003, n. 89, in *Riv. crit. Dir. lav.*, 2003, 273; Trib. Bologna, 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav.*, II, 2008, 589 e ss. con nota di M. M. NANNI; Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, 736, nota F. MARTINI; Trib. Genova 5 aprile 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 906, con nota di L. TEBANO; Trib. Roma 3 febbraio 2004, in *Arg. dir. lav.*, III, 2005, 851 e ss. con nota di A. PRETEROTI; Trib. Napoli 6 febbraio 2004, in *Guida lav.*, 13, 2004, 247.

⁵²⁴ E. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle Pubbliche Amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*. Ed. Giuffrè, Milano 2013, p. 417 ss.

Difatti, anche dopo le modifiche apportate nel 2008 e nel 2009⁵²⁵, che ripristinano l'utilizzo della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro pubblico secondo quanto previsto dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, esso sembra continuare a godere di un carattere di specialità rispetto alla regolamentazione generale dell'istituto prevista dal d.lgs. n. 368/2001⁵²⁶.

Questa alterità si mostra soprattutto nella regolamentazione dell'istituto dedicata alle causali che legittimano il contratto termine, segnando un'importante differenza tra i due grandi settori del mondo del lavoro subordinato.

Difatti, se nel settore privato, il ricorso al contratto a tempo determinato deve essere giustificato da *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro”* (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, come integrato dall'art. 21 legge n. 133/2008), anche senza bisogno di indicare una causale giustificativa in caso di primo e unico contratto di durata non superiore a 12 mesi o in tutte le altre ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva (art.1, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 aggiunto dalla legge n. 133/2008), nel settore pubblico, può essere motivato solo ed esclusivamente per esigenze temporanee o eccezionali.

L'evidente differenza si giustifica con l'intento del legislatore di disincentivare il ricorso alla flessibilità in entrata nel settore pubblico soprattutto per quanto riguarda il contratto a tempo determinato⁵²⁷.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 80 del 2006, le pubbliche amministrazioni verificavano la legittimità del termine esclusivamente sulla base delle prescrizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, dal momento che l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 si limita a sancire la facoltà di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro

⁵²⁵ Il riferimento è al d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e al d.l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.

⁵²⁶ M. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, cit., p. 30.

⁵²⁷ E' difatti previsto un meccanismo autorizzatorio che si realizza mediante la preventiva emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare su proposta del Ministro della Funzione Pubblica di concerto con il Ministro dell'Economia.

subordinati nell'impresa⁵²⁸. Come è evidente, tale previsione non appariva particolarmente rigida e idonea a scoraggiare un utilizzo improprio delle forme negoziali flessibili nel pubblico impiego⁵²⁹.

Il legislatore del 2006, è, poi, intervenuto con l'art. 4 della l. n. 80 del 2006 al fine di introdurre il comma 1-*bis* dell'art. 36 in forza del quale le amministrazioni pubbliche potevano stipulare contratti a termine solo per esigenze temporanee ed eccezionali, e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'art. 4, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 276 del 2003 per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi. Pertanto, le assunzioni a termine nel pubblico impiego trovavano giustificazione in ragioni oggettive che ne legittimano il ricorso e dovevano essere connotate da requisiti di temporaneità ed eccezionalità, da considerarsi contemporaneamente e non alternativamente.

E si ricorda che il legislatore, in sede di conversione, ha inserito un ulteriore comma (1-*bis*.1) all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, nel quale si stabilisce che le disposizioni contenute al comma 1-*bis* costituiscono norme di principio per l'utilizzo di forme contrattuali flessibili.

Inoltre, ai sensi dell'art. 27 di suddetto decreto, gli enti locali, nell'esercizio della propria autonomia regolamentare e statutaria, avrebbero dovuto adeguare i propri ordinamenti ai principi sanciti dal legislatore statale in merito al corretto utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile.

Appare evidente, dunque, l'intento del d.l. n. 4/2006, convertito dalla l. n. 80 del 2006, di prevedere l'utilizzo dei rapporti di lavoro flessibili nell'ottica del risparmio della spesa, al fine di non incrementare il numero dei dipendenti in servizio a tempo indeterminato in attuazione degli obiettivi di necessario snellimento delle strutture e di un'ottimale utilizzazione delle risorse umane già presenti nelle pubbliche amministrazioni.

⁵²⁸ Ovvero la legittima apposizione del termine si giustifica con l'esistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, da indicare *ex ante* e in forma scritta *ad substantiam* (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001).

⁵²⁹ A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, cit., p. 7.

Il quadro normativo è stato ulteriormente irrigidito a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008), il cui art. 3, comma 79, ha riscritto l'art. 36 del d.lgs. n.165/2001 prevedendo che *“le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali”*.

Appare subito evidente il capovolgimento operato dalla suddetta legge che ha disciplinato il lavoro a termine intorno alla sua durata limitata che, appunto, salvo alcune deroghe, non poteva superare i tre mesi, compresa l'eventuale proroga, e non sulla base delle ragioni oggettive di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001. Il limite dei tre mesi non sussisteva, invece, in caso di esigenze stagionali⁵³⁰.

Il d.l. n. 112 del 2008, approvato a distanza di sei mesi dalla l. n. 244 del 2007 e convertito in l. n. 133 del 2008, ha di nuovo allentato i vincoli all'assunzione a tempo determinato, rimuovendo il divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine e prevedendo che, in caso di esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario, le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, nel rispetto delle procedure di reclutamento previste dall'art. 35.

Nel caso, invece, di *esigenze temporanee ed eccezionali*, si prevede per le pubbliche amministrazioni la possibilità di avvalersi di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento previste da cui consegue che il contratto non sarà legittimo in presenza di ragioni di carattere *meramente* oggettive.

E' evidente, dunque, il contrasto normativo⁵³¹ tra il settore privato, in cui il ricorso a forme contrattuali flessibili deve essere giustificato da *“ragioni di*

⁵³⁰ Ipotesi previste dal d.P.R. n. 1525 del 1963 che contiene un elenco di attività che mal si adattano alla pubblica amministrazione, riguardando per lo più il settore dell'agricoltura.

⁵³¹ Sul punto, L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interventi giurisprudenziali*, in L. Fiorillo, A. Perulli, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 671 ss.

carattere, tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro" (art.1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 così come integrato dall'art. 21, l. n. 133/2008) e il settore pubblico in cui l'utilizzo di contratti a tempo determinato può avvenire solo ed esclusivamente per esigenze "*temporanee ed eccezionali*". Inoltre, a sostegno della tesi del connotato di eccezionalità che contraddistingue il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni è intervenuto anche l'art. 17, comma 26 lett. b) del d.l. n. 78 del 1 luglio 2009, convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102 che ha sostituito l'art. 36, comma 3, del d.lgs. 165 del 2001: la nuova norma elimina il riferimento alla durata massima complessiva delle varie forme flessibili di lavoro subordinato, al posto della quale viene previsto un meccanismo di controllo⁵³².

Pur venendo meno la norma speciale contemplata dal comma 3 del citato art. 36, riguardante il limite dei 36 mesi nell'ultimo quinquennio, rimane in vigore la regola generale contenuta nel comma 4- *bis* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001 sulla successione dei contratti a termine; ferme restando le disposizioni di contratti collettivi, il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti non può superare, salvo deroghe espressamente previste, i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro. In tal caso, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi modificato dal d.lgs. 25 giugno 2008, n. 112). Da quanto esposto, non sembra ipotizzabile che il comma 4-*bis* dell'art. 5 citato operi solo nella sua parte precettiva e non anche in relazione alla sanzione costitutiva dallo stesso prevista. Difatti, la fattispecie in analisi non presuppone la illegittimità di alcun contratto di lavoro a termine ma solo un effetto costitutivo automatico. La mancata valutazione normativa di contratti successivi in termini di illegittimità non consente di ritenere risarcibile il danno

⁵³²E così recita: "*Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, 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 al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato*".

sulla base della disciplina contenuta nel comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 che, invece, prevede un contratto illegittimo: l'unica sanzione giuridicamente possibile sembra essere la costituzione di un rapporto di lavoro. Ma è con gli ultimi e recenti interventi normativi che la divergenza tra i due settori, pubblico e privato, si approfondisce dal momento che nel secondo caso, a seguito della l. n. 92/2012, viene prevista la possibilità di stipulare liberamente, senza indicazione di alcuna causale, contratti a tempo determinato, seppur nel rispetto di precise indicazioni fissate dal legislatore o dalla fonte collettiva⁵³³; per il settore pubblico, invece, il d.l. n. 101/2013 ha ulteriormente espressamente precisato che il ricorso alla flessibilità in entrata può avvenire solo ed esclusivamente per esigenze temporanee o occasionali, allo scopo di scongiurare qualsiasi tentativo di estendere, in via interpretativa, anche al lavoro pubblico la possibilità di stipulare contratti a termine a-causali. Tale regolamentazione risulta necessaria dal momento che nel settore pubblico si realizzerebbe una liberalizzazione dei contratti a termine priva di necessarie misure dissuasive, ovvero di contrappesi, regole e costi, esistenti nel settore privato che nel complesso mirano, dopo il primo rapporto, a limitare, e, in caso di inosservanza, a sanzionare, l'abuso dei contratti a tempo determinato.

Il legislatore del 2013 sembra in tal modo aver risolto un problema di non poco conto in rapporto alla concreta applicazione della normativa sulle causali e del possibile contrasto della disciplina legale con quella pattizia da sempre caratterizzata dalla presenza di causali tipiche quali quelle previste per i lavori stagionali o per la sostituzione di lavoratori assenti per ferie, trattandosi, in entrambi i casi, di fattispecie di tipo oggettivamente temporaneo, ma prive del requisito della eccezionalità in quanto legate a esigenze organizzative di tipo fisiologico.

In altre parole, le esigenze devono sì essere esclusivamente temporanee ed eccezionali, ma a differenza di quanto previsto dal legislatore del 2008, i due requisiti sono in alternativa tra di loro e sarà, quindi, possibile ricorrere al contratto a termine in presenza di esigenze oggettivamente temporanee, ma non

⁵³³ Come dispone l'art. 1, comma 1-bis, d.lgs. n.165/2001 aggiunto dalla l. n. 92/2012, a sua volta integrata dalla legge n. 99/2013.

eccezionali, come avviene nel caso di esigenze che si verificano periodicamente in ragione della loro stagionalità.⁵³⁴

Per dovere di completezza, si ricorda che permangono normative speciali per le assunzioni a termine di figure particolari, quali i componenti degli uffici di diretta collaborazione dell'autorità politica e i dirigenti, e di particolari comparti, quali gli enti locali, la sanità e la scuola, settore di cui si dirà più approfonditamente in seguito⁵³⁵.

Nel primo caso, si tratta delle assunzioni del personale da destinare alle strutture organizzative aventi funzioni di supporto e raccordo del vertice politico con l'apparato amministrativo.

Ciò vale sia, per esempio, per i Ministeri che per gli uffici posti alle dirette dipendenze del Sindaco, del Presidente della Provincia, della Giunta, degli Assessori e di quelli che svolgono analoghe funzioni di indirizzo e controllo (cfr. art. 90, comma 1, d.lgs. n. 267/2000).

In questi casi, la necessità di assicurare il reclutamento di personale politicamente affine a coloro che occupano posizioni di governo e la strutturale temporaneità del loro mandato elettivo hanno determinato un ampliamento della legittimazione ad assumere e senza il preventivo espletamento di procedure concorsuali (cfr. l. 6 novembre 2012, n. 190 che prevede la necessaria comunicazione al Dipartimento della Funzione Pubblica di tutti i dati, i titoli e i *curricula* delle persone individuate per le posizioni dirigenziali)⁵³⁶.

⁵³⁴ L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interventi giurisprudenziali*, cit., p. 672; L. FIORILLO, *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali di impiego*, cit., p. 266 ss. Si ricorda che l'art. 36 nella formulazione del 2008 ammetteva il ricorso al contratto a termine per esigenze temporanee ed eccezionali

⁵³⁵ Per il settore Scuola, si rimanda al III Capitolo, *Le conseguenze della violazione delle norme sul lavoro flessibile; la specialità del precariato pubblico*, par. 3.6. Resta ferma l'integrazione di tali discipline speciali da parte delle norme contenute nell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 e delle previsioni del d.lgs. n. 368/2001 in materia di risarcimento del danno e del regime sanzionatorio. V. *infra*.

⁵³⁶ La durata massima di efficacia del contratto non potrà essere superiore al mandato elettivo del Sindaco o del Presidente della Provincia.

Per esigenze di sintesi, si accennerà solo brevemente alla disciplina relativa al personale dirigenziale che richiederebbe un necessario approfondimento⁵³⁷.

In breve, si ricorda che inizialmente la stipulazione dei contratti a termine nella p.a. era riservata ai soli dirigenti generali e che la seconda fase della contrattualizzazione ha esteso all'intera dirigenza statale.

In particolare, l'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165/2001 prevede che, per procedere all'assunzione a termine e al conferimento dell'incarico dirigenziale, è necessario che l'amministrazione valuti opportuna la presenza temporanea nell'apparato di figure dirigenziali in possesso di una *“particolare e comprovata qualificazione professionale”*, di cui altrimenti sarebbe carente.

Per gli enti locali, non sempre i loro ordinamenti prevedono figure dirigenziali al vertice della propria organizzazione; pertanto, le assunzioni a termine in questo comparto sono disciplinate in modo particolare tenendo conto delle diverse fattispecie.

Per l'assunzione delle figure apicali, l'art. 110, d.lgs. n. 267/2000 pone regole e condizioni diverse a seconda che essa riguardi personale da inquadrare nelle qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, anche al di fuori della dotazione organica, oppure nei soli enti la cui organizzazione interna non prevede la dirigenza⁵³⁸, al quale affidare la responsabilità dei servizi o degli uffici.

A ciò si aggiunge la facoltà dell'ente di assumere personale a termine come previsto dallo Statuto che regola l'architettura istituzionale nonché in base ai criteri generali in materia di organizzazione dell'ente stesso⁵³⁹.

Tale autonomia statutaria non è assoluta dal momento che l'assunzione mediante contratto a tempo determinato di diritto privato deve avvenire solo *“eccezionalmente e con deliberazione motivata”* e che, in ogni caso, sia prevista la verifica del possesso da parte del candidato dei *“requisiti richiesti dalla qualifica da ricoprire”*.

Inoltre, la seconda condizione comune a tutte le ipotesi assunzionali attiene alla necessità che le previsioni statutarie siano ulteriormente specificate nel

⁵³⁷ Per approfondimenti, v. V. PINTO, *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 113.

⁵³⁸ Art. 110, comma 2, d.lgs. n. 267/2000.

⁵³⁹ Art. 6, comma 2, d.lgs. n. 267/2000. Il decreto stabilisce che lo Statuto sia da adottato dal consiglio comunale o provinciale a maggioranza qualificata (art. 6, comma 4).

regolamento sull'ordinamento dei servizi e degli uffici, in modo da dettagliare *“i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati tali contratti a termine”*⁵⁴⁰.

Per quanto riguarda il settore della Sanità, le amministrazioni di questo comparto possono instaurare rapporti di lavoro a termine in presenza di esigenze di carattere *“esclusivamente temporaneo ed eccezionale”*, come previsto in linea generale dal d.lgs. n. 165/2001. Tale legittimazione a stipulare contratti a termine, però, può essere ulteriormente ampliata da alcune previsioni speciali.

La prima riguarda la necessità di *“attivazione delle strutture e degli spazi per l'attività libero professionale”*; difatti, nel caso di *“oggettiva e accertata impossibilità di far fronte con il personale dipendente alle esigenze connesse”*, le aziende sanitarie possono assumere *“personale, non dirigente, del ruolo sanitario e personale amministrativo di collaborazione, tramite contratti di diritto privato a tempo determinato”*⁵⁴¹

Inoltre, un ulteriore ampliamento delle possibilità di assunzione può avvenire per attuare *“i progetti finalizzati, non sostitutivi dell'attività ordinaria”* che siano finanziati con le risorse *“di cui all'articolo 1, comma 34-bis della l. 23 dicembre 1996, n. 662”*.

Si tratta di progetti elaborati dalle Regioni e finalizzati al perseguimento di *“obiettivi di carattere prioritario e di rilievo nazionale indicati nel Piano sanitario nazionale”*⁵⁴².

⁵⁴⁰ Per l'assunzione a termine per le qualifiche dirigenziali e di alta professionalità, il limite massimo è pari *“al 5 per cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno un'unità”* (art. 110, comma 2, primo periodo); per l'assunzione a termine negli enti non dotati di dirigenza, tale quota è pari *“al 5 per cento della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unità superiore, o ad una unità negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unità”*. Dal 2012, gli enti locali dotati di dirigenza e considerati finanziariamente virtuosi possono incrementare il numero dei dirigenti assunti a termine fino al limite percentuale del 18 per cento della dotazione organica della qualifica dirigenziale a tempo indeterminato (art. 20, comma 2, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 11, poi modificato dall'art. 30, comma 3, l. n. 183/2011 e, successivamente, sostituito dall'art. 1, comma 428, legge n. 228/2012)

⁵⁴¹ Art. 15-septies, comma 5-bis, secondo periodo, d.lgs. 30 dicembre 1990, n. 502, aggiunto dall'art. 2, comma 1, d.lgs. 28 luglio 2000 n. 254.

⁵⁴² Art. 1, comma 34-bis, l. n. 662/1996.

2. 11 Il contratto di formazione e lavoro, il contratto di apprendistato e gli altri rapporti di lavoro a contenuto formativo nel pubblico impiego.

Il contratto di formazione e lavoro, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 86 del d.lgs. n. 276/2003, continua a trovare applicazione nel settore del pubblico impiego, a differenza di quanto disposto per il settore privato.

Il *favor* riservato a tale strumento contrattuale, che, come si ricorda, è a causa mista, in cui l'elemento tipico del contratto di lavoro (scambio prestazione lavorativa – retribuzione) si coniuga con l'elemento della specializzazione rappresentato dalle finalità formative perseguite, è dovuto, da una parte, alla sua capacità di adattarsi all'esigenza della pubblica amministrazione di acquisire nuove risorse in grado di avviare un percorso formativo interno all'ente, dall'altra, consente più corretti e agevoli meccanismi di scambio tra formazione e lavoro in favore soprattutto di giovani motivati in grado di acquisire una determinata professionalità.

Tale tipologia contrattuale ha trovato, nel passato, scarsa applicazione nel mondo della produzione ma è stata ampiamente utilizzata nelle pubbliche amministrazioni, anche se spesso in modo fuori controllo, comportando un sovraccarico di personale nelle amministrazioni locali.

E lo Stato italiano, con la sua normativa in merito, si è posto in contrasto con la legislazione comunitaria ed i principi contenuti nella direttiva europea sui contratti a tempo determinato che ha condotto anche ad una procedura di infrazione intrapresa dalla Commissione europea per abuso di contratti di formazione e di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione italiana⁵⁴³.

Il contratto di formazione e lavoro ha ricevuto da parte della contrattazione collettiva di comparto l'integrazione della disciplina di fonte legale che ha mostrato particolare attenzione alla definizione ed individuazione delle

⁵⁴³ Si ricorda, a tal proposito, che la Commissione europea ha accertato tali violazioni con la procedura di infrazione n. 2007/4734 per abuso di contratti di formazione e di lavoro a tempo determinato, a seguito della messa in mora dello Stato Italiano inadempiente ai sensi dell'art. 226 TCE (oggi art. 258 TFUE). La Commissione Europea accertava l'abuso da parte dello Stato Italiano e della Pubblica Amministrazione per aver illegittimamente prorogato "*sine die*" il contratto di lavoro del lavoratore.

professionalità, come previsto dall'art. 8 della l. n. 407/1990, e senza ricorrere alla facoltà, pur prevista dall'art. 16 della legge 19 luglio 1994, n. 451, di sottoinquadrare i lavoratori, dal momento che tale soluzione avrebbe comportato non già un'occasione di arricchimento formativo per i lavoratori quanto piuttosto l'opportunità riconosciuta dalla p.a. di avvalersi di personale a basso costo per sopperire alle mancanze e deficienze di carattere organizzativo.

Per quanto riguarda il contratto di apprendistato, la dottrina si è spesso mostrata diffidente nei confronti di tale strumento contrattuale evidenziando come la disciplina vigente nel settore privato e l'intervento della contrattazione collettiva in materia non possano *tout court* essere estesi al settore pubblico senza gli opportuni adattamenti, tenendo conto dei principi peculiari del pubblico impiego.

A tal riguardo, la legge Fornero prevede per il lavoro privato una diversa regolamentazione dei rapporti di lavoro svolti in regime di apprendistato, modificando quanto contenuto nella precedente disciplina di cui al d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167, allo scopo di valorizzare l'utilizzo di tale strumento quale canale di accesso al mercato del lavoro mediante una qualificazione e riqualificazione professionale. Così, il comma 7 dell'art. 1 del provvedimento prevede che *“le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto”* e quindi anche in riferimento all'apprendistato, *“costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 265, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo”*, precisando poi, al successivo comma 8, che *“al fine dell'applicazione del comma 7, il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”*.

Pertanto, si pone l'esigenza di operare in futuro un successivo adattamento della disciplina dell'apprendistato anche al settore pubblico dal momento che la

previsione del legislatore non è stata seguita da nessuna ulteriore regolamentazione.

La contrattazione collettiva è intervenuta di frequente a limitare l'utilizzo dei contratti di formazione e lavoro, in piena coerenza con i principi enunciati dalla giurisprudenza costituzionale anche con riferimento ai rapporti di lavoro privati, riconoscendo la possibilità di un eventuale ricorso alle sole amministrazioni che non avessero proceduto a dichiarazioni di eccedenza o al collocamento in disponibilità di personale in forza nei dodici mesi antecedenti la richiesta di ricorrere a contratti di formazione e lavoro, salvo che quest'ultima non fosse relativa a professionalità di tipo diverso da quelle.

E viene fatto divieto di stipulare contratti di formazione e lavoro per quelle amministrazioni che non avevano provveduto a mantenere in servizio almeno il 60% di quelli scaduti nei 24 mesi antecedenti la nuova richiesta, con esclusione dei casi di comprovata impossibilità correlati ad eventi eccezionali e non prevedibili⁵⁴⁴.

Per quanto riguarda il trattamento economico, il ruolo della contrattazione collettiva riveste una particolare importanza, laddove il trattamento complessivamente considerato non è difforme da quello riconosciuto alle altre tipologie di lavoratori subordinati, come, ad esempio, la tredicesima mensilità e le altre indennità normalmente previste.

Ma appare decisiva la facoltà della contrattazione decentrata di prevedere forme di incentivazione e riconoscimento di altri compensi che tengano conto di particolari condizioni di lavoro e che saranno erogate avvalendosi delle risorse a tal proposito predisposte e stanziare nell'ambito del progetto formativo all'origine del rapporto.

Infine, le regole che sovrintendono alla gestione di un contratto di formazione e lavoro prevedono delle deroghe rispetto a quelle del contratto a termine, come, ad esempio, la durata del periodo di prova che nei contratti di formazione e

⁵⁴⁴ Per un approfondito esame dei CCNL di comparto e della disciplina del CFL si veda A. M. BATTISTI, *Commento art. 36 del D.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 552 ss., nel richiamo di M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 634.

lavoro può essere fissato in due mesi e può essere elevato in relazione alla previsione di una più lunga durata dell'intero rapporto.

Anche la disciplina della conservazione del posto di lavoro, nei casi di malattia e infortunio, è parzialmente difforme, prevendendosi che essa sia calcolata in un periodo pari alla metà della durata del contratto di formazione e lavoro, superato il quale resta all'amministrazione la facoltà di risolvere anche anticipatamente il contratto.

Infine, viene previsto un regime diversificato con riferimento alle altre fattispecie temporaneamente impeditive della prosecuzione di un determinato rapporto, laddove la proroga del contratto è consentita qualora ricorra una delle circostanze che danno luogo nel settore privato alla sospensione *ex art. 2110 c.c.*, e comunque al solo scopo di completare la parte del periodo formativo non realizzato e per una durata non superiore a quella.

Oltre al contratto di formazione e lavoro e all'apprendistato, si aggiunge per la pubblica amministrazione la possibilità di ricorrere a tirocini formativi e di orientamento, in attuazione di quanto previsto dalla l. 24 giugno 1997 n. 196 e dal d.m. 25 marzo 1998, n. 142, come modificati dall'art. 11 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148.

I tirocini formativi e di orientamento possono essere promossi unicamente da soggetti in possesso degli specifici requisiti previsti, in via preventiva, dalla normativa regionale, tenuto conto che la materia rientra nella competenza legislativa esclusiva di quest'ultima, come affermato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e ribadito dalla Circolare n. 24/2011 del Ministero del Lavoro.

In conclusione, è doveroso sottolineare come nella prassi si sia spesso verificata una carenza del "momento formativo" che costituisce la vera specialità di tali contratti, a causa di negligenza delle pubbliche amministrazioni. Difatti, la dirigenza pubblica ha fatto spesso ricorso a queste tipologie contrattuali allo scopo di utilizzare la risorsa umana in formazione come se fosse un normale dipendente, registrandosi la mancanza di una precisa

strategia di accompagnamento del lavoratore nell'acquisizione della professionalità attraverso la giusta e adeguata formazione “*on the job*”.

2.12 *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nel lavoro pubblico*

L'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 prevede e regola la somministrazione di lavoro a tempo determinato, ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003), estendendone in tal modo il ricorso anche alle pubbliche amministrazioni e ricalcando integralmente quanto previsto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato nell'impiego privato.

La normativa vigente, a differenza del passato⁵⁴⁵, dispone il richiamo a criteri di carattere generale e prevede che le pubbliche amministrazioni possano procedere alla stipula di un contratto di somministrazione di lavoro con un'agenzia appositamente autorizzata, sulla base delle procedure normalmente previste per l'aggiudicazione di un appalto pubblico⁵⁴⁶.

La disciplina contenuta, dunque, negli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 276/2003 per la somministrazione di lavoro a tempo determinato nel lavoro privato deve ritenersi pienamente applicabile alle pubbliche amministrazioni, fatte salve le particolarità connesse alla natura del datore di lavoro pubblico.

E alcune dubbi circa la disciplina applicabile emergono ove si considera la convivenza tra il regime legale delineato e il richiamo effettuato dall'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003 che fa espressamente salva la possibilità che il ricorso a contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato avvenga anche nelle ipotesi specificate nei contratti collettivi vigenti alla data di entrata in vigore del decreto: ovvero, l'applicabilità di entrambe le discipline – quella

⁵⁴⁵ L. n. 196 del 1997. L'art. 1, comma 2, sanciva che il contratto di fornitura di lavoro temporaneo potesse essere concluso, oltre nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali e nei casi di sostituzioni di lavoratori assenti, “*nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi*”.

⁵⁴⁶ Vale a dire rientra nel campo di applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il c.d. codice degli appalti pubblici.

legale e quella collettiva- come espressamente previsto dalla norma⁵⁴⁷ e la possibilità per le pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di somministrazione anche in assenza di disposizione di contratto collettivo, purché in presenza dei requisiti indicati dalla norma medesima⁵⁴⁸.

E quanto detto si basa sull'assunto che le clausole contrattuali introdotte nel vigore della l. n. 196/97 non abbiano valore tassativo, ma siano una mera specificazione della clausola generale descritta dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003. Tali clausole che giustificano il ricorso al contratto di somministrazione non possono valere per quanto riguarda i limiti quantitativi di utilizzazione dei lavoratori somministrati che possono essere, invece, individuati con efficacia direttamente vincolante per i datori di lavoro pubblico dai contratti collettivi nazionali, ai sensi della previsione contenuta nello stesso art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003.

In particolare, i limiti quantitativi sono dettati dall' accordo-quadro stipulato tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali, con l'avallo della Corte dei Conti, il 9 agosto 2000⁵⁴⁹, in virtù del quale *“i lavoratori con contratto di fornitura di lavoro temporaneo contemporaneamente impiegati presso ogni amministrazione, secondo la disciplina del presente contratto, non possono superare il tetto del 7% calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso la stessa amministrazione, arrotondando, in caso di frazioni, all'unità superiore”*.

I contratti collettivi intervenuti successivamente non hanno previsto alcuna regolamentazione in materia del nuovo istituto del contratto di somministrazione a termine, limitandosi a prevedere in linea generale la non disapplicazione degli istituti pregressi, utilizzando formule “retroattive” del tipo: *“si intendono confermate tutte le disposizioni contrattuali fin qui sottoscritte non espressamente modificate o sostituite dalla normativa contrattuale che segue”*.

⁵⁴⁷ Così L. FIORILLO, *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, cit., p. 2018 ss; A. M. BATTISTI, *Commento art. 36 del D.lgs. n. 165 del 2001*, cit., p. 556 ss.

⁵⁴⁸ Così, V. LO STORTO, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità*, in *Lav. pubbl., amm.*, 3-4, 2005, p. 545 ss.

⁵⁴⁹ Disponibile all'indirizzo web <http://www.aranagenzia.it/index.php/contrattazione/contratti-quadro/altro/lavoro-temporaneo/contratti/1835-ccnq-per-la-disciplina-del-rapporto-di-lavoro-del-personale-con-contratto-di-lavoro-temporaneo>.

Si è poi ritenuto inapplicabile alle pubbliche amministrazioni la disposizione contenuta nell'art. 23, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, con riferimento alla parità di trattamento economico e normativo, a parità di mansioni svolte, tra i lavoratori dipendenti del somministratore e quelli dell'utilizzatore, così come è stata anche esclusa dalla dottrina l'ipotesi di ricorrere, per la somministrazione a termine, a forme di lavoro diverse da quello subordinato a tempo determinato ovvero indeterminato, come, ad esempio, i contratti di lavoro intermittente, ripartito o di inserimento⁵⁵⁰.

Ed è risultato incompatibile con la disciplina dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 e con i principi in materia di assunzione nel pubblico impiego, ripetutamente ribaditi dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, l'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 che prevede la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme ivi previste in caso di somministrazione irregolare, illecita o fraudolenta, configurabile unicamente in presenza di dolo specifico, diversamente da quanto avviene con riferimento alle sanzioni amministrative disposte dall'art. 18, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, che attiene alla responsabilità dirigenziale, sia in caso di somministrazione irregolare che illecita, e che contiene una disciplina particolare in caso di somministrazione fraudolenta, configurabile in presenza di dolo specifico⁵⁵¹.

Per quanto riguarda quest'ultima fattispecie, l'ultimo cpv. del comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 è stato recentemente modificato dal d.l. n. 79/2008, convertito nella legge n. 102/2009, per cui attualmente le uniche ipotesi di divieto di somministrazione di lavoro riguardano il ricorso ad essa per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali e che trova la sua spiegazione nella necessità di salvaguardare il vincolo fiduciario e di immedesimazione organica che, anche in seguito del mutato quadro culturale e normativo, deve continuare inevitabilmente a legare la figure di vertice all'amministrazione pubblica che rappresentano e di cui sono espressione⁵⁵².

⁵⁵⁰ V. LO STORTO, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità*, cit., p. 550 ss.

⁵⁵¹ S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforme del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 1069 ss.

⁵⁵² M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 638.

Sebbene tale tipologia contrattuale sia stata spesso apprezzata, anche in dottrina⁵⁵³, dal momento che si presenta come uno strumento più snello e flessibile nella sua regolamentazione giuridica che prevede l'applicabilità ad essa delle procedure dell'appalto di servizi⁵⁵⁴, non sono mancati fenomeni elusivi scaturiti dal fatto che il contratto in questione non necessita di selezione pubblica per la scelta dei lavoratori e non comporta un rapporto formale diretto tra lavoratore somministrato e amministrazione utilizzatrice.

2.13 Le forme contrattuali flessibili non previste dall'art. 36, d.lgs. 165/2001: il lavoro a tempo parziale e il telelavoro.

L'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, anche a seguito delle modifiche introdotte dai recenti provvedimenti legislativi, non fa alcun riferimento al lavoro a tempo parziale e al telelavoro, nonostante rappresentino importanti strumenti contrattuali all'interno dell'articolazione flessibile dei rapporti di lavoro. L'esclusione non deve stupire dal momento che tali istituti non costituiscono forme di flessibilità contrattuale ma modalità di articolazione della prestazione di lavoro: il *part-time*, come è noto, sotto il profilo temporale; il telelavoro, dal punto di vista del luogo di svolgimento della prestazione che può essere anche a tempo indeterminato.

Per quanto riguarda il *part-time*, come si è avuto già modo di osservare, esso è stato oggetto di numerosi interventi legislativi che, aggiuntisi alla copiosa produzione di fonte collettiva, hanno reso particolarmente complicato il lavoro di sistemazione complessiva dell'istituto da parte dell'interprete e, nel pubblico impiego, si è conosciuto un sostanziale irrigidimento della disciplina dovuto

⁵⁵³ Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 139 ss. L'autore sottolinea che nelle pubbliche amministrazioni l'utilità pratica può risultare ridotta dal momento che il contratto di somministrazione rappresenta un negozio giuridico di natura commerciale che potrà essere stipulato solo mediante apposite procedure ad evidenza pubblica. Pertanto, la convenienza si realizza soltanto a condizione che l'amministrazione pubblica abbia saputo anticipare gli eventi stipulando con l'agenzia selezionata un contratto preliminare.

⁵⁵⁴ Come evidenziato da L. FIORILLO, *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo di lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*. Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 2014.

alla scarsa propensione delle amministrazioni pubbliche e della contrattazione collettiva a ricorrere a clausole elastiche⁵⁵⁵.

L'impiego *part-time* aveva già avuto una regolamentazione specifica prima della contrattualizzazione ad opera del d.P.C.m. 17 marzo 1989, n. 117 e del d.lgs. n. 29/1993 che, nella sua versione originaria, si era limitato a conservare validità ed efficacia a questa disciplina (art. 36, comma 3).

Alle numerose disposizioni contenute in leggi finanziarie che ne hanno ridisegnato i profili e sostituito l'assetto iniziale, si è poi aggiunto il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che ha recepito la nota direttiva 97/81/CE e ha regolato in maniera tendenzialmente uniforme i rapporti di lavoro ad orario ridotto posti in essere sia da datori di lavoro privati che pubblici, rappresentando il punto più avanzato del percorso di omogeneizzazione della disciplina del lavoro a tempo parziale⁵⁵⁶.

La parificazione della disciplina del *part-time* tra settore privato e pubblico impiego ha conosciuto un'importante battuta d'arresto con l'art. 46 d.lgs. n. 276/2003 che ha previsto una riforma del d.lgs. n. 61/2000 e ha sancito espressamente l'esclusione dell'applicazione delle nuove regole alle pubbliche amministrazioni, generando una situazione *surreale*⁵⁵⁷ in cui si sarebbero mantenute in vigore due distinte versioni del d.lgs. n. 61/2000: quella precedente al d.lgs. n. 276/2003 (come successivamente integrato e modificato), valida per le pubbliche amministrazioni e quella riformata dal medesimo decreto, valida per i privati. Ciò sembra innanzitutto confermare la differenza da molti sostenuti delle forme di impiego in cui la flessibilità è connessa ad una specifica esigenza delle amministrazioni e la disciplina legale del *part-time* alle dipendenze delle pp.aa. che costituisce una forma di flessibilità dell'impiego nell'*interesse dei lavoratori*⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ M. BROLLO, *Il tramonto del diritto al part-time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubb. amm.*, 3-4, I, 2008, p. 502 ss.

⁵⁵⁶ M. BROLLO, *La nuova disciplina della trasformazione dal full-time al part-time nel lavoro pubblico*, cit., p. 213.

⁵⁵⁷ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 183.

⁵⁵⁸ L'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 impegna le pubbliche amministrazioni ad individuare "criteri certi di priorità dell'impiego flessibile del personale, purché compatibile con l'organizzazione degli uffici e del lavoro, a favore dei dipendenti impegnati in attività di volontariato ai sensi della legge 11 agosto 1991, n. 266". La mancata menzione del *part-time* nell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 porta ad escludere l'estensione anche a questa forma di impiego delle regole sul lavoro flessibile dallo stesso poste. Inoltre, la disciplina contenuta nell'art. 36

Prima della c.d. Riforma Bassanini, che ha dato un notevole impulso alla riforma organizzativa della p.a., l'introduzione di una forma di flessibilità dell'impiego nell'interesse dei lavoratori ha costituito anche l'occasione per un aggiornamento della cultura organizzativa delle amministrazioni⁵⁵⁹.

Parte della dottrina si era mostrata a favore dell'applicazione al lavoro pubblico di una versione ridotta del d.lgs. n. 61/2000, comprensivo delle sole disposizioni sulle quali non era intervenuto il d.lgs. n. 276/2003⁵⁶⁰.

Ma in merito a questa visione interpretativa sorgono dubbi sull'ambito di applicazione di alcune previsioni che, circoscritte al solo lavoro privato, non possono produrre effetti deregolativi con un raggio di incidenza più ampio e, quindi, comprensivo anche del lavoro pubblico.

Una diversa interpretazione, invece, valorizza la tecnica normativa prescelta dal legislatore consistente non nella regolazione diretta della materia, bensì nella novellazione del d.lgs. n. 61/2000 e sostiene l'applicazione integrale alle pubbliche amministrazioni del decreto così come risultante dalla riforma del 2003⁵⁶¹.

In questa sede, sembra preferibile l'opzione che considera quale fonte di disciplina del rapporto il d.lgs. n. 61/2000, nella formulazione antecedente al d.lgs. n. 276/2003, e come successivamente integrato dalle leggi 24 dicembre 2007, n. 247; 6 agosto 2008, n. 133⁵⁶² e, da ultimo, legge 12 novembre 2010, n. 183.

d.lgs. n. 165/2001 è confermata dalla necessità di responsabilizzare le pubbliche amministrazioni rispetto agli impieghi temporanei. Cfr. M. DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, cit., pp. 334-335.

⁵⁵⁹ M.D'ANTONA, *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (commento alla l. 23 dicembre 1996, n. 662)* in *Giornale dir. amm.*, 1997, p. 123; A. BOLLANI, *Lavoro pubblico e flessibilità*, in M. Magnani, A. Pandolfo, P.A.Varesi (a cura di), *Previdenza, mercato del lavoro, competitività*. Giappichelli Editore, Torino 2008, p. 489.

⁵⁶⁰ Tra gli altri, S. MAINARDI, S. SALOMONE, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Vol. I, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di M. Miscione, G. Ricci. Giuffrè Editore, Milano 2004, pp. 55-56. C. ZOLI, *Commento all'art. 1*, in M. Pedrazzoli, (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna 2004, p. 3; M. NAPOLI, *Pubbliche amministrazioni e d.lgs. 276 del 2003*, in *Dir. lav.merc.*, 2005, pp. 426-427.

⁵⁶¹ R. DEL PUNTA, *Sub art. 46*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro – D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Zanichelli Editore, Bologna 2004 pp. 524-525; C. RUSSO, *Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico: il problematico impatto del d.lgs. 276/2003*, in *Dir. lav. merc.*, 2004, p. 97.

⁵⁶² A. NEGRONI, *Alcune considerazioni sulle innovazioni introdotte in materia di part-time nella pubblica amministrazione dall'art. 73 del decreto legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008*, in *Lav. pubbl. amm.*, III, 2, 2012, p. 443 ss., nel richiamo di M. D'APONTE, *La*

Il punto di partenza per una corretta analisi della disciplina può essere rintracciato nell'art. 10 del d.lgs. n. 165/2001 che, da una parte, ha ricompreso i datori di lavoro pubblici nel proprio ambito di applicazione, dall'altra, ha escluso che essi siano destinatari di alcune specifiche disposizioni del medesimo decreto, assicurando la perdurante vigenza di altre preesistenti disposizioni speciali.

E il senso realmente precettivo si rinviene soprattutto nella necessità di salvaguardare le previsioni in esso contenute, che dichiarano l'inapplicabilità alle pp.aa. di alcune norme del medesimo d.lgs. n. 61/2000 e di quelle che richiamano norme speciali inserite in altri testi normativi, dall'effetto derogatorio che la seconda parte dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 29/1993 riconosceva all'autonomia collettiva⁵⁶³. L'art. 10 citato rende inapplicabili alle pubbliche amministrazioni le previsioni che prevedono l'obbligo di comunicare annualmente alle r.s.a. l'andamento delle assunzioni a tempo parziale e del ricorso al lavoro supplementare (art. 2, comma 1, d.lgs. n. 61/2000); la precedenza delle trasformazioni dei rapporti a tempo pieno rispetto alle nuove assunzioni, riconosciuta ai lavoratori a tempo parziale che siano occupati presso unità produttive ubicate entro un raggio di cinquanta chilometri dal luogo in cui dovranno avere esecuzione i rapporti e sempre che essi siano adibiti a mansioni identiche o equivalenti rispetto a quello con riguardo alle quali è stata programmata l'assunzione a tempo pieno (art. 5, comma 4 d.lgs. n. 61/2000, nella versione introdotta dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100); i benefici contributivi diretti ad incentivare le assunzioni *part-time* (art.5, comma 4, d.lgs. n. 61/2000), e infine, le sanzioni come previste dall'art. 8, d.lgs. n. 61/2000 (nella versione introdotta dall'art. 1, comma 1, d.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100).

Per quanto riguarda la disciplina speciale del *part-time* pubblico, essa trova la sua giustificazione nella legge di accompagnamento alla legge finanziaria del 1997 che vede nella riduzione volontaria dell'orario di lavoro in misura pari ad

disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi, cit., p. 641.

⁵⁶³ Prima della novella operata dalla legge n. 15/2009, questa norma consentiva ai contratti o accordi collettivi di derogare ad eventuali disposizioni di legge, di regolamento o di statuto, che avessero introdotto discipline dei rapporti di lavoro il cui ambito di efficacia fosse stato circoscritto ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

almeno il 50% di quello normale la condizione essenziale sia per il legittimo svolgimento di un'ulteriore attività lavorativa (art. 1, comma 57 ss., legge n. 662/1996), sia per l'accesso al pensionamento di anzianità con cumulo della retribuzione (ridotta) e del relativo trattamento (art. 1, comma 187, legge n. 662/1996 e d.m. 29 luglio 1997, n. 331).

Per quanto riguarda l'esclusione soggettiva, la legge n. 662/1996 all'art. 1, comma 57, consente la costituzione dei rapporti di lavoro a tempo parziale *“relativamente a tutti i profili professionali appartenenti alle varie qualifiche o livelli dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ad esclusione del personale militare, di quello delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco”*. A queste esclusioni espressamente previste, si aggiungono quelle individuate alla contrattazione collettiva a cui il legislatore ha riconosciuto il compito di indicare le modalità applicativa della normativa in discorso, come avviene nel comparto degli enti locali in cui si può eventualmente stabilire *“l'esclusione di determinate figure professionali che siano ritenute particolarmente necessarie per la funzionalità dei servizi”* (art. 31, comma 41, l. n. 448/1999).

Ben più dibattuta è la questione relativa all'inclusione o meno del personale con qualifica dirigenziale tra i titolari del diritto alla c.d. trasformazione del rapporto *part-time*.

Il dubbio è collegato ad un'esplicita incompatibilità tra esercizio di funzioni ispettive, di direzione e di coordinamento di unità organiche centrali e periferiche e impegno lavorativo ridotto⁵⁶⁴.

Questa posizione è stata confermata dalla lettura restrittiva operata dal Dipartimento della Funzione Pubblica che ha spiegato che *“la ragione principale dell'esclusione risiede nella particolare configurazione giuridica delle qualifiche dirigenziali, caratterizzata da poteri e responsabilità di gestione”* che richiede una presenza continuativa, ossia, inconciliabile con una riduzione dell'orario di lavoro o un frazionamento della prestazione lavorativa⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Cfr. art. 3, comma 1, d.p.c.m. 17 marzo 1989, n.117, al quale rinviava espressamente l'art. 36, comma 3, d.lgs. n. 29/1993 fino alla novella operata dall'art. 22, d.lgs. n. 80/1998.

⁵⁶⁵ Circolare 18 luglio 1997, n. 6., in *Dir. e prat. lav.*, 1997, p. 2284; prima, Circolare 19 febbraio 1997, n. 3, in *Dir. e prat. lav.*, 1997, p. 698.

E l'esclusione sembra essere confermata dall'inquadramento contrattuale dei dirigenti che non è articolato in profili, qualifiche o livelli, ai quali fa esplicito riferimento la previsione legale.

Nemmeno l'intervento della contrattazione collettiva nazionale per le aree dirigenziali è apparso utile dal momento che questa, prendendo atto della riconfigurazione legislativa del ruolo organizzativo proprio dei dirigenti, ha rinunciato a predeterminare l'orario di lavoro degli stessi e riaffermato l'esistenza in capo a ciascuno di un potere di autorganizzazione del proprio tempo di lavoro in funzione del risultato operativo/gestionale da conseguire⁵⁶⁶. Di qui la sostituzione nelle clausole contrattuali collettive del concetto di "orario di lavoro" con quello di "impegno di lavoro" richiesto, appunto, per il conseguimento degli obiettivi prefissati nell'incarico dirigenziale⁵⁶⁷.

E la difficoltà logico-giuridica si pone in merito alla possibilità di prospettare una riduzione quantitativa dell'impegno lavorativo con riferimento a quei rapporti in cui manchi un vincolo orario e non sia predeterminabile la durata della prestazione lavorativa, come, ad esempio, per incarichi che comportano la titolarità di uffici e lo svolgimento di compiti organizzativi, a differenza degli incarichi dirigenziali aventi ad oggetto funzioni ispettive, di consulenza, di studio o di ricerca, per cui è possibile la fissazione dell'orario di lavoro⁵⁶⁸.

Sul punto, però, conviene ricordarlo, in giurisprudenza è prevalsa una diversa ed opposta interpretazione⁵⁶⁹.

Per quanto riguarda la compatibilità della normativa sul *part-time* della dirigenza alla direttiva CE n. 81 del 15 dicembre 1997, si ricorda che quest'ultima contiene una chiara indicazione nel senso della più ampia diffusione di questa particolare forma di impiego e della relativa disciplina

⁵⁶⁷ V. TALAMO, *I dirigenti pubblici contrattualizzati dopo il d.lgs. n. 29/93 sono soggetti al rispetto di un orario d'obbligo?*, in *Lav. pubbl. amm.* 1998, III, p. 250.

⁵⁶⁸ Per la particolare questione della dirigenza sanitaria, si rimanda a V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*. cit., p. 191 ss.

⁵⁶⁹ Cfr. TAR Lombardia, sez. II, Milano, sentenze 13 dicembre 1997, nn. 2198 e 2199, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, p. 923, con nota di F. BARONE, *L'applicabilità della nuova disciplina del part-time alla dirigenza pubblica (in particolare alla dirigenza del s.s.n.) nelle pubbliche amministrazioni*; Trib. Milano 4 dicembre 1999, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, II, p. 334, con nota di S. MAINARDI, *Il part-time per i dirigenti pubblici dopo la l. n. 662/1996 (con due nuove parole del legislatore: l'art. 20, c. 1, lett. f), L. n. 488/1999*.

giuridica⁵⁷⁰. La direttiva sembra, pertanto, presupporre esplicitamente una piena applicabilità della normativa in essa contenuta anche al personale con funzioni dirigenziali e a sostegno di questo argomento interviene sia la clausola che legittima gli Stati membri ad “*escludere totalmente o parzialmente*” dal campo di applicazione della disciplina comunitaria soltanto “*i lavoratori a tempo parziale che lavorano su base occasionale*” (clausola 2, p. 2, dell’accordo-quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE) e sempre che ricorrano “*ragioni obiettive*”; sia, soprattutto, la clausola secondo la quale i datori di lavoro dovrebbero prendere in considerazione, per quanto possibile, “*le misure finalizzate a facilitare l’accesso al lavoro a tempo parziale a tutti i livelli dell’impresa, ivi compresa le posizioni qualificate e con responsabilità direzionali*” (clausola 5, lett. d) dell’accordo-quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE).

Per risolvere la questione interpretativa è possibile sostenere che il legislatore nazionale escluda che per determinati rapporti di lavoro sia fissato un orario di lavoro; allora il problema della compatibilità con la normativa comunitaria non si pone dal momento che la definizione che dà di lavoratore a tempo parziale e il tipo di rapporti a cui si riferisce presuppone necessariamente la predeterminazione di un orario di lavoro.

Per quanto riguarda le esclusioni di natura oggettiva, l’art. 1, comma 65, legge n. 662/1996, dispone che la disciplina sul *part-time* non si applica agli enti locali “*che non versino in situazioni strutturalmente deficitarie e la cui pianta organica preveda un numero di dipendenti inferiori alle cinque unità*”.

Appare evidente la necessità di trovare un punto di accordo tra il doveroso rispetto dell’autonomia organizzativa e gestionale degli enti locali, da un lato, e l’opportunità di favorire una riduzione degli organici e delle spese per il personale quale misura funzionale al risanamento dell’ente.

Il legislatore ha previsto però un’eccezione alla deroga: anche qualora l’ente locale sia strutturalmente deficitario, infatti, sarà esonerato dall’applicazione

⁵⁷⁰ Clausola n. 5, par. 1, lett. a, dell’accordo-quadro poi recepito ed attuato dalla direttiva.

della normativa in discorso qualora la propria dotazione organica preveda un numero di dipendenti inferiore a cinque⁵⁷¹.

Questo quadro regolativo si completa con le previsioni della legge n. 662/1996 che “*si applicano al personale dipendente delle regioni e degli enti locali finché non diversamente disposto da ciascun ente con proprio atto normativo*”⁵⁷². La disciplina statale ha assunto quindi valenza sussidiaria rispetto alle autonome scelte di ciascuna amministrazione regionale e locale e ciò è stato confermato dal legislatore che è intervenuto sulla materia al fine di consentire all’autonomia collettiva di “*individuare particolari modalità applicative*” del disposto legale, prevedendo eventualmente “*l’esclusione di determinanti figure professionali che siano ritenute particolarmente necessarie per la funzionalità dei servizi*”⁵⁷³.

Nel comparto degli enti locali, dunque, la disciplina sul *part-time* risulta assai meno rilevante che negli altri comparti, a beneficio della potestà regolamentare dell’ente e, nei limiti prescritti, della contrattazione collettiva (art. 92, d.lgs. n. 267/2000).

Un ulteriore aspetto su cui conviene soffermarsi riguarda la c.d. trasformazione del rapporto da *full-time* in *part-time* che rappresenta una riduzione consensuale della durata della prestazione lavorativa originariamente concordata o successivamente pattuita che può essere proposta all’altro contraente sia dal dipendente pubblico che dall’amministrazione datrice di lavoro.

Nel primo caso, secondo la disciplina che è comune ai dipendenti pubblici e privati, il lavoratore potrà presentare richiesta se affetto da patologie oncologiche per i quali “*residui una ridotta capacità lavorativa*”, ai quali è riconosciuto un vero e proprio diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale nonché un diritto a tornare al tempo pieno o in presenza di alcune situazioni familiari che comportano un diritto di precedenza, sempre che il datore di lavoro abbia programmato nuove assunzioni a tempo parziale o abbia interesse a ridurre la prestazione lavorativa da parte dei propri dipendenti. Si tratta di lavoratori che debbano assistere il coniuge, un figlio o

⁵⁷¹ Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 196 ss.

⁵⁷² Art. 39, comma 27, legge n. 449/1997.

⁵⁷³ Art. 31, comma 41, legge n. 448/1998.

un genitore affetti da patologie oncologiche; oppure una persona convivente con totale e permanente inabilità lavorativa e che non sia più in grado di compiere gli atti quotidiani della vita; o ancora, che abbia un figlio convivente di età non superiore ai tredici anni o di età anche superiore se disabile (art. 12 - *bis*, commi 2 e 3, d.lgs. n. 61/2000)⁵⁷⁴.

Ben più articolata è la disciplina speciale concernente la possibilità da parte del dipendente pubblico di ricorrere al *part-time* in misura non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno e che deve essere motivata dall'interesse a svolgere un'ulteriore attività di lavoro autonomo o subordinato (art. 1, comma 56, l. n. 662/1996). Inizialmente, questo tipo di riduzione del lavoro era decisamente favorita dalla previsione di un termine, pari a sessanta giorni, entro il quale l'amministrazione doveva esprimere il proprio dissenso rispetto alla richiesta del lavoratore.

Tale dispositivo era diretto ad evitare che l'inerzia dell'amministrazione potesse frustare le aspettative del lavoratore e, attribuendo alla stessa un significato giuridico equivalente al consenso, ha indotto a qualificare la posizione giuridica del dipendente pubblico in termini di diritto soggettivo potestativo; sul piano pratico, è innegabile che il legislatore abbia voluto operare una drastica e significativa compressione dell'autonomia negoziale di ciascuna amministrazione⁵⁷⁵.

Quest'ultima, inoltre, poteva legittimamente manifestare la propria contrarietà alla richiesta del lavoratore soltanto se l'attività extra-istituzionale, di natura autonoma o subordinata, avesse determinato l'insorgere di un "*conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta dal dipendente*" (art.1, comma 58, testo originario, l. n. 662/1996).

All'amministrazione era riconosciuta la possibilità di differire la modificazione contrattuale per un periodo massimo di sei mesi nell'ipotesi in cui l'accoglimento immediato avesse comportato, tenuto conto delle mansioni o

⁵⁷⁴ Questa disciplina ha implicitamente abrogato la disposizione che, con esclusivo riferimento ai dipendenti pubblici, riconosceva un analogo diritto di precedenza ai lavoratori che avessero dovuto assistere ai familiari portatori di *handicap* non inferiore al 70%, malati di mente, anziani non autosufficienti, nonché figli minorenni (art. 1, comma 64, l. n. 662/1996). La sua eventuale perdurante efficacia si porrebbe in contrasto con il principio di eguaglianza ex art. 3 Cost.

⁵⁷⁵ Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*. cit., pp. 199- 200.

della posizione organizzativa del dipendente, un “grave pregiudizio” alla funzionalità della stessa amministrazione e quest’ultima era tenuta a respingere la richiesta del dipendente se questa era originata dalla volontà del medesimo di svolgere un’ulteriore attività di lavoro subordinato in favore di un’altra pubblica amministrazione (ad esclusione degli enti locali che potevano concordare la riduzione dell’orario di lavoro anche in questa ipotesi).

Successivamente l’art. 73 della legge n. 133/2008 ha previsto la modifica del comma 58 dell’art. 1 della l. n. 662/1996 disponendo la possibilità per la pubblica amministrazione di rifiutare, e non soltanto di differire nel tempo, la richiesta di concessione del tempo parziale, nonché l’inapplicabilità del principio del silenzio-assenso in caso di mancata pronuncia della p.a. entro il termine di sessanta giorni previsto dalla legge.

Alla pubblica amministrazione è riconosciuta la possibilità di giustificare suddetto rifiuto non soltanto asserendo la sussistenza di un “grave” pregiudizio alla funzionalità dell’ente, bensì anche qualora esso venga semplicemente ravvisato, senza che ne ricorrano particolari e specifici motivi idonei a giustificare il diniego. L’amministrazione può anche negare la riduzione dell’orario di lavoro nell’ulteriore ipotesi in cui sia stato raggiunto il contingente massimo di rapporti *part-time* rispetto a quelli a tempo pieno⁵⁷⁶.

Nel nuovo assetto regolativo l’eventuale inerzia dell’amministrazione può, dunque, al più essere qualificata come violazione delle regole di correttezza e buona fede nella fase esecutiva del rapporto⁵⁷⁷.

Tale disciplina sembra ribadire la posizione sostenuta in dottrina della prevalenza della tutela dell’interesse della pubblica amministrazione piuttosto che del pubblico dipendente rafforzando il profilo della sua fidelizzazione

⁵⁷⁶ Il suddetto contingente era fissato dal d.C.P.m. n. 117/1989 nella misura del 25%. Questa disciplina, con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 61/2000 è stata implicitamente abrogata: attualmente le uniche percentuali di contingentamento sono quelle fissate dai contratti collettivi di comparto che la fissano tuttora al 25 % della dotazione organica che può essere elevata di un ulteriore 10% massimo in presenza di “*particolari situazioni organizzative o gravi documentate situazioni familiari, previamente individuate nel contratto collettivo integrativo*”. Cfr. CCNL Ministeri del 16 febbraio 1999 (art. 21, comma 10); CCNL Enti pubblici non economici del 16 febbraio 1999 (art. 21 comma 10); CCNL Sanità del 7 aprile 1999; CCNL Aziende ed amministrazioni autonome dello Stato del 24 maggio 2000 (art. 13, comma 10); CCNL Regioni ed Autonomie locali del 14 settembre 2000 (art. 4, comma 11) che, in particolare, fa riferimento soltanto all’ipotesi di “*gravi e documentate situazioni familiari*”.

⁵⁷⁷ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 200.

all'ente di appartenenza⁵⁷⁸, laddove, nel settore privato, l'estensione del ricorso al lavoro *part-time* si giustifica principalmente con la necessità di favorire una migliore articolazione del tempo di lavoro al fine di soddisfare esigenze familiari e personali del lavoratore.

Ciò sembra essere confermato dalla previsione contenuta nell'art. 16 della l. 4 novembre 2010, n. 183 in virtù della quale alle pp.aa. viene riconosciuta la possibilità di trasformare i rapporti di lavoro a tempo parziale in rapporti a tempo pieno in conseguenza dell'esercizio da parte del lavoratore interessato dell'opzione attribuitagli dalla disciplina vigente fino al 2008⁵⁷⁹, derogando al tetto di spesa previsto per ciascuna di esse e al patto di stabilità, seppur nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica, evitando che il disinvolto ricorso a tale fattispecie possa costituire fonte di ulteriori abusi.

Questa disciplina transitoria ha generato, come era prevedibile, un contenzioso tuttora aperto connesso alla delimitazione del potere ivi previsto, se esso debba essere limitato esclusivamente al riesame delle richieste di riduzione dell'orario, da valutare alla luce delle regole nel frattempo intervenute, o se esso debba comprendere il potere implicito di revocare il consenso alla riduzione dell'orario di lavoro espressamente o tacitamente manifestato in precedenza e, conseguentemente, di imporre il regime orario del tempo pieno anche al *part-timer* eventualmente dissenziente.

In sintesi, sembra preferibile concludere che l'art. 16 della l. n. 183/2010 abbia attribuito alle pubbliche amministrazioni una sorta di eccezionale *ius variandi* in materia di orario di lavoro, non limitato alla facoltà di riesaminare le situazioni in cui era stata concessa la riduzione dell'orario di lavoro, ma anche l'implicita facoltà della pubblica amministrazione di revocare il consenso precedentemente manifestato e di imporre al lavoratore il ritorno ad un regime orario pieno⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. pubbl. amm.* 3-4, 2008, I, p. 482 ss.

⁵⁷⁹ Cfr. art. 1, comma 557 della legge del 27 dicembre 2006, n. 296, come modificato dall'art. 3, comma 120 della legge 24 dicembre 2007, n. 244

⁵⁸⁰ Sull'approfondimento della questione, cfr., V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 202 ss.

Ciò sembra segnare un'importante inversione di tendenza rispetto alla scelta del legislatore del 1996 tesa a valorizzare il ricorso al *part-time* e spinge ad alcune necessarie riflessioni.

Un siffatto *ius variandi*, sebbene eccezionale e temporaneo, rappresenta una significativa eccezione al diritto comune delle obbligazioni e, soprattutto, al principio della necessaria consensualità delle modificazioni contrattuali dell'orario di lavoro che, definito nel contratto individuale, assolve alla funzione di determinare la quantità di lavoro imposto dal datore di lavoro.

Un eventuale incremento imposto dal datore di lavoro, come è evidente, inciderebbe unilateralmente sullo scambio contrattuale e la questione attiene alla ragionevolezza della scelta compiuta dal legislatore, considerando che questa potrebbe incidere significativamente sugli interessi del dipendente pubblico, soprattutto se questi svolge altre attività lavorative.

Una prima giustificazione alla piena legittimità della disposizione legale attributiva dello *ius variandi*, ampiamente avallata dalla giurisprudenza, la si rintraccia nell'argomento che parte del rapporto obbligatorio sia un'amministrazione pubblica e che l'azione di quest'ultima sia vincolata a finalità generali, ovvero al perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁸¹.

Ciò sembra confermato dal fatto che la contrattualizzazione compiuta negli anni 1992-1993 ha avuto “*carattere strumentale rispetto al perseguimento della finalità del buon andamento della pubblica amministrazione*”⁵⁸², pur, tuttavia, non implicando alcuna specialità del rapporto e non mutando la natura giuridica dei poteri di gestione dei rapporti di lavoro.

Ma questa posizione sembra contrastare con la ormai assodata natura privatistica dei poteri datoriali e, soprattutto, siffatto *ius variandi* appare contraddire il diritto, riconosciuto al lavoratore dalla Costituzione, di scegliere

⁵⁸¹ Trib. Voghera 1° luglio 2011; Trib. Roma 14 luglio 2011; Trib. Bassano 26 agosto 2011 e 31 agosto 2011; Trib. Parma 3 novembre 2011, tutte in *Risorse umane nelle p.a., 2011*, f. 6, pp. 129-133, con nota di N. ZAMPIERI; Trib. Firenze 3 gennaio 2011 e 7 marzo 2011, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2011, p. 416 (s.m.), con nota di A. RANFAGNI. *Contra*, A. VENTURA, *Il ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime pronunce giurisprudenziali sul diritto di revoca del part-time già autorizzato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 460.

⁵⁸² Così, Corte Cost. 14-16 ottobre 1997, n. 309, in *Foro it.* 1997, I, c. 3484, par. 2.1.2 relativo alle “*considerazioni in diritto*”.

sia il tipo di attività lavorativa che si intende svolgere, sia le modalità, ivi compresa la durata (art. 4, comma 2 Cost.)⁵⁸³.

Si profilerebbe, infatti, una violazione del legittimo affidamento dei lavoratori a tempo parziale a proseguire la propria attività per il periodo e nei tempi concordati al momento della riduzione dell'orario nonché, nel caso, a svolgere una diversa attività lavorativa (altrimenti incompatibile).

L'eventuale ritorno al *full-time* renderebbe immediatamente incompatibile l'esercizio di una seconda attività lavorativa da parte di molti dipendenti pubblici. Questa singolare facoltà di modificazione unilaterale, seppur temporanea, potrebbe essere considerata come costituzionalmente illegittima anche perché contrastante con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost. Difatti, si introdurrebbe un'ingiustificata disparità di trattamento dal momento che si equipara la posizione giuridica del lavoratore *part-time* che vede la propria situazione nuovamente valutata alla luce di una previsione sopravvenuta ed, eventualmente, modificata dalla p.a., a quella dei lavoratori a tempo pieno che richiedono la riduzione del proprio impegno lavorativo nella vigenza delle nuove regole e che, al più, hanno una mera aspettativa alla riduzione dell'orario di lavoro⁵⁸⁴.

E dubbia è anche la compatibilità con il diritto sovranazionale, laddove si profilerebbe un esplicito contrasto della norma nazionale con il diritto fondamentale, sancito dalla Carta di Nizza e riconosciuto ad ogni individuo “*di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*”(art. 15, comma 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Ue)⁵⁸⁵, nonché con l'ormai nota direttiva 97/81/CE che afferma l'obiettivo di “*facilitare lo sviluppo del lavoro*

⁵⁸³ Cfr. C. ALESSI, *Il part-time nel lavoro pubblico e la direttiva 97/81/CE*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, p. 278.

⁵⁸⁴ Cfr. Corte Cost. 24 luglio 2009, n. 236, in *Giur. Cost.* 2009, 4., c. 2921 che si è pronunciata sul legittimo affidamento dei docenti universitari già in posizione di fuori ruolo sulla possibilità di proseguire nell'esercizio delle attività loro conferite per il periodo massimo previsto dalla legge vigente al momento della sua entrata in vigore al momento del loro collocamento fuori ruolo.

⁵⁸⁵ Ma anche art. 1, par. 2 della Carta sociale europea del Consiglio d'Europa firmata il 18 ottobre 1961; l'art.4 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (CE) del 9 dicembre 1989. In giurisprudenza, Trib. Trento 4 maggio, 2011, massimata in *Riv. critica dir. lavoro*, 2011, p. 428, con nota di N.M. GABIGLIANI, *Ancora sul diritto al ripensamento del part-time nel settore pubblico*; contra Trib. Trento 16 giugno massimata in *Lav. pubbl. amm.* 2011, II, p. 93, con nota di M.G. MURRONE, *Part time e diritto al ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime applicazioni giurisprudenziali*.

a tempo parziale su base volontaria”(clausola n. 1, par. 1, lett. b), dell’accordo-quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE).

L’unilateralità della scelta relativa al ripristino del tempo pieno sarebbe in contrasto anche con l’impegno degli Stati membri fissato dalla stessa direttiva a *“indentificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e se, del caso, eliminarli”* (clausola n. 5, par. 1, lett. a, dell’accordo-quadro recepito nella direttiva n. 97/81/CE).

Ed un ulteriore profilo di possibile contrasto con il diritto sovranazionale, sebbene discutibile, è stato individuato in dottrina sulla scorta del principio comunitario di parità tra uomo e donna.

Difatti, è stato ipotizzato che la norma in discorso, sebbene apparentemente neutra, considerando che la maggiore diffusione dell’impiego ad orario ridotto tra le donne, sarebbe discriminatoria in quanto produrrebbe i suoi effetti concreti soprattutto nei confronti degli appartenenti di un determinato sesso. In questo caso, però, si rischia di fare confusione tra gli eventuali effetti discriminatori determinati dalla struttura e dalle condizioni di applicazione della regola e quelli che deriverebbero, come in questo caso, dal modo in cui il potere è esercitato dal suo titolare⁵⁸⁶.

Una questione ben più interessante ai fini della presente riflessione attiene al contrasto tra la disposizione in esame e la clausola n. 5, punto n. 2, dell’accordo-quadro recepito dalla direttiva 97/81/CE laddove dispone che il rifiuto del lavoratore *“di essere trasferito da un lavoro a tempo pieno ad uno a tempo parziale, o viceversa”* non deve rappresentare, in quanto tale, valido motivo di licenziamento. La giurisprudenza, sia nazionale che europea⁵⁸⁷, ha affermato che la circostanza che l’accordo-quadro sancisca l’illegittimità del

⁵⁸⁶Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 207 ss. D. COMANDE, *La revoca del part-time dopo il collegato lavoro: la nuova amministrazione autoritaria e la flessibilità negata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 590-591; N. ZAMPIERI, *Sui presupposti di legittimità dei provvedimenti di trasformazione d’autorità dei rapporti a tempo parziale alla luce della legge n. 183/2010*, in *Risorse umane nella p.a.*, 2011, f. 6, pp. 142-143.

⁵⁸⁷ Trib. Trento che ha sollevato una questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia chiedendo se la *“direttiva 15/12/1997, n. 97/81/CE, osti a che una norma nazionale, quale l’art. 16 della l. 1/11/2010 n. 183, prevede la possibilità per il datore di lavoro di disporre la trasformazione del rapporto di lavoro da part-time a tempo pieno anche contro la volontà del lavoratore”* (ord. 4 aprile 2013, iscritta il 26 aprile 2013 al 933214 del registro della Corte di Giustizia).

licenziamento implica, anzitutto, la legittimità del rifiuto alla trasformazione opposto dal lavoratore e, in secondo luogo, la necessità del consenso di questi per il ripristino del tempo pieno⁵⁸⁸. Ma, di fronte alla rivalutazione dei rapporti di lavoro *part-time* a suo tempo concessi e l'eventuale ritorno al tempo pieno che rappresenta il contenuto di un vero e proprio potere, non si pone il problema della tutela del dissenso del lavoratore, bensì la sua facoltà di contestare l'operato dell'amministrazione e di rifiutare legittimamente la propria prestazione di lavoro, o meglio quella parte di essa che eccede l'orario di lavoro, fino alla definizione della controversia.

La questione non appare di facile soluzione perché l'illegittimità di un eventuale licenziamento sancita dalla clausola sembra voler evitare che il datore di lavoro possa coartare la volontà del lavoratore minacciando il recesso dal contratto: il presupposto necessario affinché si realizzi questa fattispecie è che il datore di lavoro non abbia alcun potere di imporre la suddetta trasformazione.

La Corte Costituzionale ha escluso siffatto contrasto, e la conseguente violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., affermando che l'art. 16 della l. n. 183/2010 non collide con la clausola n. 5, punto n. 2, dell'accordo-quadro 6 giugno 1997 recepito dalla direttiva 97/81/CE.

Secondo la Corte, *“il lavoratore non è assoggettato incondizionatamente alla determinazioni unilaterali del datore di lavoro pubblico ai fini della trasformazione del rapporto da part-time a full-time”* poiché *“l’iniziativa dell’amministrazione [...] dev’essere sorretta da serie ragioni organizzative e gestionali ed attuata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede”*; con la conseguenza che *“in mancanza di tali presupposti, il dipendente può legittimamente rifiutare di passare al tempo pieno e, per ciò solo, non può mai essere licenziato”*⁵⁸⁹.

La Corte Costituzionale ha ritenuto che l'amministrazione non è titolare di una mera facoltà ma di un vero e proprio potere di cui ne sottolinea il carattere necessariamente non arbitrario né indiscriminato del suo esercizio e la possibilità per il lavoratore di rifiutare la prestazione per l'orario eccedente

⁵⁸⁸ Trib. Forlì, ord. 27 giugno 2012, iscritta al n. 14 del registro ordinanze dell'anno 2013, il contrasto di cui al testo determinerebbe la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

⁵⁸⁹ Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 224, par. 3.3.

quello concordato assumendosi il rischio dell'eventuale illegittimità del rifiuto stesso.

Non si parla, invece, dell'eccezionalità della libertà riconosciuta al creditore della prestazione di modificare unilateralmente la promessa negoziale altrui, che comporterebbe un probabile contrasto con l'art. 4 Cost.

Il lavoratore, di fronte al mutamento unilaterale del regime orario, non sarebbe tenuto, sempre e comunque, ad effettuare la prestazione fino all'eventuale accertamento giudiziale dell'illegittimità del potere datoriale, in analogia con quanto avviene nel caso di mutamento di mansioni.

Difatti, *“in presenza [...] di effettive esigenze organizzative, tecniche o produttive che impongano la trasformazione del rapporto, l'indisponibilità del lavoratore al mutamento risulta ingiustificata e può dare anche luogo, in casi estremi, al suo licenziamento”*. Da ciò, dunque, deriva che l'eventuale rifiuto del lavoratore alla trasformazione non esclude la possibilità per il datore di lavoro di procedere al suo licenziamento *“per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato”*.

La Corte interviene anche a specificare l'ambito dei principi di correttezza e di buona fede specificando che si devono prendere in considerazione *“la tutela delle peculiari situazioni personali e familiari consolidate in capo ai singoli lavoratori, da valutarsi in contraddittorio con gli stessi, il vaglio della fattibilità di soluzioni alternative alla revoca del part-time, la concessione di un congruo periodo di preavviso prima che la trasformazione ciò nonostante disposta divenga operativa”*. Nonostante l'ampio dibattito, la materia non ha ancora conosciuto una sistemazione definitiva⁵⁹⁰.

Un elemento di specialità della disciplina del *part-time* pubblico rispetto a quello del settore privato attiene al *“diritto di ottenere il ritorno al tempo pieno”* di cui è titolare il dipendente che abbia precedentemente modificato il proprio rapporto da tempo pieno a tempo parziale; tale diritto può essere esercitato *“alla scadenza di un biennio dalla trasformazione, nonché dalle successive scadenze previste dai contratti collettivi”* ed anche se vi comporti

⁵⁹⁰ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 210.

un'eccedenza di manodopera (art. 6, comma 4, d.l. n. 79/1997, convertito con modificazioni in l. n. 140/1997).

La differenza con il settore privato appare evidente dal momento che ai lavoratori privati che siano nella stessa situazione è attribuito soltanto un *diritto di precedenza* nel caso in cui il datore di lavoro abbia bisogno di disporre di prestazioni ad orario pieno “*per l'espletamento delle stesse mansioni o di quelle equivalenti a quelle oggetto del rapporto di lavoro a tempo parziale*”

(art. 12 *ter*, d.lgs. n. 61/2000, inserito dall'art. 1, comma 44, legge n. 247/2007). E settore pubblico e privato si differenziano anche per il trattamento giuridico riservato a coloro la cui assunzione è avvenuta ad orario ridotto: solo ai dipendenti pubblici assunti a tempo parziale è riconosciuto, infatti, un mero diritto di precedenza nel caso in cui l'amministrazione debba procedere ad assunzioni a tempo pieno, con la precisazione che l'incremento dell'orario di lavoro debba aver luogo “*nel rispetto delle modalità e dei limiti previsti dalle disposizioni vigenti in materia di assunzioni*” a tempo pieno (art. 3, comma 101, legge n. 247/2007). Ai lavoratori privati, invece, la legge non riconosce alcuna posizione giuridica attiva.

Infine, per dovere di completezza, è necessario dar conto di un'ulteriore differenza della disciplina del *part-time* pubblico rispetto a quella del settore privato che attiene alla forma del contratto o patto successivo avente ad oggetto la riduzione dell'orario e “*la puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno*” (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 61/2000) che deve essere scritta.

A differenza del lavoro privato, al pubblico impiego non sono applicabili né l'art. 2, comma 1, né l'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000 per cui la forma scritta è richiesta sia ai fini della validità del contratto o del patto laddove nel lavoro privato è richiesta ai soli fini della prova.

Ed il contratto o il patto successivo all'assunzione potrebbero anche contenere le c.d. clausole elastiche che, come si è già detto, attribuiscono al datore di lavoro il potere di variare temporaneamente la collocazione temporale della

prestazione lavorativa e che nel lavoro privato sono denominate “flessibili”⁵⁹¹. L’art. 3, comma 9, d.lgs. n. 61/2000, nella versione applicabile al lavoro pubblico, specifica, inoltre, che nel testo del patto devono essere espressamente menzionate la possibilità di recedere dallo stesso (c.d. diritto di ripensamento) e le modalità con cui la volontà di recedere deve essere manifestata; l’eventuale rifiuto da parte del lavoratore di stipulare il patto nonché il recesso dallo stesso non possono costituire, di per sé, motivo di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ma la possibilità di stipulare siffatte clausole è subordinata alla circostanza che i contratti collettivi di comparto l’abbiano previamente autorizzata fissando, inoltre, “*le condizioni e le modalità a fronte delle quali il datore di lavoro può variare detta collocazione*” (art. 3, comma 7, d.lgs. n. 61/2000) e ciò non è ancora avvenuto.

Inoltre, al lavoratore è anche riconosciuta la possibilità di recedere in ogni momento dal suddetto patto purché in presenza di una delle ragioni fissate dallo stesso legislatore o una di quelle, ulteriori, previste dai contratti collettivi (art. 3, comma 10, d.lgs. n. 61/2000 nella versione applicabile al lavoro pubblico)⁵⁹².

La funzione autorizzatoria attribuita dalla legge all’autonomia collettiva è presente anche nella regolamentazione del preavviso (art. 3, comma 8, d.lgs. n. 61/2000 nella versione applicabile al lavoratore pubblico): ferma restando la regola legale che dispone che la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa deve aver luogo con un preavviso di almeno 10 giorni, all’autonomia collettiva è conferita la possibilità di ridurre tale preavviso fino

⁵⁹¹ M. BROLLO, *La nuova disciplina della trasformazione dal full-time al part-time nel lavoro pubblico*, cit., p. 210; R. VOZA, *Il lavoro a tempo parziale e il regime delle incompatibilità*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*. Ed. Cacucci, Bari 2009, p. 260.

⁵⁹² Il lavoratore può recedere per iscritto e con un mese di preavviso dal patto di disponibilità se ricorrono esigenze di carattere familiare o di tutela della salute debitamente certificate o per la necessità di svolgere altra attività lavorativa subordinata o autonoma. La validità del recesso è condizionata alla circostanza che siano decorsi almeno cinque mesi dalla sottoscrizione del patto stesso o, con riferimento allo svolgimento di altra attività, anche un periodo superiore se così previsto dal contratto collettivo (che deve fissare anche l’ammontare della specifica indennità spettante che dovrà essere corrisposta per ciascuna giornata lavorativa ulteriore rispetto al quinto mese).

ad un minimo di 48 ore configurandosi la c.d. *flessibilità contrattata collettivamente*⁵⁹³.

Una volta instaurato il rapporto di lavoro pubblico ad orario ridotto si profila un'ulteriore differenza con il lavoro privato ed attiene al trattamento economico accessorio: ovvero, al fine di incentivare la riduzione dell'orario di lavoro, la legge ammette che l'autonomia collettiva possa introdurre una deroga al principio del necessario riproporzionamento di quegli elementi retributivi che non siano strettamente connessi alla durata della prestazione (art. 39, comma 25, l. n. 449/1997).

Le parti del contratto collettivo sono tenute a prendere in considerazione la necessità che l'incentivazione delle riduzioni dell'orario di lavoro non si ripercuotano “*negativamente sulla funzionalità degli enti pubblici con un basso numero di dipendenti, come i piccoli comuni e le comunità montane*”.

Ciò ribadisce quanto disposto in linea generale dall'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2000 che consiste nella circostanza che tale attribuzione debba aver luogo necessariamente ad opera del contratto collettivo e non anche, come accade nel lavoro privato, ad opera del contratto individuale (cfr. art. 4, comma 2, lett. b), ultimo periodo, d.lgs. n. 61/2000).

Il secondo argomento di differenziazione attiene alle modalità con cui l'amministrazione può prolungare la durata della prestazione effettuando lavoro supplementare, nel caso di *part-time* orizzontale (che richiede sempre il consenso del lavoratore interessato), o di lavoro straordinario, nel caso di *part-time* verticale.

La legittimità delle prestazioni lavorative supplementari o straordinarie è prevista solo se il contratto di lavoro è stato stipulato a tempo indeterminato, ma il legislatore attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di modulare quest'ultimo divieto rimuovendolo in relazione a specifiche ipotesi di assunzione a tempo determinato (art. 3, comma 13, d.lgs. n. 61/2000 nella versione applicabile al lavoro pubblico).

Il contratto collettivo deve preventivamente individuare le “causali obiettive” in presenza delle quali tale richiesta è consentita, oltre che il numero massimo

⁵⁹³ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 212.

di ore supplementari che possono essere effettuate sia in ciascuna singola giornata lavorativa, che nell'arco dell'anno (art. 3, comma 2, d.lgs. 61/2000 nella versione applicabile al lavoro pubblico)⁵⁹⁴.

Inoltre, sempre in materia retributiva, la contrattazione collettiva può derogare al principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale prevedendo che l'incidenza della retribuzione delle ore supplementari sugli istituti retributivi indiretti e differiti possa essere determinata convenzionalmente mediante l'applicazione di una maggiorazione forfettaria sulla retribuzione dovuta per la singola ora di lavoro supplementare (art. 3, comma 4, cit.).

Per quanto riguarda il lavoro straordinario, dal momento che il legislatore rinvia all'autonomia collettiva la regolamentazione delle *“modalità di esecuzione delle prestazioni di lavoro straordinario”*, alla stessa è riconosciuta la possibilità di prevedere sia l'obbligatorietà dello svolgimento delle stesse da parte del lavoratore, sia eventuali limiti temporali massimi entro i quali tali prestazioni devono essere contenute. Inoltre, si afferma che *“il ricorso al lavoro straordinario è ammesso soltanto previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore per un periodo che non superi le duecentocinquanta ore annuali”* (art. 5 comma 3 d.lgs. n. 66/2003).

Il lavoro straordinario è altresì obbligatorio per i dipendenti pubblici *part-time* nelle ipotesi tassativamente previste dal legislatore e anche qualora sia stato ormai raggiunto il tetto massimo di ore di lavoro straordinario effettuabili nell'anno. Si tratta infatti di situazioni in cui ricorrano esigenze tecnico-produttive eccezionali che non possono essere soddisfatte attraverso l'assunzione di altri lavoratori, nei casi di forza maggiore o in cui la mancata esecuzione di prestazioni di lavoro straordinario possa dare luogo a un pericolo grave e immediato ovvero a un danno alle persone o alla produzione; infine, per eventi particolari purché circoscritti nel tempo e non rientranti nell'attività istituzionale ordinaria della pubblica amministrazione (art. 5, comma 3, d.lgs. n. 66/2003, lett. *a, b, c*), salvo diversa previsione dei contratti collettivi.

⁵⁹⁴ Per approfondimenti, V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 213-216.

Per quanto riguarda il telelavoro, grande interesse ha suscitato l'estensione della sua utilizzabilità nel settore pubblico avvenuta a seguito della privatizzazione operata dal d.lgs. n. 29/1993 e, dall'art. 4 della l. 16 giugno 1998, n. 191, che ha dato vita ad una vera e propria sperimentazione di modelli innovativi di funzionamento del rapporto di lavoro, considerando che anche il settore privato risulta carente di una specifica regolamentazione in materia che è quasi esclusivamente affidata alla contrattazione collettiva⁵⁹⁵.

Pur sempre nell'ottica del contenimento dei costi e della migliore utilizzazione delle risorse, il ricorso al telelavoro nelle pubbliche amministrazioni è disciplinato dall'art. 2, lett. b) del d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 concernente il *“Regolamento recante disciplina del telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, a norma dell'art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191”* che definisce il telelavoro come *“la prestazione eseguita del dipendente...in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce”*.

La dottrina sembra, però, non essere unanime nel ricondurre il telelavoro tra gli schemi negoziali flessibili di assunzione in quanto tale tipologia contrattuale, come chiarisce il dato letterale della disciplina legislativa, costituisce una modalità di organizzazione e di flessibilizzazione funzionale dell'apparato amministrativo resa possibile grazie alla disponibilità, utilizzo e valorizzazione delle tecnologie informatiche, implicando l'irrilevanza giuridica del luogo di esecuzione della prestazione⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Istituito nel 2002 con l'accordo-quadro europeo stipulato a Bruxelles il 16 luglio 2002 tra CES, UNICE/UEAPME e CEEP - il telelavoro in Italia è stato recepito nel 2004, attraverso l'Accordo interconfederale – tra Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Clai, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop, Unci, Cgil, Cisl e Uil – che ne regola lo svolgimento. Dal 2011 il governo ha proceduto ad incentivare il ricorso al telelavoro al fine di consentire una migliore conciliazione tra lavoro e vita familiare.

⁵⁹⁶ Sul punto, V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 16. L'autore richiama l'art. 4, comma 1, legge 16 giugno 1998, n. 191 nonché l'art. 1, 1° e 2° commi; art. 2, comma 1, lett. b) e art. 3 del regolamento di attuazione di cui al d.P.R. 8 marzo 1999, n. 70. A ciò si aggiunge, l'art. 4, comma 4, CCNQ del 23 marzo 2000 in cui si stabilisce che *“l'assegnazione a progetti di telelavoro non muta la natura del rapporto di lavoro in atto”*.

2.14 *L'accesso al pubblico impiego: la questione delle modalità di reclutamento del personale*

Come si è avuto modo di osservare, le amministrazioni pubbliche, in linea generale, assumono personale a tempo indeterminato *“seguendo le procedure di reclutamento previste dall'art. 35”* del d.lgs. n. 165/2001, comma 1, e possono ricorrere a forme flessibili di impiego *“nel rispetto di procedure di reclutamento vigenti”*, come afferma il secondo comma.

In entrambi i casi si rinvia alla disciplina generale delle procedure di reclutamento contenuta nell'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, che stabilisce le caratteristiche necessarie ed indefettibili di qualsiasi procedura di selezione, che abbia o meno natura concorsuale e, quindi, debba o meno consentire una valutazione comparata dei requisiti attitudinali o professionali in possesso dei candidati (art. 35, d.lgs. n. 165/2001, comma 1, lett. a)⁵⁹⁷.

Si impone, dunque, che ogni procedura garantisca *“in misura adeguata l'accesso dall'esterno”* al fine di evitare forme di reclutamento basate su requisiti meramente soggettivi e fiduciari.

La norma non dispone nulla in merito alle ipotesi per cui le pubbliche amministrazioni siano abilitate a porre in essere procedure selettive di tipo non comparativo, ossia diverse dal concorso pubblico, che sono comunque ammesse in via di principio dall'art. 97, comma 3, Cost.: come è evidente, questo appare un tema essenziale proprio con riferimento alle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego elencate nell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001.

Per quanto riguarda il contratto a termine, una procedura selettiva fondata sulla comparazione dei candidati, alquanto complessa in termine di costi e durata temporale, mal si concilia con la necessità di far fronte ad esigenze temporanee o eccezionali, intendendo questi due aggettivi nel senso di imprevedibili ed urgenti, ed in considerazione che si tratta di forme di assunzioni che non

⁵⁹⁷ La lettera b) del medesimo comma prevede una deroga a tale regola stabilendo che le procedure selettive possano essere sostituite dall' *“avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità”*.

comportano lo stabile e definitivo inserimento del prestatore di lavoro nella dotazione organica dell'amministrazione. Ad ulteriore conferma di ciò, vi è l'art. 35, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, inserito dall'art. 4, d.l. 10 gennaio 2006, n. 4, convertito, con modificazioni, in legge 9 marzo 2006, n. 80 che subordina, in specifici comparti delle pubbliche amministrazioni, alla previa autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri, sia *“l'avvio delle procedure concorsuali”* sia delle *“procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità, inclusi i contratti di formazione e lavoro”*. La precisazione e la distinzione tra *“procedure concorsuali”* e *“procedure di reclutamento”* sembrano confermare la facoltà delle pubbliche amministrazioni di ricorrere a forme di reclutamento semplificate e più adeguate alle proprie esigenze assunzionali.

Tale orientamento è stato seguito anche dalla giurisprudenza costituzionale che ha ammesso la legittimità di forme di selezione del concorso a condizione che non vengano sacrificati l'obbligo di garantire a tutti la possibilità di accedere all'impiego e l'esigenza di reclutare personale in possesso di un livello di competenza adeguato alle mansioni da svolgere.

La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto che *“la previsione di un metodo selettivo concorsuale più snello, in luogo di quello, maggiormente garantito, per titoli ed esami, è giustificata dal carattere temporaneo delle necessità organizzative da soddisfare e dalla conseguente esigenza di maggiore rapidità nello svolgimento della selezioni”*⁵⁹⁸.

Per quanto riguarda le assunzioni a tempo determinato nelle ipotesi in cui l'apposizione del termine finale di efficacia sia giustificato da esigenze temporanee a carattere ciclico e ricorrente sembra non sussistere l'obbligo di reiterare le procedure selettive per il reclutamento, a condizione che la nuova assunzione attenga allo svolgimento di mansioni equivalenti oggetto del primo contratto e per cui sia già stata accertata la professionalità del lavoratore.

Difatti, la pubblica amministrazione potrebbe avere interesse a reiterare le procedure selettive al fine di evitare le conseguenze derivanti dal superamento del limite dei trentasei mesi.

⁵⁹⁸ Corte Cost. 7 luglio 2010, n. 235, in *Foro amm.*, 2010, 7-8, c. 1392; già prima, Corte Cost. 13 novembre 2009, n. 293, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 89; Corte Cost. 31 ottobre 1995, n. 477, in *Giur. Cost.*, 1995, c. 3652.

Appare evidente che se l'avvio di una nuova procedura selettiva può dimostrare la "non temporaneità" delle esigenze amministrative sottese alle assunzioni a termine, per quanto riguarda il lavoratore non c'è dubbio che il superamento della nuova prova implichi il diritto all'assunzione anche per chi sia già stato alle dipendenze dell'amministrazione reclutante: il nuovo contratto non potrà essere qualificato quale rinnovo del precedente.

Ciò vale anche per i contratti di formazione e lavoro per cui è considerato legittimo il ricorso a procedure selettive semplificate basate sulla valutazione di titoli di servizio, culturali e professionali, nonostante il fatto che l'inserimento lavorativo stabile nei giovani nella stessa organizzazione in cui hanno maturato l'esperienza formativa e professionale indurrebbe a ritenere necessario il ricorso a procedure di natura concorsuale⁵⁹⁹. L'amministrazione pubblica è tenuta a verificare non preesistenti capacità e conoscenze di cui il candidato è già in possesso, ma l'idoneità a conseguirla a conclusione del programmato periodo di formazione e all'attitudine a trasformarle in un sapere pratico utile all'organizzazione.

Ciò spiega anche l'impossibilità delle pubbliche amministrazioni di attingere, per l'individuazione del personale da assumere con contratti di formazione e lavoro, a graduatorie stilate all'esito di precedenti concorsi o procedure selettive. Inoltre, il reclutamento con tali tipologie contrattuali, a differenza di quanto avviene per i contratti a tempo determinato e indeterminato, deve essere previsto dalla programmazione triennale ed annuale del fabbisogno di personale, tenendo conto delle possibilità assunzionali che potrebbero maturare al termine del progetto formativo e delle spese del personale, tenendo conto della probabile trasformazione a tempo indeterminato dei relativi rapporti⁶⁰⁰.

La prosecuzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro viene considerata legittima a condizione che le amministrazioni pubbliche abbiano accertato e qualificato il conseguimento del livello di competenza e professionalizzazione previsto nel progetto formativo, in ragione del contenuto

⁵⁹⁹ Corte Cost. 15 maggio 1987, n. 190, par. 11, in *Mass. giur. lav.*, 1987, p. 313 ss.

⁶⁰⁰ Cfr. CCNL Aziende ed Amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo del 24 aprile 2001 (art. 21, comma 1); CCNL Enti pubblici non economici, verbale integrativo 14 febbraio 2000, (art. 36, comma 1); CCNL Regioni ed autonomie locali, verbale integrativo 14 settembre 2000, (art. 3, comma 1); CCNL Ministeri, verbale integrativo 16 maggio 2001, (art. 21, comma 1); CCNL Sanità, 7 aprile 1999, (art. 33, comma 1).

professionale dei posti da conferire⁶⁰¹. E si può anche affermare che il vincolo della selezione pubblica ed impersonale sia stato rispettato già prima dell'instaurazione del rapporto di formazione e lavoro.

Il procedimento ed i relativi criteri utilizzabili per l'accertamento dei requisiti e delle competenze richiesti per la trasformazione del rapporto, nel silenzio della legge, spetta alla stessa amministrazione, dopo aver eventualmente informato le organizzazioni sindacali, laddove previsto dal contratto collettivo applicato. Tale previsione sembra confermare la natura privatistica del rapporto di lavoro rientrando il procedimento di accertamento dell'acquisizione della professionalità tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro e la disponibilità della relativa disciplina da parte dell'autonomia privata collettiva.

Risulta evidente che il rispetto del principio di buon andamento dell'attività amministrativa induce a ritenere che le pubbliche amministrazioni non possano mai procedere alla conversione dei contratti di formazione e lavoro prima della scadenza del termine, ovvero prima della completa formazione del lavoratore; ne consegue che l'amministrazione possa procedere all'assunzione di quel lavoratore solo se egli dovesse risultare vincitore di un concorso pubblico, o tramite richiesta *ex art. 16* legge 28 febbraio 1987, n. 56⁶⁰².

Per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, è esplicitamente previsto che la selezione dei lavoratori da somministrare avvenga in maniera

⁶⁰¹ Cfr. parere Dipartimento della Funzione Pubblica n. 193 del 6 settembre 2004. Corte dei Conti, sez. contr. Reg. Campania, 6 ottobre 2008, n. 17, che con riferimento ai contratti di formazione e lavoro, ha escluso che la conversione del rapporto debba essere preceduta da procedure concorsuali pubbliche, ma anche che essa possa avere luogo secondo le forme di stabilizzazione all'epoca previste dalla legge. Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 81.

⁶⁰² In particolare si afferma che: "*Le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, e gli enti pubblici non economici a carattere nazionale, per i posti da ricoprire nei ruoli periferici e per relative sedi periferiche, così come determinati ai sensi dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 1 febbraio 1986, n. 13, le province, i comuni e le unità sanitarie locali effettuano le assunzioni dei lavoratori, da adibire a mansioni per le quali non sia previsto titolo professionale e da inquadrare nei livelli per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento ed in quelle di mobilità, a condizione che essi abbiano i requisiti richiesti. Essi sono avviati numericamente alla selezione secondo l'ordine di graduatoria risultante dalle liste delle circoscrizioni territorialmente competenti*".

imparziale, attraverso procedure adeguatamente pubblicizzate⁶⁰³ e che assicurino riduzioni in termini di costi e tempi di espletamento.

La selezione del personale deve seguire la stipulazione del contratto commerciale da parte della pubblica amministrazione futura utilizzatrice; e resta in capo all'agenzia somministratrice solo l'obbligo di procedere all'assunzione di coloro che siano risultati idonei all'esito della suddetta selezione. A differenza di quanto avviene nel settore privato, le pubbliche amministrazioni al termine della somministrazione non possono procedere all'assunzione a tempo indeterminato di uno o più lavoratori messi a disposizione dell'agenzia ma dovranno porre in essere apposite procedure concorsuali.

2.15 Le procedure di stabilizzazione dei lavoratori flessibili: l'assetto normativo.

Il processo di stabilizzazione del personale precario nelle pubbliche amministrazioni, ovvero di coloro che, all'inizio del nuovo millennio erano stati assunti a termine, sebbene per lo svolgimento di attività amministrative stabili e ordinarie, è stato avviato con la legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006), e con la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007).

Ed è proprio quest'ultima che, sulla scia delle prime dirompenti decisioni della Corte di Giustizia in ordine all'applicazione della direttiva 1999/70/CE sul contratto a termine anche nelle pubbliche amministrazioni, ha previsto la possibilità di assumere a tempo indeterminato il personale con qualifica non dirigenziale *“in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che [avesse conseguito] tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che [fosse] stato in*

⁶⁰³ Sull'ampio dibattito in materia, cfr. S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforme del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, cit., p. 1083; L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., pp. 2147-2148; G. PELLICANI, *Le imprese utilizzatrici e il lavoratore temporaneo*, in L. Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo*. Giuffrè Editore, Milano 2000, p. 186; R. SANTUCCI, *Note critiche sulla fornitura di lavoro temporaneo nelle Amministrazioni pubbliche*, in Aran Newsletter, 2003, disponibile all'indirizzo web www.aranagenzia.it, p. 101.

servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore” della medesima legge, ovvero nel quinquennio antecedente il 1° gennaio 2007⁶⁰⁴. Tale facoltà di stabilizzazione era regolata in modo parzialmente diverso per le pubbliche amministrazioni che avevano accesso al fondo per le assunzioni istituito all’art. 1, comma 96, legge 30 dicembre 2004, n. 311, il cui comma 519 destinava parzialmente le risorse alle pubbliche amministrazioni e agli enti locali assoggettati al patto di stabilità interno.

Per tutte le altre amministrazioni, invece, il reclutamento tramite stabilizzazione era condizionato al preventivo adeguamento dei “propri ordinamenti a quanto previsto dal medesimo comma 519 in termini di requisiti e modalità di assunzione, tenendo conto delle relative peculiarità e nell’ambito delle proprie disponibilità di bilancio e delle specifiche disposizioni in materia di assunzione e tetti di spesa”⁶⁰⁵.

Lo straordinario piano di assunzione del personale precario sarebbe dovuto essere, almeno nelle intenzioni, una delle misure “per dare finalmente attuazione in modo credibile” a quella “profonda riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche” avvertita sempre più urgente⁶⁰⁶.

Nell’intesa, governo e parti sociali si impegnavano, nell’orizzonte temporale tracciato dalla legislatura, a dare continuità ai reclutamenti e nel breve termine a riassorbire “il precariato esistente che si è sedimentato in modo disordinato col passare degli anni in un contesto di blocco delle assunzioni” secondo “le modalità e le risorse previste dalla Legge Finanziaria 2007” e previa effettuazione di “prove per quanti non siano già stati sottoposti a tali verifiche all’atto del primo ingresso nello svolgimento di attività nelle P.A.”⁶⁰⁷.

⁶⁰⁴ Sulle condizioni di legittimità e dei processi di stabilizzazione cfr., fra le altre, Cass., SS.UU., ord. 26 gennaio 2011, n. 1778, in *Foro it.*, I, 2011, c. 1416; e 22 febbraio 2012, n. 2568, in *Giust. Civ.*, 3, I, 2012, p. 816.

⁶⁰⁵ Direttiva del Ministro per le riforme e le innovazioni nelle pubbliche amministrazioni n. 7 del 30 aprile 2007, par. I.

⁶⁰⁶ Ampiamente sul punto, *Memorandum di intesa sul lavoro pubblico e riorganizzazione delle Amministrazioni Pubbliche*, sottoscritto il 18 gennaio 2007 dal Ministro per le Riforme e l’Innovazioni nella Pubblica Amministrazione e dal Ministro dell’Economia e delle Finanze con le organizzazioni sindacali, denominato “per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche. Tale documento riconduceva la “questione amministrativa” di fondo alla necessità che ogni p. a. seguisse “un metodo fondato sulla fissazione di obiettivi e sulla misurazione dei risultati dell’azione amministrativa”.

⁶⁰⁷ Punto n. 5 del *Memorandum*.

In tale contesto, importante è stato il riconoscimento alla contrattazione collettiva del compito di fissare i limiti di ricorso delle pubbliche amministrazioni al lavoro flessibile.

La brevità della legislatura ha sicuramente inciso sulla parziale, per non dire mancata, realizzazione del programma concordato e la legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per il 2008) ha ampliato la platea dei possibili destinatari, inserendo un piano di progressiva stabilizzazione del personale che avesse conseguito i requisiti di anzianità di servizio ivi previsti in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 28 settembre 2007⁶⁰⁸ e di quei soggetti che, al 1° gennaio 2008, risultavano occupati con contratti di co.co.co. a condizione che, nel quinquennio antecedente al 28 settembre 2007, avessero già espletato la propria attività lavorativa in favore della medesima amministrazione per almeno tre anni, anche frazionati⁶⁰⁹.

Inoltre, la legge faceva espressamente rinvio ad un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri per l'individuazione di ulteriori categorie di lavoratori che avrebbero potuto essere inseriti nei piani di stabilizzazione (ad esempio, i lavoratori somministrati), per la fissazione dei requisiti professionali e di anzianità di servizio necessari per essere stabilizzati e, infine, per le modalità di valutazione da applicare alle procedure selettive (art. 3, comma 96, legge n. 244/2007).

Per quest'ultimo punto, si preferì operare una vera e propria interpolazione del dato normativo⁶¹⁰ che pure appariva chiaro, riconoscendo alle pubbliche amministrazioni per via interpretativa la possibilità del tutto eccezionale di stabilizzazione dei collaboratori che fu interpretativamente riassorbita nelle procedure di reclutamento ordinarie, e, quindi, cancellata.

Nel dettaglio, per quanto riguarda la stabilizzazione del personale assunto con contratto a termine, l'art. 3, comma 106, della l. n. 244/2007 disponeva che i

⁶⁰⁸ Sebbene limitata al biennio 2008-2009 e per le amministrazioni destinatarie dei commi 519 e 558 dell'articolo unico della legge n. 296/2006.

⁶⁰⁹ Purché non in posizione di diretta collaborazione con gli organi politici e, nelle Università e negli enti di ricerca, per compiti diversi dall'insegnamento e dalla ricerca. Ciò valeva per gli anni 2008, 2009 e 2010 (cfr. art. 3, comma 94, legge n. 244/2007).

⁶¹⁰ Si è parlato anche di interpolazione del dato normativo *contra legem* come nel parere della Ragioneria Generale dello Stato – Ispettorato generale per gli Ordinamenti del personale, prot. n. 39038 del 7 aprile 2008; il parere dell'Ufficio del Personale delle Pubbliche Amministrazioni n. 26 del 4 aprile 2008 e, infine, la circolare del medesimo ufficio 18 aprile 2008, n. 5 (pp. 8 e 9).

bandi di concorso per le assunzioni a tempo indeterminato potessero prevedere una riserva di posti non superiori al 20 per cento dei posti messi a concorso per il personale non dirigenziale che avesse maturato almeno tre anni di esperienza di lavoro subordinato a tempo determinato presso pubbliche amministrazioni, in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data 28 settembre 2007, nonché il riconoscimento, in termini di punteggio, del servizio prestato presso le pubbliche amministrazioni per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio antecedente al 28 settembre 2007, in virtù di contratti di collaborazione coordinata e continuativa stipulati anteriormente a tale data.

Tali possibilità vennero, però, limitate al 30 giugno 2009 dall'art. 6, comma 1, d.l. 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, in legge 27 febbraio 2009, n. 14.

La nuova stagione politica alla fine della legislatura ha provveduto a sostituire il regime delle stabilizzazioni con forme di valorizzazione dell'esperienza lavorativa pregressa in occasione del reclutamento a tempo indeterminato.

Per i lavoratori *“in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1, commi 519 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e all'articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244”* e limitatamente al triennio 2010-2012, il d.l. 1° luglio 2009, n. 78 (convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102), dispose che l'instaurazione di rapporti a tempo indeterminato potesse avere luogo attraverso tre modi distinti.

Il primo riguardava il personale da adibire a mansioni inquadrabili nelle qualifiche e nei profili professionali per i quali fosse richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, purché in possesso dei requisiti di anzianità richiesti da queste norme⁶¹¹. La loro uscita dalla precarietà sarebbe avvenuta attraverso l'inserimento in un'apposita graduatoria, eventualmente articolata per qualifiche, predisposta da ciascuna amministrazione in base all'anzianità maturata da ciascun lavoratore alle proprie dipendenze. L'inserimento doveva essere condizionato al positivo superamento di una prova di idoneità, qualora non fosse stata effettuata al momento della prima assunzione.

Le pubbliche amministrazioni avrebbero dovuto attingere da questa graduatoria qualora avessero dovuto procedere ad assunzioni a tempo indeterminato, nel

⁶¹¹ Art. 17, comma 12, d.l. n. 78/2009 che rimandava alle qualifiche di cui all'art. 16 della l. 28 febbraio 1987 n. 56.

rispetto dei vincoli finanziari previsti in materia di assunzioni e di contenimento della spesa del personale e in coerenza con la programmazione triennale ed annuale del fabbisogno.

Le altre due modalità speciali di reclutamento riguardavano il personale inquadrato nelle qualifiche superiori, con l'esclusione del personale dirigenziale, e consistevano nelle possibilità per l'amministrazione di bandire concorsi pubblici con una riserva di posti a favore degli *stabilizzandi* non superiore al 40 per cento dei posti a disposizione⁶¹² o con l'attribuzione di un apposito punteggio che consentisse di valorizzare l'esperienza professionale maturata all'interno dell'amministrazione⁶¹³. L'art. 17, comma 26, lett. b), e comma 27, d.l. 1 luglio 2009 n. 78 (convertito, con modificazioni, in legge 3 agosto 2009, n. 102), ha introdotto l'obbligo per tutte le pubbliche amministrazioni di redigere entro il 31 dicembre di ogni anno un "*analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate*", nonché sugli incarichi di lavoro autonomo conferiti da trasmettere, oltre che ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno, anche al Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri che, a sua volta era tenuto a redigere una relazione annuale in materia da presentare al Parlamento.

Si trattava di misure considerate temporanee dallo stesso legislatore che ne aveva previsto la perdita di efficacia il 31 dicembre 2012.

Ma prima di questa scadenza, si è intervenuto nuovamente in materia prevedendo la possibilità per le pubbliche amministrazioni di bandire concorsi riservati per i c.d. precari (art. 1, comma 401, legge 24 dicembre 2012, n. 288 e art. 4, comma 6 e 10, d. l. n. 101/2013).

Anche l'art. 66 della legge 6 agosto 2008, n. 133, poi modificato dagli artt. 9 e 10, legge 4 novembre 2010, n. 183 – il c.d. Collegato lavoro – ha previsto misure finalizzate alla razionalizzazione e riduzione delle dotazioni organiche e

⁶¹² Soglia innalzata al 50 per cento per i Comuni che, allo scopo di assicurare un efficace esercizio delle funzioni e di tutti i servizi generali comunali in ambiti territoriali adeguati, si fossero costituiti in un'unione ai sensi dell'art. 32, d.lgs. 267/2000 e ciò "*fino al raggiungimento di ventimila abitanti*".

⁶¹³ Art. 17, comma 11, d.l. n. 78/2009. La valorizzazione dell'esperienza maturata poteva interessare anche i collaboratori coordinati e continuativi (cfr. art. 3, comma 94, lett. b, legge n. 244/2007).

al contenimento delle assunzioni nell'ambito del lavoro pubblico, al fine di consentire alle pubbliche amministrazioni di procedere annualmente ad assunzione di personale a tempo indeterminato e di stabilizzare precari, entro precisi limiti di spesa recuperata dalle cessazioni avvenute l'anno precedente⁶¹⁴.

Ulteriori disposizioni in tema di stabilizzazione del personale nel pubblico impiego sono adesso contenute nel d.l. n. 101/2013.

L'art. 4, commi 1 e 2, modifica l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 e prevede che il principio generale che prescrive alle amministrazioni di assumere esclusivamente a tempo indeterminato possa conoscere una deroga solo "*per rispondere ad esigenze esclusivamente temporanee o eccezionali*", aggiungendo l'importante avverbio *esclusivamente* non previsto dalla norma precedente. Al suddetto articolo 36, vengono aggiunti i commi 5-ter e 5-quarter che ribadiscono il divieto della trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, con la conseguente nullità dei contratti posti in essere in violazione di tali principi.

Con riferimento al tema delle stabilizzazioni, i commi da 3 a 10 riguardano le Regioni, Province autonome, gli enti locali e il comparto Sanità e prevedono la realizzazione, in misura graduale, di nuovi meccanismi di stabilizzazione, con l'ambizione di conseguire una soluzione strutturale al problema del precariato nelle pp.aa.

Il d.l. n. 101/2013 è stato, poi, convertito in legge n. 125/2013 che ha apportato sensibili modifiche al decreto legge.

In particolare, il nuovo comma 3 dell'art. 4 dispone che fino al 31 dicembre 2016, per le amministrazioni pubbliche che vogliano avviare procedure concorsuali per l'assunzione di personale, l'autorizzazione sia subordinata: a) alla verifica della avvenuta immissione in servizio presso l'amministrazione di tutti i vincitori di concorso collocati in graduatorie vigenti per assunzioni a tempo indeterminato per qualsiasi qualifica, salvo comprovate necessità organizzative, non temporanee ed adeguatamente motivate; b) alla assenza di

⁶¹⁴ Tali assunzioni e stabilizzazioni dovevano essere autorizzate con apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri e sulla base della programmazione triennale del fabbisogno di personale di ciascuna amministrazione.

idonei collocati in graduatorie vigenti dal 1° gennaio 2007, relative alle professionalità necessarie anche secondo un criterio di equivalenza.

Questa importante disposizione si applica a tutte le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le Agenzie, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, e ha lo scopo di evitare che le pubbliche amministrazioni procedano, nei tre anni successivi all'entrata in vigore della legge, a nuove procedure concorsuali qualora abbiano liste di vincitori già aperte.

A tal riguardo, il comma 4 prevede la proroga dell'efficacia delle graduatorie vigenti alla data dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge e fino al 31 dicembre 2016; mentre il comma 5 prevede l'avvio di un apposito monitoraggio, affidato al Dipartimento per la Funzione Pubblica⁶¹⁵, che sia in grado di "fotografare" la situazione delle graduatorie esistenti e il numero di dipendenti pubblici in attesa di stabilizzazione e che abbiano maturato l'anzianità di servizio richiesta.

Il comma 6 stabilisce le modalità concrete per completare le nuove procedure di stabilizzazione previste dal decreto: le amministrazioni, dall'entrata in vigore della l. n. 125/2013 e fino al 31 dicembre 2016, possono bandire, nel rispetto dei vincoli assunzionali vigenti e con il limite finanziario stabilito dall'art. 35 comma 3- *bis* del d.lgs. n. 165/2001, concorsi riservati solamente per: a) coloro che hanno i requisiti richiesti dall'art. 1 commi 519 (stabilizzazione del personale non di ruolo presso le P.A. per l'anno 2007) e 558 (stabilizzazione del personale delle Regioni ed enti locali) della legge 296/2006 (ovvero, personale in servizio da almeno 3 anni, anche non continuativi o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per

⁶¹⁵ Il comma 5 nella prima parte, stabilisce che: per poter determinare il numero sia dei vincitori e degli idonei che sono inseriti in graduatorie ancora vigenti a seguito di concorsi per assunzioni a tempo indeterminato; sia di coloro che, a seguito di ripetuti contratti a tempo determinato hanno maturato particolari requisiti di anzianità che li rendono idonei a poter partecipare alle procedure concorsuali previste dal successivo comma 6; sia dei lavoratori di cui al successivo comma 8 (lavoratori impegnati in progetti di lavori socialmente utili e lavoratori impegnati in lavori di pubblica utilità), il Dipartimento della Funzione pubblica avvierà, entro il 30 settembre 2013, un monitoraggio, specificando che le amministrazioni che intenderanno avvalersi delle procedure concorsuali di assunzione previste nei successivi commi 6 e 8, hanno l'obbligo di fornire le informazioni richieste. I dati ottenuti sono resi accessibili sul sito internet del Dipartimento.

almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge); b) coloro che hanno i requisiti di cui all'art. 3, comma 90, legge n. 244/2007 (stabilizzazioni per l'anno 2008 sempre per il personale con i requisiti sopra riportati, e per contratti stipulati anteriormente al 28 febbraio 2007); c) coloro che alla data di entrata in vigore del decreto hanno maturato, negli ultimi 5 anni, almeno tre anni di servizio a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che bandisce il concorso, con l'esclusione dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici. I dipendenti provinciali, non dirigenti, che abbiano i requisiti sopra richiesti, possono partecipare a procedure selettive indette anche da un' amministrazione diversa da quella di appartenenza, purché abbia sede nel medesimo territorio provinciale.

Il comma 7 stabilisce che, per meglio realizzare le finalità di cui al comma 6, sono di norma adottati bandi per assunzioni a tempo indeterminato con contratti di lavoro a tempo parziale, salvo diversa motivazione, tenuto conto dell'effettivo fabbisogno di personale e delle risorse finanziarie dedicate.

Infine, il comma 9 prevede che le amministrazioni che, nella programmazione triennale del fabbisogno del personale per il periodo 2013-2016, prevedono di effettuare le procedure concorsuali di cui sopra, possono prorogare - nel rispetto dei vincoli finanziari vigenti e, in particolare, dei limiti massimi della spesa annua per la stipula dei contratti a tempo determinato previsti dall'art. 9, comma 28, del d.l. n.78/2010 (l. n. 122/2010 - *Misure urgenti in tema di stabilizzazione finanziaria e competitività economica*) - i contratti di lavoro a tempo determinato dei soggetti che hanno maturato, alla data di entrata in vigore della legge di conversione, almeno tre anni di servizio alle proprie dipendenze. La proroga deve essere fatta in base all'effettivo fabbisogno, alle risorse finanziarie disponibili e ai posti in dotazione organica vacanti indicati nella programmazione triennale, fino al completamento delle procedure concorsuali e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

Non sono mancate critiche alla legge di conversione del d.l. n. 101/2009 che ha esteso la validità delle graduatorie: il limite fissato al 31 dicembre 2015 viene esteso fino al 31 dicembre 2016.

L'autorizzazione a bandire concorsi è subordinata all'assunzione di tutti i vincitori di concorso e degli idonei di graduatorie vigenti e approvate a partire dal 1° gennaio 2007; pertanto, il termine previsto dal comma 6 passa al 31 dicembre 2016 e i tre anni si considerano maturati alla data di pubblicazione della legge.

In questo modo, il periodo delle proroghe e delle assunzioni possibili diventa un quadriennio e si obbligano le amministrazioni che intendono assumere attraverso la procedura concorsuale con riserva ad adottare *“di norma bandi per assunzioni a tempo indeterminato con contratti di lavoro a tempo parziale, salvo diversa motivazione”*.

Al comma 8 si prevede che l'anzianità anagrafica venga temperata con anzianità di servizio e i carichi familiari. In questo modo, si incide sul già limitato comma 9, laddove si prevede la possibilità di prorogare ora fino al 31 dicembre 2016 i contratti a termine. L'allungamento di un anno, da una parte, recepisce solo parzialmente le richieste in tal senso, ma più probabilmente risponde all'esigenza di rispettare i limiti alla spesa e il blocco del *turn over* presenti nella legge di stabilità.

Infatti, si enfatizza ulteriormente la necessità per le amministrazioni di rispettare i tetti di spesa previsti per i contratti a termine sul fondo ordinario ma soprattutto si introduce un discutibile riferimento *“ai posti in dotazione organica vacanti”*.

Ciò potrebbe condurre ad un eventuale impatto devastante annullando completamente la già ridotta efficacia del provvedimento e portando alla interruzione immediata di migliaia di contratti.

Il diffuso impiego di lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni italiane, nonché il coinvolgimento consistente di collaboratori esterni hanno spesso dimostrato la totale incapacità delle pubbliche amministrazioni di realizzare una programmazione strategica ed operativa delle attività.

I provvedimenti legislativi e le misure di stabilizzazione sinteticamente illustrati, conviene dirlo, sono risultate insufficienti e non potevano che avere carattere eccezionale, in quanto finalizzati all'assorbimento del precariato prodottosi negli anni nel pubblico impiego e a limitare in misura sensibile il ricorso al lavoro flessibile per scongiurare un eccessivo ricorso a tali strumenti, allo scopo di favorire l'ingresso nella pubblica amministrazione attraverso procedure semplificate e/o agevolate in violazione dei principi costituzionali, ribaditi dal d.lgs. n. 165/2001⁶¹⁶.

Come sostenuto anche in giurisprudenza, il soggetto aspirante all'espletamento delle procedure di stabilizzazione del personale precario in servizio presso le pubbliche amministrazioni è titolare di una mera aspettativa di fatto e non già di un diritto poiché *“la cosiddetta stabilizzazione del personale non costituisce affatto un obbligo per l'amministrazione, ma solo una facoltà discrezionale...non esiste alcun diritto ad ottenere la stabilizzazione, ma unicamente un'aspettativa di mero fatto”*⁶¹⁷.

Le misure legislative più recenti sono state, poi, oggetto, oltre che di commenti dottrinali⁶¹⁸, di una cospicua giurisprudenza costituzionale⁶¹⁹, che, nell'ultimo decennio, si è pronunciata in ordine alla legittimità di quelle particolari forme di reclutamento, chiamate, appunto, *“stabilizzazioni”*.

⁶¹⁶ Cfr. M. D'APONTE, *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, cit., p. 646.

⁶¹⁷ TAR Veneto, Sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3442. Così anche TAR Lazio, Sez. I. bis, 30 maggio 2008, n. 5285 e n. 5288.

⁶¹⁸ Per la legittimità delle stabilizzazioni previste dalle leggi finanziarie per il 2007 e 2008, cfr. F. PANTANO, *La c.d. “stabilizzazione” dei lavoratori a termine nella finanziaria 2007 ed il “buon andamento” della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2007, p. 635 ss. e *La legittimità costituzionale delle norme sulla c.d. “stabilizzazione” dei lavoratori a termine nella finanziaria 2007: precarietà, eguaglianza e buon andamento*, ivi, 2008, p. 554 ss.; A. LOFFREDO, *La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. merc. Lav.*, 2007, p. 301 ss.;

⁶¹⁹ Per un ampio approfondimento del tema, v. i suggerimenti bibliografici di V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., nota n. 93, p. 47.

2.16 La giurisprudenza costituzionale in materia di stabilizzazione del personale precario delle pubbliche amministrazioni

La spinta sociale alle stabilizzazioni non si è mai arrestata con il passare del tempo e il procedere delle stesse e ciò anche in conseguenza della difficoltà di trovare occasioni di lavoro diverse sia nel settore privato, a causa della crisi economico-finanziaria globale, sia in quello pubblico, in ragione del contenimento della spesa ed il blocco delle assunzioni⁶²⁰.

E tale spinta è risultata più forte nelle Regioni, soprattutto meridionali, che se ne sono fatte carico esercitando la loro competenza legislativa regionale, che riconosce loro la possibilità di regolare la materia legislativamente o ripartirla tra le varie possibili fonti di regolazione⁶²¹.

Ed è proprio la legislazione regionale riguardante il personale precario assunto o impiegato a vario titolo ad essere stata più di frequente oggetto della giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Assunto che la stabilizzazione è giuridicamente qualificabile, e quindi equiparabile, in termini di nuova assunzione a tempo indeterminato⁶²², il punto centrale riguarda l'interpretazione della regola costituzionale che individua nel concorso pubblico la condizione imprescindibile per l'accesso al lavoro dipendente delle pubbliche amministrazioni, ed, in particolare, quella parte di

⁶²⁰ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 48.

⁶²¹ Si fa riferimento alle “modalità di accesso al lavoro pubblico regionale” che appunto rientra nella competenza residuale delle Regioni di cui all'art. 117, comma 4, Cost. Sull'argomento, Corte Cost. 14 dicembre 2004, n. 380, par. 3.2, in *Giust. Civ.*, I, 2005, p. 2190 ss.; Corte Cost. 11 aprile 2008, n. 95, par. 2.1, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 758 ss., con nota di R. SALOMONE, *Primo profilo di incostituzionalità delle regole per la stabilizzazione dei lavoratori pubblici: violato art. 117 Cost.*

⁶²² Tuttavia, di recente, il Consiglio di Stato, Sesta Sezione, con quattro ordinanze del 2011 (nn. 2928, 2929, 2930, 2931) ha sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia al fine di valutare la possibilità di riconoscere al lavoratore stabilizzato un'anzianità di servizio pari alla somma delle anzianità attuate in esecuzione di più contratti a termine e se questo contrasti o meno con la clausola 4 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato sulla base della direttiva 1999/70/CE. La Corte di Giustizia ha stabilito che questa clausola non osta ad una normativa nazionale, quale appunto quella italiana, la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato presso la stessa p.a.; e che il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una “ragione oggettiva” in grado di giustificare una diversa conclusione (Corte Giust. 18 ottobre 2012, cause riunite da C-301/11 a C-305/11, *Valenza e altri*, in *Foro it.*, 2012, IV, c. 537 ss.).

essa che riserva al legislatore la previsione di eventuali deroghe ex art. 97, comma 3, Cost.

A tal proposito, la Corte Costituzionale ha in più occasioni sancito che il concorso pubblico si pone quale “*meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci e va considerato il metodo migliore per garantire la corretta selezione del personale e la misura di controllo più adeguata al miglior rendimento della pubblica amministrazione nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento*”⁶²³.

E quando la Corte Costituzionale è stata chiamata a precisare a quali condizioni le deroghe al principio del concorso pubblico possono ritenersi ragionevoli e rispettose dello stesso principio costituzionale⁶²⁴, ha ribadito, in linea di massima, che la previsione per legge di condizioni di accesso intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione non è di per sé incompatibile con il dettato costituzionale a patto che essa risponda al principio del buon andamento dell'amministrazione⁶²⁵.

Pacifico sembra anche l'orientamento della Corte Costituzionale che ha ritenuto che la deroga agli artt. 3 e 97 Cost. non possa mai essere giustificata in base alla circostanza *sic et simpliciter* che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione, laddove la norma regionale costituirebbe “*un arbitrario privilegio a favore di una generica categoria di persone*”⁶²⁶, o sulla “*personale aspettativa degli aspiranti*” ad una misura di stabilizzazione. E, di conseguenza, non possono essere considerate cause giustificative di deroga al principio costituzionale

⁶²³ Corte Cost. 4 gennaio 1999, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 6, p. 536.

⁶²⁴ Corte Cost. 4 dicembre 2002, n. 517, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1329; Corte cost. 24 luglio 2003, n. 274, par. 3.3., in *Lav. pubbl.amm.*, 2003, II, p. 588 ss., con nota di R. SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e il nuovo art. 117 Cost. all'esame della Corte Costituzionale*; in *Dir. e giust.*, 2003, p. 51, con nota di M. ALESIO, *L'efficienza dell'amministrazione si gioca anche sui pubblici concorsi. Come la Consulta rivitalizza l'art. 97 Costituzione*.

⁶²⁵ Corte Cost. 18 febbraio 2011, n. 52, par. 2.1, *Giur. Cost.*, 2011, I, c. 715 ss.

⁶²⁶ Corte Cost. 3 marzo 2006, n. 81, in *Giur. cost.* 2006, p. 873, con nota di A. FILIPPINI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di pubblici concorsi: una breve rassegna per l'anno in corso*; Corte Cost. 4 giugno 2010, n. 195, par. 3, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2312 ss. In quest'ultima pronuncia, la Corte Costituzionale ha però sindacato la legittimità costituzionale di una legge regionale che, ai fini perequativi, disponeva il reinquadramento di dipendenti regionali già in servizio. Più di recente, Corte Cost. 5 marzo 2012 (par. 5.1.1), n.51 e 16 aprile 2012, n. 99 (par. 8.1).

nemmeno eventuali “*esigenze strumentali dell’amministrazione, connesse alla gestione del personale*”⁶²⁷.

La deroga al principio costituzionale può essere considerata legittima solo se collegabile a “*peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico*”⁶²⁸ e che, in ragione di ciò, l’opzione legislativa non si presenti come manifestamente irragionevole⁶²⁹ e che sia in ogni caso circoscritta⁶³⁰.

E tale “*motivo di interesse pubblico*” deve essere tale da giustificare nell’intervento legislativo, al fine di assicurare il buon andamento dell’amministrazione e l’uguaglianza tra cittadini, la prevalenza dell’interesse ad una stabilizzazione del personale precario rispetto a quello di assicurare l’accesso all’impiego pubblico dei più capaci e meritevoli⁶³¹.

E vale la pena di precisare che l’eventuale stabilizzazione del personale assunto a termine presso gli uffici di diretta collaborazione degli organi di indirizzo politico è sempre contraria al buon andamento dell’amministrazione, dal momento che l’eventuale stabilizzazione degli stessi precluderebbe ai titolari degli organi politici della successiva legislatura di potersi avvalere a loro volta di collaboratori di loro fiducia, se non assumendo nuovo personale e aggravando ulteriormente la spesa⁶³².

E ciò vale anche con riferimento a “*qualsiasi generalizzato scivolamento verso l’alto*” nei confronti dei quali le uniche deroghe ammissibili alle regole stabilite per l’assegnazione di qualifiche corrispondenti a mansioni superiori, già esercitate nell’ambito e nel rispetto delle procedure delineate dalla legge o dai contratti collettivi, devono tenere conto di procedure concorsuali o selettive⁶³³.

⁶²⁷ Corte Cost. n. 195/2010; e già Corte Cost. 24 giugno 1997, n. 191, par. 4, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3507 ss.; cfr. Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 68, par. 7.2, in *Giur. Cost.*, 2011, 2, c. 1053 ss.

⁶²⁸ Corte Cost. 3 marzo 2006 n. 81; Corte Cost. 13 novembre 2009, n. 293, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3507 ss.; Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 67, par. 4.2, in *Giur. cost.*, 2011, 2, c. 1025 ss.; Corte Cost. 17 marzo 2010, n. 100, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2641 ss.; Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 150, par. 3.1, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1991 ss..

⁶²⁹ Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274, par. 3.3, in materia di stabilizzazione dei lavoratori socialmente utili.

⁶³⁰ Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 363, in *Foro it.*, 2007, I, c. 15 ss.; Corte Cost. 15 maggio 2010, n. 9 in *Giur. cost.* 2010, 1, c. 126 ss. e Corte Cost. n. 100/2010.

⁶³¹ Corte Cost. 26 maggio 2006, n. 205, par. 4.1.2.

⁶³² Corte Cost. 13 novembre 2009, n. 293 par. 3.3. Ma anche Corte Cost. 5 gennaio 2011, n. 7, par. 2.5.2, in *Giur. Cost.*, 2011, 1, c. 53 ss.; Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 277, in *Giur. Cost.*, 2005, 4, c. 2678 ss.

⁶³³ Corte Cost. 23 luglio 2002, n. 273, in *Lav. pubbl. amm.*, con nota di M. MONTINI, *Progressioni in carriera, concorsi aperti agli esterni e “buon senso”*; Corte Cost. 16 maggio 2002, n. 194, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 289 ss.

Le esigenze peculiari a cui le pubbliche amministrazioni possono appellarsi per legittimare forme di stabilizzazione del personale precario alle loro dipendenze sono da collegare alle caratteristiche specifiche delle attività svolte dal personale precario le quali, richiedendo competenze non facilmente acquisibili attraverso il reclutamento esterno, rendono opportuno il consolidamento delle esperienze professionali maturate all'interno dell'amministrazione, ovvero inopportuna la dispersione delle competenze già acquisite per quanto temporaneamente⁶³⁴.

Oppure, possono essere conseguenza della natura delle funzioni dell'amministrazioni pubblica, ovvero dei compiti ad essa attribuiti per soddisfare gli interessi della collettività e per la cui realizzazione i dipendenti pubblici, destinatari delle misure di stabilizzazione, sono stati reclutati⁶³⁵.

Oltre alle peculiari ragioni di interesse pubblico, legittimanti la deroga al principio del concorso pubblico, la giurisprudenza costituzionale richiede altre due condizioni.

La prima prevede che le deroghe al principio del concorso pubblico siano limitate nel tempo e nei presupposti⁶³⁶, per far sì che la trasformazione a tempo indeterminato sia disposta con riferimento ad un numero limitato di rapporti di lavoro, rispetto alla globalità delle assunzioni poste in essere dall'amministrazione⁶³⁷.

Una seconda condizione prevede adeguati accorgimenti per assicurare comunque che il personale assunto abbia la professionalità necessaria allo svolgimento dell'incarico⁶³⁸.

⁶³⁴ Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 267, par. 7.1, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3251 ss.; Corte Cost. n. 195/2010; Corte Cost. n. 293/2009.

⁶³⁵ Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 267, par. 7.1, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3251 ss.; Corte Cost. n. 195/2010, cit.; Corte Cost. n. 293/2009, cit. La rigorosa giustificazione legislativa non si è resa necessaria dal momento che la normativa regionale, invece di individuare autonomamente i requisiti di cui deve predisporre il personale da stabilizzare, si è limitata a richiamare quelli stabiliti dalla vigente legislazione. Cfr. Corte Cost. n. 195/2010, par. 4, in *Giur. Cost.*, 2020, 3, c. 2150 ss.

⁶³⁶ Corte Cost. n. 363/2006, cit. par. 3.

⁶³⁷ Corte Cost. 24 giugno 2010, n. 225, par. 3, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2010, p. 734 ss; Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 137, in *Dir. gius.*, 2013, p. 14.

⁶³⁸ Corte Cost. 14 luglio 2009, n. 215, par. 7, in *Foro it.*, 2009, I, c. 2931 ss.; Corte Cost. 225/2010.

L'eventuale selezione del personale da assumere deve avvenire non sulla base di libere determinazioni dell'amministrazione ma deve essere condotta sulla base di procedure selettive imparziali e obiettive⁶³⁹. La Corte Costituzionale ha, inoltre, valutato illegittima la stabilizzazione automatica e senza concorso di coloro, che, in precedenza, erano stati assunti *“a seguito di selezione pubblica”*. Tale requisito è stato, difatti, considerato dalla Corte *“troppo generico”* e, pertanto, inidoneo a garantire sia la natura concorsuale della selezione, sia la perfetta riferibilità della valutazione compiuta *“alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere”*⁶⁴⁰.

La Corte Costituzionale è apparsa particolarmente rigorosa in tutti quei casi in cui i destinatari delle previsioni legislative in materia di stabilizzazione erano i collaboratori coordinati e continuativi e ciò, in ragione, della natura autonoma della prestazione resa.

Dunque, soltanto *“esigenze obiettive, quali la necessità di valorizzare le esperienze lavorative maturate all'interno dell'amministrazione, possono giustificare la validità di procedure di selezione diverse rispetto al concorso pubblico”* ma solo *“a condizione che il principio del buon andamento della pubblica amministrazione sia assicurato in via alternativa con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti”*⁶⁴¹.

⁶³⁹ V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., pp. 51 e 52. Cfr. Corte Cost. n. 363/2006, cit., par. 3. Corte Cost. 13 marzo 2009, n. 70, par. 7, in *Foro it.* 2009, I, c. 2319 ss.

⁶⁴⁰ Tra le altre, Corte Cost. 11 febbraio 2001 n. 42 e Corte Cost. 13 aprile 2011 n. 127.

⁶⁴¹ Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 149, par. 4.2, in *Foro it.* 2010, I, c. 1992 ss. che richiama numerose precedenti sentenze.

CAPITOLO III

LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE DELLE NORME SUL LAVORO FLESSIBILE: LA SPECIALITÀ DEL PRECARIATO PUBBLICO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED IL CONTRIBUTO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

3.1 Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la qualificazione del danno **3.2** Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la quantificazione del danno; **3.3** L'indennità risarcitoria nel dialogo tra le corti; **3.4** L'evoluzione giurisprudenziale in materia di contratti di lavoro a termine e la specialità del pubblico impiego: il prezioso contributo della Corte di Giustizia; **3.5** L'indennità risarcitoria nel dialogo tra le Corti nazionali ed europee; **3.6** (segue) Attualità e prospettive della giurisprudenza nazionale in tema di quantificazione del danno: l'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010; **3.7** Il contratto a termine per il comparto Scuola: la disapplicazione dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nella recente giurisprudenza "creativa" nazionale e europea; **3.8** La svolta sancita dall'ordinanza *Papalia* e dalla sentenza *Mascolo*. La responsabilità del dirigente nella gestione della flessibilità in entrata; **3.9** (segue) Il "vuoto normativo" dell'ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Riflessioni

3.1. Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la qualificazione del danno

Il panorama legislativo relativo ai lavori flessibili rappresenta una realtà complessa e in continuo movimento, sempre più oggetto di istanze riformatrici interne al nostro ordinamento e dell' incisivo contributo del legislatore comunitario, che ha via via normalizzato il rapporto di lavoro subordinato flessibile⁶⁴². E se da una parte si presenta cospicua la legislazione in materia, tesa a giustificare la deroga alla modalità tradizionale di lavoro subordinato solo come eccezione o quasi, altrettanto può dirsi della giurisprudenza chiamata nel tempo a definire i presupposti per il legittimo ricorso al tipo flessibile e alle sanzioni conseguenti.

La giurisprudenza comunitaria si è concentrata sull'interpretazione della direttiva comunitaria del 1999, con prevalente attenzione alla successione abusiva dei contratti a termine; la giurisprudenza nazionale ha preferito prestare attenzione alla questione della giustificazione della clausola del termine in quanto tale e alla giustificazione del primo contratto e della

⁶⁴² P. BELLOCCHI, *Lavoratori subordinati flessibili*, sez. III, in L. Zoppoli (a cura di), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, II edizione. Giappichelli Editore, Torino 2013, p. 37.

conversione di esso, nonché al risarcimento del danno a seguito del contratto illegittimo, con la previsione di un trattamento indennitario *forfettizzato* introdotto, per i soli giudizi in corso, nel 2008 e rilanciato, con un approccio di più ampio respiro, nel 2010 (in seguito rivisto dalla l. n. 92/2012).

Ed è sul versante specifico del lavoro pubblico privatizzato che si è venuto a delineare un sistema a sé stante ed autoconcluso che ha comportato numerosi problemi interpretativi.

Difatti, nel pubblico impiego la regola della conversione/trasformazione del rapporto di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato, nel caso di illegittima apposizione del termine, viene sostituita dal diritto al risarcimento del danno (art. 36, d.lgs. n. 165/2001).

Il carattere derogatorio di tale sistema sanzionatorio rappresenta il punto di maggiore distanza e differenza rispetto alla disciplina del lavoro nel settore privato⁶⁴³.

La questione, che appare l'ulteriore conferma della sopravvivenza del dualismo di discipline tra pubblico e privato, si giustifica con la tutela dell'organizzazione dell'amministrazione pubblica, la cui attività risulta determinante per la realizzazione dell'interesse pubblico che non consente l'applicazione in materia di assunzioni flessibili nel pubblico impiego delle tutele e dei diritti dei lavoratori comunemente utilizzate nel settore privato.

In ciò appare molto chiaro l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 che 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 da tempo determinato a tempo indeterminato”*⁶⁴⁴. La seconda parte del comma 5 dell'art. 36 precisa che il lavoratore, che sia oggetto di un'assunzione illegittima o che sia stato impiegato con modalità contrarie alla legge, ha diritto al *“risarcimento del*

⁶⁴³ Circa l'annosa questione dell'ammissibilità, sotto il profilo costituzionale e comunitario, di una sanzione differenziata tra lavoro privato e lavoro pubblico, nonché la controversia giurisprudenziale sulla qualificazione e quantificazione del danno da risarcire ex art. 36, d.lgs. n. 165/2001, alla luce dei criteri di effettività della sanzione richiesti dal diritto dell'Unione europea cfr., tra gli altri, L. DI PAOLA, I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*. Giuffrè Editore, Milano 2013.

⁶⁴⁴ Il divieto viene ribadito anche nel successivo comma 5-ter che sottolinea l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 ribadendo il *“divieto di trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato a tempo indeterminato”*.

danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”⁶⁴⁵.

Il d.l. n. 101/2013, convertito in l. 30 ottobre 2013 n. 125, ha aggiunto a questa disciplina un’ulteriore norma ai sensi della quale i contratti di lavoro a tempo determinato, instaurati in violazione delle regole direttamente poste dall’art. 36 d.lgs. n. 165/2001, sono “*nulli e determinano [la] responsabilità erariale*” dei dirigenti che li abbiano instaurati, i quali saranno altresì “*responsabili ai sensi dell’articolo 21 d.lgs. n. 165/2001*”.

Inoltre, al dirigente responsabile di irregolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile “*non può essere erogata la retribuzione di risultato*” (art. 36, comma 5-*quarter*, d.lgs. n. 165/2001)⁶⁴⁶.

Tale previsione, che si configura come disposizione speciale, appare molto ampia in quanto riguarda tutte le ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed attiene alla violazione di qualsiasi norma riguardante l’assunzione e l’impiego di lavoratori alla quale l’ordinamento giuridico non ricollegghi specifiche conseguenze; anche il suo ambito di applicazione appare molto esteso comprendendo qualsiasi forma flessibile di impiego, ivi compresi i rapporti formativi, e le assunzioni a termine a condizione che siano violate norme diverse poste dal d.lgs. n. 165/2001.

La previsione della tutela risarcitoria in alternativa a quella della conversione/trasformazione del rapporto precario in uno stabile è giustificata dalla presenza nel nostro ordinamento dell’art. 97 Cost. che impone il principio del concorso per l’accesso nell’amministrazione, regola che giustifica, ai sensi dell’art. 3 Cost., anche la disparità di trattamento tra lavoratore pubblico e privato con avvallo dello Corte Costituzionale⁶⁴⁷ e della Corte di Giustizia⁶⁴⁸, come si vedrà nel proseguo della trattazione.

⁶⁴⁵ La norma conclude imponendo alle pubbliche amministrazioni di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento del danno dai dirigenti che l’abbiano procurato con condotte connotate da dolo o colpa grave e di tenere conto di queste ultime in sede di valutazione dell’operato del dirigente, sia ai fini della retribuzione di risultato, sia all’eventuale fine di applicare una delle misure di cui all’art. 21 d.lgs. n. 165/2001.

⁶⁴⁶ V. *infra*.

⁶⁴⁷ Corte Cost. 27 marzo 2009, n. 89 in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 355.

⁶⁴⁸ In realtà, la distinzione tra impiego privato e lavoro pubblico è una questione che proviene dalle legislazioni nazionali, dal momento che la disciplina comunitaria, a livello interpretativo e applicativo, rimane unitaria nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. La posizione “comunitaria”, tendente a rendere quanto più possibile omogenea l’applicazione delle condizioni minime di tutela della normativa europea antiabusiva, è stata costantemente

L'assunzione del personale a tempo determinato per fronteggiare esigenze gestionali ed organizzative stabili ed ordinarie, nonché l'assunzione a termine in violazione dei diritti di precedenza di cui al comma 5-*bis* dell'art. 36 comportano la nullità dei rapporti e la conseguente applicazione dell'art. 2126, comma 1 c.c.

Quest'ultimo stabilisce che la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illeceità dell'oggetto o della causa.

E l'applicabilità dell'art. 2126 c.c. è plausibile a condizione che si condivida l'opinione secondo la quale *“l'oggetto è illecito quando la prestazione contrattuale in sé per sé considerata (a prescindere, cioè, dalla sua deduzione in contratto) viola una norma imperativa”* mentre *“è illecita la causa quando – pur essendo la prestazione di per sé lecita – illecita risulta la sua deduzione in contratto”*, ovvero quando l'ordinamento disapprova *“il suo farsi materia di scambio”*⁶⁴⁹.

Pertanto, il lavoratore assunto a termine in presenza di esigenze amministrative stabili e permanenti che agisce in giudizio potrebbe al più ottenere una dichiarazione di nullità del proprio contratto e questa *“non produce effetto per il periodo in cui ha avuto esecuzione”*, periodo che deve, però, essere computato nell'anzianità di servizio del lavoratore per qualunque fine questa sia rilevante, ad esempio nei processi di stabilizzazione.

Per quanto riguarda l'interpretazione del comma 5 dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, la previsione in esso contenuta costituirebbe un'applicazione specifica della regola secondo la quale *“le sentenze con le quali [il giudice ordinario] accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme*

rappresentata dagli Avvocati generali ed è rintracciabile nelle conclusioni dell'italiano Tizzano nella causa *Mangold* cit. e nella causa 7 settembre 2006, C- 81/05 *Cordero Alonso* sul principio di uguaglianza e non discriminazione, dell'austriaca Stix-Hackl nella causa 9 settembre 2003 C-285/01 *Burbaud*, della britannica Sharpston sia nella causa di infrazione contro l'Italia sia nella causa 8 settembre 2011 C-177/10 *Rosado Santana*, del finlandese Jääskinen nelle cause 24 giugno 2010 C-98/09 *Sorge* e C-313/10 *Jansen* (in cui non vi è stata pronuncia della Corte di Giustizia, v. *infra*).

⁶⁴⁹ V. ROPPO, *Il contratto*. Giuffrè Editore, Milano 2011, pp. 380-381. *Contra*, M. MISCIONE, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in M. Ricci, M. D'Onghia (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2009, p. 183 ss. La questione è considerata irrilevante da P. CAMPANELLA, *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e F.D. Busnelli. Giuffrè Editore, Milano 2103, p.248.

sostanziali o procedurali, hanno anche effetto [...] estintivo del rapporto di lavoro”.

Pertanto, sono considerati nulli i contratti di lavoro flessibile stipulati in violazione delle norme in materia di assunzione e di impiego dei lavoratori subordinati⁶⁵⁰.

Prima della contrattualizzazione dei rapporti di lavoro, l'art. 2126 c.c. rappresentava davvero uno strumento di tutela dei lavoratori e ciò era dovuto all'avvallo della giurisprudenza amministrativa che era giunta ad ammettere l'applicabilità analogica del suddetto articolo ai rapporti di pubblico impiego quale alternativa all'indennizzo del lavoratore per l'arricchimento altrui senza alcuna causa (ai sensi dell'art. 2041 c.c.) o alla ripetizione dell'indebito (come previsto dall'art. 2033 e ss. c.c.).

Si tratta di una serie di situazioni in cui il contrasto dell'atto amministrativo di assunzione con norme legali di natura pubblicistica avrebbe altrimenti implicato la nullità insanabile dei medesimi atti e l'impossibilità di configurare un diritto del lavoratore ad essere retribuito per la prestazione di fatto resa⁶⁵¹. La contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblico e l'assoggettamento degli stessi alle medesime regole del lavoro subordinato privato ha consentito l'applicabilità diretta, e non più analogica, dell'art. 2126 c.c.

Se prima della contrattualizzazione il dato incerto era rappresentato dall'applicabilità o meno dell'art. 2126 c.c., dopo la contrattualizzazione l'incertezza è da collegare alla natura giuridica – imperativa o soltanto derogabile - delle norme violate e dalle implicazioni circa la validità del contratto della regola di cui al comma 5 dell'art. 36, restando indiscutibile l'applicabilità diretta dell'art. 2126 c.c. alle prestazioni di fatto rese in favore delle amministrazioni pubbliche. La questione riguarda la validità o meno dei contratti flessibili instaurati in violazione di norme imperative e il problema può essere adeguatamente impostato evidenziando le contraddizioni e le incoerenze della tesi attualmente prevalente.

⁶⁵⁰ C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 477 ss.

⁶⁵¹ *Ivi*, p. 478, nel richiamo di V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 87.

La più evidente attiene all'eventuale inapplicabilità del rimedio costituito dall'art. 36, comma 5, relativo alla conversione a tempo indeterminato di rapporti di lavoro che, instaurati o eseguiti in violazione di norme imperative, sarebbero considerati nulli già in applicazione dell'art. 1418, comma 1, c.c. (che sanziona con la nullità il contratto che sia contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente), perché o si considera il rapporto nullo e l'unica conseguenza possibile è l'applicazione dell'art. 2126 c.c., oppure il rapporto è validamente costituito e quindi esso non potrà mai acquisire efficacia a tempo indeterminato⁶⁵².

Inoltre, una seconda interpretazione per la quale l'art. 36, comma 5, disporrebbe la nullità insanabile di rapporti di lavoro flessibili posti in essere in violazione di norme imperative priva di significato precettivo anche il comma 5- *quarter* del medesimo articolo che sanziona, appunto, con la nullità del contratto di lavoro a termine la violazione delle norme direttamente poste dall'art. 36 alle quali, conviene ribadirlo, è riconosciuta natura imperativa dall'art. 2, comma 2, primo periodo d.lgs. n. 165/2001.

Infine, altrettanto dubbio è il collegamento della nullità del rapporto di lavoro alla violazione di *qualsiasi* regola attinente l'assunzione o l'impiego di lavoratori, e quindi delle “*leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*”, che profilerebbe un'imputazione degli effetti sanzionatori anche al lavoratore che invece dovrebbe essere protetto ponendo un problema di giustizia sostanziale: il lavoratore che, in pendenza di un rapporto di lavoro, ricorresse al giudice lamentando la violazione da parte della pubblica amministrazione di regole relative alla proroga del termine finale di efficacia del proprio contratto, potrebbe al massimo ottenere la dichiarazione di nullità del contratto e perdere la retribuzione che gli sarebbe spettata se il rapporto avesse continuato ad avere esecuzione. E' molto meno probabile, invece, configurare un interesse ad agire nell'ipotesi in cui il rapporto a termine sia cessato⁶⁵³.

⁶⁵² Cfr. E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, I, pp. 709-710, nel richiamo di V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 88.

⁶⁵³ L. MENGHINI, *Lavoro a termine*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, t.I., Ed. UTET Giuridica, Milano 2009, p. 1165.

Appare a questo punto conveniente affermare che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, tutte le disposizioni legislative che attengono alla legittimazione a stipulare e all'instaurazione del rapporto obbligatorio tra pubblica amministrazione e singolo dipendente, salvo che la legge disponga diversamente in relazione a determinate fattispecie, ad esempio nei casi stabiliti dal citato comma 5-*quarter* dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 e qualora manchi la forma scritta del contratto a cui viene attribuito valore sostanziale ai fini della valida costituzione del rapporto⁶⁵⁴.

La violazione di queste disposizioni, se non determina la conversione a tempo indeterminato, non può nemmeno comportare la nullità degli stessi⁶⁵⁵.

Di conseguenza, rientrerebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 1418 c.c. la violazione delle previsioni, sempre dettate a protezione di interessi pubblici, che riguardano la fase pre-contrattuale e tutti i divieti di assunzione.

Il riferimento è, ad esempio, a titolo puramente esemplificativo, alla violazione delle norme in materia di dotazione organica e di programmazione delle assunzioni, di spesa per il personale nonché di procedure di reclutamento che determineranno l'invalidità e la conseguente applicazione della protezione dell'art. 2126 c.c.⁶⁵⁶

Quanto detto appare coerente con il tenore letterale dell'art. 86, comma 9, d.lgs. n. 276/2003 che esclude l'applicazione dell'art. 27, comma 1, nelle ipotesi in cui le amministrazioni pubbliche violino la disciplina della somministrazione di manodopera.

Lo stesso dicasi con riferimento alla violazione delle norme in materia di proroga del termine finale di efficacia del contratto o che attengono al rinnovo dei contratti a termine o quelle che fissano un periodo massimo pari a 36 mesi entro il quale contenere la durata o la reiterazione dei rapporti a termine, che

⁶⁵⁴ Cass. sez. I, 16 ottobre 1999, n. 11687 in *Contratti* (I), 2000, p. 221; nonché Cass., sez. I, 29 settembre 2000, n. 12942, in *Giust. Civ. mass.*, 2000, p. 2027.

⁶⁵⁵ L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce dell'esperienza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, IV, 2007, cc. 345-346, nel richiamo di V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 90

⁶⁵⁶ Cfr. divieti posti dall'art. 3, d.lgs. n. 368/2001 oppure divieti imposti alle amministrazioni pubbliche: art. 1, comma 462, lett. d), l. n. 228/2012 che sanziona le Regioni e le Province autonome che abbiano violato il patto di stabilità interno. Analoga regola è dettata per gli enti locali dall'art. 31, comma 26, lett. d), 12 novembre 2011 n. 183, come sostituito dall'art. 1, comma 439, l. n. 228/2012. Più approfonditamente, cfr. V. PINTO, *op.ult.cit.*, p. 91, nota n. 216.

non potranno comportare la nullità, seppur parziale, delle relative clausole e le prosecuzione a tempo indeterminato dei medesimi rapporti di lavoro.

Quanto finora affermato sembra voler vedere nell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, la conferma dell'applicazione del principio costituzionale sancito dall'art. 97 Cost. che condiziona l'accesso agli impieghi pubblici a tempo indeterminato al positivo superamento di un concorso pubblico.

Se esso non ci fosse, ci troveremmo di fronte a norme regolanti i diversi schemi negoziali che, sancendo l'instaurazione o prosecuzione *ope judicis* a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro, non costituirebbero attuazione del comma 3 dell'art. 97 Cost. che riconosce alla sola discrezionalità del legislatore l'individuazione dei casi eccezionali in cui è possibile derogare alla regola del concorso pubblico. Anche la Corte Costituzionale ha dichiarato la legittimità costituzionale della disposizione in discorso affermando che è la stessa Costituzione, fermo restando il principio di uguaglianza contenuto nell'art. 3 Cost., ad imporre una sostanziale distinzione tra lavoro pubblico e privato e, pertanto, il terzo comma rimette soltanto alla discrezionalità del legislatore l'individuazione dei casi eccezionali in cui è possibile derogare al principio del concorso pubblico⁶⁵⁷.

E' anche vero, infatti, che una conversione *ope judicis* dei rapporti flessibili in rapporti a tempo indeterminato potrebbe comportare un pericoloso, perché non necessario o finanziariamente non sostenibile, incremento degli organici determinando così un'eccedenza di personale oppure uno squilibrio finanziario.

Il divieto di conversione a tempo indeterminato opererà, inoltre, anche in quei casi in cui la costituzione del rapporto a tempo indeterminato non richieda l'espletamento di un concorso: ad esempio, con riguardo ai lavoratori inquadrati nelle qualifiche e nei profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo o per i quali si prevede l'avviamento degli iscritti nelle "liste di collocamento" (art. 35, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 165/2001).

Infine, per dovere di completezza, conviene chiarire il significato di "norme imperative", categoria dogmatica del diritto di cui manca un'esplicita definizione legislativa, laddove l'interpretazione finora condivisa prevede

⁶⁵⁷ Corte Cost. 27 marzo 2003, n.89, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 355 ss.

l'applicazione dell'art. 36, comma 5, in base al contenuto precettivo delle norme violate, ovvero in base alla loro attinenza o meno all'assunzione o all'impiego dei lavoratori, e non anche alla natura giuridica imperativa delle stesse.

Ma è necessario operare una distinzione di regime giuridico tra conseguenza della violazione di disposizioni imperative, riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, e la violazione di previsioni meramente inderogabili, pur attinenti all'assunzione o l'impiego di lavoratori.

E' il caso allora di sostenere che gli ambiti di applicazione del comma 5, art. 36 cit., e delle norme che dispongono la nullità del contratto, devono essere tenuti ben distinti e ciò ha rilevanza ai fini dell'attribuzione della diversa natura, contrattuale o extracontrattuale, della responsabilità risarcitoria imputata dalla legge all'amministrazione pubblica datrice di lavoro: se si sostiene che il comma 5, art. 36, determini la nullità del contratto si propende per la natura precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* (connesso all'ulteriore condizione di risarcibilità del lavoratore che abbia incolpevolmente confidato nella validità del contratto *ex art. 1338 c.c.*) o extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, qualora si sostenga il contrario, si opterà per la natura contrattuale della responsabilità dell'amministrazione⁶⁵⁸.

La definizione della natura della responsabilità in cui incorre l'amministrazione in caso di violazione delle norme in materia di contratti a termine appare il fondamento per la qualificazione del danno; occorre, pertanto, interrogarsi se sia o meno riconducibile ad una responsabilità extracontrattuale o contrattuale. La necessaria determinazione della natura del danno patito dal lavoratore, come è evidente, dipende dalla scelta interpretativa che si decide di sostenere in merito alla sorte del contratto stipulato e del relativo rapporto di lavoro instaurato in violazione di norme imperative. Se si intende sostenere a titolo di sanzione della violazione la nullità del contratto, si qualifica l'eventuale danno come extracontrattuale; altrimenti si può riconoscere natura extracontrattuale

⁶⁵⁸ Ampiamente sul punto, V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., p. 93-95.

nelle ipotesi in cui è applicabile l'art. 2126 c.c.; e natura contrattuale in quelle regolate dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001⁶⁵⁹.

La questione non appare pacifica né in dottrina né in giurisprudenza⁶⁶⁰.

L'argomento a sostegno della prima ipotesi, ovvero della responsabilità extracontrattuale, parte dalla considerazione che la previsione legislativa introduce un principio di generale risarcibilità che, non prendendo in considerazione la prestazione lavorativa e i conseguenziali possibili inadempimenti, considera il contratto in sé come possibile causa del danno, ove stipulato contravvenendo a disposizioni imperative e si muove, pertanto, nell'area della responsabilità extracontrattuale, *ex art. 2043 c.c.*

In base a quest'ultima, il lavoratore dovrà esercitare il suo diritto al risarcimento del danno nel termine prescrizione ridotto (5 anni) e avrà l'onere di provare non solo l'esistenza del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, ma anche il danno concreto subito, con il limite costituito dall'art. 1225 c.c., in caso di mancanza di dolo e conseguente risarcibilità del solo danno prevedibile⁶⁶¹. Appare evidente che tale circostanza spinge a dubitare che si possa sostenere la sussunzione della fattispecie risarcitoria nell'alveo della responsabilità aquilana in quanto questa interpretazione indurrebbe ad un'inevitabile disparità di trattamento dei lavoratori pubblici, che si troverebbero onerati di siffatta prova, rispetto ai lavoratori del settore privato per i quali è sufficiente la prova della violazione delle norme perché possa invocarsi l'effetto legale sostitutivo⁶⁶².

Il motivo a favore del configurarsi della responsabilità contrattuale, da preferire a parere di chi scrive, trova conforto nel considerare che l'illecita apposizione del termine dovrebbe impedire lo svolgimento della prestazione lavorativa sotto qualsiasi profilo e, qualora ciò non accada e la prestazione abbia comunque esecuzione, anche nel lavoro pubblico trova applicazione l'art. 2126 c.c., che fa salvi gli effetti del contratto invalido.

⁶⁵⁹ Tribunale Trapani, sez. Lavoro, 12 dicembre 2012, n. 745.

⁶⁶⁰ In dottrina, C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 487 e nota n. 59; A. MISCIONE, *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*, in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 179.

⁶⁶¹ A. VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*. Ed. CEDAM, Padova, 1995, p. 105.

⁶⁶² M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 133.

Pertanto, durante il periodo di esecuzione della prestazione, il lavoratore acquisisce e conserva i diritti derivanti dal contratto di lavoro e quindi avrà diritto *“per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione all’applicazione di tutti gli effetti tipici scaturenti dalla prestazione di lavoro”*⁶⁶³.

Difatti, si può ritenere che il rapporto giuridico su base contrattuale si sia comunque instaurato, essendo pacifico che l’art. 2126 c.c., pur non equiparando il rapporto di lavoro invalido a quello valido e limitandosi a disciplinare soltanto gli effetti della vicenda contrattuale limitatamente al periodo in cui si è svolta, non ne pone in discussione l’origine contrattuale⁶⁶⁴.

A sostegno di quanto detto, l’art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001 afferma che *“il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione della norma imperativa”* e tale espressione induce ad una duplice riflessione.

La prima attiene alla conferma sancita dalla citata disposizione sul diritto al risarcimento del danno che ha origine nella prestazione e quindi nella relazione contrattuale.

La seconda riguarda il danno che si produce per il fatto stesso della prestazione e quindi della relazione contrattuale, sebbene posta in essere in violazione della norma imperativa, al di là di quanto dovuto come corrispettivo della medesima prestazione, a cui provvede la tutela garantita dall’art. 2126 c.c.

Ciò sta a significare che il danno è sempre e comunque dovuto, anche nelle ipotesi in cui il rapporto a termine abbia avuto completa esecuzione e, comunque, a prescindere della sua effettiva durata⁶⁶⁵.

Inoltre, per quanto riguarda la ragione del danno subito dal lavoratore, essa è da ricollegarsi al principio, presente nel nostro ordinamento giuridico ed in quello comunitario, secondo cui il rapporto di lavoro, anche pubblico, è di regola a tempo indeterminato (art. 1 d.lgs. n. 368/2001), anche a volerne parlare in termine di preferenza piuttosto che di presunzione.

⁶⁶³ Così, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2005, p. 318.

⁶⁶⁴ C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 468 ss.

⁶⁶⁵ Di parere contrario, L. DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2004, p. 45 ss.

Ed in ragione di ciò, nelle ipotesi di vizio della clausola temporale, nel privato, come si è già osservato, si prevede la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Nel pubblico impiego, però, il datore di lavoro, per i vincoli costituzionali di cui si è già dato conto, incorre nel divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori, ed il danno peculiare previsto dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 è da collegarsi a questo divieto.

Inoltre, nello specifico, l'ordinamento imputa all'amministrazione, come conseguenza del suo comportamento illegittimo e a tutela della debolezza contrattuale del lavoratore subordinato, i danni subiti dal lavoratore pubblico per la negazione *a priori* della conversione.

Questa lettura trova conforto sia nella disciplina sui contratti a termine contenuti della direttiva comunitaria sia nelle sentenze della Corte di Giustizia che sono intervenute sulla questione specifica⁶⁶⁶.

Pertanto, la sanzione dovrà rispettare sia il principio dell'effettività che quello dell'equivalenza, ovvero il danno di cui dovrà essere risarcito il lavoratore pubblico sarà necessariamente collegato all'impossibilità di vedersi applicare la regola della conversione.

Sotto questo profilo, la sanzione svolge una duplice funzione: sanzionatoria, in stretta osservanza della disciplina comunitaria, e risarcitoria, secondo dinamiche previste dal nostro ordinamento.

Sembra, in definitiva, che il legislatore abbia voluto con l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 tipizzare il danno e ciò si evince dall'interpretazione letterale, logica e sistemica della norma: i primi due periodi del citato art. 36, comma 5, vanno posti in stretta continuità, dal momento che *“il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”* perché *“la violazione di norme imperative (...) non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato”*.

La lettera della norma non ipotizza il risarcimento come meramente eventuale, ma lo contempla indipendentemente dalle vicende del rapporto di lavoro a termine e lo àncora esclusivamente allo svolgimento della prestazione.

⁶⁶⁶ V. *infra*.

3.2 (segue) *Il regime sanzionatorio nel lavoro pubblico flessibile: la quantificazione del danno.*

Se come si è detto, il lavoratore illegittimamente assunto non può essere lasciato dalla norma sprovvisto di tutela, questi, come si è già ricordato, non può vantare diritto alcuno alla stabilizzazione del rapporto di lavoro⁶⁶⁷, maturando un autonomo e distinto diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico che si sostanzia nella possibilità di richiedere un risarcimento del danno, escludendosi che esso possa limitarsi al pagamento da parte dell'amministrazione della retribuzione e delle connesse competenze accessorie, compresi i contributi previdenziali, essendo questo già garantito dall'art. 2126 c.c.

Ciò appare pacifico in dottrina ed anche con riferimento all'orientamento del Consiglio di Stato che, a partire dall'adunanza plenaria n. 2 del 1992, ha più volte affermato che *“il rapporto di pubblico impiego nullo in quanto costituito in violazione di divieti di legge non va considerato illecito nell'oggetto o nella causa ai sensi dell'art. 2126 c.c., per cui il lavoratore può far valere i crediti retributivi nonché i diritti relativi al versamento di contributi assicurativi limitatamente al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione”*⁶⁶⁸.

Appare chiaro l'intento del legislatore che ha voluto garantire al lavoratore pubblico, non potendo confidare nella conversione/trasformazione del contratto di lavoro, una tutela adeguata e, nello stesso tempo, *“dissuadere la pubblica amministrazione, o meglio i dirigenti competenti, dal concludere accordi*

⁶⁶⁷ Su questo la giurisprudenza di legittimità appare unanime (Cfr. Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, nota di S. CIUCCIOVINO, *L'inidoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in Riv. it. dir. lav., 2012, II, p. 138) sebbene non siano mancate posizioni contrarie di cui conviene dar conto. La giurisprudenza ha disposto la conversione di un contratto a termine anche nei confronti di una pubblica amministrazione ma si tratta di fattispecie del tutto peculiari nelle quali il datore di lavoro, anche se pubblico, applica contratti collettivi di diritto privato per particolari categorie di suoi dipendenti. In tal senso, Cass. 22 aprile 2010, n. 9555, avente ad oggetto una fattispecie relativa ai portieri addetti alla vigilanza e alla custodia di edifici dipendenti dall'Inail. Cfr. A.GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555 del 2010 della Corte di Cassazione*, in Arg. dir.lav., 2012, p. 119.

⁶⁶⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1419, in Cons. Stato, 1998, I, p. 1716. In dottrina, cfr. C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in Arg. dir. lav., 2001, p. 486. E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in Lav. pubbl. amm., 2002, p. 709. Anche la disciplina collettiva risulta in linea con questa posizione interpretativa che stabilisce che il contratto a termine nullo produce gli effetti di cui all'art. 2126 c.c. (su tutti, art. 19, comma 12, CCNL Ministeri del 16 maggio 2001).

invalidi delle cui conseguenze devono essere chiamati a rispondere personalmente”⁶⁶⁹. Difatti, per la violazione delle norme imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori bisogna tenere in debita considerazione l’operato del dirigente e quindi il conferimento di incarichi dirigenziali successivi e le stesse riconoscono al lavoratore pubblico il diritto ad ottenere un risarcimento del danno “*derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*”, con l’obbligo per l’amministrazione di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuto a dolo o colpa grave.

Per quanto riguarda la quantificazione del pregiudizio subito dal lavoratore, nonostante l’ampiezza della norma, non si configurano forme automatiche di risarcimento e, a fronte di una valutazione equitativa dal parte del giudice, avvallata da un consolidato orientamento giurisprudenziale, il lavoratore “*deve pur sempre fornire elementi atti a consentire una valutazione non arbitraria*”⁶⁷⁰.

Se, infatti, la nullità del contratto può arrecare un danno alla dignità, all’immagine, alla reputazione e alla professionalità del lavoratore e far prefigurare una responsabilità per *culpa in contrahendo* in capo alla pubblica amministrazione (sempre che il lavoratore “*abbia confidato senza sua colpa nella validità del contratto*”⁶⁷¹), l’esecuzione di un contratto valido, seppur stipulato in violazione dei norme imperative, non può essere causa di danno.

E ciò anche perché la durata temporanea del rapporto di lavoro delimita le ipotesi in cui è configurabile una forma di responsabilità extra-contrattuale derivante dalla perdita di occasioni di lavoro⁶⁷².

In questo caso, il lavoratore dovrà provare di avere avuto una possibilità “*non marginale e non trascurabile*” di reperire una diversa occupazione e vi abbia rinunciato in considerazione dell’esistenza di un rapporto di lavoro successivamente annullato ma sul quale, evidentemente, egli aveva risposto il

⁶⁶⁹ L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 675.

⁶⁷⁰ C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, cit., p. 488.

⁶⁷¹ *Ivi*, pp. 486-487.

⁶⁷² V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*, cit., pp. 96-97.

proprio affidamento. Ma la temporaneità del rapporto incide sui limiti di quest'ultimo nel senso che risulta inverosimile che un lavoratore assunto a termine presso un'amministrazione pubblica rifiuti un'assunzione a tempo indeterminato ed anche una a termine che appaia più vantaggiosa⁶⁷³.

In ogni caso, in presenza di fattispecie, come ad esempio quelle costituite da contratti di durata predeterminata risultati nulli che determinano l'improvvisa cessazione dell'attività lavorativa, è possibile avanzare richieste di risarcimento per aver perso le occasioni di lavoro confidando sul rapporto risultato poi nullo e pertanto cessato⁶⁷⁴.

E' anche chiaro, però, il mero risarcimento del danno non può avere medesima efficacia afflittiva e dissuasiva delle sanzioni, come evidenziato dalla cospicua giurisprudenza della Corte di Giustizia di cui si darà conto nel prossimo paragrafo.

La giurisprudenza nazionale, invece, è sembrata propendere per la trasformazione del risarcimento per equivalente in una vera e propria sanzione pecuniaria. E non è mancato chi, in dottrina, ha proposto addirittura di prevedere esplicitamente un'indennità in luogo del risarcimento del danno, in una prospettiva di *jure condendo*⁶⁷⁵.

Se si fa riferimento al danno patrimoniale, nella classica eccezione del danno emergente e lucro cessante (art.1223 c.c.), esso trova la sua giustificazione nella mancata costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed è necessario utilizzare tale "perdita" quale parametro per quantificare il danno patrimoniale subito.

Questa scelta, come si vedrà in seguito, è stata seguita anche dai giudici che, pronunciandosi sulla questione, hanno ancorato la quantificazione del danno a quanto previsto dai commi 4 e 5 dell'art. 18 St. Lav. , oppure al tempo medio

⁶⁷³ E' diversa, invece, la situazione in cui il lavoratore, ignorando il divieto di conversione sancito dall'art. 36, d.lgs. n.165/2001, abbia erroneamente confidato nella conversione a tempo indeterminato del proprio contratto di lavoro

⁶⁷⁴ E. GRAGNOLI, *Forme e nullità*, cit. pp. 709-710 nel richiamo di L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 676. Cfr. TAR Lombardia, 9 marzo 2000, n. 1869.

⁶⁷⁵ A titolo esemplificativo, A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, cit., p. 325.

per trovare un nuovo posto di lavoro stabile, tenuto conto della zona geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio del lavoratore interessato⁶⁷⁶.

E proprio l'art. 18 St. Lav offre l'unico dato normativo "monetizzante" il posto di lavoro e rappresenta una quantificazione oggettiva del danno che risponde anche ad una funzione sanzionatoria per la repressione delle violazioni delle norme imperative poste a presidio della disciplina del lavoro a termine.

Ma conviene precisare che una sua applicazione integrale potrebbe non risultare appropriata dal momento che la *ratio* della normativa in tema di stabilità reale del posto di lavoro risulta sensibilmente diversa da quella sottesa al risarcimento del danno *ex art* 36⁶⁷⁷. Difatti, va ricordato che la tutela predisposta dall'art. 18 St. Lav. si compone di un risarcimento per il mancato svolgimento della prestazione, e quindi delle utilità perdute per effetto del licenziamento, e di una tutela afflittivo-sanzionatoria che comprende le mensilità di retribuzione sempre dovute e un'indennità risarcitoria sostitutiva della reintegra, atta a quantificare il danno del lavoratore per la perdita del posto di lavoro. E soprattutto quest'ultima rappresenta un buon parametro da cui ricavare una sorta di valore minimo garantito al lavoratore.

Con riferimento al danno patrimoniale, come si è accennato, non ci si può limitare al solo danno emergente, derivante dalla mancata prestazione, ma potrebbero verificarsi i presupposti per il risarcimento del lucro cessante, da collegarsi, soprattutto al danno derivante dalla c.d. *perdita di chances*⁶⁷⁸.

La tecnica di tutela è assimilabile a quella ampiamente sperimentata nel settore privato, utilizzata in caso di valutazioni arbitrarie e non corrette, in occasione di procedure selettive.

Tra i civilisti, infatti, e nell'orientamento giurisprudenziale consolidato, si fa sempre più strada la considerazione che la perdita di un'opportunità di lavoro –

⁶⁷⁶ Trib. Rossano Calabro 4 giugno 2007, in *FI*, 2007, c. 258. Tale soluzione, conviene ricordarlo, è stata poi però bocciata in secondo grado, laddove la quantificazione del danno è stato applicato il criterio assunto dall'art. 8, l. 604/1966, che prevede il pagamento di una indennità in una misura che può variare da 2,5 mensilità alle 6 mensilità; cfr. App. Catanzaro 1 aprile 2010, in *FI*, 2010, I, c. 1931.

⁶⁷⁷ L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata, dissuasiva?*, in *Riv. it. dir.lav.*, 2007, spec. p. 910.

⁶⁷⁸ E. ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*. Giuffrè Editore, Milano 2002, pp. 121-122.

o di un miglioramento dello stesso – rappresenti una componente patrimoniale a sé stante e, di conseguenza, autonomamente risarcibile⁶⁷⁹.

Questa tecnica di tutela “*appare la più conveniente perché da un lato esclude il pericolo di configurare un danno in re ipsa; dall’altro, fornisce indubbi vantaggi anche sotto il profilo della quantificazione, permettendo di graduare la liquidazione del danno in relazione a quanto risulti accertato*”⁶⁸⁰.

Tale tipologia risarcitoria potrebbe, quindi, configurarsi ogni qual volta che il lavoratore riuscisse a dimostrare che avrebbe avuto una “*marginale e non trascurabile*” possibilità di trovare un’altra occupazione se non avesse instaurato con l’amministrazione un rapporto di lavoro rivelatosi poi illegittimo perché costituito in violazione di norme imperative.

Ad esempio, il danno da perdita di *chances* potrebbe verificarsi in ipotesi di un non corretto espletamento di una procedura concorsuale finalizzata all’assunzione, ovvero alla progressione di carriera, nonché in casi di ingiusta dequalificazione professionale: in queste ipotesi, basterà provare, anche se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta⁶⁸¹.

Il giudice potrebbe utilizzare, quale parametro per la concreta valutazione del danno, ad esempio la retribuzione che il lavoratore avrebbe potuto altrimenti percepire rapportandola percentualmente al grado di probabilità di ottenere il posto di lavoro perso⁶⁸².

⁶⁷⁹ A. JANNARELLI, *Il danno risarcibile*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*. Giappichelli Editore, Torino 2003, p. 1042 ss. Nel settore privato, si veda Cass., SS.UU., 27 marzo 2008, n. 7943, in *Giuda dir.* 2008, 18, p. 78; Cass. 27 giugno 2007, n. 14820, in *Rep. Foro.it.*, 2007, voce *Lavoro* (rapporto), n. 961; Cass. 10 gennaio 2007, n. 238, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Lavoro* (rapporto), n. 483.

⁶⁸⁰ G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*. Giuffrè Editore, Napoli 2010, p. 391.

⁶⁸¹ L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 676. In giurisprudenza, Cass., Sez. III, 17 aprile 2008, n. 10111, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 4; Cass. 18 gennaio 2006, n. 852, in *Rep. Foro. It.*, 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1030; Cass. 1 dicembre 2004, n. 22524, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1092 e Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1072.

⁶⁸² Cass., 22 aprile 1993, n. 4725, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce *Lavoro* (rapporto), n. 750; Trib. Varese 31 maggio 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 807; Trib. Reggio Calabria 18 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1939.

Ma il presupposto del diritto di risarcimento delle *chances* frustrate deve essere collegato “*ad una ragionevole certezza*” della promozione ovvero “*nell'impossibilità (o estrema difficoltà) di provare l'entità del danno è consentito al giudice il ricorso alla liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c. e 432 c.p.c., parametrando, comunque, l'entità del danno alla quantità di chances e sempre che sussista una possibilità non marginale e trascurabile, di esito favorevole delle suddette procedure*”⁶⁸³. La mancata dimostrazione di un danno porta indefettibilmente al rigetto della domanda risarcitoria dal momento che non sarebbe chiaro cosa risarcire e ciò sembra confermato dalla giurisprudenza che afferma, infatti, che “*non è risarcibile il cosiddetto “danno per perdita di chances”, quando manchi la specifica prova della sussistenza di un serio grado di probabilità di conseguire l'utilità finale*”⁶⁸⁴.

Laddove, dunque, non si ritenesse di applicare alla fattispecie risarcitoria tipizzata dal quinto comma dell'art. 36 le regole di carattere generale del codice civile riferite alla responsabilità contrattuale e ciò per l'obiettivo difficoltà di garantire l'effettività del risarcimento, si potrebbe applicare per analogia quanto disposto dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 e riconoscere al lavoratore pubblico assunto illegittimamente a termine l'indennità nella misura massima prevista (12 mensilità), non essendo possibile convertire il rapporto a termine in uno a tempo indeterminato.

L'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 ha contribuito, infatti, a precisare i criteri da utilizzare per determinare la quantificazione del danno prevedendo, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato nel settore privato, che il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in base a criteri indicati nell'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604, e ciò tenendo conto del “*numero dei dipendenti occupati, [delle] dimensioni*

⁶⁸³ Cass. 19 novembre 1997, n. 11522, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 858 ma anche Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro it.*, 1986, I, c. 383, nota di A.PRINCIGALLI; Cass. 10 gennaio 1994, n. 158, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1761, con nota di A.BOLLANI; Cass. 10 giugno 2004, n. 11045, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1072; Cass. 18 novembre 2002, n. 16202, in *Giur. it.*, 2003, p. 1342. Cfr. L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 677.

⁶⁸⁴ Trib. Termini Imerese 10 maggio 1999, in *Giur. it.*, 1999, n. 1342.

dell'impresa, [dell']anzianità di servizio del prestatore di lavoro, [del] comportamento e [delle] condizioni delle parti”⁶⁸⁵.

Tale indennità prescinde dal danno effettivamente subito ed introduce una regola speciale che si differenzia da quella di carattere generale regolata dagli artt. 1218 e ss. cod. civ.

Inoltre, potrebbero verificarsi i presupposti per il riconoscimento del danno esistenziale comprendente tutti gli impedimenti che i soggetti danneggiati subiscono con riguardo alle attività che concorrono alla propria realizzazione individuale (relazioni affettive, familiari, rapporti sociali etc.)⁶⁸⁶.

3.3 Evoluzione giurisprudenziale in materia di contratti di lavoro a termine e la specialità del pubblico impiego: il prezioso contributo della Corte di Giustizia

La compatibilità della disciplina nazionale del lavoro a tempo determinato con la direttiva comunitaria emanata in materia, nel contesto della Strategia europea per l'occupazione, è stata oggetto di numerose pronunce della Corte di Giustizia in merito soprattutto al tema della prevenzione degli abusi derivanti dalla successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La questione assume particolare rilievo in merito al pubblico impiego caratterizzato nel nostro ordinamento, come si sa, dalla previsione di un diritto al risarcimento in luogo della conversione/trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato illegittimo.

A tal proposito conviene ricordare che l'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato con la direttiva 1999/70/CE, che si ripromette di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, è stato

⁶⁸⁵ L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 678.

⁶⁸⁶ V. LUCIANI, *Danni alla persona e rapporto di lavoro*. Ed. Jovene, Napoli 2007; P. ZIVIZ, *Danno esistenziale: nozione e disciplina*, in P. Cendon, A. Baldassarri (a cura di), *Il danno alla persona*. Zanichelli Editore, Bologna I, 2006, p. 155.

recepito nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 368/2001 il cui ambito di applicazione, dunque, coincide con l'ambito di operatività della direttiva comunitaria e dell'accordo-quadro, i quali “*si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico*”⁶⁸⁷.

Alla luce delle coordinate fornite dalla Corte europea, pertanto, poiché la disciplina deputata a contenere il contratto di lavoro a tempo determinato entro i limiti tracciati dall'ordinamento comunitario è quella racchiusa nel d.lgs. n. 368/2001, si deve concludere che le disposizioni di tale decreto siano applicabili tanto al lavoro privato quanto al pubblico impiego⁶⁸⁸.

Per quanto riguarda la tutela sanzionatoria, la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE non impone allo Stato di adottare la misura della conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine abusivi, lasciando un certo margine discrezionale in materia, pur sancendo la necessità della predisposizione di sanzioni “*effettive, proporzionate e dissuasive*”, nonché il rispetto del principio della parità di trattamento, e il divieto di *reformatio in pejus* della disciplina nazionale.

E' bene precisare che la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato non è dotata di efficacia diretta, non presentando contenuto sufficientemente dettagliato ed incondizionato⁶⁸⁹ e non può essere, dunque, direttamente applicata dai giudici nazionali; di conseguenza, questi sono solo tenuti ad assumerla come parametro in sede di interpretazione conforme della disciplina interna oppure per proporre questioni di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.

⁶⁸⁷ Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, cit., (pp. 54-57). Cfr. clausola 3, punto 1, accordo quadro allegato alla direttiva 99/70/CE.

⁶⁸⁸ Tale affermazione, peraltro, trova conferma anche nella l. n. 92/2012 (c.d. Riforma Fornero) che, nel modificare il d.lgs. n. 368/2001, dispone espressamente che “*Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (...)*”.

⁶⁸⁹ Cfr. le citate sentenze della Corte di Giustizia *Angelidaki*; *Adeneler*; *Del Cerro Alonso*; e Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, in *Racc.*, 2008, p. 2483, p. 78-79. La Corte di Giustizia nega l'effetto diretto della clausola 5 della Direttiva, dal momento che essa lascia agli Stati la scelta delle misure di prevenzione degli abusi (e non è quindi, sotto il profilo del suo contenuto, incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale), pur sottolineando che la discrezionalità dei Paesi membri nella scelta non è illimitata, non potendo mai pregiudicare lo scopo e l'effettività della direttiva.

Più nel dettaglio, la clausola 5 è composta da due diversi ordini di misure: quelle preventive (n. 1) e quelle sanzionatorie (n. 2).

Per quanto riguarda le prime, la clausola 5 impone agli Stati membri l'adozione effettiva e vincolante di una delle tre misure previste dalla suddetta disposizione affermando, difatti, che “*allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*”, la clausola impone agli Stati membri “*in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori*”, l'adozione di “*una o più misure relative*” a a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. L'ambito di applicazione di queste misure di prevenzione degli abusi, ovvero se essi si applicano ai soli lavoratori con contratti a tempo determinato successivi o anche nel caso di prima apposizione di un termine al primo ed unico rapporto di lavoro, è stato oggetto di posizioni discordanti da parte della Corte di Giustizia.

Difatti, se nella sentenza *Mangold*, la Grande Sezione della Corte di Giustizia ha accolto le conclusioni dell'Avvocato generale e ha precisato che il primo ed unico contratto è escluso dal campo di applicazione delle misure preventive della clausola 5, n.1, lett. a), dell'accordo-quadro; successivamente, con le sentenze *Adeneler*, *Angelidaki*, *Sorge* e *Vino*⁶⁹⁰ la Corte di Giustizia ha ricompreso nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE anche il primo ed eventualmente unico contratto a termine⁶⁹¹.

Va precisato, tuttavia, non si può addivenire in modo assolutamente libero alla stipulazione di un contratto a termine, sebbene per lo stesso non sia richiesta la sussistenza di una ragioni giustificatrici obiettive, ovvero oggettive, più ampie

⁶⁹⁰ Cfr. Corte Giustizia, 22 novembre 2005, Causa C-144/04, *Mangold*, NGL, 2005, p. 823; RIDL, II, 2006, 250, con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*; Corte Giustizia, 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, RGL, 2009, II, p. 505.

Corte di Giustizia, ordinanza 11 novembre e ordinanza 22 giugno 2011, *Vino I e II c/Poste italiane*, C-20/10 e C-161/11

Sul punto, ampiamente, L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, cit., p. 249 ss.

Nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass. 21 maggio 2008 n. 1298. La Suprema Corte ha giudicato che anche il primo e unico contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art.1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 rientra nel campo di applicazione dell'accordo quadro.

o più strette, essendo sufficiente che si differenzino dalle ragioni per le quali solitamente si ricorre al lavoro stabile, o da causali soggettive, in relazione a qualità o condizioni in cui si trovino il lavoratore o l'azienda, purché sia limitato nella sua durata o nella sua proporzione rispetto all'organico stabile o altrimenti circoscritto⁶⁹².

Detto in altre parole, il ricorso, soprattutto reiterato, al lavoro a tempo determinato deve, pertanto, essere giustificato dal particolare contesto organizzativo o dal legittimo perseguimento di finalità di politica sociale, la cui individuazione spetta sempre e comunque agli Stati membri.

Inoltre, sono stati sollevati dubbi circa l'obbligo imposto agli Stati membri, ovvero se dovessero recepire tutte⁶⁹³ o solo una delle tre misure previste⁶⁹⁴ nel par. 1, lett. a) – c), della clausola 5 dell'accordo-quadro, con particolare riferimento a quella relativa al numero massimo di rinnovi possibili⁶⁹⁵.

Ma è poi apparso evidente che l'accordo imponga agli Stati membri un obbligo di risultato⁶⁹⁶, ritenendosi, pertanto, insufficiente l'adozione di una delle tre misure di cui alla clausola 5, par. 1, se nell'esperienza concreta del singolo Paese si dimostri che questa non sia in grado di prevenire gli abusi. E ciò è dimostrato anche dall'orientamento della Corte di Giustizia che, prediligendo lo strumento regolativo *teologico* nell'interpretazione degli atti comunitari, fonda l'adempimento dell'obbligo traspositivo dell'intera clausola 5 non nel mero e meccanico recepimento nell'ordinamento interno, in assenza di una o

⁶⁹² L'ammissibilità di giustificazioni "*indipendenti da ragioni causali oggettive*" e temporanee è sostenuta, tra gli altri, anche da M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della comunità europea*, V ediz. Ed. CEDAM, Padova 2009, p. 241. *Contra*, A. ANDREONI, *Lavoro a tempo determinato e Corte di Giustizia: il redde rationem*, disponibile all'indirizzo web www.cgil.it/giuridico, nonché Trib. Foggia, 11 aprile 2007, in *Riv. giur. lav.*; 2009, II, p. 105; Trib. Siena, 23 novembre 2009, massimata in *Lav. e giur.*, 2010, p. 369.

⁶⁹³ A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 68; R. NUNIN, *Il lavoro a termine*, in L. Menghini, R. Nunin, *Il lavoro a termine*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. I. Giappichelli Editore, Torino 2004, p. 819; A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*. Ed. Cedam, Padova 2008, p. 586.

⁶⁹⁴ B. PICCININI, *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *Arg. dir. lav.* 2002, p. 199; P. SALVATORI, *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo*, in G. Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368. Giappichelli Editore, Torino, 2001, p. 46-47; A. LASSANDARI, *La durata del contratto*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da P. Rescigno, II ediz. Giappichelli Editore, Torino 2004, p. 458.

⁶⁹⁵ L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *Dir. lav.rel.ind.*, 2003, p. 153.

⁶⁹⁶ M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2002, V. c. 98; A. BELLAVISTA, *La direttiva sui lavoro a tempo determinato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il Lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., p. 23.

più delle tre misure di cui al par. 1, clausola 5, ma sul raggiungimento dell'obiettivo della prevenzione degli abusi in cui si incorrerebbe nella successione di contratti a termine.

Ne consegue che se in un dato sistema regolativo sarà sufficiente l'adozione di una sola delle tre misure, in un altro per il raggiungimento di tale obiettivo sarà necessario adottare più misure.

Ogni Stato può sì operare la propria scelta in modo assolutamente libero, sia nelle modalità che nei dettagli, ma questa resta pur sempre vincolata al fine che deve essere conseguito e solo su questo va valutato l'adempimento o meno dell'obbligo traspositivo.

Gli ordinamenti nazionali, se non dispongono di norme equivalenti⁶⁹⁷ o, se possedendole, intendono comunque integrarle o modificarle, possono ricorrere discrezionalmente ad una o a più delle tre misure, purché proporzionate e sufficientemente effettive e dissuasive per garantire il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, ma queste non devono essere meno favorevoli di quelle interne che disciplinano situazioni analoghe ovvero tali da rendere praticamente impossibile o comunque eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti garantiti a livello europeo⁶⁹⁸.

In definitiva, le misure di prevenzione degli abusi non sono legate da un rapporto gerarchico e devono essere considerate equivalenti.

In particolare, gli Stati membri sono tenuti ad adottare solo una di queste, ferma restando affidata a loro la discrezionalità circa la scelta dei mezzi più adeguati ad assicurare il risultato imposto dal diritto comunitario⁶⁹⁹.

Per quanto riguarda le misure sanzionatorie, risulta, inoltre, affidato agli Stati membri il potere, “*se del caso*”, di stabilire a quali condizioni i contratti e i

⁶⁹⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 65; Corte di Giustizia 23 aprile 2009, causa C- 378-80/07, *Angelidaki*, punto 76. La Corte di Giustizia è intervenuta per chiarire la definizione di norma equivalente di cui alla clausola 5, par. 1, che deve essere intesa in modo uniforme in tutti gli Stati membri e che sta ad indicare quella norma nazionale volta a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una pluralità di contratti.

⁶⁹⁸ Cfr. Corte di Giustizia sentenze *Adeneler* (65, 68, 101) e *Angelidaki* (nn. 81, 82, 94, 95), cit.; Ordinanza *Vassilakis* del 12 giugno 2008 C-364/07, nn. 80 e 87; *Affatato* del 1° ottobre 2010, C-3/10, nn. 45 e 46.

⁶⁹⁹ Cfr., tra gli altri, A. RICCOBONO, *La successione dei contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e discrezionalità vincolata degli Stati membri dopo la sentenza Küçük*, in *DRI*, 2012, 2, p. 585.

rapporti di lavoro a tempo determinato a) devono essere considerati successivi;
b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato.

Pertanto, la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato (n. 2, lett. b) è facoltativa (“*se del caso*”), ma come si vedrà nel corso della trattazione, la discrezionalità degli Stati è tutt’altro che limitata.

I Paesi membri sono liberi di stabilire o meno a quali condizioni i contratti di lavoro possano definirsi successivi, ma ciò non significa che gli Stati membri abbiano una discrezionalità illimitata dal momento che non sarebbero conformi all’accordo europeo le norme interne che considerassero successivi solo i contratti separati, ad esempio, da un lasso di tempo inferiore o pari a 20 giorni, dal momento che potrebbe consentire l’assunzione di lavoratori precari per anni⁷⁰⁰.

Un prezioso contributo è provenuto dalla Corte di Giustizia che è intervenuta sul regime sanzionatorio precisando che la normativa comunitaria prevede come facoltativa (“*se del caso*”) la conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, pur circoscrivendo la discrezionalità degli Stati entro confini ben definiti.

Si può affermare, però, che non sono le misure sanzionatorie ad essere facoltative; facoltativa è solo l’adozione dell’una e/o dell’altra tra quelle indicate.

In particolare, la Corte di Giustizia è più volte intervenuta sull’adeguatezza del recepimento della disciplina italiana nel settore pubblico in merito al divieto assoluto contenuto nell’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, di conversione in contratti di lavoro a tempo indeterminato di contratti a tempo determinato stipulati in successione, precisando i criteri idonei a garantire l’adeguatezza delle sanzioni in caso di ricorso abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

⁷⁰⁰ Per un’ampia ricostruzione giurisprudenziale v. G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell’evoluzione dell’ordinamento*, cit., p. 158-167. Cfr. Corte di Giustizia sentt. *Adeneler* (nn. 71, 73, 74, 54, 55) e *Angelidaki* (nn. 97, 100, 156), cit.; Ordinanza *Vassilakis*, cit. (nn. 90, 92, 107, 108). Cfr. L. MENGHINI, *L’apposizione del termine*, cit., p. 256- 260. L’autore sottolinea come questa tesi contrasti con quella di chi sostiene che gli Stati membri siano del tutto liberi rispetto alle possibilità loro attribuite dalla clausola 5, par. 2, anche a costo di vanificare quanto previsto nella clausola 5, par. 1, avendo la possibilità, per esempio, di stabilire che i contratti siano da considerare successivi quanto tra l’uno e l’altro passino 15 o 20 anni oppure che i contratti a termine siano rinnovabili l’uno dopo l’altro per 50 anni di fila. Sul punto l’autore rimanda a M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, cit., p. 42.

Come si ricorda, l'art. 97, comma 3, Cost. sancisce la regola del concorso come forma di reclutamento per il personale del settore pubblico, precludendo allo stesso le tutele previste dall'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 che, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine, contempla una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro deve ritenersi concluso a tempo indeterminato. E così la Corte di Giustizia ha imposto che l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro preveda per il settore pubblico “*un'altra misura effettiva*” che consenta di evitare ed, eventualmente di sanzionare, l'utilizzo di contratti a tempo determinato stipulati in successione⁷⁰¹.

Di particolare interesse sono le sentenze *Vassallo*⁷⁰² e *Marrosu e Sardino*⁷⁰³ in cui si è discusso della compatibilità con l'accordo-quadro dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 che, pur escludendo la conversione dei contratti a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, contiene appunto un'altra misura effettiva in grado di prevenire e sanzionare adeguatamente abusi della pubblica amministrazione nel ricorso ai contratti a termine.

Per quanto riguarda la sentenza *Vassallo*, si è ribadito la necessità che l'ordinamento preveda sanzioni in caso di utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego anche alternative alla tutela conservativa, a condizione che la misura prevista “*presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario*” (v. punto 38); tra queste vi è senza dubbio il risarcimento del danno e, cosa molto importante, viene decretata la legittimità di un sistema nazionale che diversifica l'apparato sanzionatorio tra lavoro privato e lavoro pubblico.

In merito alla sentenza *Marrosu e Sardino*, viene affermato che l'accordo-quadro allegato alla direttiva n. 99/70/CE sui contratti a termine deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa

⁷⁰¹ Su tutte, Corte di Giustizia, ordinanza 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*. Cfr. *infra*.

⁷⁰² Corte di Giustizia 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo*, *LNG*, 2006, 10, 968; *RGL*, 2006, II, 602, con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della P.A. al vaglio della Corte di Giustizia*; *OGI*, 2006, 4, 59; *FI*, 2007, IV, 343, con nota di L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*.

⁷⁰³ Corte di Giustizia 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, *LNG*, 2006, 10, 968; *RIDL*, 2006, II, 714; *FI*, 2007, IV, 72, con nota di A. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; *D&L*, 2006, 4, 1031; *GDir*, 2006, 98.

nazionale che esclude, in caso di abuso conseguente alla successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ferma restando tale trasformazione per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi da un datore di lavoro privato, qualora tale normativa contenga “*un'altra misura effettiva*” destinata ad evitare e, se del caso, sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine da parte di un datore di lavoro del pubblico impiego (v. punto 57 e dispositivo).

Tale orientamento è stato confermato nel caso *Affatato* avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Rossano⁷⁰⁴ con riferimento a tutto il precariato pubblico per comprendere se, alla luce del principio di uguaglianza⁷⁰⁵, fosse possibile differenziare le misure ostative e le sanzioni nei confronti del ricorso abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato. La Corte di Lussemburgo, nel rigettare la richiesta di giudizio accelerato, ha confermato la legittimità della legislazione italiana che, pur non prevedendo la misura della conversione per il settore pubblico, ammette una sanzione diversa purché effettiva ovvero che rivesta un carattere proporzionale e sufficientemente dissuasivo (v. punto 45)⁷⁰⁶.

Inoltre, le misure “*non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna*”.

⁷⁰⁴ Trib. Rossano, ordinanza 5 gennaio 2010 in causa C- 3/10 *Affatato c/ASL di Cosenza*.

⁷⁰⁵ Ordinanza *Affatato*, quesito n. 12, “*se il principio dell’Unione di uguaglianza/non discriminazione, la clausola 4, la clausola 5.1, ostino ad una differenziazione di discipline sanzionatorie e nel settore “personale dipendente degli organismi dello Stato” sulla scelta della genesi del rapporto di lavoro, ovvero del soggetto datore di lavoro, o ancora nel settore Scuola*”. Cfr. Commissione europea, interrogazione scritta del 16 aprile 2010 n. E-2354/10 a firma della parlamentare europea Rita Borsellino che segnalava che all’epoca in Italia si contavano più di 70000 ausiliari tecnici amministrativi (personale ATA) che si occupavano a diverso titolo del funzionamento della Scuola pubblica e che operavano da diversi anni con contratti a tempo determinato, reiterato negli anni, dando vita a una forma di precariato di lunga durata, senza che venissero riconosciuti a questa fascia di lavoratori gli stessi diritti derivanti dall’assunzione a tempo indeterminato.

⁷⁰⁶ Corte di Giustizia ordinanza *Affatato*, cit. La Corte ha sottolineato “*Alla luce di ciò, il giudice del rinvio chiede se le disposizioni dell’ordinamento nazionale destinate a recepire la direttiva 1999/70 nonché l’accordo quadro e, in particolare, quelle di cui all’art. 36, comma 5, del d.lgs. 165/2001, e successive modifiche, possano essere considerate misure generale che garantiscono in modo efficace la prevenzione e la sanzione nei confronti dell’abuso di contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che, in particolare, dette disposizioni introducono disparità di trattamento in base alle categorie di lavoratori interessate*”. Cfr. Conclusioni Corte di Giustizia del 15 marzo 2011 nella causa C- 313/10 *Jansen*. V. *infra*.

In particolare, nell'ordinanza *Affatato*, in cui la Corte di Giustizia ha deciso di non pronunciarsi circa le questioni necessarie a verificare la compatibilità dell'art. 36, comma 5, alla luce della clausola 5, si prendono in considerazione “*al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico*”, alcune delle modifiche intervenute nel 2007, relative alla durata massima oltre il quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e al diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, e nel 2008, inerenti al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative, e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo, oltre alla previsione della responsabilità del dirigente per violazione dolosa o colpa grave (v. punto 48).

La Corte di Giustizia ha ritenuto che una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti richiesti dall'accordo-quadro/direttiva (v. punto 49) in quanto la misura ripristinatoria del rapporto di lavoro risulterebbe certamente idonea a rispettare gli obblighi derivati dal diritto dell'Unione europea consentendo l'effettiva e definitiva eliminazione delle conseguenze dell'abuso. A fronte di un'esigenza stabile come è da ritenersi un'esigenza lavorativa manifestatasi in violazione di norme di legge, con il superamento del limite legale dei 36 mesi, vi è la costituzione di un rapporto di lavoro stabile e quindi l'elisione dell'abuso.

Al contrario la misura risarcitoria nel caso specifico sarebbe di difficile applicazione, in quanto non ci troviamo di fronte né alla nullità del contratto né allo svolgimento del rapporto al di fuori delle previsioni contrattuali ma di fronte ad ipotesi non contemplate dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001; la stessa, pertanto, non assicura l'eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione.

Sulla stessa linea interpretativa è apparsa la recente sentenza della Corte di Giustizia che ha ricordato che l'accordo-quadro sul contratto a termine non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato purché il diritto nazionale, a prescindere dalla misura scelta, prevenga in modo efficace l'uso abusivo di contratti a tempo determinato attraverso la previsione

di misure proporzionate, *energiche* e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo-quadro⁷⁰⁷.

3.4 *L'indennità risarcitoria nel dialogo tra le Corti nazionali ed europee*

Da quanto premesso, appare evidente l'attenzione del giudice comunitario all'effettività della tutela risarcitoria e l'affidamento al giudice nazionale del compito di verificare se una normativa che impone il divieto assoluto di conversione di rapporti di lavoro a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato sia in grado di garantire ai pubblici dipendenti una tutela effettiva contro l'utilizzo di contratti di lavoro precari, o se invece abbia la stessa efficacia dissuasiva del "*ruggito del topo*"⁷⁰⁸.

Ai fini della sua valutazione, il giudice nazionale dovrà riservare un'attenzione particolare al principio di equivalenza, espressamente richiamato dalla prima parte della clausola 5 dell'accordo-quadro/direttiva; ovvero, dovrà verificare se nel settore pubblico le misure sanzionatorie siano "*meno favorevoli*" di quelle previste per il settore privato, fermo restando che il confronto non è più tra gruppi di lavoratori distinti a seconda della tipologia di contratti di lavoro, ma a seconda del settore produttivo.

Al fine di operare una corretta valutazione sarà allora necessario affiancare il principio di equivalenza al principio altrettanto importante della parità di trattamento che è principio fondamentale dell'Unione europea: esso richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che, al contrario, situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo ricorrano obiettive necessità⁷⁰⁹. Per la Corte di Giustizia se il giudice "*dovesse pervenire alla conclusione che la normativa nazionale, come interpretata o applicata dalle autorità nazionali, non comporti misure effettive*", i singoli non

⁷⁰⁷ Corte di Giustizia 3 luglio 2014, *Fiamingo e a.*, causa C-362/13 (cause riunite C- 362/13, C-363/13 E C-407/13), non ancora pubblicata. La Corte di Giustizia si è pronunciata sulla conformità della normativa italiana ai principi del diritto dell'Unione in merito ai contratti a termine del personale marittimo e sulla sanzione prevista in caso di ricorso abusivo agli stessi.

⁷⁰⁸ B. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche*, cit., p. 479.

⁷⁰⁹ Sul principio della parità di trattamento tra lavoratori comparabili cfr. Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, C- 444/09, *Gavieiro Gavieiro* ; Corte di Giustizia, sentenza 9 febbraio 2012, C-556/11, *Lorenzo Martinez*.

possono invocare l'applicazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro/direttiva che non appare incondizionata e sufficientemente precisa, ma il giudice è tenuto ad interpretare il diritto interno “*alla luce del testo e dello scopo della direttiva*”, in modo da conseguire il risultato da questa prefissato (*Angelidaki*, punti 192 e 197)⁷¹⁰.

Appare evidente che il giudice interno sia investito dell'importante compito di verificare che la normativa nazionale garantisca la sostanziale idoneità a reprimere l'utilizzo illegittimo del contratto a termine e ciò ha spinto la nostra giurisprudenza di merito ad approfondire il tema del risarcimento, soprattutto per quanto riguarda la sua concreta quantificazione.

Difatti, la legittimità del regime sanzionatorio poggia sul “*carattere proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo*” del risarcimento del danno⁷¹¹, la cui assenza di quantificazione generebbe molta incertezza circa la verifica della compatibilità della normativa nazionale alla direttiva europea. A tali difficoltà ha cercato di porre rimedio la giurisprudenza italiana con interpretazioni non univoche che molto spesso sono apparse mere forzature volte al conferimento di una certa effettività alla regola risarcitoria astrattamente prevista⁷¹².

Come si è avuto modo di osservare, inizialmente, il danno da risarcire è stato ricondotto all'illecito extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.*, la cui quantificazione si basa sui criteri del danno emergente e lucro cessante come evidenziato dal Tribunale di Foggia nel 2008⁷¹³.

Nel pronunciarsi circa la conformità ai principi della direttiva 1999/70/CE dell'art. 36, richiamando sul punto la sentenza *Marrosu e Sardino* del 2006, il Tribunale ha chiarito come, nel caso di prestazioni di lavoro svolte nel settore pubblico, si sia giunti ad una misura sanzionatoria, quale quella del

⁷¹⁰ Sulla necessità di pervenire ad un'interpretazione conforme cfr. Corte di Giustizia 10 marzo 2011, causa C-109/09, *Deutsche Lufthansa*.

⁷¹¹ Corte di Giustizia, ordinanza *Affatato*, cit., punto 45.

⁷¹² L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 680.

⁷¹³ Trib. Foggia, 6 novembre 2006, *RIDL*, 2007, II, p. 912, con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*.

risarcimento del danno, idonea ad assicurare al lavoratore una tutela effettiva, pari a quella garantita ai lavoratori del settore privato.

In particolare, la sentenza ha definito i criteri di quantificazione del danno risarcibile collegandoli alla regola generale del *neminem ledere* contenuto nell'art. 2043 c.c. e rinviando alle disposizioni in materia di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (art. 1223 ss. c.c.), così da renderli operanti in ogni fattispecie legata ad un evento lesivo del nesso di causalità immediata e diretta compresa, appunto, l'indennità risarcitoria di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

Il danno risarcibile, pertanto, non viene qualificato quale danno da inadempimento e ascrivibile alla quantificazione del danno per responsabilità precontrattuale entro i limiti del c.d. interesse negativo, ma viene inquadrato dal Tribunale nella categoria dei danni derivanti appunto dall'illecito extracontrattuale e risarcibile nei limiti del danno emergente e lucro cessante (c.d. interesse positivo).

Questo orientamento viene ribadito anche dal Tribunale di Trapani con le sentenze del 2 dicembre 2008 e del 18 novembre 2009⁷¹⁴.

In occasione della prima pronuncia, il giudice ha escluso la sussistenza di profili di illegittimità costituzionale dell'art. 36, confermando la natura aquilana della responsabilità derivante per l'amministrazione dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative.

A sostegno di tale tesi, si afferma che dovendosi considerare quale responsabilità contrattuale soltanto quella derivante dall'inadempimento, o inesatto inadempimento, di obbligazioni preesistenti e derivanti da una qualsivoglia fonte, purché non da atto illecito, nell'ipotesi contemplata dall'art. 36 la responsabilità non può che ritenersi di natura extracontrattuale.

Ed il fatto che sussista un contratto tra le parti non incide sul ragionamento portato avanti dal Tribunale, configurandosi il contratto unicamente quale mezzo della lesione o, meglio, quale contesto in cui si realizza la lesione con l'apposizione illegittima di un termine finale.

Il danno che deriverebbe da tale clausola illegittima, qualificandosi come extracontrattuale, si concretizzerebbe in un *vulnus* alla libertà contrattuale del

⁷¹⁴ Trib. Trapani 2 dicembre 2008, in *Giur. merito* 2009, p. 1278 e in *De jure.giuffrè.it*

lavoratore, con il conseguente termine di prescrizione per la relativa azione fissato a cinque anni decorrente dalla stipula del contratto a tempo determinato. Anche la sentenza dell'anno successivo del Tribunale di Trapani ribadisce la finalità del legislatore di compensare con il risarcimento del danno l'inapplicabilità delle tecniche di conversione o trasformazione e di dissuadere la pubblica amministrazione dal concludere accordi invalidi.

A tale scopo, al dipendente pubblico viene riconosciuto un modello risarcitorio fondato su un autonomo e distinto diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico che non può essere solo circoscritto al semplice pagamento della retribuzione, che sarebbe comunque garantito dall'art. 2126 c.c., esteso poi all'area della responsabilità extracontrattuale sancita dall'art. 2043 c.c., così da consentire al lavoratore un ristoro patrimoniale del danno subito alla dignità, all'immagine, alla professionalità ed alla perdita delle occasioni di lavoro.

Ma una simile qualificazione del danno, come si è osservato, impone al lavoratore l'onere di provare la violazione in cui è incorsa l'amministrazione, il danno subito e il nesso causale che lega la violazione al danno, come è stato affermato in una sentenza della Corte d'Appello di Napoli⁷¹⁵ che ha risolto la questione della qualificazione del danno arrivando a negare che si possa realizzare un meccanismo di "*presunzione assoluta*" del pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza dell'accertata nullità della clausola del termine apposta al contratto.

Difatti, la Corte specifica che il danno esistenziale, così come il danno morale soggettivo, possono ritenersi risarcibili soltanto a condizione che ne venga fornita la dimostrazione, non esistendo danni *in re ipsa*.

I limiti sostanziali ad un effettivo ristoro patrimoniale, pur in presenza di contratti a termine ritenuti illegittimi per genericità della causale, conducono alla necessità di ovviare a situazioni di sostanziale impunità dell'amministrazione che ricorre illegittimamente a forme di lavoro flessibile e

⁷¹⁵ App. Napoli 24 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1591, in cui si esclude il diritto del lavoratore al risarcimento del danno esistenziale, in quanto la domanda proposta è risultata priva "*delle ragioni specifiche e delle circostanze rilevanti da cui desumere, anche in via presuntiva, l'esistenza di tale quota di danno*"; cfr. Trib. Firenze 20 novembre 2012, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 925, che affronta una fattispecie riguardante il contratto di somministrazione e sottolinea che il ricorrente "*nulla ha allegato di specifico e chiesto di provare in merito alla effettività di tale pregiudizio, non potendosi lo stesso dirsi dimostrato*".

hanno spinto la giurisprudenza nazionale, nel rispetto dell'orientamento comunitario, a ricorrere a criteri interpretativi diversi da quelli desumibili dalle regole civilistiche ed orientati, invece, a introdurre una sorte di automatismo risarcitorio che fosse in grado di assicurare una tutela effettiva per il lavoratore e dissuasiva per il datore di lavoro. In questo caso il lavoratore è sollevato da gravosi oneri probatori e può contare sul meccanismo previsto nei confronti dei licenziamenti illegittimi che viene avallato da un ampio filone giurisprudenziale: ovvero, la previsione di un'indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dall'art. 18 St. Lav., pari a quindici mensilità di retribuzione globale; di fatto, questa costituirebbe un "*indice legislativo di quantificazione del "valore" di un posto di lavoro*"⁷¹⁶, che può essere applicato in via analogica ai fini della valutazione della misura del danno derivante dalla stipulazione di un contratto a termine illegittimo.

In particolare, una sentenza del Tribunale di Genova⁷¹⁷, nell'affrontare il tema dell'illegittimità di contratti a termine la cui causale giustificativa operava un generico rinvio ad esigenze straordinarie e più volte reiterati, nonché la relativa tutela per il lavoratore interessato, ha ritenuto che la concreta determinazione del danno dovesse essere parametrata sull'art. 18 St. Lav. trattandosi "*dell'unico istituto attraverso il quale il legislatore ha monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione*".

Il giudice può quindi quantificare il danno in 20 mensilità di cui 15 rappresentano la misura prevista dalla legge nel caso in cui il lavoratore, acquisito il diritto alla reintegrazione, opti per le dimissioni e 5 la misura minima delle mensilità comunque dovute per legge in caso di licenziamento illegittimo. Nel caso in specie, il giudice ha anche ritenuto di dover detrarre dalla somma così quantificata l'*aliunde perceptum* nel periodo intercorrente

⁷¹⁶ P. SARACINI, *I contratti di lavoro a termine nella prospettiva europea: l'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio nelle pubbliche amministrazioni*. In *Atti del Convegno "Il contratto a termine nella prospettiva europea"*. Università degli Studi di Napoli Federico II – Facoltà di Giurisprudenza, 2008, p.5, disponibile all'indirizzo [webhttp://www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

⁷¹⁷ Trib. Genova 14 maggio 2007 e Trib. Rossano 13 giugno 2007 entrambe pubblicate in *Mass. Giur. lav.* 2008, p. 166, con nota di M. MISCIONE, *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p.907, con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*; nonché in *Lav. pubbl. amm.* 2007, p. 1155, con nota di M. MILITELLO, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*.

dalla cessazione del contratto a termine fino alla sentenza che ne dichiara l'illegittimità⁷¹⁸.

Il Tribunale di Rossano, intervenendo sull'illegittimità della clausola del termine in più contratti di lavoro stipulati senza l'indicazione della causale giustificativa, il cui ricorso è stato determinato per fronteggiare il blocco delle assunzioni previsto nelle varie leggi finanziarie, ha ritenuto che *“la responsabilità di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 deve ritenersi contrattuale (conseguente alla risoluzione legale del contratto) con obbligo da parte della p.a. di risarcire la perdita del lavoro”*.

Difatti, il divieto di conversione contenuto nell'art. 36 si configura come ipotesi di risoluzione legale del contratto, originariamente a termine, che per la violazione del d.lgs. n. 368/2001 si sarebbe trasformato in un contratto a tempo indeterminato.

Il Tribunale di Rossano ha anche osservato che le 15 mensilità non necessariamente esauriscono il risarcimento dal momento che l'obbligazione derivante dall'art. 18 St. Lav. rappresenta un'obbligazione con facoltà alternativa dal lato del creditore che consente al lavoratore di valutare l'opportunità di non “alienare” il suo posto di lavoro; non ha diritto, invece, a nessuna scelta nelle ipotesi previste dall'art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

Di conseguenza, il giudice, per compensare la perdita di lavoro, può stabilire in via equitativa un diverso ammontare del danno, ricorrendo al parametro individuato nel tempo medio necessario per trovare una nuova occupazione stabile prendendo in considerazione la zona geografica, il sesso, l'età e il titolo di studio posseduto dal lavoratore interessato⁷¹⁹.

⁷¹⁸ *Contra*, Trib. Foggia, 5 novembre 2009, n. 6036, in *Lav.giur.*, 2010, p. 171 che si distingue dalle altre pronunce per non aver dedotto dalla somma da risarcire l'*aliunde perceptum*.

⁷¹⁹ Nel caso specifico, il giudice, basandosi su uno studio statistico dell'Isfol e del Ministero del Lavoro, ha ritenuto equo, trattandosi dell'Italia del Sud, il pagamento di una somma pari a 17 mensilità di retribuzione. Tale soluzione è stata poi bocciata in secondo grado, ove per la quantificazione del danno è stato applicato il criterio assunto dall'art. 8, l. 604/1966, che fissa il pagamento di un'indennità in una misura che può variare da 2,5 a 6 mensilità: App. Catanzaro, 1 aprile 2010, in *FI*, 2010, i, c. 1931.

Sono state poi proposte altre soluzioni che hanno cercato di procedere ad una valutazione in concreto del danno patito e che hanno trovato sistemazione nelle decisioni della Corte di Appello di Genova⁷²⁰ e del Tribunale di Foggia⁷²¹.

Nel primo caso, la Corte ha confermato l'orientamento espresso dal giudice di primo grado per il quale l'art. 36 consente al lavoratore l'acquisizione di un diritto al risarcimento forfettizzato quantificabile sulla base del disposto contenuto nell'art. 18 St. Lav. utilizzato solo in via equitativa ai fini della quantificazione del danno e idoneo a compensare la perdita in sé del posto di lavoro su cui, di conseguenza, non può incidere in senso riduttivo l'*aliunde perceptum*.

Il Tribunale di Foggia, in un caso di reiterazione di contratti a termine alle dipendenze di amministrazioni pubbliche, si è discostato dall'orientamento precedentemente sostenuto che aveva ascrivito il risarcimento del danno nella categoria della responsabilità extracontrattuale e ha quantificato il danno ricorrendo ai criteri contenuti nell'art. 18 St. Lav., considerandolo quale misura adeguata ed effettiva, come richiesto dalla Corte di Giustizia⁷²².

Nel novero delle decisioni che escludono la natura extracontrattuale del risarcimento sono da menzionare anche le sentenze del Tribunale di Catania e del Tribunale di Trapani⁷²³.

Nel primo caso, la pubblica amministrazione è stata condannata al risarcimento del danno nella misura dell' "*integrale trattamento retributivo contrattuale e contributivo non erogato nei periodi di intervallo tra contratti a tempo determinato*"; nel secondo caso, il Tribunale ha proceduto ad una valutazione in concreto del danno patito tendendo conto del "*dispiegarsi del rapporto e degli accadimenti successivi alla sua interruzione*" e ha condannato l'amministrazione a risarcire il danno conseguente al binomio "contratto illegittimo/divieto di conversione", in una misura pari alle retribuzioni spettanti

⁷²⁰ App. Genova 9 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 133, con nota di M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*.

⁷²¹ Trib. Foggia 5 novembre 2009, n. 6036, in *Lav. giur.* 2010, p. 171.

⁷²² R. IRMICI, *Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione*, in *Lav. giur.* 2010, p. 169, commento alle pronunce del Trib. Foggia, ord. 10 novembre 2009 e sent. 5 novembre 2009, n. 6036.

⁷²³ Trib. Catania 6 dicembre 2006 e Trib. Trapani 30 gennaio 2007 entrambe pubblicate con una sola massima in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, p. 1154.

dalla data della messa in mora alla data della sentenza che accerta la nullità del termine apposto al contratto⁷²⁴.

Appare interessante anche la pronuncia del Tribunale di Milano che ha riconosciuto al lavoratore, a titolo di risarcimento del danno, la differenza tra quanto da lui percepito e quanto gli sarebbe spettato se, nel medesimo periodo, fosse stato assunto a tempo indeterminato; a tal fine, il giudice ha tenuto conto di tutti gli istituti retributivi, ivi compresa l'incidenza del trattamento di fine rapporto⁷²⁵.

3.5 (segue) *Attualità e prospettive della giurisprudenza nazionale in tema di quantificazione del danno: l'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010*

Secondo un più recente orientamento, un utile parametro di quantificazione è stato rintracciato nell'art. 32 della l. 4 novembre 2010 n. 183, il c.d. Collegato Lavoro, che ha introdotto, come si è avuto già modo di osservare, una nuova disciplina per il lavoro a tempo determinato per quanto concerne il regime delle impugnazioni e del risarcimento del danno conseguente alla conversione del rapporto.

Il comma 5 dell'art. 32, l. n. 183/2010, è intervenuto sulle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine prevedendo che *“nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione*

⁷²⁴ In senso simile, Trib. Milano 14 gennaio 2011, n. 147, inedita, nella quale il giudice ha quantificato il danno tenendo conto del lasso di tempo intercorrente dal momento della contestazione della legittimità del termine sino a quando tale stato di disoccupazione deve essere ricondotto alla libera scelta del ricorrente. Questa pronuncia merita di essere segnalata anche perché, dando piena applicazione all'art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 – che prevede l'obbligo per le amministrazioni di *“recuperare le somme pagate [...] a titolo [di risarcimento del danno] nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave”* - il giudice ha ordinato la trasmissione della sentenza alla Procura Regionale della Corte dei Conti, per le valutazioni di competenza circa la sussistenza di eventuali responsabilità per danno erariale.

⁷²⁵ Trib. Milano 12 gennaio 2007, *D&L*, 2007, p. 1154.

globale di fatto”, attraverso l’adozione dei criteri indicati nell’art. 8, della legge 15 luglio 1966 n. 604.

La disposizione in esame ha dato vita ad orientamenti interpretativi contrastanti.

Appare a tal proposito esemplificativo l’intervento del Tribunale di Genova⁷²⁶ che ha ritenuto applicabile anche al comparto Scuola, di cui si dirà più approfonditamente in seguito, il d.lgs. n. 368/2001 riconoscendo ai lavoratori, in luogo della trasformazione dei rapporti a termine in contratti di lavoro a tempo indeterminato, il risarcimento del danno ai sensi dell’art. 18, comma 5, l. n. 300/1970 nella misura delle 15 mensilità, evidenziando come tale disposizione legislativa, nel determinare “ *il valore minimale del posto di lavoro per il caso in cui il lavoratore vi rinunci dopo la declaratoria della illegittimità del suo licenziamento*”, costituisca una misura adeguata nel caso in specie, ovvero “*per il giudizio di equivalenza intrinseco alla scelta legislativa e per la sua entità economica*”. La sentenza fa espressamente riferimento all’art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 che, sebbene non applicabile al settore pubblico, rappresenta un esempio di diritto positivo nella predisposizione di “*un apparato sanzionatorio basato su un effetto economico predeterminato in minimi e massimi edittali*”, che viene non a caso qualificato come “indennità” e non come “risarcimento”.

La tesi così prospettata basata sull’applicazione, in via analogica, di quanto disposto dall’art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 per il contratto a termine nel settore privato, nella misura massima delle 12 mensilità, appare conferire certezza e uniformità al modello sanzionatorio previsto per reprimere il ricorso illegittimo al contratto a termine nel settore pubblico.

⁷²⁶ Trib. Genova 24 maggio 2011, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011, p. 253, con nota di A. ALLAMPRESE, *I precari della scuola fra diritto interno e diritto dell’Unione europea*. Cfr. Trib. Perugia 21 settembre 2007, inedita, e Trib. Bologna 26 luglio 2007, *Arg. dir. lav.* 2008, p. 598. Le due sentenze si discostano dall’orientamento del Tribunale di Genova in quanto riducono sensibilmente la quantificazione del risarcimento del danno limitandolo al solo diritto alle maggiorazioni retributive di cui all’art. 5, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, riconosciute per ogni giorno in cui sia proseguita illegittimamente la durata del contratto. Tale criterio è stato duramente criticato in quanto la misura in questione sarebbe talmente irrisoria da non poter fungere da tutela effettiva ed equivalente della misura della conversione come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria. Tra gli altri, cfr. M. N. NANNI, *Sulle conseguenze della proroga illegittima di un contratto di lavoro a termine nel pubblico impiego*, *Arg. dir. lav.* 2008, p. 603.

Eppure la disposizione ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale e ha dato vita a orientamenti giurisprudenziali molto diversi tra loro.

Se da una parte, un indirizzo giurisprudenziale minoritario ha considerato l'indennità in questione una forma di tutela integrativa e non sostitutiva di quella ordinaria risarcitoria, ovvero una penale sanzionatoria che si aggiunge sia alla conversione *ex art. 1419, comma 2, c.c.*, sia alle conseguenze risarcitorie della *mora accipiendi* del datore di lavoro *ex art. 1206 c.c.*, l'orientamento dominante ha ritenuto che tale ricostruzione contrasti con la finalità dell'intervento legislativo e con il dato letterale. E' così che si è espressa anche la Corte Costituzionale che, con la sentenza 11 novembre 2011, n. 303⁷²⁷, ha respinto le questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla Corte di Cassazione⁷²⁸ e dal Tribunale di Trani⁷²⁹ e ha affermato che l'indennità prevista dalla legge integra la sanzione della conversione del rapporto che rappresenta la tutela più intensa per il lavoratore e alla quale si aggiunge il rimedio indennitario, corrisposto anche a prescindere dall'*aliunde perceptum*. Il danno forfetizzato è sufficiente a coprire solo il periodo definito "intermedio", intercorrente tra l'interruzione del rapporto e la sentenza che ne dichiara la conversione ed è finalizzata a contemperare l'interesse del dipendente alla conservazione del posto e ad un equo indennizzo con quello del datore di lavoro a non subire un pregiudizio eccessivo dovuto all'incertezza di un precetto che appare troppo generico, ai comportamenti dilatori del lavoratore e alle lungaggini processuali. Inoltre, la Corte Costituzionale ha escluso che l'applicazione retroattiva della normativa a tutti i giudizi pendenti (art. 32, comma 7, l. n. 183/2010), nella parte in cui incide su diritti assicurati da una precedente normativa, sia illegittima in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'obbligo internazionale contratto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia

⁷²⁷ Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, con nota di A. VALLEBONA, *La certezza finalmente alla ribalta: legittimità costituzionale dell'indennità per il termine illegittimo*, MGL, 2011, p. 939; GDir, 2012, p. 39, con nota di M. TATARELLI, *Legittimi i criteri per indennizzare il lavoratore in caso di conversione del contratto a termine*; RIDL, 2012, II, p.265, con nota di L. DI PAOLA, *La Corte Costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*.

⁷²⁸ Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, GDir, 2011, con nota di M. TATARELLI, *L'abusiva reiterazione di contratti a termine non deve finire per penalizzare il dipendente*; FI, 2011, 1742; RIDL, 2012, p.400, con nota di M.L. VALLAURI, *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo: la quantificazione dell'indennità e le condizioni di applicabilità delle nuove regole alle cause pendenti nel giudizio di legittimità*.

⁷²⁹ Trib. Trani 20 dicembre 2010, n. 4751, in www.dirittoscolastico.it.

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. L'art. 6 della CEDU, nel sancire il diritto di ogni cittadino al giusto processo davanti ad un tribunale indipendente ed imparziale, vieta altresì al potere legislativo di intromettersi nell'amministrazione della giustizia attraverso norme interpretative tali da assegnare alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo che non ricorrano ragioni di utilità generale⁷³⁰.

Spetta, dunque, agli Stati membri l'obbligo di individuare i “*motivi di interesse generale*”, trattandosi degli interessi alla base dell'esercizio del potere legislativo ed implicanti una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici e sociali⁷³¹.

Ed essendo pacifica l'applicabilità dell'art. 32, comma 5 e 6, non solo ai contratti a termine già stipulati e non ancora impugnati, ma anche a quelli già dedotti in giudizio per i quali non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva, la Corte Costituzionale ha escluso l'incompatibilità tra la legge nazionale di interpretazione autentica e l'art. 6 CEDU che evoca “*i motivi imperativi di interesse generale*” in base ai quali il legislatore può operare interventi interpretativi con effetti retroattivi.

Siffatto orientamento della Suprema Corte si è posto in contrasto con l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo che, nel caso *Agrati*⁷³², ha negato l'esistenza delle esigenze imperative richiamate dal giudice costituzionale: nel caso specifico, la Corte EDU ha affermato che lo Stato italiano, con il comma 218 dell'art. 1, l. 23 dicembre 2005, n. 266, ha violato il principio dell'equo processo contenuto nell'art. 6 della CEDU, dando vita ad un'indebita ingerenza nell'amministrazione della giustizia perché i ricorrenti, prima dell'intervento di questa legge, potevano vantare, come gli è stato riconosciuto da una giurisprudenza unanime della Cassazione, un' “aspettativa legittima” di ottenere il pagamento del trattamento economico connesso all'anzianità maturata nel comparto enti locali.

⁷³⁰ Cfr. Corte Cost. 16 novembre 2009, n. 311, *FI*, I, 2010, p.1073.

⁷³¹ Corte Cost. 5 gennaio 2011, n. 1, *De Jure giuffrè.it*

⁷³² C. Eur. dei diritti dell'uomo 7 giugno 2011, n. 43549, *FI*, 2013, IV, p. 1; *D&L*, 2012, 3, p. 781, sul personale ATA.

A completamento della riflessione, si ricordano anche le due sentenze *Maggio*⁷³³ e *Arras*⁷³⁴, nelle quali la Corte EDU, pur ritenendo che la disposizione retroattiva violi l'art. 6 della CEDU, non ha negato allo Stato italiano la possibilità di introdurre una nuova regolamentazione, qualora la stessa non determini una violazione del principio di non discriminazione.

Nonostante questo solido orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale, il Tribunale di Napoli⁷³⁵ ha disatteso l'interpretazione dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, reso dalla Consulta, affermando la non vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto, a differenza di quelle di accoglimento. In particolare, il Tribunale ha affermato che al lavoratore spettino tutte le retribuzioni *medio tempore* perdute, dalla data di notifica del ricorso all'effettiva riammissione in servizi, poiché il legislatore avrebbe introdotto la possibilità di liquidare voci di danno ulteriori, come per esempio, il danno esistenziale, morale e alla professionalità in precedenza non risarcite, al fine di garantire un'efficacia dissuasiva e sanzionatoria; viene stabilita, pertanto, una presunzione *iuris et de iure* di un danno minimo, pari a 2, 5 mensilità, che deve essere sempre corrisposto anche in assenza di un pregiudizio effettivo, in relazione al quale il lavoratore avrebbe un onere di allegazione e di prova, il cui termine temporale è rappresentato dal deposito del ricorso, quale limite finale del periodo coperto dall'indennità.

Le conclusioni del Tribunale di Napoli sono state riprese dalla Corte di Appello di Roma che ha affermato che l'indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, sostituisce il regime sanzionatorio soltanto per il periodo compreso tra la scadenza del termine ed il deposito del ricorso di primo grado.

La Corte di Cassazione, in sede nomofilattica, è intervenuta sulla non vincolatività delle interpretazioni oggetto del giudizio di costituzionalità e ha ribadito che l'indennità in questione, che copre tutto il periodo dalla scadenza del termine fino alla sentenza che ne accerta la nullità, risulta adeguata a realizzare un equilibrato contemperamento degli interessi contrapposti, anche attraverso il ricorso ai criteri indicati dall'art. 8 della l. n. 604/1966, che

⁷³³ C. Eur. dei diritti dell'uomo 31 maggio 2011, n. 46286, *D&L*, 2011, 2, p. 274, sulle pensioni svizzere.

⁷³⁴ C. Eur. dei diritti dell'uomo 14 febbraio 2012, n. 17972, *Giornale dir. amm.*, 2012, p. 646, sulle pensioni integrative dei funzionari del Banco di Napoli.

⁷³⁵ Trib. Napoli 16 novembre 2011, n. 29910, in *Guida Lavoro*, 47/2011, p. 21, con nota di F.M. PUTATURO DONATI.

consentono di modulare l'importo del risarcimento alle peculiarità delle singole vicende⁷³⁶.

L'interpretazione della Corte Costituzionale circa la legittimità dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010⁷³⁷, è stata recepita dal legislatore del 2012 che all'art. 1, comma 13, l. n. 92 (c.d. riforma Fornero), ha disposto, in via di interpretazione autentica, che il suddetto comma 5 debba essere interpretato nel senso che l'indennità risarcitoria è in grado di ristorare per intero il pregiudizio retributivo e contributivo relativo al periodo compreso tra la scadenza del termine e la sentenza con la quale il giudice ordina la "ricostituzione" del rapporto.

La natura dichiarativa di tale norma è stata oggetto di posizioni dottrinali contrastanti: da una parte, si è sostenuto che il giudice non potesse esimersi dal dichiarare sussistente il rapporto, riconoscendo, così, al lavoratore il diritto alla contribuzione⁷³⁸; dall'altra, viene escluso che l'obbligo contributivo comporterebbe che, durante il periodo predetto, il rapporto di lavoro non sussiste e la clausola appositiva del termine non sarebbe affetta da nullità, bensì da nullità speciale con effetti *ex nunc*⁷³⁹.

La Corte di Cassazione ha eliminato ogni dubbio interpretativo allorché ha precisato che l'indennità forfetizzata e onnicomprensiva di tutti i pregiudizi causati dalla nullità, nel periodo che va dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione, ristora tutte le conseguenze patrimoniali, comprese quelle contributive⁷⁴⁰.

⁷³⁶ Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, *MGL*, 2012, 350; *RIDL*, 2012, II, p. 400, con nota di M.L. VALLAURI, *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo*; *FI*, 2012, p. 730; *GDir*, 2012, 12, 70; Cass. 2 aprile 2012 n. 5241, *MGL*, 2012, p. 348; *RIDL*, 2013, II, p. 11, con nota di N. DE ANGELIS, *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*; *D&G*, 2012, p. 338, con nota di R. DULIO, *Nulla l'apposizione del termine senza la valutazione dei rischi*; Cass. 31 gennaio 2012, p. 1409, *De Jure*.

⁷³⁷ Cfr. Corte Cost. 11 novembre 2011 n. 303, cit., e la più recente ordinanza Corte Cost. 3 maggio 2012, n. 112, *D&L*, 2012, 1, p. 73; *Fi*, 2012, 1633; *GCost*, 2012, 3, p. 1638.

⁷³⁸ Cfr. V.F. PONTE, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, in *Quaderni de "Il diritto del mercato del lavoro"*, 8, Napoli, 2013, p. 122.

⁷³⁹ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., p. 12 ss.

⁷⁴⁰ Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, *DRI*, 2013, 3, p. 761; *D&L*, 2012, 3, p. 689. Cfr. Cass. 14 luglio 2014 n. 16097, inedita per quanto consta.

In particolare, nella sentenza della Cassazione n. 19371/2013⁷⁴¹ si evince un primo tentativo di riconoscimento del danno effettivo, facendo applicazione diretta e non parametrica, dell'art. 32, commi 5-7, della l. n. 183/2010.

L'art. 32, comma 5, si sostiene, prevede *iuris et de iure* un danno minimo (2,5 mensilità), anche in ipotesi di assenza di danno effettivo e presuppone, inoltre, la conversione del contratto di lavoro, per cui il danno liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro e non serve a compensare il lavoratore pubblico della situazione di sfavore in cui versa rispetto al lavoratore privato.

Questa sentenza, sebbene il suo nobile tentativo di individuare una regola risarcitoria certa, non si spinge fino ad affrontare il problema che l'indennità risarcitoria è prevista per il solo caso di conversione del contratto di lavoro, in sostituzione del lucro cessante. Inoltre, appare discutibile l'affermazione che la distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato sia stata più volte confermata dalla Corte di Giustizia che, invece, si è semplicemente limitata a segnalare la mera possibilità, e non la necessità, di distinguere il regime sanzionatorio, pur senza mai spiegare in cosa consisterebbe il settore pubblico.

La Corte di Cassazione si rifugia nel richiamo del principio del pubblico concorso, senza spiegare se nel caso concreto fosse necessario o meno: in caso positivo, il contratto di lavoro poteva stimarsi contrario ad un principio fondamentale dell'ordinamento e, dunque, affetto da nullità radicale e il danno non risarcibile; nel caso in cui non fosse considerato necessario il concorso, il richiamo al principio costituzionale contenuto nell'art. 97, comma 3, Cost. dovrebbe ritenersi erroneo e fuori luogo.

Come testimoniato in dottrina, il pubblico concorso è stato spesso richiamato senza ragione dalla giurisprudenza per giustificare una non convertibilità del

⁷⁴¹ Cass. 21 agosto 2013, n. 19371. La Suprema Corte ha cassato, con rinvio, la sentenza della Corte di Appello di Roma che, pronunciandosi su una fattispecie di contratti successivi stipulati tra il 1997 e il 2002 alle dipendenze di un'Azienda sanitaria locale, aveva dichiarato l'illegittimità dei contratti a termine, senza accogliere né la domanda di conversione né quella di risarcimento dei danni per perdita di *chance*. La Corte di Cassazione ha, pertanto, predisposto la liquidazione del danno subito dal lavoratore per abusivo utilizzo di contratti a termine, applicando la penale sanzionatoria dell'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 e ritenendola applicabile anche al pubblico impiego.

contratto di lavoro a termine, che si fonderebbe sull'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 e, al massimo, sull'art. 97, comma 1, della Cost⁷⁴².

Ed anche all'interno della giurisprudenza di merito, non sono mancate interpretazioni contrastanti come dimostra la sentenza del Tribunale di Napoli che ha nuovamente rilevato che il regime indennitario previsto dalla l. n. 183/2010 sarebbe penalizzante per il lavoratore a tempo determinato dal momento che usufruirebbe di una tutela più sfavorevole rispetto a quella prevista dal diritto civile e, in particolare, rispetto a quella predisposta per le ipotesi di illegittimità del licenziamento rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. Lav⁷⁴³.

Basandosi su tali argomentazioni, il Tribunale di Napoli ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia lamentando la possibilità che suddetta normativa, alterando l'andamento dei processi in corso, si porrebbe in contrasto non solo con la direttiva 1999/70/CE, ma anche con l'art. 6 della CEDU e con i principi generali del diritto dell'Unione, quali la certezza del diritto, la tutela del legittimo affidamento e l'uguaglianza delle parti nel processo.

La Corte di Giustizia con la sentenza *Carratù*⁷⁴⁴ ha però confermato la compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'indennità risarcitoria prevista

⁷⁴² P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *Riv. dir. merc. lav.*, 2-3/2013, p. 340.

⁷⁴³ Trib. Napoli 13 giugno 2012, *D&L*, 2012, 4, p. 958.

⁷⁴⁴ Corte Giust. 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù*, *FI*, 2014, IV, 85. La Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su importanti quesiti, ovvero se -il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione delle clausole 4, punto 1, e 5, punto 1, lettera a) e punto 2, lettera b) dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato anche per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie in caso di utilizzo illecito (punti 22-24); - l'art.32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 ricade nell'ambito della direttiva 1999/70, anche se le disposizioni controverse sono state emanate per finalità e scopi diversi rispetto alla necessità di attuazione della direttiva (punti 25-26);- Poste italiane è organismo statale, è lo Stato italiano che opera in settori economici totalmente aperti alla concorrenza, e non è una impresa privata (punti 27-31); - a Poste italiane, in quanto organismo statale, e a tutte le pubbliche amministrazioni si applica direttamente il decreto legislativo n.368/2001 e la misura preventiva e sanzionatoria effettiva dell'art.1, commi 1 e 2, dell'unica normativa interna attuativa della direttiva 1999/70/CE delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato (punti 5, 22 e 24); - a tutte le pubbliche amministrazioni non si applica (né è stato mai applicabile) l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 in quanto misura inidonea a sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego (ordinanza *Papalia*, conclusioni) sia che si tratti di un unico contratto a termine (sentenza *Carratù*) sia che si tratti di una pluralità di contratti successivi (ordinanza *Papalia*, conclusioni) e se il Giudice nazionale, in questo caso, è tenuto a dare effettività alla tutela dei lavoratori pubblici a tempo determinato applicando le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, cioè gli artt.1, commi 1 e 2, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4-bis, d.lgs. n.368/2001 come richiamati dall'art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001

dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, escludendo il profilarsi di una lesione della parità di trattamento, ferma restando la possibilità per gli Stati membri di introdurre previsioni più favorevoli per i lavoratori⁷⁴⁵.

La tutela contenuta nell'art. 18 St. Lav. e la tutela del diritto comune, fino alla data di entrata in vigore del Collegato Lavoro, prevista per i contratti a termine privati sono equiparate dal momento che fino a questa data il principio di equivalenza impone l'applicazione delle conseguenze risarcitorie previste dal suddetto art. 18 St. Lav., nel testo precedente alla l. n. 92/2012, almeno per quanto riguarda l'indennità sostitutiva prevista da questa disposizione⁷⁴⁶.

Anche con la recentissima ordinanza del 30 aprile 2014, la Corte di Giustizia⁷⁴⁷, chiamata a pronunciarsi su un ulteriore rinvio pregiudiziale

(ordinanza *Papalia*, punti 7 e 35);- anche le conseguenze sanzionatorie in caso di illecito utilizzo del contratto a tempo determinato (anche del primo e unico rapporto a termine) entrano nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4, n.1, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato (punti 32-38);-le situazioni dell'utilizzo illecito di un contratto a tempo determinato e del licenziamento ingiustificato da un contratto a tempo indeterminato sono differenti e, dunque, normalmente non rientrano nei parametri di comparabilità previsti dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo comunitario sul lavoro a tempo determinato (punti 42-45);- tuttavia, poiché il legislatore nazionale ha introdotto disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato, cioè ha equiparato la tutela civilistica/speciale prevista dall'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (caso della lavoratrice *Carratù*) o dall'art.5, commi 3, 4 e 4-bis, dello stesso decreto 368 (caso del lavoratore *Papalia*) in caso di assunzione illecita *ex tunc* o *ex nunc* a tempo determinato con la tutela prevista per il licenziamento ingiustificato nel campo di applicazione dell'art.18 della legge n.300/1970 (nella formulazione antecedente le modifiche della legge n. 92/2012), il combinato disposto della clausola 4, punto 1, e della clausola 8, punto 1, dell'accordo-quadro impone la rimozione o non applicazione di tutte le disposizioni di legge successive al d.lgs. n. 368/2001 che impediscono l'applicazione diretta (anche a Poste italiane e a tutte le pubbliche amministrazioni) del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo-quadro (punto 28 e punti 46-48);- infine, non è necessario risolvere le questioni interpretative sul giusto processo e l'applicazione diretta dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, perché l'applicazione diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro comunitario non rende necessaria la cogenza della norma primaria del Trattato UE (punto 49). Cfr. Corte di Giustizia, 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*, sul personale ATA trasferito allo Stato. In questa occasione, la Corte di Giustizia ha evitato di estendere l'operatività diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla fattispecie del trasferimento del personale ATA, impedendo di dare effettività alla tutela richiesta per violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza sul giusto processo da parte del legislatore nazionale in favore degli abusi di Stato.

⁷⁴⁵ Cfr. Trib. Lucca 10 aprile 2014, n. 102014, *De Jure giuffrè.it*, che pronunciandosi sulla corretta applicazione della clausola 4, ha affermato che ai lavoratori a tempo determinato devono essere riconosciute condizioni di impiego non discriminatorie rispetto a quelle applicate ai lavoratori a tempo indeterminato e di conseguenza hanno diritto al riconoscimento ai fini della progressione stipendiale dell'anzianità di servizio maturata durante i rapporti di lavoro a termine a decorrere dalla data del rispettivo primo contratto.

⁷⁴⁶ Cfr. F.M. GIORGI, *Le questioni di rito nel nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *LG*, 2013, 10, p. 928 ss.

⁷⁴⁷ Corte Giust. 30 aprile 2014, causa C-89/13, *Luigi D'Aniello e a. c/Poste Italiane SpA*, *De Jure giuffrè.it*

disposto dal Tribunale di Napoli⁷⁴⁸, ha affermato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo-quadro non impone un'equiparazione delle tutele predisposte dall'ordinamento nazionale, fatta salva la possibilità per gli Stati membri, in forza della clausola 8, di assimilare le conseguenze economiche dell'illecita apposizione di un termine a quelle derivanti dall'illegittima interruzione di un rapporto a tempo indeterminato.

Infine, la recentissima sentenza della Corte di Cassazione 12 gennaio 2015 n. 262 afferma che, (anche) in caso di reiterazione di contratti a tempo determinato, l'indennità forfettaria prevista per il settore privato dall'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, è esaustiva del diritto al ristoro per il "periodo non lavorato", mentre, per i periodi lavorati, al lavoratore spetta anche, oltre alla retribuzione maturata, il riconoscimento dell'anzianità di servizio e, dunque, la maturazione degli scatti di anzianità.

Ciò in quanto, essendo l'indennità "onnicomprendiva", assorbe ogni forma di danno, ma non anche ciò che danno non è, ovvero quanto comunque spetta al lavoratore per i periodi lavorati. E questo deve dirsi sia rispetto all'ipotesi del singolo contratto a termine illegittimo, sia in relazione alla diversa ipotesi di più contratti che, comunque, in quanto illegittimi conducono alla conversione in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La questione del danno risarcibile nel settore pubblico si pone in termini diversi, in ragione del divieto di conversione e, riguardando l'indennità onnicomprensiva di cui all'art. 32 esclusivamente l'ipotesi di "conversione", questa può essere applicata, stando ad un diffuso orientamento giurisprudenziale, solo al settore privato⁷⁴⁹.

Pertanto, dal momento che con la Pubblica Amministrazione non è possibile la conversione del contratto, salvo nell'ipotesi in cui il lavoratore a termine abbia superato i 36 mesi, deve essere scorporato il danno economico e un valido criterio per la sua quantificazione potrebbe essere rintracciato nell'art. 32, comma 6, e nell'art. 50 della l. n.183/2010, che nell'ipotesi di una effettiva possibilità di costituzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, riducono il danno tra le 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di

⁷⁴⁸ Trib. Napoli 15 febbraio 2013, vedi *infra*.

⁷⁴⁹ Cfr. A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133. Privato e pubblico a confronto*. Giappichelli Editore, Torino 2009.

fatto. Si prende in considerazione, dunque, che la effettiva possibilità di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato riduce la componente non patrimoniale del danno, considerata la certa futura costituzione del rapporto di lavoro, che viene pertanto fissata nella misura massima di 6 mensilità (che è la differenza tra le due indennità nella misura massima)⁷⁵⁰.

La componente del danno da perdita di posto di lavoro, in ragione della comparabilità *ex art. 3 dell'art. 32 della l. n. 183/2010*, con il recesso assistito da tutela reale induce, in ragione del principio di equivalenza, a considerare l'indennità sostitutiva di cui all'art. 18 St. Lav. della l. n. 300/70, applicabile alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero di dipendenti (art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

Come è agevole notare, le interpretazioni con cui la giurisprudenza ha cercato di superare i limiti imposti dall'art. 36 sono molte e di vario genere; le diverse pronunce sul tema hanno in comune lo sforzo degli interpreti di garantire ai lavoratori pubblici un'effettiva tutela senza però spingersi a definire criterio certo e predeterminato con cui quantificare il danno da risarcire.

Nella confusione generata dal *surplus* delle proposte giurisprudenziali, la conformità dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 alla direttiva europea non può definirsi un elemento acquisito, ma deve essere sottoposto a “*puntuale verifica*”⁷⁵¹.

Più volte è stata sottolineata la necessità di introdurre in sede legislativa un criterio certo con il quale quantificare il risarcimento del danno spettante al lavoratore del pubblico impiego e non sono mancate proposte di estensione al settore pubblico dell'operatività della conversione legale⁷⁵²; una siffatta riforma garantirebbe una tutela effettiva ed adeguata al lavoratore a termine, senza per questo violare la regola costituzionale dell'accesso alla pubblica amministrazione mediante concorso e ferma restando la possibilità espressamente prevista dall'art. 97 Cost. per il legislatore ordinario di derogare

⁷⁵⁰ P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, cit., p. 333.

⁷⁵¹ Trib. Rossano Calabro 4 giugno 2007, in *FI*, 2007, I, c. 2258.

⁷⁵² A titolo esemplificativo, si vedano il disegno di legge Di Salvo, n. C-2796, XV legislatura, presentato il 18 giugno 2007 e la proposta Salvi, n. S-927, depositata il 3 agosto 2006.

al principio della concorsualità, come testimonia la dicitura “*salvo i casi previsti dalla legge*”.

E questa deroga appare anche superflua poiché la nuova versione del secondo comma dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che anche le assunzioni a termine debbano essere effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento previste dall’articolo 35: difatti, le assunzioni, indipendentemente dal loro carattere temporaneo o meno, devono essere sempre precedute dallo svolgimento di un concorso e, pertanto, la necessità di rispettare l’art. 97 Cost. non può più essere invocata per giustificare la mancata estensione al settore pubblico della conversione legale.

La procedura selettiva realizzata prima della costituzione del rapporto flessibile, sebbene più agile e rapida rispetto a quella prevista per le assunzioni a tempo indeterminato, garantirebbe comunque un’effettiva selezione meritocratica nel rispetto del principio costituzionale dell’imparzialità.

3.6 Il contratto a termine per il comparto Scuola: la disapplicazione dell’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nella recente giurisprudenza “creativa” nazionale e europea

Molto importante è risultato il dialogo tra le Corti nazionali ed europee in merito al settore della Scuola che presenta caratteristiche emblematiche per dimensioni quantitative e conflittualità in giudizio e per il quale l’ordinaria attività di insegnamento viene da lungo tempo esercitata da personale per così dire “stagionale”, a cui viene, di anno in anno (scolastico), rinnovato per periodi più o meno lunghi l’incarico di docenza o di compiti amministrativi (svolti dal c.d. personale ATA). L’ordinario ricorso all’uso del contratto a tempo determinato per l’assegnazione degli incarichi di supplenza nel settore della Scuola pubblica è stato oggetto di una cospicua giurisprudenza nazionale chiamata a valutare la legittimità o meno della reiterazione di tali contratti in capo allo stesso docente o personale ATA.

In più di un’occasione, la richiamata giurisprudenza ha disatteso la regola del divieto di conversione del rapporto di cui all’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, condannando il Ministero dell’Istruzione al ripristino del rapporto di

lavoro presso l'ultimo istituto scolastico in cui si era svolta la supplenza e al pagamento delle retribuzioni maturate *medio tempore* dalla data di messa in mora dell'effettiva ripresa del servizio.

Le sentenze in questione, pur rimandando alla specifica normativa che attiene al reclutamento del personale scolastico che viene fatta salva dal d.lgs. n. 165/2001, non escludono l'Amministrazione scolastica dal campo di applicazione dell'art. 36 del medesimo decreto e delle regole fissate in materia di contratto a termine dal d.lgs. n. 368/2001⁷⁵³, trattandosi di una flessibilità atipica in quanto destinata, per legge, a trasformarsi in un'attività lavorativa stabile.

Il riferimento è all'art. 70, comma 8, d.lgs. n. 165/2001, per il quale le disposizioni del suddetto decreto si applicano al personale della Scuola, ad eccezione di quelle riguardanti il reclutamento del personale che resta disciplinato dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 – “*Testo unico sulle disposizioni legislative in materia di istruzione*” - e successive modifiche, ribadito dall'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, convertito in legge n. 106 del 2011, tramite la conferma dell'esclusione *expressis verbis* della conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze nelle scuole, “*considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di*

⁷⁵³ Se si considerasse inapplicabile il d.lgs. n. 368/2001 si dovrebbe concludere che, nello specifico ambito della Scuola, non potrebbe trovare applicazione la direttiva 1999/70/CE, ovvero si priverebbe tale settore di alcuna misura ostativa alla libera reiterazione dei contratti. Cfr. P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, cit., pp. 355 e 336. *Contra* Cass. Sez. Lav. 20 giugno 2012, n. 10127, *LG*, n. 8-9, 2012, p. 77 ss., con nota di V. DE MICHELE, *Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antisprea della Cassazione sul precariato scolastico*. La Suprema Corte ha affermato la conformità al diritto dell'Unione europea della disciplina del reclutamento nel settore scuola e ha sottolineato come un siffatto quadro normativo, in ragione della sua completezza, organicità e funzionalizzazione, abbia natura autonoma e speciale e sia rispondente “*a criteri razionali e di efficienza ed atto a prevenire l'abuso nella successione di contratti a termine, in armonia con la Direttiva*” sul contratto a tempo determinato, con la conseguente non sanzionabilità della sequenza delle supplenze annuali (né con la conversione in contratto a tempo indeterminato, né con il risarcimento del danno). La Corte sottolinea che il conferimento dell'incarico di supplenza da un lato avviene sulla base della posizione acquisita in graduatoria, comportando “*necessariamente la reiterazione degli incarichi che, pur tuttavia, rimangono temporanei e collegati ciascuno alla specifica e precisa esigenza del singolo istituto scolastico*”, e dall'altro costituisce “*il veicolo attraverso il quale l'incaricato si assicura l'assunzione a tempo indeterminato in quanto, man mano che gli vengono assegnati detti incarichi, la sua collocazione in graduatoria avanza e, quindi, gli permette l'incremento di punteggio cui è correlata l'immissione in ruolo*”.

lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato” (art. 4, comma 14 –*bis* dell’art. 10, d.lgs. n. 368/2001, aggiunto al d.l. n. 70/2011, convertito con modifiche in l. n. 106/2011).

E se la salvezza delle procedure di reclutamento non è incompatibile con l’applicazione dell’art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001 non essendo necessario l’effetto automatico della applicazione delle procedure di reclutamento il superamento dei 36 mesi; diversamente la procedura di reclutamento e la continuità didattica rendono incompatibili la a-causalità dei contratti e la disciplina delle proroghe ovvero della distanza ravvicinata tra i contratti.

Ma conviene ricordare che vi è differenza tra il reclutamento, ovvero le modalità di scelta del lavoratore da assumere, e la disciplina del rapporto se del caso a tempo determinato.

Lo speciale *corpus* normativo, che consta di ben 676 articoli, disciplina l’intera organizzazione della Scuola Pubblica e il rapporto di lavoro di tutto il personale, di ruolo e non, sia docente che amministrativo, tecnico o ausiliario e, nello specifico, il sistema di accesso ai ruoli è regolato dall’art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, modificato dagli artt. 1 e 4 della l. n. 124 del 1999.

Ai fini della suddetta riflessione, si ricorda che il Tribunale di Siena, con due recenti pronunce, ha dichiarato la nullità parziale dei contratti a termine impugnati e ne ha ordinato la conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato⁷⁵⁴.

A sostegno della decisione del giudice vi sono tre nuclei argomentativi.

Con il primo, si afferma che l’abrogazione dell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ad opera dell’art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 comporta anche l’abrogazione di tutte le disposizioni di legge incompatibili e non espressamente richiamate dal testo normativo, a prescindere dal carattere di specialità ricoperto dalla norma

⁷⁵⁴ Trib. Siena 27 settembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2011, p. 555; in *LG*, 2010, p. 1107, con nota di V. DE MICHELE; in *Lav. pubbl. amm.* 2010, p. 869 con nota di A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile disapplicazione del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*; in *Dir. Relaz. Ind.*, 2011, p. 472, con nota di P. SARACINI; Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in *G. Lav.*, 2011, II, p. 374, con nota di F. PUTATURO DONATI.

operante nel pubblico impiego; tale tesi non sembra fare i conti con i vari interventi normativi cui il legislatore, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, ha più volte confermato l'operatività del particolare regime sanzionatorio previsto per il pubblico impiego.

Con la seconda motivazione, ben più interessante, il Tribunale ha ritenuto di poter applicare nel caso in specie la sanzione della conversione dal momento che l'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165 affida ai contratti collettivi nazionali il compito *“di disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato”* e il contratto collettivo del comparto interessato stabilisce che *“il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative”* (art. 40, CCNL Comparto Scuola 2006/2009).

Tale interpretazione appare controversa dal momento che, come rilevato dallo stesso giudice, l'accordo collettivo citato non allude direttamente alla problematica della conversione legale e non è, infatti, chiaro quali siano *“le specifiche disposizioni normative”* che permetterebbero l'operatività di tale sanzione.

A dirimere eventuali problemi interpretativi interviene il terzo nucleo argomentativo con il quale, dopo aver esaminato le varie vie percorse dalla giurisprudenza nel tentativo di quantificare il risarcimento del anno previsto dall'art. 36, il giudice ha concluso che tutte le soluzioni proposte siano *“ampiamente compromissorie, opinabili, del tutto incerte, tali da porre in dubbio, anzitutto, il momento della effettività”* della sanzione: nella perdurante assenza di un criterio certo e predeterminato con cui quantificare il danno, l'art. 36 risulta così essere *“inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti a tempo determinato successivi”*.

Il giudice è così giunto ad *“un deciso ripensamento della materia”*, disapplicando la norma speciale operante nel pubblico impiego perché *“debole e pertanto non conforme al diritto comunitario”*: non essendo possibile operare un'interpretazione conforme del diritto interno alla luce della direttiva dell'Unione europea, che impone agli Stati membri di adottare misure aventi

carattere proporzionato, effettivo e dissuasivo⁷⁵⁵ con cui sanzionare il ricorso illegittimo a contratti a tempo determinato, il giudice ha dato applicazione diretta al principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato contenuto nella clausola 4 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato recepito nella direttiva n. 99/70.

Tale principio investe tutte le condizioni del rapporto di lavoro e quindi anche la vicenda estintiva e, a tal proposito, il giudice ha richiamato l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue alla quale il Trattato di Lisbona ha riconosciuto lo “*stesso valore giuridico dei trattati*” – secondo cui “*ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”.

Sulla base della convinzione che “*la scadenza del termine, illegittimamente apposto, non [sia] altro che un licenziamento programmato privo di giustificazione causale*”, il Tribunale di Siena ha dunque ritenuto di dover garantire la “*tutelabilità in forma specifica, ex art. 2058 cod.civ., del diritto del lavoratore a fronte di una vicenda risolutiva illegittima del rapporto*”.

Sebbene la Corte di Giustizia abbia chiarito che il principio di non discriminazione contenuta nella direttiva sul lavoro a termine “*appare[...] sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo e applicato dal giudice*”⁷⁵⁶, sembra tuttavia difficile equiparare la situazione in cui si viene a trovare il lavoratore assunto illegittimamente a termine alla scadenza del contratto con la condizione in cui si ritrova un dipendente assunto a tempo indeterminato e licenziato.

Difatti, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario esclude “*qualsiasi profilo di interferenza tra la disciplina della cessazione del rapporto a seguito della scadenza di un termine poi riconosciuto illegittimo e quella dei licenziamenti*”⁷⁵⁷.

L'equiparazione dei lavoratori a termine con quelli a tempo indeterminato proposta dal Tribunale di Siena ha portato il giudice a risolvere la controversia dando applicazione all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 che sanziona l'utilizzo

⁷⁵⁵ Corte di Giustizia sentt. *Affatato*, cit., punto 45; *Vassallo*, cit., punto 36; *Marrosu*, cit., punto 51; *Angelidaki*, cit., punto 158.

⁷⁵⁶ Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, in *Racc.*, 2008, p. 2483, punto 60.

⁷⁵⁷ Cass. SS.UU., 6 luglio 1991, n. 7471, in *MGL*, 1991, p. 523 ss.; Cass., SS.UU., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *D&L*, 2002, p. 891 ss. *Contra*, Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665, in *RIDL*, 1998, II, p. 546 ss.

abusivo di contratti a termine nel settore privato e non, come forse sarebbe stato più coerente, all'art. 18 St. Lav. che fornisce una tutela reale ai lavoratori a tempo indeterminato illegittimamente licenziati.

Alla sentenza in esame che ha conosciuto un ampio seguito⁷⁵⁸ va, però, senza dubbio riconosciuto il merito di aver accolto l'invito della Corte di Giustizia a prendere “*in considerazione il diritto interno nel suo insieme*” e ad applicare “*i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo al fine di garantire la piena efficacia della direttiva [...] e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima*”⁷⁵⁹.

In particolare, la cospicua giurisprudenza ha ritenuto che il conferimento degli incarichi di supplenza annuale che si realizzano in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali risulta in contrasto con i precetti comunitari e nazionali poiché dissimula un uso improprio del lavoro flessibile.

Inoltre, dal momento che viene rilevata una sostanziale identità tra il meccanismo di selezione degli insegnanti da adibire alle supplenze con contratti a termine e quello utilizzato per l'immissione in ruolo del personale docente, è da escludersi che la conversione determini la violazione dell'art. 97 Cost. che impone la regola del concorso pubblico per l'assunzione stabile del personale del pubblico impiego. Ed anche l'ostacolo rappresentato dal divieto legale di conversione viene superato mediante disapplicazione della normativa interna per contrasto con la direttiva 99/70/CE contenente l'affermazione del principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato⁷⁶⁰.

Ben presto questo orientamento giurisprudenziale ha, però, incontrato la forte opposizione della giurisprudenza di secondo grado che ha messo in evidenza

⁷⁵⁸ Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in *Guida Lav.*, 2011, f. 10, p. 17, con nota di F.M. PUTATURO DONATI, *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale docente*; Trib. Napoli 16 giugno 2011, in *Lav. giur.*, 2011, p. 7; Trib. Trani 24 ottobre 2011, n. 5240; Trib. Trani 18 luglio 2011, n. 4430; Trib. Trani 19 settembre 2011, n. 4544, in www.dirittoscolastico.it; in dottrina, tra gli altri, cfr. P. SARACINI, *I docenti della Scuola: quando la precarietà diventa stabilità*, in *Dir.rel.ind.*, 2011, p. 471; A. VALLEBONA, *I precari della Scuola: una babele da arrestare*, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, p. 305; A. PREMOLI, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA: la breccia è aperta, ma il muro non crolla*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 418; M. A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del Pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, in *Riv. giur.lav.*, 2012, II, p. 735; L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur.lav.*, 2012, I, p. 699.

⁷⁵⁹ Corte di Giustizia, *Angelidaki*, cit., punto 200.

⁷⁶⁰ *Contra*, Trib. Torino 2 marzo 2011; Trib. Trieste 28 maggio 2011; Trib. Genova 24 maggio 2011; Trib. Pisa 21 marzo 2012.

come “*sul piano ontologico può senza dubbio essere affermato che le assunzioni nella Scuola pubblica in regime di precariato o di preruolo non sono assunzioni a termine in senso tecnico, ma si configurano come speciale e progressivo sistema di reclutamento destinato a concludersi fisiologicamente con l’assunzione in ruolo e la ricostruzione della carriera*”⁷⁶¹.

E ben più incisivo è stato il contributo della giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha sottolineato il ruolo dell’art. 70, comma 8, che, non solo esclude la materia del reclutamento scolastico dall’ambito di applicazione degli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165/2001 per l’intero settore pubblico contrattualizzato, ma sulla base dell’art. 2, comma 2, dello stesso decreto, ritiene non applicabile la normativa sul contratto a termine per il settore privato⁷⁶².

In particolare, la Corte di Cassazione richiama quanto stabilito dalla clausola 5, punto 1, lett. a), della direttiva europea sul contratto a termine che, al fine di prevenire abusi derivanti da una successione di contratti, prevede che gli Stati membri, in mancanza di una normativa equivalente idonea allo scopo, devono prevedere ragioni obiettive che giustificano il ricorso ad una pluralità di contratti a tempo determinato. E mette in evidenza come il *corpus* normativo che regola il reclutamento a termine del personale scolastico si configura come una “*normativa equivalente*” idonea in quanto: i) si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti la particolare attività scolastica; ii) si basa su fattori oggettivi costituiti dalla necessità di assicurare continuità ad un servizio pubblico di rilevanza costituzionale come quello scolastico, in un contesto di ciclica variazione in aumento e in diminuzione della popolazione scolastica e della sua collocazione geografica; iii) non comporta, nella scelta del personale

⁷⁶¹ App. Perugia 8 marzo 2011, in *Arg. dir. lav.* 2011, p. 1307 con nota di L. RATTI, *Sugli effetti della mancata conversione del contratto a termine illegittimo. Spunti ricostruttivi dal caso della Scuola*. Ma anche, App. Genova 9 novembre; App. Roma 13 marzo 2012.

⁷⁶² Cass. 6 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it.dir. lav.*, 2012, II, p. 870, con nota di L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella Scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*. Secondo la Corte di Cassazione, la normativa in esame per le caratteristiche con le quali procede all’inserimento in graduatoria degli aspiranti supplenti, rappresenta una delle poche legittime ipotesi di applicazione dell’art. 97 Cost. nella parte in cui consente alla legge ordinaria di derogare alla regola del concorso pubblico. In precedenza, cfr. Cass. 15 giugno 2010, n. 14350, in *LPA*, 2010, p. 708 secondo cui “una domanda relativa ad un rapporto di lavoro con una amministrazione pubblica, volta ad ottenere la conversione del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, non può trovare accoglimento”.

docente da assumere con contratto a termine, alcuna valutazione discrezionale della pubblica amministrazione, obbligata al rispetto di una rigida normativa che ne regola l'individuazione; iv) garantisce all'incaricato la sua definitiva immissione in ruolo in ragione del numero delle supplenze assegnate⁷⁶³.

Il legislatore italiano, apparso allarmato dall'eccesso di disinvoltura di una certa giurisprudenza e preoccupato dalla possibilità di risarcire i danni di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, che avrebbe inciso sulla finanza pubblica e destabilizzato l'intero sistema di reclutamento del personale docente, è corso ai ripari escludendo dall'ambito di applicazione della disciplina generale sui contratti a termine i rapporti contrattuali a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e di quello amministrativo operante all'interno della struttura scolastica.

Ne sono esempi l'art. 9, comma 18, della l. n. 106/2011, che ha aggiunto un nuovo comma all'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, e l'ulteriore modifica all'interno del comma 4-*bis* dell'art. 10, che estende l'esclusione dal campo di applicazione della generale normativa sul contratto a termine anche al personale educativo e scolastico operante negli enti locali (art. 4, comma 11, d.l. n. 101/2013).

Nonostante l'intervento del legislatore, il dibattito non si è placato come dimostra l'orientamento della recente giurisprudenza che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disciplina che regola le assunzioni a termine nel settore scolastico per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., sempre con riferimento alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo-quadro, partendo dal presupposto che il giudice ordinario non può direttamente disapplicare la normativa nazionale dal momento che la direttiva non è precisa e incondizionata⁷⁶⁴. Ciò ha portato, difatti, alla pronuncia di due ordinanze da parte della Corte Costituzionale.

Con la prima ordinanza n. 206 del 3 luglio 2013, la Corte ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Trento in quanto

⁷⁶³ L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella Scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, cit., p. 887; L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, cit., p. 686 ss.

⁷⁶⁴ Fra le altre, cfr. Trib. Trento 27 settembre 2011, in *Mass. Giur. lav.*, 2012, p. 249 ss.

riguardante un giudizio nel quale si chiede la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato, non considerando il giudice rimettente la pacifica applicazione all'interno del settore pubblico del divieto di trasformazione sancito dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, come sottolineato con decisione dalla Corte Costituzionale⁷⁶⁵ e dalla Corte di Giustizia⁷⁶⁶.

La seconda ordinanza *Napolitano* n. 207 del 3-18 luglio 2013⁷⁶⁷, riguardante la condanna al risarcimento del danno per la reiterata stipulazione di contratti a termine, appare ben più interessante e complessa dal momento che la Corte Costituzionale ha sollevato per la prima volta una questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia nel corso di un giudizio di legittimità costituzionale promosso in via incidentale⁷⁶⁸.

La questione muove dai giudizi promossi dal Tribunale di Roma e dal Tribunale di Lamezia Terme⁷⁶⁹, nei quali si contestava per i precari della Scuola la legittimità dell'art. 4, commi 1, ultima disposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 14 – “*Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico*”- per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., “*integrati e resi operativi*” dalla clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato.

⁷⁶⁵ Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *Lav. pubb. amm.* 2003, p. 355.

⁷⁶⁶ Ordinanza *Affatato*, cit.

⁷⁶⁷ Il rinvio della Consulta trova origine nelle controversie che oppongono i docenti Napolitano, Cittadino, Zangari e Perrella e il collaboratore amministrativo Romani al Miur, con lo stesso oggetto del contendere (i ricorrenti avevano lavorato, a seconda dei casi, per periodi compresi tra i quattro e sei anni). Per approfondimenti, G. TESAURO, *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale* in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*. Giuffrè Editore, Milano 1991, p. 177 ss.; G. ZAGRELBELSKY, intervento al Seminario *Corti Europee e corti nazionali*, relazione del 12 gennaio 2001 al Seminario dell'Osservatorio Costituzionale L.U.I.S.S. in www.luiss.it/semcost/europa.

⁷⁶⁸ Non sono mancati in dottrina giudizi critici nei confronti della scelta seguita dalla Corte Costituzionale di operare un rinvio pregiudiziale in sede incidentale sul precariato scolastico. Il comportamento seguito è stato definito una sorta di “inchino” alla Corte di giustizia. A favore di una posizione di umiltà da parte della Corte Costituzionale, invece, è il Prof. G. Tesaurò che, nella relazione sulla “*Evoluzione del dialogo tra le Corti*”, ha replicato all’“accusa” di superbia del Giudice delle leggi nell'affrontare il complesso problema del dialogo tra le Corti nazionali e sovranazionali, soprattutto nei confronti della Corte EDU. Cfr. A. ADINOLFI, *Una rivoluzione silenziosa: il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale italiana in un procedimento incidentale*, in *Riv. dir.internaz.*, 2013, p. 1253.

⁷⁶⁹ Trib. Roma, 2 maggio 2012 (ordinanze n. 143 e 144), in GU 1° Serie Speciale Corte Costituzionale, n. 33 del 22 agosto 2012 e Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012 (ordinanze n. 248 e 249), in GU 1° Serie Speciale; Corte Cost., 7 novembre 2012, n. 44.

Il controllo di costituzionalità della normativa interna in relazione ad un suo palese conflitto con il diritto europeo si basava sull'impossibilità di superarlo *“con le proprie forze”*⁷⁷⁰.

I giudici remittenti, nel sollevare l'incidente di costituzionalità, non hanno mancato di rilevare un “paradosso” tra la circostanza per cui *“da un lato, l'Amministrazione non bandisce i concorsi preordinati al soddisfacimento dell'ordinario, e durevole, fabbisogno di personale”* e, dall'altro preclude ai lavoratori assunti a termine, conformemente allo speciale diritto interno, la conversione del rapporto *“trincerandosi dietro la regola costituzionale del concorso pubblico”* ed alimentando *“la costante violazione, da parte delle autorità scolastiche, della dignità del lavoro”*⁷⁷¹.

Ma hanno anche sottolineato che la scelta del legislatore di consentire che un lavoratore possa *“senza che ciò costituisca violazione delle norme specifiche di settore trascorrere tutta la propria vita lavorativa quale supplente”* è unicamente motivata da un'esigenza di risparmio e di contenimento della spesa pubblica, ovvero da un interesse che non è *“di per sé riconducibile a quella finalità di politica sociale, il cui perseguimento solo consente, secondo la Corte di Giustizia, l'utilizzo di contratti a tempo determinato in successione”*⁷⁷².

La Corte Costituzionale, sconfessando in modo palese il giudizio di piena conformità comunitaria della disciplina di settore in virtù del quale aveva giustificato in passato la sua sottrazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale, ha risposto presentando due quesiti pregiudiziali alla Corte di Giustizia, nonostante non fosse giudice di ultima istanza, sperimentando un innovativo percorso di dialogo con la Corte di Giustizia⁷⁷³ e superando definitivamente quella situazione di autoemarginazione dal dialogo diretto con la “sorella maggiore” di Lussemburgo che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale per lungo tempo⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰ M. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” IT - n. 240/2015, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>, pp.9-10.

⁷⁷¹ Trib. Lamezia Terme, 30 maggio 2012, cit.

⁷⁷² Trib. Roma, 2 maggio 2012.

⁷⁷³ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1983, p. 2406 ss., nel richiamo di M. AIMO, *op.ult.cit.*, p. 11.

⁷⁷⁴ M. AIMO, *op.ult.cit.*, p. 11.

Fino al 2008, la Consulta aveva preferito instaurare con la Corte di Giustizia un “*dialogo indiretto, a distanza, ovvero per interposta persona*”,⁷⁷⁵ non riconoscendosi la legittimazione soggettiva a investire di questioni pregiudiziali la Corte di Giustizia in quanto “*tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato[le], senza precedenti nell’ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati*”⁷⁷⁶ propri degli altri giudici (il riferimento è ai giudici comuni), riservando, dunque, agli stessi tale compito.

Conviene ricordare che, a tal proposito, la Corte di Giustizia aveva stabilito una priorità tra la questione pregiudiziale comunitaria e quella di costituzionalità nei casi di c.d. “doppia pregiudizialità”, prevedendo che, ove si ponesse un dubbio interpretativo su una norma europea rilevante anche in un giudizio di costituzionalità, i giudici comuni dovessero rivolgersi prima alla Corte di Giustizia e poi, nel caso, alla Consulta, sollevando un eventuale incidente di costituzionalità. In tal modo, come è stato sottolineato in dottrina, non senza preoccupazione, la Corte Costituzionale, immettendosi in tale circuito giurisdizionale con la Corte di Giustizia, pagava di fatto il prezzo di “*una fuga dei giudici comuni dalla giustizia costituzionale*”⁷⁷⁷ e si esponeva “*al rischio di sottoporsi all’autorità di un giudice superiore*”⁷⁷⁸, perdendo, così, l’opportunità di esprimere in sede europea l’autorevole punto di vista dell’ordinamento costituzionale italiano e, conseguentemente, d’influire sul bilanciamento finale dei valori fondamentali in gioco da parte dei giudici di Lussemburgo.

Ed è nel 2008, come si è detto, che la Corte di Giustizia decide di uscire dal suo “splendido”, ma anche ostinato, isolamento attraverso il rinvio

⁷⁷⁵ M. CANTARBIA, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*. Ed. ESI, Napoli 2006.

⁷⁷⁶ Corte Cost. 3 luglio 1995, n. 536, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 502. Cfr. in dottrina, V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007. Giuffrè Editore, Milano 2008, p. 58 ss.

⁷⁷⁷ V. ONIDA, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, cit., p. 60 ss.

⁷⁷⁸ *Ibidem*. L’autore sottolinea che “*la renitenza della Corte Costituzionale a utilizzare in proprio la pregiudiziale comunitaria nasconde il timore di trasformarsi in “esecutrice” della Corte di Giustizia*”.

pregiudiziale ai giudici europei nel corso di un giudizio di costituzionalità di una legge regionale⁷⁷⁹.

In quell'occasione, la Corte Costituzionale si era rivolta alla Corte di Giustizia nel corso di un giudizio in via principale, superando la tradizionale ritrosia a considerarsi “*giurisdizione nazionale*” ai sensi dell'art. 267 TFUE, pur nello stesso tempo ribadendo la propria “*peculiare posizione di supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno*”⁷⁸⁰.

La Corte non motiva tale scelta ma afferma semplicemente di avere “*la natura di “giurisdizione nazionale” ai sensi dell'art. 267, terzo comma, TFUE*”.

La Corte con l'ordinanza n. 103 del 2008 si era espressamente ritenuta legittimata a proporre questioni pregiudiziali “*nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale*”, dal momento che “*in tali giudizi...a differenza di quelli promossi in via incidentale, questa Corte è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia*”⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Si tratta di una coppia di ordinanze, nn. 102 e 103 del 13 febbraio 2008, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 1194 ss., con note di F. SORRENTINO e M. CANTARBIA. Alla sentenza della Corte di Lussemburgo che ha deciso il rinvio pregiudiziale (Corte di Giustizia, 17 novembre 2009, causa C- 169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna* in *Racc.*, 2009, p. 10821.) è seguita la pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata (Corte Costituzionale, 17 giugno 2010, n. 216, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2481).

⁷⁸⁰ Si ricorda, infatti, che nella sentenza n. 13 del 16 marzo 1960 si era affermato che nella Corte Costituzionale non sia ravvisabile quella giurisdizione nazionale alla quale fa riferimento l'art. 177 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (poi art. 234 TCE, oggi art. 267 TFUE), dal momento che la Corte non può “*essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali*”. Successivamente, la Corte si era mostrata sensibile alle esigenze sostanziali di interazione, basti pensare all'*obiter dictum* contenuto nella sent. 18 aprile 1991 n. 168: “*ferma restando la facoltà di sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione ...*”, salvo poi tornare ad una più netta preclusione al dialogo, incentrata sulla non riconducibilità del suo ruolo a quello di un giudice (più volte ribadita a partire dall'ord. 29 dicembre 1995 n. 536, in *Foro it.*, 1996, I, p. 789).

⁷⁸¹ F. GHERA, *La Corte Costituzionale e il rinvio pregiudiziale dopo le decisioni nn. 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1319 ss. L'autore sottolinea la posizione della Consulta nell'ordinanza n. 102 che considera che la nozione di “*giurisdizione nazionale*” rilevante ai fini dell'ammissibilità dei rinvio pregiudiziale “*deve essere desunta dall'ordinamento comunitario e non dalla qualificazione “interna” dell'organo rimettente*” e che non che “*non v'è dubbio che la Corte Costituzionale italiana possiede i requisiti individuati a tal fine dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE per attribuire tale qualificazione*”(v. punti 8.2 e 8.3). Cfr. Corte di Giustizia, 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairasmos Farmakopoin Aitolas*, in *Racc.*, 2005, p. 4609, punto 29). Per un ampio approfondimento sulle altre questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Costituzionale e ritenute ammissibile dalla Corte di Giustizia, B. GUASTAFERRO, *La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessione sull'ordinanza 207 del 2013 (21 ottobre 2013)*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo web www.giurcost.org; R.

Anche nella precedente ordinanza n. 102 del 2008 la Corte si era detta legittimata ad effettuare rinvio anche nei giudizi in via incidentale nei casi in cui si profilasse il contrasto tra norma interna e norma comunitaria non dotata di efficacia diretta. Difatti, in un passaggio della suddetta ordinanza, si legge che *“nell’ambito dei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via principale questa Corte è l’unico giudice chiamato a pronunciarsi in ordine al loro oggetto, in quanto...manca un giudice a quo abilitato a definire la controversia, e cioè ad applicare o a disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario”*. Come si legge, la condizione che legittima la Consulta ad effettuare un rinvio pregiudiziale non è la generica mancanza di un giudice chiamato a pronunciarsi sulla controversia, ma la mancanza di un giudice chiamato ad *“applicare”* o *“disapplicare direttamente”* la norma interna incompatibile e, pertanto, questa condizione potrebbe verificarsi anche nei giudizi di legittimità costituzionale promossi in via incidentale, in cui si contesta la conformità di una norma interna con una norma comunitaria non dotata di efficacia diretta⁷⁸².

Appare ovvio, invece, come precisato nella sentenza del 25-28 gennaio 2010 n. 28 che *“è da escludere altresì il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, come richiesto dall’Avvocatura dello Stato e dalla parte privata costituita [in quanto questo] non è necessario quando il significato della norma comunitaria sia evidente, anche per esser stato chiarito dalla Corte di giustizia e si impone soltanto quando occorra risolvere un dubbio interpretativo (ex plurimis, Corte di giustizia, sentenza 27 marzo 1963, in causa C- 28-30/62, Da Costa)”*, ritenendo che *“il parametro interposto, rispetto agli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., può considerarsi sufficientemente definito nei suoi contenuti, ai fini del controllo di costituzionalità”*.

In questi casi, la Corte Costituzionale procedeva alla declaratoria di incostituzionalità delle norme interne incompatibili con norme comunitarie non

ROMBOLI, *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, disponibile all’indirizzo web www.rivistaaic.it, n. 3/2014.

⁷⁸² Ferma restando la profonda differenza tra giudizio in via incidentale e giudizio in via principale che la Corte ha ribadito anche in precedenti sentenze riguardanti l’impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie. Cfr., tra le altre, Corte Cost. 20-30 marzo 1995 n. 94, con nota di R. BIN, *All’ombra della “La Pergola”. L’impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Le Regioni*, 1995, p. 1140 ss. disponibile all’indirizzo web <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/95-94.pdf>

dotate di efficacia diretta, senza ricorrere al rinvio pregiudiziale; tale decisione sembrava riposare sull'assenza di qualunque incertezza sulle norme di diritto dell'Unione invocate a parametro interposto e non sul fatto che la Corte fosse impossibilitata ad effettuare il rinvio, in quanto chiamata ad esprimersi nel corso di un giudizio di legittimità in via incidentale e non in via principale.

Nel corso del giudizio in esame, si era ritenuto che la pretesa del rimettente di risolvere la questione di compatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma interna attraverso l'incidente di costituzionalità dovesse essere dichiarata inammissibile in quanto è la stessa Corte Costituzionale ad affermare che debba essere il giudice comune ad avvalersi del rinvio pregiudiziale per accertarsi dell'eventuale contrasto. Ma, in questo caso, la Corte Costituzionale ha ritenuto che, dal momento che “*non è implausibile*” che le norme comunitarie non abbiano efficacia diretta, il giudice comune ha fatto bene a sollevare l'incidente di costituzionalità in quanto non può disapplicare la norma interna incompatibile. La Corte, come si evince, non si pronuncia sulla potenziale inammissibilità della questione per mancato rinvio pregiudiziale del giudice *a quo*, ma sembrerebbe riferirsi a se stessa nel ritenere il rinvio non necessario sulla base del fatto che il significato della norma è evidente per essere già stato chiarito dalla Corte di giustizia.

Nel ritenere il rinvio non necessario, la Corte costituzionale menziona, difatti, la citata sentenza *Da Costa* che esonera il giudice di ultima istanza, e non certo il giudice comune, dall'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale, obbligo di cui, in ogni caso, il giudice comune ai sensi dell'art. 267 TFUE non dispone.

E la Corte Costituzionale ha sempre fatto un uso molto attento dello strumento del rinvio pregiudiziale, nonostante la crescente rilevanza del diritto dell'Unione soprattutto nei giudizi in via principale e ciò in virtù di un'interpretazione forse “estensiva” dei cosiddetti “*criteri CILFIT*”, elaborati dalla Corte di Giustizia nell'omonima sentenza⁷⁸³ e finalizzati ad esonerare i giudici di ultima istanza dall'obbligo di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale a condizioni molto restrittive.

⁷⁸³ Corte di Giustizia 6 ottobre 1982, C-283/91, *CILFIT*, causa *S.r.l ed altri contro Ministero della Sanità*. E nella più recente sentenza del 30 marzo 2012 n. 75 la Corte Costituzionale ha ribadito che ad essa spetta “*l'obbligo di operare il rinvio, a meno che non si tratti di una interpretazione consolidata o di una norma comunitaria che non lascia adito a dubbi interpretativi*”.

L'ordinanza in esame, dunque, rappresenta per la Corte Costituzionale, un importante passo in avanti sulla strada auspicata anche dalla dottrina in seguito alle decisioni n. 102 e 103 del 2008, di “*rendersi promotrice anche nei giudizi incidentali, di analoghi rinvii*”⁷⁸⁴, soprattutto considerando che sulla stessa delicata questione del precariato scolastico, che incide fortemente sulla lesione dei diritti fondamentali dei lavoratori, la Corte di Cassazione, pur essendo un giudice di ultima istanza, si era pronunciata sulla compatibilità della normativa interna in materia di reclutamento del personale scolastico con la direttiva 1999/70/CE, senza interpellare i giudici di Lussemburgo, ritenendo che si fosse in presenza di un atto sufficientemente chiaro che non lasciava alcun dubbio interpretativo⁷⁸⁵.

Tornando all'ordinanza n. 207 del 2013, i profili di incompatibilità che vengono sollevati dalla Corte Costituzionale tra la normativa interna e la direttiva comunitaria sui contratti a termine, correttamente recepita nell'ordinamento interno dal d.lgs. n. 368/2001, sopraggiungono nel momento in cui lo stesso decreto sottrae dalla propria disciplina il reclutamento del personale scolastico, giustificando tale decisione con “*esigenze peculiari ed insopprimibili*” del settore che legittimerebbero l'assunzione di un medesimo lavoratore, da un anno all'altro, con contratti di lavoro a tempo determinato ripetuti nel tempo, al fine di coprire i posti vacanti.

La Corte precisa che si tratta di esigenze che impediscono allo Stato di provvedere con contratti a tempo indeterminato alla copertura di tutti i posti vacanti e disponibili, per non esporsi al rischio di esuberi in caso di successiva diminuzione degli studenti, e che rendono “*indispensabile utilizzare un numero*

⁷⁸⁴ F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2/2010, p. 150; cfr., tra gli altri, L. DANIELE, *Corte Costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in “*I quaderni europei*”, dicembre 2009, n. 16, disponibile all'indirizzo web http://www.cde.unict.it/sites/default/files/16_2009.pdf; S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, p. 808; E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 7689; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*; M. CATARBIA, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo, entrambi in Giurisprudenza Costituzionale*, 2008, pp. 1288 e 1312.

⁷⁸⁵ Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, cit.

significativo di docenti e di personale amministrativo scolastico assunti con contratti a tempo determinato”.

Ne consegue che, nel caso di abusiva reiterazione dei contratti stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente e ATA – amministrativo, tecnico, ausiliario - non è prevista la disciplina del risarcimento del danno che viene di norma applicata ad altri settori del pubblico impiego.

In particolare, l’art. 4, commi 1 e 11, della l. n. 124 del 1999⁷⁸⁶, non appare censurabile *“nella sua parte principale”*, che si limita a dettare la disciplina per il conferimento delle supplenze per la copertura dei posti vacanti dei docenti e del personale ATA.

A presentare dubbi di legittimità è la proposizione finale dello stesso comma 1 dell’art. 4 dal momento che secondo la Corte Costituzionale *“la previsione per cui il conferimento delle supplenze annuali su posti effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre abbia luogo in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente non di ruolo...potrebbe configurare la possibilità di un rinnovo dei contratti a tempo determinato senza che a detta possibilità si accompagni la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi”*.

Difatti, questa condizione potrebbe porsi in conflitto con la clausola 5 dell’accordo - quadro *“unitamente al fatto che non ci sono disposizioni che riconoscano, per i lavoratori della scuola, il diritto al risarcimento del danno in favore di chi è stato assoggettato ad un’indebita ripetizione di contratto di lavoro a tempo determinato”*⁷⁸⁷.

Dal ragionamento della Corte Costituzionale si evince che la stessa, all’esito di un eventuale giudizio di incompatibilità delle disposizioni interne da parte della

⁷⁸⁶ L’art. 4 distingue tra supplenze annuali su organico *“di diritto”*, affidate *“in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente di ruolo”* e relative a posti disponibili e vacanti (con scadenza del termine dell’anno scolastico); supplenze temporanee su organico *“di fatto”*, riguardanti posti disponibili, ma non vacanti (con scadenza al termine delle attività didattiche), infine supplenze più brevi, destinate a durare fino alla cessazione delle esigenze per le quali sono state disposte.

⁷⁸⁷ L’ordinanza del Trib. Roma, n. 144/2012 ricomprende tra le disposizioni censurate anche il comma 11 dell’art. 4 l. n. 124/1999, che estende l’applicazione delle regole in materia di supplenze del personale docente a quello ATA, essendo ricorrente in tale controversia un collaboratore amministrativo.

Corte di Giustizia, dovrebbe risolversi a dichiarare l'illegittimità costituzionale delle disposizioni ostative al risarcimento del danno⁷⁸⁸.

Come si è già avuto modo di osservare, la Corte di Giustizia si era già pronunciata sulla compatibilità della clausola 5 dell'accordo-quadro dell'art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001 che dispone che la prestazione di lavoro in violazione di disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma conferisce un diritto per il dipendente pubblico interessato al risarcimento del danno.

Come già ricordato, la Corte di Giustizia aveva già ribadito che suddetta disposizione nazionale non era incompatibile con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato qualora fossero state previste *“altre misure effettive per evitare ed eventualmente sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione”*, come si legge nella citata causa *Affatato*.

Difatti, nella stessa, al punto 40, si afferma che *“la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro del settore pubblico”*⁷⁸⁹. L'ampia discrezionalità che la clausola dell'accordo-quadro riconosce agli Stati membri ha consentito

⁷⁸⁸ Appaiono di estremo interesse le osservazioni della Commissione europea depositate il 17 ottobre 2013 che segnalano come negli ultimi dieci anni la prospettiva di un'immissione in ruolo tramite concorso o scorrimento della graduatoria ha rappresentato per il personale supplente della scuola *“un'eventualità non solo aleatoria, ma altresì piuttosto remota, con percentuali elevatissime di precari”*. La Commissione sembra dubitare *“seriamente...della reale corrispondenza della legislazione in causa con le esigenze di flessibilità, legate ad imprevedibili e temporanee variazioni della popolazione scolastica, che, secondo l'ordinanza di rinvio [della Corte Costituzionale], sono alla base di tale legislazione. Peraltro, anche ove l'esigenza di flessibilità negli organici della scuola, dovuta alla variabilità della popolazione scolastica, giustificasse il ricorso ad una certa quota di personale temporaneo, resta comunque da stabilire se il mezzo prevista a tal fine dalla legislazione nazionale in causa sia necessario e proporzionato allo scopo”*. Conclude dunque affermando che almeno ad una prima valutazione, il ricorso a contratti a termine successivi per la copertura di vacanze in organico che tale legislazione consente non può pertanto considerarsi giustificato da ragioni obiettive come previsto dalla clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro. Cfr. P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, cit., p. 360.

⁷⁸⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sentt. *Marrosu e Sardino*, punto 48; *Vassallo*, punto 33, e ordinanza *Vassilakis e a.*, punto 122.

all'Italia di trattare diversamente i lavoratori assunti nel settore privato rispetto a quelli impiegati nel settore pubblico, ai quali, per l'appunto, è preclusa la possibilità di una conversione del contratto in un rapporto di lavoro a tempo determinato, legittimando tale decisione sia con riferimento al principio del pubblico concorso contenuta nell'art. 97 Cost.⁷⁹⁰, sia dal punto di vista del diritto dell'Unione in quanto il risarcimento del danno può essere comunque considerato una “*misura effettiva*” in grado di sanzionare efficacemente gli abusi.

Ma, alla luce della cospicua giurisprudenza comunitaria, appare fondato il dubbio sollevato dalla Corte Costituzionale in merito al possibile contrasto tra la disposizione impugnata e la clausola 5 dell'accordo-quadro, dal momento che i lavoratori assunti a tempo determinato nel settore scolastico non avrebbero diritto né alla conversione del proprio contratto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, né ad una tutela risarcitoria.

Ciò sembrerebbe essere in contrasto con quanto affermato dalla Corte di Giustizia che ha stabilito che “*affinché una normativa nazionale che vieta in via assoluta, nel settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra*

⁷⁹⁰ Corte Cost. 27 marzo 2003 n. 89, cit. In questa occasione, la Corte Costituzionale con riferimento al settore pubblico, ha affermato la legittimità dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ritenendo che il principio dell'accesso mediante concorso, enunciato nell'art. 97 Cost. a presidio di esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione rende evidente la non omogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori di lavoro privati, pertanto appare giustificata la scelta del legislatore, cui spetta, nei limiti della ragionevolezza, individuare i casi eccezionali in cui il principio del concorso può essere derogato, di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, al posto della conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati. Per la Corte Costituzionale non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni, possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni. In questa occasione, la Corte nega, dunque, la riqualificazione dei rapporti nella vigenza della l. n. 230/1962 sulla base del divieto di conversione per violazione del principio del pubblico concorso e ciò, nonostante, l'assunzione con concorso non fosse la regola per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario, della Scuola, il cui reclutamento avveniva ed avviene tuttora esclusivamente sulla base delle graduatorie permanenti e di procedure selettive non concorsuali.

misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione"⁷⁹¹.

La Corte Costituzionale, a tal proposito, si impegna a sottolineare le peculiarità che investono il settore scolastico italiano, ribadendo le “*esigenze di flessibilità fisiologicamente ineliminabili*” dello stesso, riconducibili a mutamenti continui della popolazione scolastica, ai flussi migratori interni da regione a regione, all'attribuzione delle cattedre principalmente a corpo docente femminile, che esige forme di tutela quali congedi di maternità etc., nonché alle necessità di contenimento della spesa pubblica.

Viene anche evidenziato come il sistema delle supplenze previsto dalla disposizione sottoposta al vaglio di costituzionalità è reso necessario dagli artt. 33 e 34 Cost. che affermano il diritto fondamentale allo studio che impone allo Stato di organizzare il servizio in modo da poterlo adattare ai costanti cambiamenti numerici della popolazione scolastica.

A suscitare le perplessità del giudice costituzionale è stata la modifica legislativa dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 mediante l'art. 4, comma 1, lett. a), d.l. n. 101/2013, convertito dalla l. n. 125/2013, con cui si richiede che le esigenze che giustificano il ricorso al lavoro a termine nella p.a. debbano essere “*di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*”, anziché “*temporanee ed eccezionali*”.

Pertanto, la Corte Costituzionale, nella seconda parte del quesito pregiudiziale, si domanda se le “*esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano*” possano costituire “*ragioni obiettive*” ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro, e di conseguenza giustificare i rinnovi dei contratti di lavoro a tempo determinato in successione tra loro “*senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non preveda il diritto al risarcimento del danno*”⁷⁹², facendo leva sul fatto che la Corte di Giustizia si era già espressa nel senso che “*l'esigenza temporanea di personale sostitutivo,*

⁷⁹¹ Corte di Giustizia, ordinanza *Affatato*, punto 42; ma anche sentt. *Adeneler e a.*, punto 105; *Marrosu e Sardino*, punto 49; *Vassallo*, punto 34; *Angelidaki e a.*, punti 161 e 188, nonché le ordinanze *Vassilakis e a.*, punto 123; Corte di Giustizia 24 aprile C-519/08, *Koukou*, punti 67 e 86; 23 novembre 2009, C-162/2008 a C-164/2008, *Lagoudakis e a.*, punto 11.

⁷⁹² Cfr. L. CALAFA', *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 466.

*prevista da una normativa nazionale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola*⁷⁹³.

E' evidente che la Consulta si discosta dalla linea interpretativa del giudice di legittimità che aveva, invece, ritenuto la piena compatibilità della legislazione scolastica con la normativa europea ed in particolare con la citata clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro.

La questione sembra tutt'altro che risolta come dimostra l'ulteriore ordinanza 15 gennaio 2013 del Tribunale di Napoli⁷⁹⁴ che ha investito la Corte di Giustizia in merito al presupposto che la specialità della normativa nazionale in materia di incarichi di supplenza non costituisca misura equivalente idonea ad evitare abusi ai sensi della citata clausola 5 dell'accordo-quadro.

Difatti, il Tribunale di Napoli ha sollevato presso la Corte di Giustizia questioni di pregiudizialità concernenti il problema del precariato della Scuola pubblica, riproponendo ed integrando nella controversia di lavoro *Racca c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, istanze interpretative già sollevato dal Tribunale di Rossano, istanze poi definite dalla Corte di Giustizia con la citata ordinanza *Affatato*.

L'ordinanza del Tribunale è articolata in cinque parti e suddivisa in sette quesiti: i) l'interpretazione della normativa interna, anche contrattuale collettiva, della Scuola rispetto alla disciplina contenuta nella direttiva n. 1999/70/CE e con riferimento all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nella citata sentenza n. 10127/2012; ii) l'ambito di applicazione della direttiva n. 1999/70/CE ed il concetto di "Stato" e "pubblico dipendente", richiamando le approfondite considerazioni dell'Avvocato Generale finlandese presso la Corte di Giustizia, N. Jääskinen, nella causa *Jansen C-313/10*⁷⁹⁵; iii)

⁷⁹³ Corte di Giustizia sentenza 26 gennaio 2012, in causa C-586/10, *Kucuk*, punti 30-31.

⁷⁹⁴ Trib. Napoli ordinanza 15 gennaio 2013, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, p. 984.

⁷⁹⁵ Nella causa *Jansen C-313/10* non vi è stata pronuncia della Corte, dal momento che la causa è stata conciliata e cancellata dal ruolo perché il procedimento principale era divenuto privo di oggetto (la Germania aveva assunto il precario pubblico dopo una sentenza di primo grado di riqualificazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato). Nonostante ciò, sono apparse di estremo interesse le conclusioni dell'Avvocato Generale Jääskinen del 15 settembre 2011 nella causa relativa ad una dipendente pubblica che si era vista, nei gradi di giudizio precedenti, accogliere la domanda di riqualificazione stabile dei tanti rapporti di lavoro a termine successivi giustificati da ragioni obiettive sostitutive. L'Avvocato Generale esclude una differenziazione "ontologica" tra settore pubblico e settore privato ai fini dell'applicazione delle tutele preventive contenute nella clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, così come esclude che ragioni di carattere "finanziario", non legate alla natura specificatamente temporanea del rapporto di

la valutazione delle affermazioni fatte dall'Avvocatura dello Stato italiano nella citata causa *Affatato*; iv) l'eventuale violazione del principio di eguaglianza di cui alla clausola 4 della direttiva 99/70/CE, immediatamente applicabile agli Stati membri; v) la parte finale concerne un'interessante lettura della direttiva 99/70/CE per quanto riguarda l'obbligo di indicare gli elementi essenziali del contratto di lavoro e, tra essi, la durata prevedibile del contratto o rapporto di lavoro. Tale obbligo si ritiene possa essere considerato violato nel caso del precariato scolastico italiano, anche in considerazione dei continui

lavoro, come quelle poste a fondamento della legittimità dell'assunzione a tempo determinato del ricorrente, compresa la proroga, possano costituire idonee ragioni oggettive nella nozione di cui alla predetta clausola 5, n. 1, lett. a). L'Avvocato generale ricorda preliminarmente che, stando alla lettera della direttiva 99/70/CE e dell'accordo-quadro, nonché alle loro finalità, le prescrizioni ivi contenute sono destinate ad applicarsi ai contratti a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri organismi del settore pubblico, così come quelli conclusi con i datori di lavoro appartenenti al settore privato, affermando che la *“qualificazione giuridica del datore di lavoro, sia esso una persona di diritto privato o una persona di diritto pubblico, poco importi nell'ambito dell'applicazione della clausola in discussione”*. Inoltre, *“Secondo il parere un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione dei servizi di interesse generale. Pertanto, sarebbe poco opportuno, alla luce dell'obiettivo del diritto dell'Unione relativo al riavvicinamento delle legislazioni nazionali, autorizzare una distinzione tra il settore privato e il settore pubblico quanto alle ragioni obiettive di ricorrere a contratti a tempo determinato in successione, poiché la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri, come la Corte ha messo in rilievo. Inoltre, mi appare chiaro che i datori di lavoro del settore pubblico beneficiano, in forza di una normativa come quella controversa nella causa principale, di un potere in grado di condurli ad abusare della conclusione di contratti a tempo determinato, in quanto fissando le loro priorità di bilancio, tali datori di lavoro potrebbero preconstituire il motivo che giustifica il ricorso a tale forma di contratto autodispensandosi così dal rispetto di principi essenziali del diritto del lavoro. Orbene, tale rischio di abuso ha una conseguenza tanto maggiore in quanto è stato osservato un netto aumento del ricorso ai dipendenti assunti a contratto, e non a dipendenti che fruiscono di contratti a tempo indeterminato o dello status di impiegato pubblico di ruolo, per sopperire ad esigenze del settore pubblico, e ciò non soltanto in Germania ma nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea”*. L'Avvocato generale, sulla base di quanto esposto, ha proposto alla Corte di risolvere nei seguenti termini le questioni pregiudiziali proposte dal Landesarbeitsgericht Köln: *“1) La clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato[...] dev'essere interpretata in maniera tale che, per valutare l'esistenza di una “ragione obiettiva” ai sensi di tale clausola, non sia escluso che un giudice nazionale possa tener conto del numero di contratti a tempo determinato che hanno preceduto al rinnovo del contratto da controllare, nonché dell'ampiezza del periodo durante il quale il dipendente era già in precedenza impiegato in base ad una successione di contratti a tempo determinato; 2) la clausola 5, punto 1, del detto accordo-quadro dev'essere interpretata nel senso che non osta a che sia operata una differenziazione tra il settore pubblico e il settore privato quanto alla valutazione dell'esistenza di una “ragione obiettiva” ai sensi della menzionata clausola; 3) La clausola 5, punto 1, del citato accordo-quadro dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale che si fonda su motivi di bilancio aventi un carattere troppo generico per soddisfare le esigenze definite dalla giurisprudenza della Corte relativa alle “ragioni obiettive” che giustificano il rinnovo di contratti a tempo determinato ai sensi di tale disposizione.”*

interventi del legislatore attraverso norme interpretative con effetto retroattivo, e con la conseguente giurisprudenza di merito volta a preferire in via analogica, ovvero senza espressa norma di legge, la costosa sanzione del risarcimento del danno, più volte criticata dalla Corte dei Conti, a quella contabilmente neutra della stabilizzazione di rapporti a termine per esigenze permanenti di lavoratori che ogni anno vengono chiamati in servizio in base a graduatorie concorsuali⁷⁹⁶.

Per quanto riguarda le conseguenze della reiterazione abusiva di contratti a termine, l'orientamento dominante afferma che la normativa legale speciale non si sostituisce alla disciplina generale, in particolare per quanto riguarda la durata massima complessiva di trentasei mesi o la giustificazione necessaria, ma la sua violazione determina la sola tutela risarcitoria

Nonostante ciò, l'inesistente univocità nell'applicazione dei meccanismi sanzionatori ha portato la giurisprudenza a dividersi tra chi ritiene che al personale della scuola spetti un risarcimento pari alla indennità sostitutiva della reintegrazione più cinque mensilità di retribuzione⁷⁹⁷ e chi sostiene che il risarcimento sia quantificabile in quindici mensilità di retribuzione⁷⁹⁸ oppure in un importo compreso tra le 2, 5 mensilità e le 6 mensilità⁷⁹⁹; in alcune sentenze di merito, il danno risarcibile è stato commisurato all'indennità per il termine illegittimo⁸⁰⁰; mentre in altre, ancora, alla retribuzione globale di fatto spettante per il periodo compreso tra la messa in mora dell'amministrazione e la

⁷⁹⁶ Su quest'ultimo punto rileva la posizione del governo greco manifestata nell'ordinanza *Angelidaki* che segnala come *“la possibilità di convertire un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non avrebbe alcun effetto dissuasivo rispetto alla stipulazione di contratti successivi nel settore pubblico, dal momento che le conseguenze finanziarie di una conversione siffatta sarebbero assunte dalla collettività e non necessariamente dal datore di lavoro interessate, contrariamente a quanto avviene nel settore privato”* (p. 69).

⁷⁹⁷ App. Genova 9 gennaio 2009, *RIDL*, 2010, II, 133; Trib. Foggia 5 novembre 2009, *D&L* 2010, 453; Trib. Genova 5 aprile 2007, *RIDL*, 2007, 906, con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*.

⁷⁹⁸ Trib. Roma 19 maggio 2011, cit., 250; Trib. Roma 17 maggio 2011, cit. 249; Trib. Genova 25 marzo 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 418, secondo cui, *“in caso di illegittimità della clausola di durata apposta ai contratti a termine del personale delle scuole, non operi ai sensi dell'art. 36. d.lgs. 30 marzo 2011, n. 165, la conversione del rapporto di lavoro, deve essere riconosciuto al lavoratore un risarcimento economico da quantificarsi con riferimento all'art. 18 St. Lav.”*.

⁷⁹⁹ App. Catanzaro 12 aprile 2010, *FI*, 2010, I, 1931.

⁸⁰⁰ Trib. Treviso 28 gennaio 2011, cit., 264.

sentenza giudiziale⁸⁰¹. E, soprattutto nel settore scolastico, si è affermato l'indirizzo giurisprudenziale che considera inadeguata la tutela risarcitoria nel caso di reiterazione abusiva di contratti a termine, preferendo la trasformazione in un rapporto a tempo indeterminato⁸⁰². Infine, alcune decisioni di merito hanno escluso che per il personale della Scuola pubblica possa configurarsi un abuso del diritto, richiamando la disciplina legale speciale che consente la successione di rapporti a tempo determinato⁸⁰³.

3.7 La svolta sancita dall'ordinanza Papalia e dalla sentenza Mascolo. La responsabilità del dirigente nella gestione della flessibilità in entrata

Con l'ordinanza *Papalia* e la sentenza *Mascolo*, la Corte di Giustizia Europea ha messo in discussione anni di norme italiane sui contratti flessibili nella pubblica amministrazione.

In particolare, nell'ordinanza *Papalia* del 12 dicembre 2013⁸⁰⁴, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Aosta⁸⁰⁵ che aveva formulato il seguente quesito: “*Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo-quadro) oltre ad ogni norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire al lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, che abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro*”.

⁸⁰¹ Trib. Trapani 30 gennaio 2007, *LPA*, 2007, p.1154; Trib. Siena 27 settembre 2010, cit. p. 1871.

⁸⁰² Trib. Siena 13 dicembre 2010, *MGL*, 2012, 4, p.250; Trib. Siena 27 settembre 2010, cit., p. 1871; *D&L*, 2010, p.1004; Trib. Livorno 25 gennaio 2011, *GLav*, 2011, 10, 17.

⁸⁰³ App. Perugia 8 marzo 2011, *GC*, 2011, I, p. 1869; Trib. Trento ordinanza 27 settembre 2011, *MGL*, 2012, p. 249; Trib. Trieste 31 maggio 2011, *GC*, 2011, I, 1869; Trib. Vicenza 13 settembre 2010, *GC*, 2011, p.1871; Trib. Napoli 8 marzo 2010, *D&L*, 2010, p. 510. Vedi *infra*.

⁸⁰⁴ Corte di Giustizia 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia*.

⁸⁰⁵ Trib. Aosta 3 gennaio 2013, inedita.

La decisione della Corte di Giustizia, nonostante le osservazioni della Commissione europea volte a suggerire un possibile criterio risarcitorio⁸⁰⁶, è apparsa molto dura per il legislatore e le Pubbliche Amministrazioni italiane⁸⁰⁷.

Difatti, in questa occasione, la Corte ha dichiarato l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, incompatibile con l'accordo-quadro in quanto si limiterebbe a prevedere una sanzione di tipo risarcitorio e graverebbe il lavoratore della prova che la prosecuzione del rapporto di lavoro abbia indotto a rinunciare a migliori opportunità di impiego.

Pertanto, il diritto dell'Unione osta a tale norma che prevede soltanto il diritto di ottenere il risarcimento del danno, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in ragione delle modalità del risarcimento⁸⁰⁸.

L'importante differenza tra quanto statuito nell'ordinanza *Papalia* rispetto a tutte le altre pronunce giurisprudenziali in materia di contratti a termine sta nell'affermata certezza dell'incompatibilità dell'art. 36, comma 5, con il diritto

⁸⁰⁶ Nelle osservazioni scritte depositate il 19 aprile 2013, la Commissione europea ha affermato che l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, è norma inefficace ed inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, di conseguenza, l'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato *“deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatoria rispetto ad analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso”*.

⁸⁰⁷ La esaustività e completezza delle osservazioni scritte del Governo italiano ha reso superflua la trattazione orale della causa, come proposta dal Comune di Aosta, che non aveva presentato osservazioni scritte a differenza della difesa del sig. Papalia.

⁸⁰⁸ Per l'Avvocatura di Stato, il lavoratore abusato potrebbe invocare elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero fondare il convincimento del Giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Tale posizione viene richiamata nel punto 27 dell'ordinanza *Papalia* che fa riferimento alla richiamo da parte del Governo italiano all'esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: *“Il Governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno”*.

dell'Unione. Fino alla citata ordinanza, le pronunce lasciavano al giudice interno la verifica finale della compatibilità, *prima facie* ritenuta esistente⁸⁰⁹.

Ma è con la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014⁸¹⁰, su ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli⁸¹¹, e successivamente della Corte Costituzionale⁸¹², che la Corte di Giustizia ha segnato un passaggio significativo che potrebbe portare in futuro ad importanti modificazioni nell'interpretazione delle direttive sociali⁸¹³.

La sentenza non attiene esclusivamente al precariato scolastico ma a quello pubblico in generale dal momento che riguarda persone assunte in istituti pubblici in base a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, sia come docenti che come collaboratori amministrativi (personale ATA)⁸¹⁴. Questi ultimi non erano disciplinati dalla normativa sul settore Scuola e sono stati resi “*scolastici*” dal legislatore attraverso l’aggiunta all’art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 del seguente periodo, della cui mancanza si sarebbe accorto solo dopo la proposta questione pregiudiziale: “*Per assicurare il diritto all’educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell’infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilità e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la*

⁸⁰⁹ P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurolunitaria del sistema interno*, cit., p. 339.

⁸¹⁰ Trib. Napoli ordinanza 2-15 gennaio 2013.

⁸¹¹ I quesiti del Tribunale di Napoli si inseriscono nel quadro di quattro controversie che oppongono le docenti Mascolo, Forni, Racca e Russo al Miur (le prime tre) e al Comune di Napoli (solo l’ultima) in merito alla validità dei termini apposti alla durata dei diversi contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.

⁸¹² Corte Costituzionale ordinanza n. 207, 3-8 luglio 2013, C-418/13, *Napolitano*. Vedi *supra*.

⁸¹³ Corte di Giustizia 26 novembre 2014, causa C-22/13 *Mascolo e a. (Forni, C-61/13; Racca C-62/13, e Russo, C-63/13, Napolitano, C-418/13, poi riunite)* c/Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca.

La decisione della Corte di Giustizia è stata anticipata dalle conclusioni dell’Avvocato generale Spuznar depositate il 17 luglio 2014 che ha sintetizzato le questioni nel seguente interrogativa: “*una normativa nazionale che consente la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con docenti e personale (ATA) [...] nel settore della scuola pubblica per un lungo periodo, vale a dire per diversi anni, e senza che sia stato fissato un termine preciso per l’espletamento di concorsi di assunzione, prevede misure sufficienti a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a tali contratti?*”.

Per un primo contributo sul tema, cfr. P. COPPOLA, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di Giustizia dell’Unione europea*, disponibile all’indirizzo web <http://www.europeanrights.eu/>. Cfr. G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell’evoluzione dell’Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 489. L’autore sottolinea come la Corte di Giustizia sfrutti “*la possibilità di dare la sua interpretazione della norma dell’Unione in funzione del suo impatto sull’ordinamento del giudice del rinvio*”.

⁸¹⁴ Nella causa Corte di Giustizia C-63/13, *Russo* si tratta di maestri e personale ATA degli asili comunali.

spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico” (cfr. art.4, comma 11, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101, come convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125).

Sono esclusi, pertanto, dall’applicazione del d.lgs. n. 368/2001 sia i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, sia quelli degli asili negli Enti locali, a cui, in ogni caso, non si applica l’art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

In particolare, la Corte di Giustizia viene invitata a pronunciarsi sui quesiti della Corte Costituzionale⁸¹⁵ e del Tribunale di Napoli⁸¹⁶ in merito alla

⁸¹⁵ Nel dettaglio la Corte Costituzionale ha sottoposto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali: 1) se la clausola 5, punto 1 dell’accordo-quadro [...] debba essere interpretata nel senso che osta all’applicazione dell’articolo 4, comma 1, ultima proposizione, e 11 della legge n. 124/1999 –i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti che “*risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre*”, dispongono che si provvede mediante il conferimento delle supplenze annuali, in attesa dell’espletamento delle procedure concorsuali per l’assunzione di personale docente di ruolo” – disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l’espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno; 2) se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell’accordo-quadro, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell’Unione europea una normativa come quella italiana che per l’assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.

⁸¹⁶ Nel dettaglio, le questioni pregiudiziali della causa *Mascolo e a.* sollevate dal Tribunale di Napoli, attengono alle seguenti questioni: 1) se il contesto normativo del settore Scuola come descritto costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE; 2) quando debba ritenersi, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE ed in particolare anche dell’inciso “*settori e/o categorie specifiche di lavoratori*” e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati; 3) se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all’art. 3, par. 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE del Consiglio del 27 novembre 2000 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro e all’art. 14, par. 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l’attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell’illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE; 4) se in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo della Corte [...] un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato; 5) se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva n. 533 del 1991, art. 2, parr. 1 e 2, lett. e), rientri l’indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto di lavoro a tempo indeterminato; 6) in ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva 1991/533(CE), ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate dal documento di assunzione, sia contraria all’art. 8, par. 1, della suddetta direttiva ed alle finalità in essa contenute, con particolare riferimento al 2° considerando; 7) se i principi generali del vigente diritto dell’Unione della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della

conformità della normativa italiana all'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato e, soprattutto, se quest'ultimo consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, senza prevedere tempi certi per l'espletamento dei concorsi ed escludendo qualsiasi risarcimento del danno subito a causa di siffatto rinnovo.

La Corte di Giustizia parte della riaffermazione che l'accordo-quadro riguarda tutti i lavoratori, senza che si debba distinguere in base alla natura pubblica o privata del datore di lavoro⁸¹⁷, nonché al settore di attività interessato. Pertanto, viene chiarito che l'accordo-quadro si applica ai docenti o collaboratori amministrativi assunti per effettuare supplenze annuali nelle scuole pubbliche⁸¹⁸.

In merito al concetto di precariato non scolastico, assume particolare rilievo il punto 55 in cui la Corte di Giustizia evidenzia che è lo stesso Tribunale di

uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, del diritto a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6 TUE [...] – in combinato disposto con l'articolo 6 della CEDU, e con gli artt. 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione [...] debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva [1999/70/CE], all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (tre anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'articolo 9 del decreto legge n. 70/2011 convertito con l. 12 luglio 2011, n. 106, che ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 10 del decreto legislativo n. 368/2001 – atto ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – ed eliminando la possibilità conferita dall'ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione dei contratti a termine. Il legislatore ha escluso dalle tutele il personale della Scuola con la formulazione contenuta nel comma 18 dell'art. 9, secondo cui *“Sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente e ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso, non si applica l'art. 5, comma 4-bis, del presente decreto”*.

Come si vedrà, la Corte di Giustizia ha risposto solo al comune quesito avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 5.1 della direttiva 99/70/CE, ritenendo, invece, non necessario rispondere alle altre questioni avanzate dal giudice di Napoli e dichiarandone alcune irricevibili. Su di esse, invece, ha presentato le sue proposte di soluzione la Commissione europea che aveva affermato che, poiché non vi è nessuna certezza in relazione a quando verranno espletate le procedure concorsuali, *“ciò dipendendo dall'esistenza delle disponibilità finanziarie necessarie e da decisioni organizzative totalmente lasciate alla discrezionalità dell'amministrazione”*, non vi è *“alcun limite certo al numero dei rinnovi dei contratti che l'amministrazione può concludere per la copertura dei posti in questione”* (Osservazioni scritte presentate il 22 maggio 2013, p. 38).

⁸¹⁷ Corte di Giustizia, sentenza *Adeneler*, in *Racc.* 2006, p. 6057, punto 56, , causa *Fiamingo*, punto 29.

⁸¹⁸ Cfr. Corte di Giustizia sentt. 4 luglio 2006, *Adeneler e a.* (causa C-212/04); 23 aprile 2009, *Angelidaki e a.* (cause da C-387/07 a C-380/07) e 11 aprile 2013, *Della Rocca* (C-290/12).

Napoli a sottolineare, nell'ordinanza di rinvio nella causa C-63/13 relativa al precariato pubblico ordinario, che la ricorrente beneficia, a differenza dei ricorrenti nei procedimenti principali nelle altre cause (C-22/13, C-61/13 e C-62/13), dell'applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. 368/2001 che consente la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il giudice di Napoli ha rilevato, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione⁸¹⁹.

Pertanto, non risultando nell'ordinanza di rinvio in che modo un lavoratore che benefici di una siffatta trasformazione, la cui domanda di risarcimento è presentata in via subordinata, subisca, al pari dei lavoratori che si trovino nella situazione dei ricorrenti nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, che sono esclusi dall'applicazione del citato art. 5, comma 4-*bis*, un danno che dia diritto al risarcimento.

Di conseguenza, il lavoratore stabilizzato, ovvero che ha beneficiato della costituzione del rapporto al superamento dei 36 mesi in assoluta conformità al diritto europeo, non subisce un danno fondato sulla violazione del diritto eurounitario⁸²⁰.

Sull'obbligo di leale cooperazione con riferimento all'interpretazione da parte dello Stato italiano dell'art. 5, comma 4 -*bis*, la Corte di Giustizia considera erronea l'interpretazione del diritto nazionale fornita dal governo italiano, secondo cui l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, sia applicabile anche al settore pubblico⁸²¹ ma non anche alla scuola statale⁸²², in quanto ciò darebbe luogo a una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione.

Per la Corte di Giustizia, come già evidenziato nell'ordinanza *Papalia*, o si costituisce il rapporto di lavoro a tempo indeterminato *ex art.* dell'art. 5,

⁸¹⁹ Cfr. Corte di Giustizia, sent. *Fiamingo e a.*, cit., punti 69 e 70.

⁸²⁰ Cfr. Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363.

⁸²¹ Cfr. Corte di Giustizia, ordinanza *Affatato*, cit., punto 48.

⁸²² Il Tribunale di Napoli ritiene che l'art. 5 comma 4-*bis*, del d.lgs. 368/2001 sebbene si applichi al settore pubblico non è applicabile alla scuola statale e, pertanto, tale disposizione non è rilevante ai fini delle controversie principali nelle C-22/13, C-61/13 e C-62/13 (v. Corte di Giustizia, sent. *Mascolo e a.* cit., punto 28.).

comma 4 –bis, del d.lgs. n. 368/2001, oppure nel settore pubblico si incorre in una violazione del diritto europeo laddove, in assenza di una valida misura ostativa alla illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a termine con la P.A., il risarcimento del danno non può costituire idonea misura ostativa.

A tal proposito, appaiono di estrema rilevanza le osservazioni della Corte di Giustizia in merito alla definizione del concetto di settore pubblico.

In passato, se da una parte la stessa Corte aveva stabilito la possibilità, e non la necessità, di distinguere tra settore pubblico e settore privato, non era mai intervenuta nel definire cosa dovesse intendersi per settore pubblico⁸²³.

Nella sentenza *Mascolo*, la Corte fa un importante sforzo interpretativo arrivando ad affermare che la Scuola è un “settore” e non la P.A. (punto 69).

Di conseguenza, l’accordo-quadro non esclude dal suo ambito di applicazione alcun settore particolare e che, pertanto, risulta applicabile al personale assunto nel settore dell’insegnamento⁸²⁴.

I lavoratori che si trovano nella situazione dei ricorrenti dei procedimenti principali, che, dunque, sono stati assunti in qualità di docenti o di collaboratori amministrativi per effettuare supplenze annuali in scuole statali nell’ambito di contratti di lavoro ai sensi del diritto nazionale, sono soggetti incontestabilmente alle disposizioni dell’accordo-quadro e, in particolare, alla sua clausola 5 (p. 70)⁸²⁵. Ma, prendendo posizione sul secondo quesito delle questioni pregiudiziali della causa *Mascolo e a.* sollevate dal Tribunale di Napoli, ovvero quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello Stato ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE e cosa debba intendersi per “settori e/o categorie specifiche di lavoratori”, al fine di valutarne l’attitudine a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati, la Corte di Giustizia opta per un concetto merceologico di settore, in conformità con le conclusioni del Avvocato Generale della citata causa *Jansen*.

⁸²³ Ma sul punto, cfr. Corte di Giustizia, causa *Jansen*, cit., conclusioni dell’Avvocato generale. V. *supra*.

⁸²⁴ Cfr. clausola 5, punto 1, dell’accordo-quadro che, conformemente al terzo comma del preambolo dell’accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, stabilisce che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alla categorie specifiche di lavoratori in questione. Cfr. Corte di Giustizia, sent. *Fiamingo*, cit., punto 39).

⁸²⁵ La Corte di Giustizia richiama in merito, per analogia, la sentenza 13 marzo 2014, C-190/13, *Màrquez Samohano*, punto 39.

Quest'ultimo si è concentrato sulle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro e, a suo parere, la dizione più corretta sembra essere “*determinati rami*”, e non “*settori specifici*”, come nel testo italiano. Pertanto, la nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di “*ramo*” è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro.

Inoltre, non è consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato e ciò perché un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lett. *a*), dell'accordo-quadro che riservi una particolare sorte agli impieghi rientranti nel settore pubblico condurrebbe ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti con riferimento al ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale.

Prendendo in considerazione tali conclusioni, la Corte di Giustizia afferma che, sebbene uno Stato membro possa legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, prendere in considerazione esigenze di un settore specifico come quello dell'insegnamento (punti 70 e 95 della sentenza in esame), tale facoltà non può essere intesa nel senso di consentirgli di esimersi dall'osservanza dell'obbligo di prevedere una misura adeguata per sanzionare debitamente il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Di conseguenza, appare necessario prendere in considerazione un'interpretazione restrittiva del concetto di Stato, ovvero che sia limitata alle funzioni tipicamente essenziali dello stesso come previste dal diritto interno per cui una differenziazione delle misure sanzionatorie appare possibile solo con riguardo a detti settori.

Nella sentenza in esame, la Corte richiama quanto risulta nell'ordinanza di rinvio nella citata causa *Napolitano* C-418/13 in cui si afferma che l'insegnamento è correlato ad un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di

organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero dei docenti e il numero di scolari (punto 94).

Per quanto riguarda le misure di prevenzione, la Corte di Giustizia afferma che, quando il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano accertati gli abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure ostative che devono rivestire un carattere non solo proporzionato e dissuasivo, ma anche *energico*, per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo-quadro (punto 77).

La scelta del termine "*energico*" - utilizzato per la prima ed unica volta nella citata sentenza *Fiamingo* che riguardava anch'essa l'Italia, al posto del più usuale "*effettivo*", sembra voler sottolineare come l'assoluta inadempienza dell'Italia meriti l'adozione di una terminologia *ad hoc* da parte della Corte di Giustizia⁸²⁶.

Difatti, viene rilevato che la normativa italiana non prevede alcuna misura che limiti la durata massima dei contratti o il numero dei rinnovi e non prevede nemmeno misure equivalenti dal momento che, come è noto, la disposizione del d.lgs. n. 368/2001, che impone la conversione a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi, non si applica alle scuole statali.

La Corte ribadisce che il rinnovo dei contratti a termine deve essere giustificato da una "*ragione obiettiva*", quale la particolare natura delle funzioni, le loro caratteristiche o il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale, quale potrebbe essere la sostituzione temporanea di lavoratori per malattia, congedi parentali, per maternità o altro.

E la Corte sottolinea come l'insegnamento sia correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione italiana che impone allo Stato italiano di organizzare un servizio scolastico garantendo un adeguamento costante tra il numero dei docenti e il numero di scolari, cosa che dipende da un insieme di fattori, non tutti facilmente prevedibili o controllabili. Ciò rende necessario una particolare esigenza di flessibilità che può oggettivamente

⁸²⁶ Di questo parere P. COPPOLA, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., p. 13.

giustificare il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La Corte ammette, inoltre, che qualora uno Stato riservi, nelle scuole da esso gestite, l'accesso ai posti permanenti al personale vincitore di concorso tramite l'immissione in ruolo, può altresì oggettivamente giustificarsi che, in attesa dell'espletamento di tali concorsi, i posti da occupare siano coperti con una successione di contratti a tempo determinato.

Per i supplenti precari, l'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema del c.d. doppio canale, ovvero per una metà dei posti vacanti per anno scolastico avviene mediante concorsi per titoli ed esami⁸²⁷ e, quanto all'altra metà, dedicata alle c.d. supplenze, attingendo dalle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento (punto 89).

La successione delle supplenze da parte di uno stesso docente, dunque, ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo. Ma, contrariamente a quanto sostiene il governo italiano, la normativa nazionale che consente il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura, tramite supplenze annuali, di posti vacanti e disponibili in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, non può essere giustificata da una "ragione obiettiva", se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Ciò, difatti, si verifica quanto tali contratti sono utilizzati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali in materia di personale.

Benché tale verifica sia necessariamente demandata ai giudici nazionali, la Corte di Giustizia non si astiene dal riferire esplicitamente la sua valutazione affermando che se da una parte, nel caso in esame, il termine di immissione in ruolo dei docenti in graduatoria è in funzione della durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato nonché dei posti che sono nel frattempo divenuti vacanti, dall'altro lato, non è previsto alcun termine preciso per l'organizzazione delle procedure concorsuali.

⁸²⁷ Si ricorda che siffatti concorsi non sono stati banditi nel lungo arco di tempo compreso tra il 1999 e il 2011, sebbene il legislatore avesse previsto l'indizione con cadenza triennale.

Da ciò deriva che la normativa nazionale, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili solo per un periodo temporaneo, ovvero fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta delle ragioni oggettive sia conforme ai requisiti dell'accordo-quadro (punto 108).

La Corte di Giustizia ricorda, inoltre, che nemmeno la sostituzione temporanea di un altro dipendente al fine di soddisfare esigenze provvisorie del datore di lavoro in termini di personale può, in linea di principio, costituire una “*ragione obiettiva*” ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a)⁸²⁸, in quanto l'applicazione concreta di tale ragione deve essere conforme ai requisiti dell'accordo-quadro, in considerazione delle peculiarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio.

Le autorità nazionali, pertanto, sono chiamate a stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito (punto 101). A tal proposito, è necessario esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (punto 102)⁸²⁹.

Di certo, la mancanza di un termine certo ed improcrastinabile entro il quale organizzare ed espletare le procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza depongono nel senso di un abuso in fatto, in assenza di valide ed *energetiche* misure ostative alla abusiva reiterazione di contratti a termine (punti 105 e 106 e punto 109).

⁸²⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sentt. *Angelidaki e a.*, cit., punti 101 e 102; 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kücük*, non ancora pubblicata, punto 30. Sul punto, A. RICCOBONO, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti*, cit., p. 758 ss.; L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*, cit., p. 10 ss.; D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, p. 730; L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche*, cit., p. 709.

⁸²⁹ Corte di Giustizia, sentt. *Kücük*, cit., punti 39-40.

Di contro, nemmeno le considerazioni di bilancio, sebbene possano rappresentare di per sé un obiettivo perseguito dalla politica sociale, sono in grado di giustificare l'assenza di qualsiasi misura diretta a prevenire il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro (punto 110)⁸³⁰.

Infine, al punto 121 della sentenza in esame, la Corte di Giustizia afferma che non occorre rispondere alle altre questioni sollevate dal Tribunale di Napoli, come a sottolineare la ricerca di collaborazione e dialogo tra le Alte Corti, rimettendo alla Corte Costituzionale la risoluzione della questione.

Per quanto riguarda la ricostruzione della normativa italiana in merito al sistema sanzionatorio, ferma restando la posizione per i giudici remittenti e della Corte Costituzionale circa l'assenza di misure ostative alla successione abusiva dei contratti a termine nel settore della Scuola, la Corte di Giustizia, ai fini della sua decisione (punti 114 e 115), non prende in considerazione l'art. 97 Cost. quanto piuttosto l'art. 117 Cost. che dispone che *“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione e dagli obblighi internazionali”*. La decisione della Corte di Giustizia trova la sua giustificazione nel dato letterale dell'art. 97, comma 3, Cost. che prevede sì l'accesso alle pubbliche amministrazioni tramite concorso, ma *“salvo i casi stabiliti dalla legge”*.

Il requisito del concorso pubblico non è irrilevante in sé, ma lo diventa in relazione alle cause: la Corte di Giustizia sostiene implicitamente in varie sentenze che l'art. 97 Cost. non si deve applicare in assoluto al pubblico impiego poiché il terzo comma richiama anche i casi previsti dalla legge.

Tale disposizione costituzionale assumerebbe rilevanza quando l'accesso al pubblico impiego a tempo indeterminato sia avvenuto in frode alla legge.

Viene, inoltre, posto sotto la lente di ingrandimento l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 che, privo della protezione dell'art. 97 Cost., prevede che la violazione di disposizioni imperative, riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la

⁸³⁰ Sulle ragioni di bilancio, cfr. Corte di Giustizia, 20 marzo 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00, in *Racc.*, 2003, p. 2741, punto 59, e 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C- 196/02, in *Racc.*, p. 1789, punto 53.

costituzione di rapporti a tempo indeterminato con le stesse, riconoscendo al lavoratore interessato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro resa in violazione delle disposizioni imperative.

E' di estrema importanza ricordare che la Corte di Giustizia non fa alcun riferimento al proseguo della disposizione che prescrive per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave; ciò a dimostrazione che la Corte di Giustizia non considera tale previsione una misura ostativa, come già evidenziato dalla citata ordinanza *Papalia*⁸³¹.

Nel dettaglio, il legislatore interno, come già osservato, preoccupato per le conseguenze che avrebbe avuto sulla finanza pubblica la possibilità di risarcire i danni ex art. 36, comma 5, d.lgs. 165/2001, con il d.l. n. 101 del 2013, convertito con l. n. 125/2013, ha previsto l'abolizione del risarcimento del danno in ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la pubblica amministrazione, attraverso il già citato comma 5-*quarter* che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione dell'art. 36 sono nulli e determinano responsabilità erariale.

I dirigenti che operano in violazione del suddetto articolo sono responsabili ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 165/2001 (responsabilità dirigenziale) e al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata retribuzione di risultato⁸³².

L'assenza di danno risarcibile potrebbe far venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, considerando la conseguente assenza del danno erariale, connessa alla mancata previsione di risarcimenti nel caso di violazione delle citate disposizioni.

Ma conviene ricordare che nemmeno la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, la responsabilità erariale, ha costituito, nella pratica, un valido deterrente alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

⁸³¹Nell'ordinanza *Papalia*, la Corte di Giustizia, nel riportare nel corpo dell'ordinanza la normativa italiana, omette il riferimento all'ultima parte del comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 relativa alla responsabilità dirigenziale, chiarendo che la responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative.

⁸³² Art. 5 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

Giungendo alle conclusioni della Corte di Giustizia, si rileva l'affermazione che la clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella in esame nei procedimenti principali, che autorizzi in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di suddetto rinnovo.

La normativa nazionale viene, infatti, considerata dalla Corte di Giustizia, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato inidonea a definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia in grado di conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro non prevede alcuna misura diretta a prevenire (punto 113) e sanzionare (punti 114-119) il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato⁸³³.

Più in generale, con riferimento al precariato pubblico *tout court*, la Corte di Giustizia, riprendendo e ribadendo le conclusioni dell'ordinanza *Papalia*, ritiene che la normativa sul risarcimento del danno sia inidonea ad assicurare gli scopi della direttiva ed, in specie, a prevenire gli abusi, ma aggiunge anche che la costituzione *ex art. 5, comma 4-bis*, del d.lgs. n. 368/2001 sia idonea ad assicurare le finalità e rispettare gli obblighi contenuti nella direttiva 99/70/CE. Detta soluzione appare condivisibile solo in presenza di procedure di accesso regolari, in mancanza delle quali il contratto è nullo anche per il diritto interno, e ciò vale anche per la sussistenza dei contratti a termine.

Pertanto, due appaiono le alternative: o ritenere la normativa italiana adeguata almeno alla data di introduzione del comma 4-*bis* all'art. 5 d.lgs. n. 368/2001, stante la sostituibilità di rapporti di lavoro a termine dalla data di superamento dei 36 mesi, oppure è necessario ricercare una difficile compatibilità

⁸³³ Cfr. Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-285/01, *Isabel Burbaud c/Ministère de l'Emploi et de la Solidarité* (punto 110).

eurounitaria nel risarcimento del danno ribadita con l'introduzione della norma speciale sui contratti a termine (comma 5-*quarter*, art. 36 d.lgs. n. 165/2001).

La questione appare ben più complicata se riferita al precariato scolastico per il quale il legislatore ha cancellato ogni ipotesi di sanzione, nonostante il sistema di reclutamento scolastico determini usualmente il superamento dei 36 mesi. Difatti, non appare possibile risarcire il danno, vista l'assenza di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori che rappresenta il presupposto per il risarcimento del danno *ex art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001*; e non appare nemmeno possibile costituire rapporti di lavoro in assenza di immissione in ruolo (art. 4, comma 14-*bis*, l. n. 124/1999), sulla base dell'art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 9, comma 18, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, norma con efficacia retroattiva.

Oppure se, al contrario, si ritiene che il citato art. 10, comma 4-*bis*, operi dalla data della sua entrata in vigore, per il periodo antecedente la disciplina del contratto a termine nel settore scuola è rinvenibile nell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001

Ne derivano due possibili opzioni: la prima, mira ad un'interpretazione estensiva dell'art. 36, comma 5, facendo rientrare tra le ipotesi previste, ovvero il contratto nullo, un contratto che nullo non è; oppure si preferisce l'interpretazione a favore della compatibilità della sanzione tipica dell'art. 5, comma 4 -*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, con il precariato scolastico, che prevede, dunque, la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato al superamento dei 36 mesi⁸³⁴.

La posizione della Corte di Giustizia è apparsa molto chiara e parte dalla considerazione che i contratti erano, e sono tutti, legittimi dal momento che non c'era stata nessuna violazione di norme imperative di legge.

Pertanto, non spettando il risarcimento del danno, che si applica ai soli contratti nulli, l'unica soluzione ragionevole viene considerata la conversione dopo 36 mesi con l'applicazione dell'art. 5, comma 4- *bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

⁸³⁴ Circa la convenienza per lo Stato alla stabilizzazione di un docente precario, in luogo del risarcimento del danno, che sarebbe multimilionario, cfr. P. COPPOLA, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, cit., e la posizione del governo greco sostenuta nell'ordinanza *Angelidaki*. V. *supra*.

La Corte di Giustizia ha, difatti, precisato che i contratti sono legittimi ma che il sistema di reclutamento è incompatibile con la direttiva 99/70/CE, dal momento che il ricorso periodico alle supplenze annuali o fino al termine delle attività didattiche non è giustificato da “*ragioni oggettive*”.

Queste ultime potrebbero anche sussistere se le supplenze annuali su organico “*di diritto*” o fino al termine delle attività didattiche fossero utilizzate per individuare personale da usare in attesa dell’espletamento del concorso; ma lo Stato, per oltre dodici anni, non ha indetto concorsi andando ben oltre il limite dei tre anni entro il quale avviare le procedure di reclutamento fissato dalla citata legge n. 124/1999. Pertanto, l’unica situazione in cui potrebbero valere tali ragioni oggettive sono quelle per la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, ad esempio per malattia, maternità, congedo parentale, ecc.

E’ necessario sottolineare, per dovere di completezza, che la Corte di Giustizia non si pronuncia espressamente sulla particolare categoria rappresentata dalle supplenze scolastiche, vale a dire le c.d. supplenze temporanee su organico “*di fatto*” con scadenza al termine dell’attività scolastica (30 giugno), le quali, a differenza dell’ulteriore specie di supplenze più brevi necessarie per sostituire personale, riguardano posti occorrenti a coprire il fabbisogno reale di ciascuna scuola, così come si palesa all’inizio dell’anno scolastico e che spesso corrisponde ad un fabbisogno *presunto*.

Difatti, la sentenza *Mascolo*, in relazione alle categorie di supplenti diversi da quelli assunti a termine su organico “*di diritto*”, si limita a ribadire, attingendo dal precedente caso *Kücük*, che, pur riconoscendo in astratto la legittimità del ricorso a “*sostituzioni temporanee in modo ricorrente*”, ritiene in ogni caso necessaria da parte delle autorità nazionali competenti una verifica in fatto, prendendo in considerazione il numero e la durata dei contratti successivi stipulati con la stessa persona⁸³⁵.

Senza dubbio, la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014 rappresenta una “*rivoluzione copernicana*” nel pubblico impiego e nel nostro ordinamento, laddove si è posto in essere una vera e propria riforma costituzionale senza

⁸³⁵ Corte di Giustizia, sent. *Kücük*, cit., p. 40.

procedere ad una modifica della Costituzione ma attraverso una sua “restaurazione”⁸³⁶. Il problema era già emerso nel 2003 con la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 89 che aveva provocato non poche difficoltà all’intero pubblico impiego, imponendo il concorso pubblico senza alternative affidate alla discrezionalità del legislatore, soprattutto in attuazione della direttiva europea sul contratto a termine.

Ma una volta posta in essere una regola certa unica, ovvero il concorso, per non assumere è bastato non programmare concorsi provocando la precarizzazione selvaggia dei contratti di lavoro anche nel pubblico impiego.

Infine, sia la Corte di Giustizia che l’Avvocato Generale nelle sue conclusioni hanno fondato il proprio discorso sulla centralità che assume la stabilità dell’occupazione nell’impianto e nell’equilibrio della direttiva 99/70/CE che, al fine di evitare la precarizzazione del lavoro, obbliga gli Stati membri a dotarsi sia di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti a termine, sia di misure sanzionatorie degli eventuali abusi.

Difatti, viene ribadito che la stabilità rappresenta per il diritto europeo “*un elemento portante della tutela dei lavoratori*” (punto 73, e punti 60-61 delle conclusioni dell’Avvocato Generale)⁸³⁷.

In attesa della replica da parte della Corte Costituzionale, il Tribunale di Napoli non ha fatto attendere la sua attraverso tre sentenze gemelle emesse a gennaio 2015 dopo il verdetto della Corte di Giustizia, non considerando necessario aspettare il pronunciamento della Consulta⁸³⁸.

Esercitando il suo dovere di “*ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto eurounitario*”, ha ritenuto applicabile *ratione temporis* alle fattispecie in giudizio il limite massimo dei 36

⁸³⁶ Cfr. M. DE LUCA, *Un grand arrêt della Corte di giustizia dell’Unione europea sul nostro precariato scolastico statale : il contrasto con il diritto dell’Unione, che ne risulta, non comporta l’espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” IT, 237/2015 <http://csdle.lex.unict.it>.

⁸³⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sentt. *Mangold*, cit., in *Racc.*, 2205, p. 9981, punto 64; *Adeneler*, cit., punto 62; *Angelidaki*, cit., punti 99 e 105.

⁸³⁸ Trib. Napoli, 21 gennaio 2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.com. Cfr. M. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*.

mesi di contratti a termine contenuto nell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, ivi compresa la sanzione prevista della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti temporanei al superamento del triennio.

Difatti, nelle controversie principali la soglia dei 36 mesi era stata già superata prima dell'entrata in vigore del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto con il d.l. n. 70/2011, con cui è venuta meno la vigenza di quel limite e più in generale del d.lgs. n. 368/2001 per il personale docente ed ATA.

Il giudice napoletano, pertanto, sulla base delle indicazioni fornitegli dal giudice lussemburghese, ha indirizzato la propria interpretazione conforme al diritto europeo verso la soluzione dell'applicazione dell'art. 5, comma 4, mostrandosi quindi favorevole alla soluzione della stabilizzazione dei precari, sebbene con esiti sanzionatori diversificati.

A tal proposito, il Tribunale di Napoli ha sottolineato che, sebbene la Corte di Giustizia abbia ritenuto in contrasto col diritto europeo le assunzioni a termine su posti vacanti e disponibili, *“il diritto non consente di differenziare le conseguenze sanzionatorie per le assunzioni su posti vacanti ma non disponibili”*. Infine, oltre alla costituzione del rapporto a tempo indeterminato, il tribunale ha condannato l'amministrazione a corrispondere al lavoratore le retribuzioni maturate nei periodi di interruzione del rapporto nonché a ricostruire integralmente la sua carriera⁸³⁹.

In merito all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, viene effettuato un singolare distinguo in merito al divieto di conversione *ex tunc* del contratto nullo in esso sancito e si afferma che, nell'ipotesi di superamento del periodo di trentasei mesi, non si avrebbe la sanzione della conversione dell'ultimo contratto nullo, vietata nel settore pubblico, ma la *“costituzione”* automatica di un rapporto *“con presunzione iuris et de iure di stabilità dell'esigenza cui l'assunzione era preordinata”*.

Si configurerebbe, dunque, una sanzione esterna al contratto, avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di rapporti a termine.

⁸³⁹ Cfr. C. DE MARCO, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni al margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)*, in WP C.S.D.L.E. *“Massimo D'Antona”* IT - n.243/2015, p. 16 ss.

All'indomani della sentenza Mascolo, vanno segnalate anche due sentenze della Corte di Cassazione, emesse ad una settimana l'una dall'altra e che giungono a conclusioni non univoche.

La prima sentenza della Cassazione in materia di sanità⁸⁴⁰ richiama implicitamente la sentenza *Mascolo e a.*, e, riprendendo le argomentazioni delle sentenze *Papalia* e *Carratù*, ha affermato che in caso di superamento del periodo di 36 mesi anche non continuativi di servizio precario, occorre rendere “*effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato*” ai sensi dell'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 368/2001.

Viene sottolineato, a tal proposito, la difficoltà di fornire la prova del danno subito a causa dell'utilizzo abusivo da parte del datore pubblico di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La Suprema Corte esclude, dunque, la possibilità di una lettura dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 conforme alle indicazioni della Corte di Giustizia arrivando a negare che il danno vada qualificato come automatica conseguenza della violazione della direttiva e quindi risarcito indipendentemente dalla prova della sua effettiva sussistenza.

Di contro, la Cassazione, dopo sette giorni dalla sua precedente pronuncia⁸⁴¹, ha statuito che nel pubblico impiego, la reiterazione o la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato, in violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori, sebbene non possa, in ogni caso, dar luogo alla costituzione o alla conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato, comporta per il lavoratore il diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 165/2001.

La norma, sebbene con riferimento a fattispecie differenti da quelle del precariato scolastico, viene interpretata nel senso di “danno comunitario”, quale sanzione del datore di lavoro, per la cui liquidazione la Corte propone di utilizzare, quale parametro, il criterio indicato dall'art. 8 della l. n. 604/1966 e cioè l'indennità in alternativa alla riassunzione prevista, in caso di

⁸⁴⁰ Cass., 23 dicembre 2014, n. 27363, in www.altalex.it.

⁸⁴¹ Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, in www.dirittocivilecontemporaneo.it. Cfr. Cass. 10 settembre 2014, n. 19112.

licenziamento illegittimo nel settore privato per i rapporti sorretti dalla tutela obbligatoria.

La Corte non ritiene, invece, applicabile l'art. 32 della l. n. 183/2010 in quanto *“riguarda le diverse ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato”* ed esclude, inoltre, il ricorso al criterio dell'indennità in luogo della reintegrazione di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, *“anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha nessuna attinenza con il lavoro pubblico”*. Quest'ultima affermazione appare discutibile dal momento che risulta pacifica l'applicazione a tale settore dell'art. 18 St. Lav. nella versione di cui alla l. n. 108/1990 o in quella introdotta dalla l. n. 92/2012.

La Suprema Corte ha voluto negare il ricorso in via analogica alla norma in quanto questa, prevedendo la reintegrazione, non potrebbe essere accostata, relativamente al regime sanzionatorio, alle ipotesi di contratti a termine abusivi per i quali nel lavoro pubblico sarebbe esclusa ogni ipotesi di stabilizzazione.

Da quanto illustrato, risulta palese nelle sentenze citate che la questione dell'applicazione di misure sanzionatorie volte a reprimere l'abuso della successione di contratti a termine risulta ancora controversa e tutte le speranze sono rimesse nella decisione della Corte Costituzionale che dovrà pronunciarsi sul rinvio da parte della Corte di Giustizia.

Purtroppo non si prevedono tempi brevi dal momento che, nel frattempo, il componente redattore della sentenza, Sergio Mattarella, è stato eletto a Capo dello Stato.

E considerando che numerose e delicate sono le questioni lasciate aperte dalla recente giurisprudenza europea, sarebbe auspicabile un'operazione di raccordo fra i vari collegi della Sezione Lavoro della Cassazione, ovvero un pronunciamento delle Sezioni Unite al fine di evitare futuri contrasti di giudicato.

3.8 (segue) *Il “vuoto normativo” dell’ordinamento italiano alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Riflessioni*

Le recenti sentenze della Corte di Giustizia *Carratù*, *Papalia* e *Mascolo* rappresentano un *revirement* (con riferimento alla sentenza *Mangold*, alle ordinanze *Vino* e alla sentenza *Viscido*⁸⁴²), una revisione-integrazione (con riguardo alla sentenza *Scattolon*), nonché un’integrazione-correzione (con riferimento alle sentenze *Marrosu e Sardino*, *Vassallo* e all’ordinanza *Affatato*) delle precedenti decisioni su casi che riguardavano direttamente o indirettamente problematiche inerenti la disciplina italiana sul contratto a termine nel pubblico impiego, nonché norme retroattive peggiorative della tutela riconosciuta a rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Tali sentenze rappresentano anche il tentativo dei giudici lussemburghesi di promuovere il ripristino della legalità democratica e l’importante riattivazione del principio del giusto processo comunitario nella parità del contraddittorio dinanzi ad un giudice imparziale, quale la Corte europea dei diritti dell’Uomo. Come si è già avuto modo di osservare, in risposta al dialogo diretto della Corte Costituzionale con la Corte di Giustizia, il legislatore italiano è intervenuto non senza un certo grado di approssimazione per tentare di risolvere problemi strutturali e gravissimi dell’ordinamento interno per mancato corretto assolvimento degli obblighi comunitari⁸⁴³.

A tal proposito, si ricorda che la Commissione europea aveva aperto – a breve distanza dalla prima procedura (n. 2010/2045 sul computo dei lavoratori a tempo determinato *ex art.* 8 del d.lgs. n. 368/2001) – una seconda procedura di infrazione (n. 2010/2124) nei confronti dell’Italia per il non corretto

⁸⁴² Corte di Giustizia, IV Sez. 7 maggio 1998 in cause riunite da C-52/97 a C-54/97 *Viscido e a. c/Poste italiane* con cui la Corte di giustizia ha precisato che una disposizione nazionale, quale l’art. 9, comma 21, dl n.501/1996, che esoneri una sola impresa pubblica come l’Ente pubblico economico Poste italiane dall’obbligo di osservare la normativa di applicazione generale riguardante i contratti di lavoro a tempo determinato non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell’art. 92, n. 1, TCE, non essendovi stato nessun trasferimento diretto o indiretto di risorse statali verso tale impresa.

⁸⁴³ Il riferimento è all’art. 1, comma 13, l. n. 92/2012, richiamato dalla sentenza *Carratù* e l’art. 4 d.l. 31 agosto 2013 n. 101 che ha modificato l’art. 36 d.lgs. n. 165/2001, inserendo il comma 5-ter e 5-quarter, richiamati nelle cause *Papalia* e *Mascolo*, che impediscono espressamente ogni tutela effettiva anche risarcitoria in caso di abuso nella successione dei contratti a termine in tutto il pubblico impiego.

recepimento della direttiva 1999/70/CE, con particolare riferimento all'art. 4, comma 14-*bis*, della l. n. 124/1999 nel testo introdotto in sede di conversione del d.l. n. 134/2009⁸⁴⁴.

In questa occasione, la Commissione europea ha richiesto all'Italia di porre fine ad ogni discriminazione nei confronti dei dipendenti delle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato, sulla base delle numerose denunce ricevute da parte dei dipendenti delle scuole pubbliche che, sebbene assunti con contratti di lavoro a termine ripetuti negli anni, continuavano ad essere precari pur esercitando sostanzialmente funzioni di personale permanente.

Nell'agosto del 2013, la Commissione europea ha esteso la stessa procedura di infrazione a tutto il pubblico impiego, sostenendo l'assenza di misure sanzionatorie per punire gli abusi.

Il diritto italiano, a parere della Commissione europea, non prevede misure efficaci per evitare gli abusi e riconosce ai dipendenti a tempo determinato retribuzioni inferiori rispetto al personale di ruolo con *iter* professionale comparabile; tale situazione contrasta con la direttiva dell'Unione europea sul contratto a termine⁸⁴⁵. Come già evidenziato, se non si ammettesse la conversione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, l'abuso del termine non avrebbe alcuna sanzione dissuasiva, dal momento che il risarcimento del danno non riguarderebbe la mancata prosecuzione del rapporto per la scadenza del termine, ma solo il danno subito nel passato (compenso per ferie non retribuite e non fruite, aumenti di stipendio, etc.) .

Ed anche il principio di non discriminazione, più volte evocato dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁴⁶, sospinge verso la riqualificazione del rapporto e

⁸⁴⁴ La Commissione europea, nella lettera di messa in mora del 14 marzo 2011, aveva ritenuto che la prassi di impiegare personale ATA nella Scuola pubblica per mezzo di una successione di contratti a tempo determinato, senza misure atte a prevenire l'abuso, non rispetta gli obblighi contenuti nella clausola 5 dell'accordo quadro. La procedura n. 2010/2124 è tuttora pendente e risulta essere nella fase della messa in mora complementare ai sensi dell'art. 258 TFUE. V. <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>. In dottrina, V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, cit., p. 130 ss.

⁸⁴⁵ Commissione europea. Memo Bruxelles, 20 novembre 2013. Pacchetto infrazioni di novembre.

⁸⁴⁶ Corte di Giustizia, 9 novembre 2000, C- 126/99, *Vitari*, sugli agenti locali assunti a tempo determinato presso le istituzioni europee operanti in Italia, con relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Cassazione del 12 gennaio 2011 sul Collegato lavoro, n .2/2011 redatta da F.BUFFA. La Corte di giustizia ha influito sulla tutela dei diritti dei lavoratori precari

ciò anche in considerazione del fatto che il divieto contenuto nella clausola 4, comma 1, dell'accordo-quadro allegato alla direttiva 99/70/CE, è stato ritenuto dalla Corte di Giustizia incondizionato e sufficientemente preciso da non richiedere atti di trasposizione interna della direttiva, ed è pertanto vincolante per tutti i datori di lavoro pubblici⁸⁴⁷.

Se, invece, l'unico rimedio dovesse essere il risarcimento del danno si aprirebbe un contenzioso di massa con effetti dirompenti e con pericolose ricadute sulla finanza pubblica: una condanna di circa venti mensilità per ciascun lavoratore precario costerebbe molto di più di una stabilizzazione a fronte di effettive e durature esigenze di servizio e di una prova concorsuale di accesso al rapporto a termine già superata.

Ma anche la Corte di Giustizia, prima di arrivare a questa equiparazione della tutela, ha commesso molti errori interpretativi, dettati senza dubbio dall'eccesso di prudenza o di timore degli effetti dirompenti della *nomofilachia* comunitaria sugli equilibri normativi e di finanza pubblica dei principali Stati membri dell'Unione europea, tra cui l'Italia.

Difatti, la Corte di Giustizia, nelle cause *Mascolo e a.* e *Napolitano e a.*, ha condiviso la posizione del giudice del rinvio sull'impossibilità di applicare la sanzione del risarcimento del danno senza prevedere la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi.

Pertanto, tra le norme da applicare, non ha fatto riferimento né all'art. 32, comma 5, l. n.183/2010, né all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001,

italiani, in particolare nel pubblico impiego, in un complesso e silente conflitto di posizioni tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella comunitaria da un lato, tra le Istituzioni comunitarie e la giurisprudenza nazionale dall'altro, all'interno del quale, a fasi alterne e secondo le circostanze, la legge n. 230/1962 (e successive modifiche ed integrazioni) è stata utilizzata ideologicamente o come strumento ottimale di tutela dei diritti dei lavoratori flessibili e modello di corretta regolamentazione della disciplina del contratto a termine oppure come legislazione troppo vincolistica. Era emerso, infatti, un grave problema di competenze e di omogenea applicazione del principio fondamentale di uguaglianza e non discriminazione tra lavoratori in situazioni analoghe. Se, infatti, il Giudice nazionale italiano poteva applicare la legge n. 230/1962 anche alle Istituzioni comunitarie per i rapporti di lavoro a termine instaurati *ratione loci* e condannarle ad assumere a tempo indeterminato il personale precario, nel caso di abusi, non vi era alcuna ragione che ostacolasse l'applicazione delle stesse sanzioni anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni "interne". Tuttavia, la sentenza *Vitari* ha condizionato anche la legislazione tedesca di recepimento della direttiva 1999/70/CE. Sulla medesima questione, cfr. Corte di Giustizia 26 giugno 2001, C-212/99, sui lettori universitari.

⁸⁴⁷ Corte di Giustizia, *Vino I*, cit., punto 55; *Impact*, cit., punti 65 e 68.

limitandosi a ribadire, come ad esempio, nell'ordinanza *Papalia* ed ancor prima nell'ordinanza *Affatato*, che deve esservi una capacità dissuasiva degli abusi della sanzione di trasformazione e di quella risarcitoria⁸⁴⁸ – che la giurisprudenza italiana non è mai riuscita a quantificare in modo univoco ed adeguato.

Il settore della Scuola, poi, ha da sempre costituito un punto di particolare arretratezza dal momento che in tale settore non è previsto nemmeno il limite dei 36 mesi, per esplicita eccezione prevista dall'art. 10, comma 4 – *bis*, d.lgs. n. 368/2001, e, come già osservato, ciò ha comportato che il rapporto a termine ed il sistema delle supplenze annue potevano susseguirsi senza limite temporale, fino “*allo sperato raggiungimento (ma quando?) di un punteggio sufficiente per la “entrata in ruolo”*”⁸⁴⁹.

E la Corte di Giustizia ha anche smesso di fare riferimento al concorso pubblico, sebbene l'unica volta in cui vi aveva fatto cenno era stato nella sentenza *Marrosu e Sardino* con riferimento alla posizione della Corte Costituzionale nella decisione n. 89/2003 (punto 16), perché i concorsi pubblici non li hanno sostenuti i precari dell'Ente pubblico Poste italiane e degli altri enti (ad esempio, dell'Ente pubblico Rete ferroviaria italiana) e delle Autorità indipendenti, e perché i concorsi pubblici sono stati bloccati per troppi anni per il personale docente supplente della Scuola pubblica.

In particolare, nella sentenza *Mascolo*, la Corte di Giustizia ha affermato che, in merito alla questione sollevata dal Tribunale di Napoli sugli asili comunali partenopei, si debba applicare l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, e non la disciplina della Scuola pubblica statale in merito al reclutamento, trattandosi di pubblico impiego non scolastico.

Nella confusione prospettatasi dall'assenza dei “paletti” costituiti dal numero massimo di rinnovi o di durata massima (36 mesi o diversi⁸⁵⁰) o della causale

⁸⁴⁸ P. ALLEVA, *Dopo quelli della scuola, speranza a tutti i precari dello Stato, Il Manifesto*, 5 dicembre 2014, disponibile all'indirizzo web www.ilmanifesto.info/sezioni/lavoro. Per l'autore, parlare di risarcimento “equivalente” in luogo della trasformazione a tempo indeterminato “*non può che significare “di pari utilità” per il lavoratore a quello conseguente alla trasformazione e, dunque, di importo imponente*”.

⁸⁴⁹ *Ibidem*.

⁸⁵⁰ Ad esempio, in Francia ci vogliono almeno 6 anni per accedere al pubblico impiego stabile; in Germania è sufficiente un solo contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive,

oggettiva sostituita dall'attesa di procedura concorsuale, si pone, pertanto, la necessità di intervenire per riempire i vuoti normativi dell'ordinamento italiano in materia di contratti a termine nel pubblico impiego, più volte sottolineati dalla Corte di Giustizia, rimediando così all'attuale mancata connessione socio-economica del legislatore-Stato e, anche, se necessario, per via giurisprudenziale accertando e sanzionando gli abusi costituiti dall'applicazione della normativa italiana.

E se per il precariato pubblico in genere - statale, parastatale, degli Enti locali, sanitario- si può sicuramente affermare l'esistenza sia di una causale oggettiva, che deve essere valutata in concreto ed è riferita al requisito della temporaneità, sia della previsione della sanzione di trasformazione e/o risarcitoria nel caso di superamento del limite dei 36 mesi, per il settore della Scuola pubblica l'unica soluzione politicamente praticabile sembra quella della stabilizzazione *ope legis*.

Questa sembra essere anche la strada scelta dal Governo Renzi che non è rimasto indifferente alle sollecitazioni dei giudici di Lussemburgo e ha posto in essere un progetto governativo di stabilizzazione, come indicato fin dalle linee guida per la riforma scolastica.

Dichiaratamente ispirato dalle conclusioni dell'Avvocato Generale nella sentenza Mascolo – poi accolte, sostanzialmente, dalla Corte di giustizia – tale progetto risulta, quindi, funzionale alla conformazione, seppur tardiva, del nostro ordinamento al diritto dell'Unione.

Nelle linee guida, il Governo precisa, infatti, che *“la necessità di attuare un piano di assunzioni ambizioso e di porre la scuola italiana fuori da un decennale “stato di eccezione” per passare ad assunzioni basate solo su concorsi a cadenza regolare è un'esigenza arrivata all'attenzione dell'Europa”*⁸⁵¹.

come è successo nel citato caso *Jansen* per circa 100.000 lavoratori precari pubblici assunti sulla base della clausola generale di natura “finanziaria” come la normativa sul reclutamento scolastico.

⁸⁵¹ Linee guida del Governo, *La buona scuola. Facciamo crescere il paese*, 3 settembre 2014, spec. par. 1.6 e 1.7., pag.36 ss., disponibile all'indirizzo web <https://labuonascuola.gov.it/>. Cfr. M. DE LUCA, *Un grand arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale : il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non*

La riforma promessa, che potrebbe introdurre nel nostro ordinamento innovazioni ben più ampie rispetto a quelle richieste dalla sentenza della Corte di Giustizia e dal seguito dinanzi alla nostra Corte costituzionale, è ora contenuta nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 marzo 2015 e che dovrà essere discusso dalle Camere.

Tra i dieci punti della riforma⁸⁵², viene previsto, appunto, un piano straordinario di oltre centomila assunzioni (inizialmente dovevano essere centocinquantamila) dal primo settembre 2015, al fine di coprire le cattedre vacanti attraverso la stabilizzazione dei docenti inseriti nelle graduatorie a esaurimento; dal 2016 torna il concorso come unica porta di accesso all'assunzione.

Vengono abolite le supplenze annuali attraverso l'istituzione di un contingente stabile di docenti per coprire, tra le altre esigenze, la maggior parte delle supplenze brevi.

Si intende, in questo modo, sanare la profonda incertezza che ha caratterizzato il settore Scuola negli ultimi vent'anni ripristinando, in maniera definitiva ed inequivocabile, il *“sano principio costituzionale dell'accesso all'insegnamento esclusivamente attraverso concorso pubblico”*⁸⁵³.

Nonostante i buoni propositi del Governo in tema di stabilizzazione dei precari, sono stati sollevati dubbi circa l'effettivo rispetto dei tempi previsti (1° settembre 2015), considerando che è stata scelta la strada del disegno di legge e non quella, più rapida, del decreto legge

comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguenti), p. 21.

⁸⁵² Le materie toccate dalla riforma riguardano, in sintesi, la didattica con il potenziamento di alcune materie; un migliore raccordo scuola-lavoro ; il potenziamento del ruolo del Preside; maggiori finanziamenti per le scuole paritarie; l'attribuzione della personalità giuridica a ciascuna scuola, etc.

⁸⁵³ Documento *La buona scuola. Facciamo crescere il paese- Assumere tutti i docenti di cui la buona scuola ha bisogno*, disponibile all'indirizzo web https://labuonascuola.gov.it/documenti/lbs_CAP1.pdf?v=d0f805a, p.12 ss.

CAPITOLO IV

OLTRE LA FLESSIBILITA': SOLUZIONI CONTRO LA PRECARIETA'

4.1 Il concetto di *flexicurity* nella società *post-industriale*: il modello danese e la difficile “importazione” in Italia; **4.2** Riflessione sugli esiti ambigui della flessibilità *post-fordista* e sulle ragioni che portano alla precarietà Italia; **4.3** Le soluzioni contro la precarietà e le proposte di riforma: verso una nuova flessibilità “*socialmente ed economicamente sostenibile*”; **4.4** Il contratto a termine a-causale e il contratto di inserimento a tutele crescenti: come cambia il lavoro flessibile con il *Jobs Act* (l. n. 183/2014); **4.5** Prime osservazioni sul *Jobs Act*: luci ed ombre di una riforma.

4.1 Il concetto di flexicurity nella società post-industriale: il modello danese e la difficile “importazione” in Italia

Per fronteggiare la perdita di competitività del vecchio continente nei confronti dei principali *partner* internazionali, a livello di Unione europea, si è giunti, come è stato osservato, al compromesso noto come *flexicurity*.

Si tratta di un modello in grado di combinare elementi di flessibilità con elementi di sicurezza sociale e volto ad adeguare gli ammortizzatori sociali e le tutele esistenti alle nuove forme di lavoro, al fine di evitare che i rapporti di lavoro flessibile, che hanno modificato profondamente le caratteristiche del mercato del lavoro, siano percepiti e diventino fonte di disagio sociale, insicurezza e mancanza di reddito⁸⁵⁴.

Allo scopo di risolvere il *trade-off* tra flessibilità e sicurezza, quest'ultimo concetto viene svincolato da quello più specifico di sicurezza del posto di lavoro garantita da una normativa restrittiva dei licenziamenti (*Employment Protection Legislation-ELP*), al quale viene preferito, in termini più generali, la sicurezza dell'occupazione e del reddito.

Dunque, viene sancito il superamento della concezione della *job property* a favore della ben più attuale mobilità all'interno del mercato del lavoro.

Ma al fine di facilitare e garantire la transizione tra diversi posti di lavoro, si rendono necessarie alcune condizioni soggettive ed oggettive.

⁸⁵⁴ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 2012, p. 267 ss.

Le prime attengono alle capacità professionali e alle attitudini individuali della persona e che possono essere acquisite grazie a percorsi di formazione permanente estesi all'intero arco della vita e che consentano all'individuo di occupare in sequenza numerosi posti di lavoro differenti, in diversi settori produttivi; le seconde dipendono dal funzionamento del mercato del lavoro, alla sua fluidità, all'efficienza dei servizi dell'impiego e di supporto alla persone in cerca di occupazione; più in generale, dall'insieme delle misure che ricadono tra le politiche attive del lavoro, oltre che dalle condizioni strutturali di domanda e offerta.

Al fine di garantire la sicurezza del reddito, è necessaria l'esistenza di sussidi a favore di chi ha perso il posto di lavoro.

Entrambi i concetti di sicurezza appaiono complementari dal momento che le politiche attive finalizzate ad incentivare e sostenere la ricerca del posto di lavoro risultano necessarie ad evitare il c.d. *moral hazard* tipico del sistema di sussidi e ad abbreviare la durata della disoccupazione contenendo la spesa ad essa collegata. Questo nuovo concetto di sicurezza che si sostituisce alla sicurezza del posto di lavoro si fonda, dunque, sulla mobilità sociale e sui *diritti sociali transizionali*⁸⁵⁵, in grado di conciliare gli elementi di un diritto del lavoro tradizionalmente garantista – sintetizzabili nell'idea di “sicurezza” – con una serie di nuovi obiettivi ricompresi nell'etichetta di “flessibilità”, riguardanti l'adattabilità e l'impiegabilità (attuale e potenziale) della manodopera. Un approdo, dunque, ai “*droits de tirage sociaux*” proposti dal *Rapporto Supiot* del 1999, dal nome di un noto giuslavorista francese,⁸⁵⁶ in cui si sostiene che la domanda di flessibilità non proviene solo dalle imprese e non è sempre, esclusivamente, un modo per aggirare le norme a sfavore dei dipendenti, ma può derivare anche da una richiesta dei soggetti che vogliono attenuare o modulare diversamente tempi e carichi di lavoro per ragioni di cura, di formazione, ecc.

In sostanza, in Europa, sembra così essersi raggiunta una certa convergenza di opinioni sulla necessità che la protezione pubblica non deve limitarsi a stabilire

⁸⁵⁵ Cfr. B. GAZIER, *Vers un nouveau modèle social*, Flammarion, 2005.

⁸⁵⁶ A. SUPLOT, *Il futuro del lavoro*. Ed. Carocci, Roma 2003. Il rapporto fu preparato per la Direzione Generale Lavoro e Politiche Sociali della Commissione Europea da un gruppo di esperti di diversi paesi e discipline, sotto la direzione di Alain Supiot.

rigidità contrattuali, ma deve estendere il suo campo d'azione anche al piano del mercato, alla sfera della cittadinanza sociale.

Ed in questo ambito si inserisce anche la promozione dell'investimento pubblico e privato in capitale sociale allo scopo di instaurare reti fiduciarie alle quali gli individui possano attingere per un sostegno sociale⁸⁵⁷.

In altri termini la “*flessibilità dal volto umano*” si basa sull'intento di rendere più sostenibile la flessibilità mediante il recupero delle sicurezze perdute: cresce la probabilità di perdere l'occupazione che un lavoratore ha ma dovrebbe aumentare quella di trovarne rapidamente un'altra.

Certamente, all'idea di *flexicurity* si ricollega la convinzione che la semplice protezione del posto di lavoro non sia di per sé sufficiente né necessaria a garantire una condizione lavorativa soddisfacente, il c.d. *decent work*, per riprendere la nota affermazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

Difatti, nel 1999 si svolse a Ginevra l'assemblea annuale dell'Organizzazione e il rapporto del direttore generale si intitolava per l'appunto *Pour un travail décent*⁸⁵⁸, in cui vennero delineate le forme base di sicurezza economica e sociale da garantire a tutti i lavoratori. Si parla di sicurezza dell'*occupazione* e del *posto di lavoro*, intesa sia come opportunità di un reddito adeguato, sia come protezione contro i licenziamenti abusivi, ovvero senza causa, ma anche stabilità nell'occupazione compatibile con un'economia dinamica; sicurezza *professionale*, collegata alla possibilità di valorizzare la propria professionalità; sicurezza *nei luoghi di lavoro*, che attiene alla protezione contro gli incidenti e le malattie professionali grazie ad un'adeguata regolazione in tema di salute e sicurezza (limiti orari e agli straordinari, riduzione dello *stress* da lavoro, et.); sicurezza *del reddito* attraverso la creazione e il mantenimento di un reddito adeguato per sé e per i propri familiari; sicurezza *di rappresentanza*, intesa come possibilità di espressione collettiva sul mercato del lavoro grazie ad organizzazioni sindacali libere e indipendenti; sicurezza *previdenziale*, ovvero

⁸⁵⁷ A. GIDDENS, *The third way and its critics*, nella trad. it. *Cogliere l'occasione*. Ed. Carocci, Roma 2000; ID., *Europe in the global age*, nella traduzione italiana, *L'Europa nell'età globale*. Ed. Laterza, Roma-Bari 2007, p. 30. L'autore riconosce l'importanza della flessicurezza ma ne sottolinea anche il suo limite, consistente nell'entrare in gioco solo quando la persona ha già perso il lavoro, mentre afferma che andrebbero perseguite “*anche politiche che aiutino le persone ancor prima che perdono il lavoro*”.

⁸⁵⁸ Disponibile all'indirizzo web <http://www.ilo.org/public/french/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

la possibilità di assicurarsi attraverso il lavoro un reddito che permetta di mantenere, in caso di uscita dal lavoro, un livello comparabile a quello precedente⁸⁵⁹.

E i teorici della *flexicurity* sostengono la necessità di realizzare l'obiettivo di una maggiore mobilità nel mercato del lavoro stabilendo un rapporto virtuoso tra flessibilità e sicurezza, in modo che la prima non degeneri in flessibilità insicura, e la seconda in sicurezza *blindata*, nella piena convinzione che la correlazione tra tutela della stabilità e disoccupazione non comporti necessariamente la *job insecurity*.

I primi studi sul mercato del lavoro hanno analizzato due forme di sicurezza che possiamo considerare le antenate del modello di flessicurezza in esame: la *job security* e l'*employment security*.

La prima si basa sulla sicurezza di svolgere determinate mansioni, di rivestire una determinata qualifica e possedere una specifica professionalità (*task security*) ed è caratterizzata dalla previsione di un'indennità di disoccupazione (*unemployment benefit system*) che assiste i lavoratori licenziati in attesa di essere nuovamente impiegati nell'impresa nelle fasi di ripresa del ciclo economico, secondo rigidi criteri di *seniority*.

Successivamente si è passati all'*employment security* attraverso la transizione da un sistema di rigidità del mercato interno ad un sistema di flessibilità interna capace di garantire un impiego stabile nella stessa azienda, basato sulla capacità del lavoratore di adattarsi repentinamente ai mutevoli cambiamenti dell'orario di lavoro e/o delle mansioni.

Rispetto a tale modello, la *flexicurity* aggiunge alla tradizionale *employment security* una nuova sicurezza che solo in parte copre il senso della stabilità dell'impiego e che giunge a ipotizzare una forma di sicurezza *nelle transizioni* (*security in transition, labour market security, securization des parcours professionnels*); una forma di sicurezza, dunque, che si realizza nel mercato del lavoro e che promuove la sicurezza sociale professionale in piena compatibilità con la discontinuità dei tragitti professionali⁸⁶⁰.

⁸⁵⁹ Cfr. G. STANDING, *Precari. La nuova classe esplosiva*, cit., pp. 26-27; L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*. Ed. Laterza, Roma 2014, pp. 11-12.

⁸⁶⁰ Cfr. M. J. PIORE, P. DOERINGER (1971), *Internal Labor Markets and Manpower Adjustment*. Ed. D.C. Heath and Company, New York 1985.

Passando dalla teoria alla pratica alla ricerca di un esempio, il Paese che negli ultimi anni ha raggiunto elevati livelli di flessibilità associati ad elevati livelli di sicurezza sociale è la Danimarca, non a caso considerata dall'Unione Europea modello da seguire per raggiungere l'ambito obiettivo della *flexicurity*.

Difatti, la Danimarca⁸⁶¹, ma anche l'Olanda, è il primo Paese europeo ad avere introdotto all'inizio del 1999 una legge - il *Flexibility and Security Act* - volta esplicitamente a realizzare la flessicurezza attraverso la combinazione di misure attive e passive: ampia libertà di licenziamento da parte delle imprese; assegnazione automatica di un posto di lavoro a tempo indeterminato a chi abbia accumulato un certo periodo, o un certo numero di contratti temporanei (presso agenzie interinali o contratti da dipendente a tempo determinato); indennità di disoccupazione piuttosto generose (pagate da apposite casse per la maggior parte finanziate dallo Stato); largo impiego di personale specializzato nei servizi per l'impiego; obbligo per il disoccupato di seguire programmi intensivi di formazione intesi a migliorare la sua *occupabilità*; penalità amministrative severe per il disoccupato che rifiuta i lavori propostigli dai servizi per l'impiego.

La Danimarca, inoltre, è caratterizzata da un elevato livello di mobilità da un posto di lavoro all'altro dovuta, non solo, alla scarsa protezione del posto di lavoro, ma anche ad un elevato tasso di sostituzione, nel senso che i periodi di transizione da un lavoro all'altro hanno durata molto ridotta.

Evidenze empiriche dimostrano che i sistemi fondati sulla flessicurezza, come quello danese ed olandese, forniscono il raggiungimento di *performance* più elevate nel perseguimento del *decent job*, dimostrando che un certo grado di mobilità, se protetta, è desiderabile anche dai lavoratori e consente di realizzare risultati migliori rispetto a sistemi basati sulla flessibilità non protetta o, al contrario, su eccessiva stabilità dell'impiego.

⁸⁶¹ Il modello danese di mercato del lavoro basato sulla flessibilità ha quasi 113 anni, risale al settembre 1899, quando un'azione sindacale lunghissima e distruttiva convinse lavoratori e padroni a sedersi attorno a un tavolo e a discutere fino a quando non trovarono un accordo. Da allora, le cose in Danimarca funzionano così: si discute e si arriva prima o poi a una soluzione. Cfr. D. TAINO, *Flexicurity: il segreto danese. Sussidi e formazione in cambio di licenziamenti facili. La ricetta unica che rimette in moto la scala sociale*, articolo de *Il Corriere della Sera*, 14 gennaio 2012, disponibile all'indirizzo web www.corriere.it.

Detto in altre parole, se si protegge chi ha un lavoro stabile inevitabilmente si alzano barriere all'ingresso nel mercato del lavoro contro chi un posto non ce l'ha e per questo occorre spostare la protezione dal posto di lavoro al lavoratore - che se ha perso il posto va sussidiato e sostenuto affinché ne trovi un altro⁸⁶². Ma è anche vero che nemmeno i Paesi “virtuosi”, promotori della *flexicurity*, sono poi riusciti a reggere alle sfide imposte dalla crisi economica iniziata nel 2008.

Dati empirici dimostrano che tali Paesi hanno sì registrato un tasso di disoccupazione nettamente più basso, ma hanno anche visto accrescere il tasso rispetto al restante gruppo di Paesi continentali: in altre parole, la disoccupazione giovanile è aumentata in maniera più netta.

La Danimarca, infatti, nel giugno 2008 registrava il più basso tasso di disoccupazione nell'Unione europea; a soli due anni di distanza, nel luglio 2010, è risultata sesta nella corrispondente classifica, con un aumento della disoccupazione sia in termini relativi che assoluti, superata, in termini relativi, solo dagli Stati Baltici e dall'Irlanda, mentre in termini assoluti è al settimo posto dopo gli Stati Baltici, la Spagna, l'Irlanda, gli Usa e la Slovacchia⁸⁶³.

Nonostante la flessicurezza non abbia accresciuto in Danimarca il tasso reale di occupazione⁸⁶⁴ né consentito di reggere alla crisi, ha comunque fornito alla popolazione attiva un grado di sicurezza, oggettiva e soggettiva, di fronte al rischio disoccupazione e precarietà forse superiore a quello di ogni altro Paese europeo⁸⁶⁵.

⁸⁶² A tal proposito, il prof. P. Konghøj Madsen afferma “*ma se qualcosa la nostra esperienza insegna è che la difesa del posto fisso e la rigidità non creano uguaglianza e benessere. Creano inefficienza, perdita di lavoro, perdita di reddito*». Intervista rilasciata al *Corriere della Sera*, 21 dicembre 2011, disponibile all'indirizzo web http://archiviostorico.corriere.it/2011/dicembre/21/Modello_danese_Ecco_perche_qui_co_8_111221003.shtml

⁸⁶³ P. KONGHØJ MADSEN, *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, p. 78 ss.

⁸⁶⁴ Le statistiche degli occupati in Danimarca hanno escluso dalle rilevazioni sia coloro che sono stati collocati in pensione anticipata, sia coloro che sono stati inseriti in quale politica di attivazione (al fine, ad esempio, di seguire un corso di riqualificazione presso gestito da quale agenzia per l'impiego), facendo in modo che la quota degli occupati appaia relativamente più alta.

⁸⁶⁵ L. GALLINO, *Il lavoro non è una merce*, cit., p. 126 ss.

C'è allora da chiedersi cosa manca all'Italia per assomigliare a tale modello danese di flessicurezza e perché i numerosi tentativi di imitazione, al fine di rendere sostenibile la flessibilità del lavoro, siano nel nostro Paese falliti.

Tra gli ostacoli incontrati, vi è prima di tutto una differenza sostanziale tra la nostra e la loro legislazione, sia in relazione alle imprese che al lavoro.

Ma i veri ostacoli a qualsiasi tentativo di importazione della flessicurezza nel nostro Paese sono per lo più di natura socio-economica.

Il primo attiene all'indennità di disoccupazione che in Danimarca può arrivare a toccare il 90% del reddito delle ultime 12 settimane di lavoro, con un tetto di 2 mila euro al mese per un massimo di 3 anni; al numero degli addetti ai servizi pubblici per l'impiego che deve essere molto elevato al fine poter essere posto in condizione di seguire da vicino il ricollocamento di migliaia di persone; come appaiono molto elevati i costi di formazione per migliorare il tasso di occupabilità e la sicurezza oggettiva e soggettiva di lavoratrici e lavoratori in un mercato del lavoro che si fa assai mobile (ad es., sussidi alle famiglie dei disoccupati bisognosi, erogati dai Comuni con il contributo dello Stato, asili nido gratuiti etc).

Le risorse richieste dalla *flexicurity* - tra il 3 e il 4 per cento del Prodotto interno lordo - sono, dunque, massicce e sono accompagnate da un *Welfare State* costoso, che garantisce scuola, università, ospedali gratuiti, etc.

Ciò richiede l'accettazione da parte dei cittadini di livelli di tassazione molto alti (il 50% del PIL) e di evasione fiscale bassi (non più del 5% del PIL), difficilmente immaginabili in Italia.

E' evidente che simili costi per la flessicurezza appaiono fuori portata per il nostro Paese sia dal punto di vista economico, considerando il debito pubblico del 120% del PIL, il triplo di quello della Danimarca, sia dal punto di vista ideologico e culturale, perché si tratta di un Paese in cui governo e parti sociali dialogano mal volentieri. In Danimarca, invece, i sindacati, gli imprenditori e le autorità istituzionali si incontrano a livello locale per risolvere ogni problema interno al modello della *flexicurity*, in quanto un sistema del genere può funzionare solo sulla base di un'enorme fiducia reciproca, nella certezza che tutti facciano l'interesse nazionale e non solo il proprio.

Ed anche i meccanismi che regolano il mercato del lavoro, a cominciare dai *job-center*, devono essere efficienti e non inquinati da privilegi e imbrogli, come spesso è avvenuto in Italia.

Una lunga serie di altre peculiarità del sistema socio-economico italiano fanno inoltre ritenere improbabile la replicabilità dei successi registrati dal modello danese.

Fra queste le principali appaiono: la carenza di un clima di fiducia reciproco fra parti sociali e autorità nazionali e locali; la forte disomogeneità territoriale (oltre all'elevata diffusione dell'economia sommersa); il tipo di specializzazione produttiva che, generando una limitata domanda di lavoratori ad alta qualifica e di diffusione delle nuove tecnologie, sembra non necessitare di quella tensione verso la continua formazione e riqualificazione della forza lavoro che ha caratterizzato il successo danese (e ne è forse stato l'elemento principale).

In particolare, un sistema produttivo *innovation-oriented* appare una condizione necessaria per replicare tale successo, senza che, al contrario, si generino unicamente spinte alla riduzione delle tutele di protezione del posto di lavoro. Difatti, in Italia, l'aumentata disponibilità di contratti flessibili (meno onerosi in termini di retribuzioni e contribuzioni sociali) ha rappresentato semplicemente un mezzo per migliorare nel breve termine la competitività di prezzo, senza fornire gli incentivi adatti alla riconversione della produzione verso settori maggiormente innovativi.

Per i motivi illustrati appare molto difficile per l'Italia "copiare" il modello danese e ciò a dimostrazione del fatto che ogni Paese è il prodotto della sua storia e il nostro appare ancora un po' troppo "immaturo" ad accogliere tale innovazione, presentando, al contrario, un'accentuata predisposizione a cadere nella "trappola della precarietà".

4.2 Riflessione sugli esiti ambigui della flessibilità post-fordista e sulle ragioni che portano alla precarietà Italia

In Italia, l'operazione di progressiva “*de-standardizzazione dell'attività lavorativa*”⁸⁶⁶ ha condotto ad un mercato che è sì diventato fluido, ma risulta fortemente segmentato, in cui la disoccupazione e la precarietà tendono ad assumere carattere strutturale.

Come spesso è accaduto soprattutto in ambito politico e giornalistico, non scevro da prese di posizione ideologiche, “flessibilità”, “atipicità” e “precarietà”, sebbene con valenze semantiche differenti, sono stati considerati sinonimi, pur tuttavia non potendo essere in alcun modo acriticamente assimilati.

Difatti, la flessibilità, intesa come processo di adattamento e contemperamento dei contrapposti interessi del datore di lavoro e del lavoratore, si trasforma in precarietà allorquando si traduce in un'opportunità e un vantaggio solo per una delle due parti coinvolte, ovvero per l'impresa a discapito del lavoratore.

Ed è così che la precarietà, dunque, diventa per il lavoratore *post-fordista* una condizione lavorativa ed esistenziale allo stesso tempo, condizione che può estendersi per tutto l'arco della vita⁸⁶⁷ e che è caratterizzata dalla combinazione e compresenza di tre condizioni: bassi costi di terminazione dei rapporti di lavoro; bassi redditi e bassi livelli di protezione sociale in caso di fallimento⁸⁶⁸.

Tale condizione fa sì che il lavoratore con una carriera poco remunerata o instabile, perché segnata da lunghe e frequenti interruzioni, non riesca a provvedere nel medio periodo al proprio sostentamento attraverso il mercato del lavoro o la protezione sociale.

⁸⁶⁶ R. RIZZA, *Trasformazioni del lavoro, nuove forme di precarizzazione lavorativa e politiche di welfare: alcune riflessioni preliminari*, in R. Rizza (a cura di), *Politiche del lavoro e nuove forme di precarizzazione lavorativa*. Ed. Franco Angeli Milano, 2000, p. 13 ss.

⁸⁶⁷ Cfr. F. CHICCHI, E. LEOPARDI, *Lavoro in frantumi: condizione precaria, nuovi conflitti e regime neoliberista*. Ed. Ombre Corte/Uninomade, Verona 2011, p. 106 ss.

⁸⁶⁸ F. BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 47 ss. Per costi di terminazione, si intendono sia i costi di sostituzione della manodopera (*turnover*) – costi di assunzione (ricerca e selezione del personale), formazione (*training* specifico d'impresa), e, appunto, di terminazione.

Ma essa dipende dalla stabilità dei rapporti di lavoro, intesa come continuità formale o sostanziale della condizione di occupato, del salario e delle tutele sociali⁸⁶⁹.

La flessibilità, realizzata in Italia attraverso l'introduzione dei contratti atipici, è, invece, degenerata in precarietà dal momento che si è trovata ad incidere in modo maldestro sull'occupabilità degli individui, sulla durata e la frequenza della disoccupazione, sulla partecipazione al mercato del lavoro, sulle retribuzioni e sull'accesso alla protezione sociale⁸⁷⁰.

Ma il passaggio dalla sicurezza occupazionale, intesa come capacità di difesa del posto di lavoro, alla sicurezza nel mercato del lavoro, definita come l'aspettativa di rimanere occupato, anche se non necessariamente con lo stesso datore di lavoro, necessita della presenza di alcuni fattori la cui assenza espone il lavoratore al rischio della precarietà: a) la continuità occupazionale, ovvero, la ragionevole aspettativa di continuità lavorativa nell'ambito di uno stesso rapporto di lavoro o di diversi rapporti di lavoro che si susseguono a brevi intervalli di tempo; b) la percezione di un reddito adeguato, in grado di garantire *“un'esistenza libera e dignitosa”* (cfr. art. 36 Cost.); l'accesso ad un adeguato livello di protezione sociale, capace di sostenere la persona nel periodo di ricerca di una nuova occupazione o della cessazione dell'attività lavorativa; d) la garanzia di buone condizioni di lavoro, in base a norme e procedure per la prevenzione dei rischi di malattie professionali o incidenti sul lavoro, nonché in base a tutele contro ogni forma di discriminazione e licenziamento ingiustificato; e) l'accesso ad opportunità di produzione e riproduzione di competenze e il riconoscimento di quelle acquisite, che si lega al concetto di *occupabilità*, inteso come capacità di un lavoratore di mantenere o migliorare la propria posizione lavorativa o di trovare un'altra occupazione in base alle competenze sviluppate⁸⁷¹; f) la rappresentanza dei propri interessi e la tutela dei propri diritti, la cui negoziazione e tutela possono essere esercitate

⁸⁶⁹ Conviene, però, precisare che la definizione di “precarietà” intesa come condizione di incertezza di un individuo rispetto al suo futuro occupazionale può essere convincente ed esaustiva solo se contempla anche la condizione di chi ancora non è riuscito ad accedere al mondo del lavoro o chi ne è appena uscito a causa del mancato rinnovo del contratto.

⁸⁷⁰ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 23 ss.

⁸⁷¹ *Ivi*, p.38. L'acquisizione delle competenze può avvenire mediante tre canali: la scolarizzazione (universitaria e non); i percorsi di formazione continua; i percorsi di formazione per lo svolgimento di un'attività lavorativa (*learning on the job*).

direttamente (rappresentanza individuale), o indirettamente, delegandole ad un'organizzazione sindacale (rappresentanza collettiva) che diventa un'importante fattore di sicurezza se è in grado di influenzare le decisioni relative ai diritti dei lavoratori e di controllare e garantire il loro effettivo esercizio; g) migliorare le opportunità di conciliazione dell'attività lavorativa con la vita privata – familiare, sociale, etc.- attraverso la previsione di specifici servizi (asili nido, servizi di cura per familiari non autosufficienti, etc.), di misure di sostegno economico (sussidi diretti o sgravi fiscali) e di una più ottimale organizzazione dell'attività lavorativa (misure volte a modulare orari e luoghi in cui prestare la propria attività lavorativa).

Come si è avuto modo di osservare, la carenza di siffatti efficaci strumenti di tutela e di accompagnamento sul mercato del lavoro rendono difficile la riqualificazione dei lavoratori e la mobilità degli stessi da un posto di lavoro all'altro.

E il tentativo dell'Italia di recuperare le distanze dal modello europeo è apparso spesso tardivo e grossolano⁸⁷², laddove si è realizzato in periodi di crisi con risorse decrescenti affidandole ad autorità pubbliche spesso inefficienti, a differenza degli altri Paesi europei presi ad esempio, in cui è avvenuto progressivamente in periodi di crescita e stabilità economica.

Alla scarsità di risorse, si aggiunge, inoltre, l'incardinamento delle parti sociali su posizioni a difesa del sistema categoriale consolidato⁸⁷³.

Inoltre, le riforme che sono intervenute in Italia nel tempo, dal c.d. Pacchetto Treu alla Legge Fornero, non sono riuscite a modificare le garanzie dei lavori atipici, la cui vita è caratterizzata da forte incertezza sul proprio futuro occupazionale e da carriere discontinue, salari più bassi e protezioni sociali di gran lunga inferiori a quelle dei lavoratori c.d. *standard*.

La spiegazione del fallimento di queste riforme è da rintracciare nell'incapacità delle stesse di modificare le garanzie dei lavoratori tipici e di accrescere quelle dei lavoratori atipici, approfondendo il divario tra *insiders* e *outsiders* e la segmentazione del mercato del lavoro italiano.

⁸⁷² Il riferimento è ai tentativi di riforma degli ammortizzatori che si sono succeduti in Italia nel decennio 1997- 2007.

⁸⁷³ Cfr. P. SESTITO, *La riforma Fornero tra aspettative e contrasti: alcune osservazioni generali e alcune questioni connesse con la valorizzazione del capitale umano*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*. Giuffè Editore, Milano 2012, p. 50.

Gli interventi legislativi si sono susseguiti in un contesto economico in cui le imprese italiane hanno puntato più sulla riduzione dei costi che non sull'aumento della produttività e dell'investimento in risorse umane; e tutto ciò in assenza della definizione di una credibile politica industriale da parte del governo. Infine, si è deciso di intervenire solo sul mercato del lavoro, rendendo sempre più evidente l'inadeguatezza di un modello di *welfare* incapace di proteggere tutti i settori della cittadinanza⁸⁷⁴.

Inoltre, più in dettaglio, ciò che senza dubbio manca all'Italia per fare un salto di qualità nell'ottica di maggiore flessibilità sul modello nordeuropeo sono da rintracciare, come sostenuto dal giuslavorista Pietro Ichino di cui si condivide la posizione, nella carenza di risorse pubbliche destinabili al servizio del mercato del lavoro; nel difetto del *know-how* specifico dei nostri servizi di assistenza ai lavoratori nel mercato stesso; nell'incapacità di condizionare il sostegno del reddito alla disponibilità effettiva dei disoccupati per i posti che si offrono loro e per le iniziative di ricerca e addestramento; ed, infine, ad avviso di chi scrive fondamentale, nella mancanza delle c.d. *civic attitudes*, ovvero di quel senso civico diffuso che rappresenta uno dei più importanti presupposti del sistema sicurezza dei lavoratori nei Paesi scandinavi⁸⁷⁵.

A ciò deve aggiungersi, senza dubbio, oltre alla scarsa concorrenza nel mercato delle merci, anche l'incapacità del sindacato nostrano di avere un ruolo attivo nella gestione del sistema di orientamento e formazione⁸⁷⁶ e lo scarso coinvolgimento delle parti sociali nell'ottica del consolidamento di un "patto di fiducia" tra chi rappresenta i lavoratori, le imprese e i cittadini⁸⁷⁷, compresi i precari e chi il lavoro non ce l'ha.

⁸⁷⁴ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 273.

⁸⁷⁵ P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, cit., p. 111 ss.

⁸⁷⁶ Come sottolineato da C. Damiano in un'intervista a "l'Unità" del 3 giugno 2005, nel richiamo di P. ICHINO, *op.ult. cit.*, p. 112.

⁸⁷⁷ Come affermato da T. Treu in un'intervista a "l'Unità" del 3 giugno 2005, nel richiamo di P. ICHINO, *op.ult. cit.*, p. 112.

4.3 *Le soluzioni contro la precarietà e le proposte di riforma: verso una nuova flessibilità “socialmente ed economicamente sostenibile”*

Dalle osservazioni finora condotte, si evince che l'Italia rappresenta, a livello europeo, una declinazione deviata del modello di *flexicurity* celebrato dalla Commissione europea; eppure la consapevolezza dell'impossibilità di un'importazione integrale del modello della *flexicurity* nel nostro Paese non ha scoraggiato la pubblica riflessione - di politici, giuristi ed economisti- circa le soluzioni e gli antidoti alla precarietà, soprattutto in tempo di crisi.

Innanzitutto, come è stato sottolineato, affinché la flessibilità non si trasformi in precarietà, è necessario assicurare una sostanziale continuità occupazionale, un livello di retribuzione tale da coprire i periodi di non lavoro e l'accesso a tutele adeguate.

Al fine di garantire tali obiettivi e di realizzare l'evoluzione del mercato italiano verso una flessibilità *socialmente ed economicamente sostenibile*, sono state avanzate numerose proposte che, senza pretesa di esaustività, si procederà ad enunciare.

La prima attiene alla necessità di eliminare la disparità di trattamento previste per le diverse forme contrattuali e che attiene ai differenti livelli contributivi, attraverso l'imposizione di un'aliquota unica per tutte le tipologie contrattuali. Il corollario di quanto detto è rappresentato dalle aliquote sociali a cui corrispondono specifiche assicurazioni contro i rischi di malattia, disoccupazione, maternità, etc.

Inoltre, la continuità occupazionale è strettamente connessa a quella dei costi di licenziamento laddove, questi, se troppo alti ed incerti per i contratti a tempo indeterminato, fanno risultare particolarmente vantaggiosi i contratti di durata prefissata anche per coprire posti di lavoro ragionevolmente duraturi, dal momento che basta attendere la naturale conclusione del contratto per poter ridurre la forza lavoro.

Se il ricorso alla flessibilità in entrata da parte dell'impresa rappresenta nel breve periodo un indubbio vantaggio perché consente di sopperire ad eventuali picchi di produzione, consentendo un tempestivo ridimensionamento rispetto

alle previsioni di crescita del mercato, il ricorso alle tipologie *non standard* può condurre nel lungo periodo a due ordini di problemi⁸⁷⁸.

Il primo è legato al trasferimento del rischio di impresa al soggetto debole, generalmente sprovvisto di alcuna forma di compensazione monetaria; il secondo, attiene alla produttività del lavoro, che sebbene sia accresciuta nel breve periodo grazie al ricorso al lavoro flessibile, può venir compromessa nel corso del tempo a causa dell'assenza di manodopera qualificata, con inevitabili perdite in termini di competitività. Difatti, l'investimento in formazione del lavoratore ha un costo e questo può essere sostenuto e ammortizzato solo in un'ottica di investimento di lungo periodo.

E le imprese, soprattutto in periodi di grande crisi economica come quella che sta attraversando l'Occidente industrializzato, preferiscono far fronte alle carenze strutturali non investendo in lavoratori "di passaggio" e rimandando le problematiche connesse ai rischi di perdere competitività in un mercato sempre più qualificato e specializzato⁸⁷⁹.

Viene meno, pertanto, la fidelizzazione reciproca tra datore di lavoro e lavoratore, laddove il primo non avrà interesse ad investire sulla formazione del secondo, e quest'ultimo ridurrà il proprio impegno a causa della ragionevole certezza che il proprio contratto non verrà rinnovato.

Tra le proposte formulate al fine di rimuovere il disincentivo ad utilizzare i contratti a tempo indeterminato, si ricorda quella relativa al contratto unico di ingresso (CUI), avanzata dagli economisti Tito Boeri e Pietro Garibaldi⁸⁸⁰, poi recepita all'interno del disegno di legge d.d.l. n. 2000 del 5 febbraio 2010 (*Nerozzi ed altri*)⁸⁸¹.

Si tratta di un contratto di lavoro dipendente a tempo indeterminato destinato a costituire la forma "tipica" di prima assunzione e che viene concepito secondo uno schema unitario a tutela progressiva articolato su due fasi, una fase "di

⁸⁷⁸ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 273 ss

⁸⁷⁹ Cfr. L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona, n. 37-2005, p. 15 ss., disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

⁸⁸⁰ T. BOERI, P. GARIBALDI, *Un nuovo contratto per tutti. Per avere più lavoro, salari più alti e meno discriminazione*. Ed. ChiareLettere, Milano 2008.

⁸⁸¹ Per la lettura integrale del disegno di legge, che vede, tra gli altri, anche la sottoscrizione di P. Ichino, cfr. T. BOERI, P. GARIBALDI, *Le riforme a costo zero. Dieci proposte per tornare a crescere*. Ed. ChiareLettere, Milano 2008, p. 135 ss.

ingresso”, la cui durata non può essere superiore ai tre anni, e una fase “di stabilità”. A tale tipologia contrattuale non si applica la disciplina in materia di periodo di prova.

Durante la fase di ingresso, il lavoratore viene coinvolto in fase di inserimento, nel corso della quale la tutela prevista dall’art. 18 St. Lav. troverebbe applicazione soltanto nei casi di licenziamento disciplinare o discriminatorio; per quanto riguarda il licenziamento per motivi economici si ipotizza il riconoscimento della tutela obbligatoria nella forma di indennità di licenziamento di ammontare pari a cinque giorni di retribuzione per ogni mese di prestazione lavorativa: dopo sei mesi di lavoro, essa è pari a un mese di retribuzione; dopo tre anni, è pari a sei mensilità.

A decorrere dall’inizio della fase di stabilità, la tutela reale si estende anche ai licenziamenti per motivi economici, laddove già prevista dall’ordinamento vigente.

Ferma restando la durata massima dei tre anni, è possibile prevedere una diversa durata della fase di ingresso ad opera dei contratti collettivi nazionali, o, in mancanza, delle parti.

Rispetto alle altre forme di flessibilità in entrata, la tipologia contrattuale finora esposta comporterebbe dei vantaggi sia per il lavoratore, che godrebbe di una tutela più intensa (nella forma di un’indennità di licenziamento di entità rapportata alla durata del rapporto) anche nella fase caratterizzata da minor grado di protezione - quella di ingresso - sia per le imprese, grazie alla possibilità di far fruttare l’investimento di risorse nel lavoratore consentendone il mantenimento in azienda. Difatti, nella fase di inserimento, l’investimento in capitale umano ad opera del datore di lavoro consentirebbe un miglioramento della capacità lavorativa del prestatore che permette di scongiurare il pericolo di una risoluzione del rapporto contrattuale da parte del datore di lavoro, che in quel lavoratore ha investito, al termine del terzo anno adducendo un pretestuoso motivo economico. E se, in base all’ordinamento vigente, per effetto di una successione di contratti a termine, il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore supera i trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di

interruzioni intercorrenti tra un contratto e l'altro, il rapporto deve considerarsi *ex tunc* convertito a tempo indeterminato (art.5, d.lgs. n. 368/2001).

Con il contratto unico di ingresso, invece, evitando una novazione contrattuale alla scadenza del periodo ingresso, si evita tale sanzione.

Per quanto riguarda il contratto a termine, il disegno di legge prevede la reintroduzione delle causali oggettive (stagionalità, sostituzione temporanea di lavoratori, lavori nello spettacolo), pur prevedendo per le imprese la possibilità di utilizzare i contratti a termine anche al di fuori di tali fattispecie, limitatamente alle prestazioni con un contenuto minimo di professionalità.

Viene, inoltre, previsto l'incremento a carico dei datori di lavoro di un punto percentuale dell'aliquota contributiva per l'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria: in tal modo, si sostiene, si consente la partecipazione dei datori di lavoro ai costi sostenuti dalla collettività per il mancato rinnovo di tali contratti.

Infine, viene contemplata, seppur in maniera generica, l'introduzione nel nostro ordinamento di un salario minimo legale applicabile a tutti i rapporti aventi per oggetto una prestazione lavorativa, compresi quelli a carattere formativo, che, già presente nella maggior parte dei Paesi Ocse (ad esempio, in Francia, in Spagna e in Inghilterra), garantirebbe l'abbattimento delle differenze di costo tra le diverse fattispecie contrattuali in modo da scoraggiare l'utilizzo improprio delle forme più flessibili⁸⁸².

Nello stesso filone, si inserisce anche la proposta di Pietro Ichino, precedente a quella illustrata, recepita nel d.d.l. n. 1481 del 25 marzo 2009⁸⁸³, volta alla promozione del lavoro stabile in strutture produttive flessibili, non attraverso un contratto unico bensì attraverso uno "*standard unico di stabilità*", a prescindere dalla tipologia contrattuale prescelta⁸⁸⁴.

⁸⁸² Si prevede, inoltre, un contributo previdenziale uniforme per tutte le prestazioni di lavoro, incluse quelle a progetto: l'aliquota previdenziale unica dovrebbe essere fissata al 33%. La proposta di legge si concentra anche sulla conversione del rapporto di lavoro parasubordinato in contratto unico di ingresso. V. T. BOERI, P. GARIBALDI, *Le riforme a costo zero. Dieci proposte per tornare a crescere*, cit., p. 151.

⁸⁸³ Disponibile all'indirizzo web <http://www.pietroichino.it/?p=2511>.

⁸⁸⁴ Ad essa è seguita la proposta dal titolo "*Progetto semplificazione e Flexsecurity*", disegno di legge 11 novembre 2009, n. 1873 che ne ricalca in gran parte i contenuti. P. Ichino specifica che la scelta di chiamare il progetto "*Flexsecurity*" al posto del più ufficiale "*Flexicurity*", di matrice europea, nasce da "*una sorta di pudore mediterraneo[...] perché quel nome poteva*

Perno della proposta è la previsione di un contratto unico di transizione che consente ad un'impresa o un gruppo di imprese ed una o più organizzazioni sindacali di costituire un'agenzia, in forma di ente bilaterale a gestione paritetica oppure di consorzio fra le imprese stesse, al fine di garantire al lavoratore nuovo assunto, nel caso di perdita del posto di lavoro, un sostegno al reddito ed assistenza intensiva nel mercato del lavoro.

L'agenzia erogatrice del trattamento economico verrebbe finanziata dalle imprese firmatarie del contratto istitutivo che potranno avvalersi dei contributi del Fondo Sociale Europeo per le attività di informazione, orientamento, riqualificazione professionale ed assistenza intensiva nella ricerca della nuova occupazione.

Dopo almeno un anno di servizio, viene sottoscritto un "*contratto di ricollocazione al lavoro*" che prescrive una serie di obblighi per i soggetti coinvolti.

L'agenzia, oltre a corrispondere al lavoratore il trattamento di disoccupazione (pari al 90% dell'ultima retribuzione per il primo anno, all'80% per il secondo, al 70% per il terzo e al 60% per il quarto, per una durata massima, appunto, di

essere inteso come un peccato di presunzione, come una sorta di sottovalutazione dell'abisso di civiltà e cultura che ci separa dai paesi scandinavi". In materia di licenziamento, i proponenti prevedono una nuova disciplina che limita i controlli giudiziari ai soli licenziamenti disciplinari e a quelli discriminatori, da applicarsi ai soli contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge.

Per i licenziamenti per motivi economici od organizzativi viene prospettata una sostituzione integrale del controllo giudiziale con la responsabilizzazione dell'impresa per la ricollocazione del lavoratore. Dopo il periodo di prova della durata di sei mesi, il lavoratore licenziato per motivi economico-organizzativi ha sempre diritto ad un'indennità di licenziamento pari ad una mensilità per anno di anzianità di servizio; tale indennità è prevista anche al lavoratore impiegato con un contratto a termine, se esso non si converte in tempo indeterminato.

Dopo due anni di anzianità di servizio, tra l'impresa e il lavoratore licenziato si instaura un contratto di ricollocazione che prevede: un trattamento complementare di disoccupazione tale da garantire al lavoratore per il primo anno il 90% dell'ultima retribuzione, con il tetto di 3000 euro al mese; in caso di necessità l'80% il secondo anno e il 70% il terzo. La durata del trattamento è pari all'anzianità di servizio maturata dopo i primi due anni, con un massimo di tre anni.

Viene prevista l'attivazione di servizi di *outplacement* e di riqualificazione professionale mirata i cui costi può essere rimborsato dalla Regione, anche con il contributo del Fondo Sociale Europeo.

Nel primo anno dopo il licenziamento, il trattamento complementare costa assai poco all'impresa che ha, così, la possibilità di attivare servizi di *outplacement* migliori: difatti, il lavoratore viene affidato ad un'agenzia scelta dall'impresa che lo assiste nell'attività di ricerca e riqualificazione e ne controlla l'effettiva attivazione e disponibilità.

Il contratto di ricollocazione, dunque, costringe il lavoratore ad attivarsi, realizzando la condizionalità del trattamento di disoccupazione.

Cfr. P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, p. 116-118.

quattro anni), dovrà impegnarsi in un'assistenza intensiva per la ricerca della nuova occupazione, oltre a fornire servizi "autogestiti" di formazione e riqualificazione professionale: è evidente che più efficiente risulterà il servizio, più basso sarà il costo per le imprese. Per quanto riguarda il lavoratore, gli viene richiesto di porsi a disposizione dell'agenzia per le iniziative di riqualificazione e avviamento al lavoro a lui dedicate, secondo l'orario settimanale corrispondente all'orario di lavoro praticato in precedenza; un *tutor* messo a disposizione dall'agenzia avrà il compito di esercitare il potere di controllo e direttivo sull'attività svolta dal lavoratore nella ricerca di nuova occupazione.

Si intende evitare così che il lavoratore disoccupato approfitti del trattamento di disoccupazione erogatogli per rallentare, se non addirittura interrompere, l'attività di riqualificazione e ricerca della nuova occupazione.

Per quanto riguarda la disciplina del licenziamento - fissata a sei mesi la durata massima del periodo di prova per tutti i rapporti - superato tale periodo, l'applicazione della vecchia "tutela reale" viene limitata al licenziamento disciplinare e a quello nel quale il giudice ravvisi un motivo determinante discriminatorio o "*di mero capriccio*".

Il vecchio apparato sanzionatorio dettato dall'articolo 18 St. Lav. viene tuttavia temperato mediante la previsione della possibilità che il giudice, tenuto conto delle circostanze, disponga la sola reintegrazione nel posto di lavoro con azzeramento o riduzione del risarcimento del danno, oppure il solo risarcimento del danno; la reintegrazione è comunque esclusa nelle organizzazioni di tendenza e nelle aziende di piccole dimensioni (già escluse dall'applicazione della tutela reale)⁸⁸⁵.

L'impresa dovrà dunque indennizzare il lavoratore di un danno in cui confluiscono due componenti: il danno normalmente conseguente all'interruzione del rapporto, consistente nella dispersione di professionalità specifica e nella perdita di rapporti personali con colleghi e interlocutori esterni all'azienda, e il danno eventuale, correlato al periodo di disoccupazione conseguente alla perdita del posto. In considerazione degli *standard europei*, la

⁸⁸⁵ Il progetto di legge *de quo* richiama il disegno di legge proposto alcuni anni prima dai deputati Treu, Fantozzi, Salvati, Lombardi e numerosi altri, 3 marzo 2000 n. 6835: il riferimento è, in particolare, all'articolo 2 di quel progetto.

prima componente del danno può essere coperta da un'indennità dovuta in ogni caso di licenziamento per motivi economico-organizzativi, in ragione di una mensilità di retribuzione per anno di anzianità di servizio in azienda; la seconda componente del danno può e deve, invece, essere coperta dall'assicurazione contro la disoccupazione fornita dall'ente bilaterale o consortile finanziato dall'impresa stessa secondo il meccanismo di cui si è detto.

La protezione degli interessi immateriali della persona normalmente coinvolti nel rapporto di lavoro è completata dalla facoltà, che viene attribuita a chi abbia subito il licenziamento, di convertire almeno in parte - fino al massimo di dodici mesi - la suddetta indennità di licenziamento in periodo di preavviso lavorato. Indennità di licenziamento e periodo di preavviso si dimezzano nelle imprese di piccole dimensioni attualmente non soggette al regime della tutela reale contro i licenziamenti.

Per quanto riguarda l'eventuale contrasto con l'art. 10 della Convenzione OIL n. 158/1982 (che l'Italia, si badi bene, non ha ratificato) e l'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali che impongono entrambi un controllo giudiziale sui motivi di licenziamento, il giuslavorista Ichino ha più volte sottolineato che le due norme citate impongono esclusivamente la protezione del lavoratore nei confronti di un licenziamento arbitrario o discriminatorio, lasciando liberi gli ordinamenti nazionali di scegliere la tecnica normativa più opportuna per assicurare tale protezione ed il connesso apparato sanzionatorio.

Nel caso della proposta in esame, l'esenzione del controllo giudiziale per il licenziamento dettato da motivi economici od organizzativi non significa affatto licenziamento libero, dal momento che le scelte dell'imprenditore sono sottoposte ad *“un filtro automatico”*, costituito dal costo del licenziamento (c.d. *firing cost*), *“assai più efficace e meno gravoso per entrambe le parti interessate, di quanto possa essere il filtro giudiziale”*⁸⁸⁶.

Inoltre, l'esclusione del sindacato del giudice in ordine alla sussistenza delle esigenze economiche, tecniche, organizzative o, comunque, inerenti alla produzione è ritenuta legittima sulla base del principio dell'insindacabilità delle scelte aziendali economico-organizzative, principio già ampiamente affermato dalla giurisprudenza di legittimità e profondamente disatteso dai

⁸⁸⁶ P. ICHINO, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, p. 124.

giudici del lavoro⁸⁸⁷. La proposta di Pietro Ichino si ispira, come annunciato nella relazione allegata al disegno di legge, nel panorama europeo, al progetto elaborato dagli economisti Olivier Blanchard e Jean Tirole per incarico del Governo francese (*Contours of Employment Protection Reform*, relazione elaborata per il *Conseil Français d'Analyse Economique*, 2003⁸⁸⁸), e, in quello italiano, al disegno di legge 4 febbraio 1997 n. 2075, presentato dal senatore Franco Debenedetti, nonché a quello proposto dagli economisti Tito Boeri e Pietro Garibaldi di cui si è già detto.

Per quanto riguarda la proposta francese, perno della riflessione degli economisti è l'introduzione di una "tassa" sui licenziamenti, volta a contribuire al finanziamento dei sussidi di disoccupazione e che rappresenta il rimedio all'incertezza delle decisioni giudiziarie in ordine alla rottura del rapporto. Difatti, il problema che si intende risolvere è legato all'imprevedibilità, *ex ante*, del corso prodotto dal diritto del lavoro, che impedisce all'imprenditore di effettuare una scelta sulla base di un rapporto costi-benefici effettuato dall'inizio; da qui la proposta di limitare il controllo giudiziale ai soli licenziamenti discriminatori o disciplinari riservando al giudice un controllo sull'aspetto "morale" del licenziamento. Per quanto riguarda il lavoratore, viene prevista una "tassa" quale contropartita al licenziamento di cui l'imprenditore si sarebbe fatto carico.

La tassa viene considerata dagli economisti efficace sia economicamente, in quanto consente di prevedere *ex ante* il costo del lavoro; sia socialmente in quanto costituirebbe un' "internalizzazione" del costo sociale prodotto dalla scelta, sia nei confronti del prestatore di lavoro che della collettività.

Per quanto riguarda la proposta di Boeri e Garibaldi, pur condividendone l'ispirazione di fondo, il progetto di P. Ichino si differenzia dalla proposta del "contratto unico di ingresso" per quattro aspetti: a) il progetto di Boeri e Garibaldi prevede soltanto una flessibilizzazione del rapporto di lavoro subordinato tradizionale nel suo triennio iniziale, ma non incide sulla disciplina

⁸⁸⁷ Sul punto, tra gli altri, P. ICHINO, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I.

⁸⁸⁸ O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, p. 161-211, ma anche P. CHAUC, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, COE-CCIP, *Doc. de travail* n. 63, 2003; M. CAMDEUSS, *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, in *La documentation française*, 2004; P. CHAUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, in *La documentation française*, 2005.

delle vecchie forme di lavoro precario, in particolare del contratto a termine e delle collaborazioni autonome continuative; b) la flessibilizzazione prevista dai due economisti riguarda soltanto i primi tre anni del rapporto di lavoro, mentre nel progetto di Ichino essa interessa un periodo molto più esteso; c) il progetto di Boeri e Garibaldi non collega immediatamente la riforma della disciplina del licenziamento all'attivazione di nuovi ammortizzatori sociali e servizi di riqualificazione; d) la tecnica proposta da Boeri e Garibaldi si basa anch'essa sul metodo del *layering*⁸⁸⁹, ma per il resto ricalca ancora quella dell'intervento legislativo tradizionale, che modifica immediatamente e autoritativamente la disciplina di tutti i rapporti di lavoro; e) il progetto di Ichino condiziona il mutamento della disciplina inderogabile a un'opzione compiuta in sede di autonomia collettiva e a un impegno operativo e finanziario delle imprese coinvolte, nell'ambito degli ammortizzatori e dei servizi.

Le proposte sopra illustrate⁸⁹⁰ sono state accolte non senza critiche da parte di alcuni giuslavoristi che hanno sollevato dubbi circa l'ostentata possibilità di

⁸⁸⁹ Con il metodo del *layering*, la riforma non viene introdotta con un improvviso e repentino cambio, con effetti anche sui contratti in essere, ma sarebbe lasciata alla decisione della contrattazione collettiva con effetto per i nuovi rapporti di lavoro. In tal modo i lavoratori cosiddetti "*insiders*" non avrebbero nulla da perdere e, dunque, non costituirebbero ostacolo alla riforma, e i nuovi lavoratori ("*outsiders*", non protetti da misure di *welfare*) otterrebbero le garanzie della nuova disciplina in un contesto di maggior flessibilità.

⁸⁹⁰ Tra le varianti al contratto unico, in Italia si sono avanzate altre proposte. Tra le altre, cfr. Proposta di legge n. 2360/2009 (Madaia, Miglioli, Gatti ed altri) – *Disposizioni per l'istituzione di un contratto unico di inserimento formativo per il superamento del dualismo del mercato del lavoro*. Si tratta di un contratto a causa mista di natura subordinata con durata minima di sei mesi e massima di tre anni (definita dai contratti collettivi in relazione alle professionalità da conseguire e alle caratteristiche della formazione), a cui possono fare ricorso sia i datori di lavoro pubblici che privati, purchè una sola volta con lo stesso lavoratore. Il contratto unico di inserimento formativo avrebbe sostituito l'apprendistato professionalizzante, il lavoro intermittente, i contratti di collaborazione per le basse qualifiche, il lavoro ripartito, i contratti di inserimento, il contratto di formazione lavoro e i contratti a tempo determinato (salvo i casi specificatamente previsti). Tale contratto mira a realizzare un percorso incentivato di accesso o reinserimento al lavoro suddiviso in un primo periodo di "abilitazione" a tempo determinato, a cui sarebbe seguito un periodo di "consolidamento professionale" a tempo indeterminato. Si segnala anche la proposta dell'economista M. Leonardi e del giuslavorista M. Pallini che hanno immaginato un "*contratto unico contro la precarietà*", nel sito web NelMerito.com, 19 febbraio 2008. Fulcro della proposta è la previsione di un periodo di prova senza indennità di licenziamento, dopo il quale si applicherebbe, in caso di licenziamento per motivi economici o organizzativi, un indennizzo crescente con l'anzianità di servizio. Il lavoratore, in ogni caso, sarebbe chiamato a scegliere tra accettare l'indennità o impugnare il licenziamento per ottenere il reintegro o il risarcimento del danno. In caso di accettazione dell'indennità, il rapporto di lavoro si considera risolto. Ma altro aspetto importante di questa proposta è la possibilità di ricomprendere in questa nuova fattispecie contrattuale sia i contratti di lavoro di tipo subordinato che quelli formalmente autonomi ma prestati in modo esclusivo o prevalente *in o per* un'organizzazione imprenditoriale. Cfr. Disegno di legge n. 4277 del 7 aprile 2011, primo firmatario Della Vedova; disegno di legge n. 1006 del 7 agosto 2013, primo firmatario Ichino.

una *reductio ad unum* delle tipologie contrattuali che portava con sé l'illusione di azzerare le differenze in un'irrealizzabile unicità.

Difatti, tale tentativo non terrebbe conto della pluralità congenita del mercato del lavoro, delle differenze tra le grandi e le piccole imprese nonché tra diversi settori produttivi e le eterogenee realtà territoriali⁸⁹¹.

Altri hanno sottolineato che tale tipologia di contratto, che non diventerebbe unica ma ulteriore affiancandosi a quelle già esistenti, non comporterebbe un miglioramento delle condizioni di lavoro, bensì un deterioramento delle tutele, dal momento che si tratterebbe di un contratto a tempo indeterminato più precario, considerata l'estesa libertà di licenziamento nei primi tre anni di durata del rapporto⁸⁹². La somma che l'imprenditore si troverebbe a corrispondere al lavoratore, nel caso di licenziamento a seguito di un contratto unico, è commisurata alla durata pregressa del rapporto e non alla durata prevedibile della disoccupazione. Pertanto, non può configurarsi come risarcimento del danno né essere considerata quale riduzione a regime del premio assicurativo sotto forma di maggiore retribuzione, dal momento che

In ambito europeo, si ricorda in Francia la proposta dell'introduzione di un contratto di "*nouvelle embauche*", ovvero di un contratto a tempo indeterminato, applicato alle imprese con più di 20 dipendenti, con un periodo di prova di due anni durante i quali il datore di lavoro era libero di recedere dal rapporto, salvo un breve preavviso e la corresponsione di un'indennità pari all'8% del totale della retribuzione nel caso in cui il licenziamento fosse imputabile a cause dipendenti dal datore di lavoro. La Corte di Appello di Parigi (sent. 6 luglio 2007, S-06-06992) e la Corte di Cassazione francese (sent. 1 luglio 2008, n. 1210) hanno giudicato tale proposta non conforme alla citata convenzione n. 158 dell'OIL.

In Spagna, si ricorda il progetto per il contratto unico a stabilità crescente elaborato da un gruppo di cento economisti sostenuto dalla *Fundación de Estudios de Economía Aplicada*-FEDEA, dal titolo "*Propuesta para la Reactivación laboral en España*". Tratti salienti della proposta sono l'eliminazione del dualismo nel mercato del lavoro, maggiori tutele per i disoccupati, modernizzazione del modello di contrattazione collettiva, miglioramento del livello di efficienze delle politiche per il mercato del lavoro.

⁸⁹¹ C'è chi ha parlato di "*un inganno e una colpevole mistificazione*" come L. MARIUCCI, *L'inganno del contratto unico*, pubblicato su *Europa* del 26 maggio 2010, disponibile all'indirizzo web www.lavoce.info del 21 giugno 2010.

⁸⁹² Tra gli altri, cfr. M. ROCCELLA, in T. Boeri, M. Roccella, *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *MicroMega*, 2009, I, p. 111 ss. Cfr. M. ROCCELLA, *Lavoratori senza diritti*, 6 novembre 2010, disponibile all'indirizzo web <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lavoratori-senza-diritti/>; D. GOTTARDI, *Brevi osservazioni alla proposta di Ichino*, disponibile all'indirizzo web <http://www.pietroichino.it>, 19 ottobre 2009.

tale somma viene corrisposta solo in caso di licenziamento e non durante il rapporto⁸⁹³.

Il dibattito più acceso ha riguardato l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori.

Come si è visto, tutte le proposte relative all'introduzione di un contratto unico hanno in comune la previsione di un ragionevole periodo di prova, al termine del quale il rapporto contrattuale viene confermato e durante il quale entrambe le parti possono recedere dal contratto, senza dover per questo motivare il licenziamento per ragioni economiche e ricorrere al giudice.

Viene ipotizzata, pertanto, la sostituzione della motivazione del licenziamento con un meccanismo di *bonus/malus* volto a disincentivare sotto il profilo economico il recesso dal rapporto di lavoro.

Le critiche alla revisione della disciplina del licenziamento si basano essenzialmente su due considerazioni: la prima attiene alla riduzione delle tutele per i lavoratori assunti con un contratto a tempo indeterminato che finiranno per godere di minor protezione; la seconda rintraccia scarse probabilità di successo considerando che *“la maggior parte delle imprese (piccole) non saranno coinvolte”*⁸⁹⁴.

Di contro, la scelta di aumentare la flessibilità esterna deriverebbe dalla convinzione che l'eccessiva rigidità del mercato del lavoro, come quella riscontrata in Italia, scoraggerebbe gli investitori stranieri con ricadute negative in termini di produttività⁸⁹⁵.

L'art. 18 St. Lav. e il rigido controllo giudiziale che prescrive sarebbero la causa della *vischiosità* del nostro mercato del lavoro che incide negativamente sui tassi di occupazione, la precarietà dei nuovi contratti (soltanto una minima parte degli assunti sono stabili) e i lunghi tempi necessari per trovare una nuova occupazione⁸⁹⁶.

⁸⁹³ S. BRIGUGLIO, *Il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e una possibile riforma del contratto a termine*, in Riv. it. dir. lav., 2008, I, p. 339 ss.

⁸⁹⁴ D. GOTTARDI, *Brevi osservazioni alla proposta di Ichino*, cit.

⁸⁹⁵ Cfr. *The Global Competitiveness Report 2014-2015*, realizzato dal World Economic Forum di Ginevra, consultabile all'indirizzo web <http://www3.weforum.org/>, p.25. Per l'Italia, che si ritrova al 49° posto, si parla di *“a very rigid labor market that hinders employment creation”*.

⁸⁹⁶ Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al convegno Nazionale Centro Studi “Domenico Napoletano”, tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, *“Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro”*.

Alla rigidità del contratto di lavoro a tempo indeterminato, si somma la mancanza di investimenti in innovazione e ricerca, la ridotta dimensione delle imprese, la bassa dotazione di capitale per addetto, un'amministrazione pubblica che crea incertezze e ritardi, l'alto livello della tassazione e del costo del lavoro che comporta l'elevato costo del lavoro, l'ingente debito pubblico, la carenza di infrastrutture, nonché la difficoltà nell'accesso al credito, l'inadeguatezza della formazione della forza lavoro, l'instabilità politica e la corruzione, l'inflazione e l'elevato tasso di criminalità, etc.

Al di là della praticabilità o meno delle proposte descritte⁸⁹⁷, risulta evidente che la realizzazione della flessibilità economicamente e socialmente sostenibile, basata su tutele economiche, contributive e formative, necessita del confronto costruttivo tra istituzioni politiche e sindacati, che, troppo spesso irrigiditi su posizioni ideologiche, pongono al centro della propria mobilitazione l'antinomia tra lavoro stabile e lavoro flessibile e non operano una più corretta riflessione della qualità del lavoro nel suo complesso⁸⁹⁸.

Il precarismo, inteso come allontanamento all'infinito della sistemazione delle giovani generazioni, del posto stabile e sicuro al fine di realizzare un più completo progetto di vita, diventa così l'aggregatore di una possibile conflittualità sociale e politica che va ben oltre i confini della lotta di classe, coinvolgendo in modo trasversale ceti sociali, generazioni e generi, ma che perde di vista la necessità, in un'economia in forte cambiamento, di introdurre quote più o meno significative di rapporti di lavoro flessibile.

Una più corretta analisi dovrebbe condurre, invece, ad un sistema di flessibilità del lavoro che si basi sull'integrazione dei rapporti temporanei purché trasparenti e con tutele attive che assicurino sostegno nelle fasi di non impiego attraverso il sostegno al reddito e l'acquisizione/rafforzamento delle competenze. Ma perché tali soluzioni siano efficaci è necessaria una forte responsabilizzazione individuale, non solo delle imprese, ma anche dei lavoratori che dovranno mettersi in gioco e costruirsi, attraverso la formazione e l'esperienza, le competenze necessarie.

⁸⁹⁷ Il contratto a tutele crescenti sarà ripreso dal *Jobs Act* del Governo Renzi. V. *infra*.

⁸⁹⁸ Cfr. E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, cit., p. 17-19

Ed è così che oggi più che mai il diritto al lavoro deve essere inteso come diritto ad accedere alle opportunità per conseguire i livelli di saperi e il *know how* che siano in grado di assicurare in concreto l'ingresso nel mercato del lavoro e la possibilità di rimanervi anche facendo i conti con fasi di discontinuità. Quest'ultima non necessariamente conduce alla precarietà laddove può rappresentare un vantaggio per le imprese in termini di opportunità di crescita professionale e di miglioramento del potenziale di impiego individuale.

Una buona politica del lavoro deve, quindi, assicurare stabilità nelle tutele, un efficiente sistema di orientamento, nonché processi individualizzati di costruzione dell'occupabilità dei lavoratori e della loro crescita professionale, accompagnata da una rigorosa responsabilizzazione dei singoli individui, compresi i sindacati che sono chiamati all'importante compito di sostenere gli individui nello sviluppo della loro vita di lavoro e a farsi guida del cambiamento.

La stabilità lavorativa, dunque, non viene imposta ma costruita e ricostruita nel tempo e può ben convivere con l'instabilità⁸⁹⁹.

E perché la flessibilità rappresenti un vantaggio sia per l'imprenditore che per il lavoratore nel lungo periodo, si intravede un'unica soluzione, ovvero investire nella formazione

Difatti, la flessibilità socialmente ed economicamente sostenibile si trasforma in precarietà se non è sostenuta da percorsi di qualificazione e riqualificazione che rendano il lavoratore sempre più appetibile ed adattabile all'interno di un mercato del lavoro in continua evoluzione, garantendogli una continuità "*con*" il lavoro, a fronte di un'impossibilità (provvisoria) di vedersi riconosciuta continuità "*nel*" rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda le imprese, come si è evidenziato, da una valutazione costi-benefici, si è molto spesso preferito sacrificare la qualità del lavoro investendo poco sul capitale umano presente in azienda. Al fine di supportare le imprese nella spesa per la formazione del personale assunto a tempo determinato, si potrebbe ipotizzare l'affidamento della gestione e del finanziamento dei percorsi formativi alle Regioni.

⁸⁹⁹ Cfr. E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, cit., p. 59 ss.

Non sono mancate, infatti, proposte di prevedere una politica regionale del lavoro orientata al potenziamento dei servizi per l'incontro fra domanda e offerta di lavoro⁹⁰⁰; ovvero un nuovo *welfare* in senso locale⁹⁰¹.

E' stato sottolineato come il livello regionale sia più idoneo a coordinare iniziative per categorie svantaggiate e a assicurare formazione professionale, assistenza intensiva ai lavoratori in difficoltà e l'adeguato sostegno alla riconversione delle imprese⁹⁰².

La Regione potrebbe ricorrere ai contributi del Fondo Sociale Europeo, di cui si è già detto, ma anche del Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR) che ha tra le finalità quella di contribuire al *“finanziamento di interventi destinati a rafforzare la coesione economica e sociale eliminando le principali disparità regionali attraverso il sostegno allo sviluppo e all'adeguamento strutturale delle economie regionali, inclusa la riconversione delle Regioni industriali in declino e delle Regioni in ritardo di sviluppo, e sostenendo la cooperazione transfrontaliera, transnazionale e interregionale. In tal modo, il FESR dà attuazione alle priorità comunitarie e in particolare all'esigenza di rafforzare la competitività e l'innovazione, creare e mantenere posti di lavoro stabili e assicurare lo sviluppo sostenibile”* (art. 2, Reg. CE n. 1080/2006 del 5 luglio 2006), nonché di garantire *“aiuti diretti agli investimenti principalmente nelle piccole e medie imprese”* (art. 3, comma 2, lett a) Reg. CE n. 1080/2006) e *“investimenti nell'istruzione, compresa la formazione professionale, che contribuiscono ad aumentare le attrattive e la qualità della vita”* (art. 4, n. 10, Reg. CE n. 1080/2006) .

⁹⁰⁰ Cfr. T. BOERI, P. ICHINO, *Come si può sperimentare la flexicurity sul piano regionale a legislazione nazionale invariata*, disponibile all'indirizzo web www.pietroichino.it, 2010.

⁹⁰¹ Cfr. D. GAROFALO, *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi “neocostituzionalista”*, 6 agosto 2008, n.68/2008, disponibile all'indirizzo web <http://adapt.it/>.

⁹⁰² Il d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, la c.d. Riforma Bassanini, trasferisce alle Regioni le funzioni in materia di politica attiva del lavoro (art. 2, comma 2). Con la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione, operata con la legge costituzionale n. 3/2001, l'art. 117, comma 2, Cost. ha inserito tra le materie di competenza esclusiva dello Stato la *“previdenza sociale”* (lett. o), nonché la *“determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”* (lett. m); inoltre, il comma 3 annovera tra le materie di competenza concorrente la *“tutela e sicurezza del lavoro”* e la *“previdenza complementare integrativa”*. Infine, nella competenza residuale delle Regioni rientra, ai sensi del comma 4, l'assistenza sociale.

Per approfondimento, tra gli altri, cfr. D. GAROFALO, *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*. Cacucci editore, Bari 2006, in particolare, p. 665 ss.

Nonostante la presenza di tali strumenti, molto spesso il decentramento delle politiche del lavoro è apparso problematico perché contraddistinto da uno scarso coordinamento tra lo sviluppo del mercato del lavoro locale e le politiche pubbliche.

Un altro importante aspetto che sarebbe opportuno riformare attiene alle prestazioni di disoccupazione che attualmente sono caratterizzate da un problema di accesso all'attuale sistema di indennità.

Sarebbe auspicabile, pertanto, una riforma di stampo universalistico che sia in grado di assicurare a tutti i lavoratori disoccupati la possibilità di accedere ad un unico tipo di indennità di disoccupazione, senza alcun requisito specifico, ovvero di aver terminato un contratto precedente, purché immediatamente disponibili a lavorare: ciò varrebbe per tutti lavoratori, dipendenti, parasubordinati, autonomi.

I lavoratori sarebbero tenuti alla contribuzione obbligatoria all'assicurazione contro la disoccupazione⁹⁰³. L'assenza di requisiti di carattere assicurativo e contributivo dovrebbe essere compensato dall'inflessibile condizionamento dell'erogazione dei sussidi all'effettiva disponibilità al lavoro del beneficiario; ma tale compito di verifica dell'immediata disponibilità al lavoro dei disoccupati dovrebbe essere affidato ad un'efficiente pubblica amministrazione.

Un'altra ipotesi di riforma degli ammortizzatori sociali ricalca le esperienze di molti Paesi europei, quali la Francia, la Spagna, il Portogallo, l'Austria e la Germania, e introduce un sistema di tutela del reddito contro la disoccupazione basato su tre livelli.

Il primo livello è di tipo *assicurativo* ed è accessibile soltanto a quei lavoratori che abbiano versato contributi all'assicurazione contro la disoccupazione in un periodo precedente alla perdita del lavoro; un secondo livello è di tipo *assistenziale*, finanziato dalla fiscalità generale ed è rivolto a tutti lavoratori disoccupati che non rientrano nella precedente categoria o che hanno esaurito il

⁹⁰³ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 294 ss.

termine massimo di fruizione della prestazione del primo livello senza trovare una nuova occupazione, previa verifica dell'inadeguatezza dei redditi pregressi e del patrimonio del potenziale beneficiario; l'ultimo livello è anch'esso di tipo *assistenziale* ed è rivolto a tutti i cittadini con la funzione di combattere la povertà attraverso l'erogazione di un reddito minimo garantito di importo dignitoso per un periodo fissato ed è anch'esso finanziato dalla fiscalità generale.

Tali proposte, che hanno la caratteristica comune di riconoscere a tutti i cittadini diritti certi, automaticamente esigibili dai lavoratori in presenza di minime condizioni di accesso, sono state sempre ignorate dall'Italia che ha preferito scegliere l'intermediazione da parte delle organizzazioni dei lavoratori e degli imprenditori (il riferimento è alla concessione della Cassa integrazione guadagni e all'indennità di mobilità la cui fruizione non è automatica ma soggetta all'approvazione discrezionale dell'autorità pubblica - governo e Regioni - previa negoziazione con le parti sociali)⁹⁰⁴.

Ma si deve anche dire che, per quanto riguarda l'estensione del sussidio di disoccupazione anche alle persone in cerca della prima occupazione, viene reputato ragionevole non concederla considerando il basso numero di laureati e l'elevato tasso di abbandono scolastico in Italia: il riconoscimento di un

⁹⁰⁴ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., p. 299 ss. e pp. 309 e 310. Per dovere di completezza, conviene ricordare che l'attuale sistema di ammortizzatori sociali si regge intorno alla c.d. Aspi (assicurazione sociale per l'impiego) che è stata introdotta dalla l. n. 92/2012 e che sostituisce l'indennità di disoccupazione non agricola, l'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, l'indennità di disoccupazione speciale edile. Essa è pensata quale forma di sostegno al reddito per i lavoratori dipendenti del settore privato e dei dipendenti pubblici assunti a termine e si applica anche agli apprendisti e ai soci lavoratori di cooperative con rapporto di lavoro subordinato, nonché al personale artistico sempre con rapporto di lavoro subordinato. Restano esclusi i dipendenti della pubblica amministrazione assunti con un contratto a tempo indeterminato, oltre ai lavoratori autonomi e a progetto. Per accedervi bisogna che sia trascorso almeno un biennio dal versamento del primo contributo contro la disoccupazione, ovvero un anno di contribuzione (52 settimane) nei due anni precedenti l'inizio della disoccupazione. Ad essa si affianca la c.d. Mini Aspi che viene riconosciuta ai lavoratori che non possono vantare 52 settimane nel biennio ma ne abbiano almeno 13 nei dodici mesi antecedenti alla perdita del posto di lavoro.

L'Aspi e la Mini Aspi sono finanziate attraverso i contributi sociali versati dai datori di lavoro con riferimento a tutti i dipendenti beneficiari di questa prestazione assistenziale (attraverso un'aliquota aggiuntiva pari all'1,4%).

Tale sistema delineato ha subito modifiche in seguito all'approvazione da parte del Governo Renzi del *Jobs Act* che ha introdotto la c.d. Naspi, in vigore dal 1° maggio 2015. V. *infra*.

sussidio di disoccupazione potrebbe ulteriormente incentivare gli studenti ad abbandonare la scuola dichiarandosi immediatamente disponibili al lavoro⁹⁰⁵.

4.4 Il contratto a termine a-causale e il contratto di inserimento a tutele crescenti: come cambia il lavoro flessibile con il Jobs Act (l. n. 183/2014)

Molte delle proposte descritte nel paragrafo precedente sono state riprese dalla riforma del mercato del lavoro messa a punto dal Governo Renzi, nell'ottica di coniugare l'esigenza di flessibilità delle imprese con il bisogno di sicurezza e maggiori tutele per i lavoratori.

Il d.l. n. 34/2014 – *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese* – convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78, è infatti, intervenuto sulla disciplina del lavoro a tempo determinato; e la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 - “*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*” - contiene la riforma del sistema degli ammortizzatori sociali, nonché l'introduzione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Le linee guida fondamentali della legge delega, lette per alcuni aspetti anche in connessione con la legge n. 78 del 2014, possono essere così sintetizzate: a) incrementare l'occupazione con la liberalizzazione del contratto a tempo determinato e con l'introduzione di quello a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio; b) modificare, ridurre e semplificare le tipologie contrattuali esistenti con la redazione di un testo organico in materia; c) promuovere il contratto di lavoro stabile come forma privilegiata di lavoro rendendolo più conveniente rispetto ad altre tipologie contrattuali; d) riformare alcune discipline specifiche del rapporto di lavoro (mansioni, controllo a distanza, lavoro accessorio, compenso orario minimo);

⁹⁰⁵ F.BERTON, M. RICHIARDI, S. SACCHI, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, cit., in particolare v. p. 296, nota n. 31.

e) razionalizzare e semplificare l'attività ispettiva con l'istituzione di una Agenzia unica per le ispezioni del lavoro; f) riordinare la materia degli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro (cassa integrazione ordinaria e straordinaria, contratto di solidarietà) e degli strumenti di sostegno della disoccupazione involontaria (ASpI), con obiettivi di omogeneizzazione ed universalizzazione delle tutele; g) riformare la normativa in materia di servizi e di politiche attive per il lavoro (incentivi all'occupazione, per l'autoimpiego e l'autoimprenditorialità; istituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione; condizionalità nell'accesso ai benefici a sostegno del reddito; contratto di ricollocazione; valorizzazione della bilateralità e delle sinergie tra servizi pubblici e privati per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; inserimento mirato dei disabili ecc.); h) semplificare e razionalizzare le procedure di costituzione e gestione del rapporto di lavoro con l'obiettivo di ridurre drasticamente il numero degli atti; i) garantire adeguato sostegno alle cure parentali, con strumenti volti a tutelare la maternità delle lavoratrici e favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Il tutto, si precisa, senza *“nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica”*.

Per quanto riguarda il contratto a termine così come definito dal d.l. n. 34/2014, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78, la durata massima resta di 36 mesi che possono essere prorogati fino a cinque volte. In caso di riassunzione dovranno essere rispettati 10 giorni, se il precedente contratto aveva una durata fino a sei mesi, e 20 giorni, se aveva una durata superiore.

Tali intervalli di tempo non varranno nel caso di lavoratori impiegati in attività stagionali e nei casi previsti dai contratti collettivi.

Il numero complessivo di contratti non potrà superare il numero di lavoratori a tempo determinato, anche se sono previste diverse deroghe: per le *start-up*, i casi di sostituzione dei lavoratori assenti o i lavoratori con più di 55 anni.

Per quanto riguarda la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *“Jobs Act”*), il Consiglio dei Ministri del 20 febbraio 2015, su proposta del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali, Giuliano Poletti, ha approvato i quattro decreti legislativi di attuazione.

Il primo decreto legislativo contiene disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti che si applica ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato dopo l'entrata in vigore del decreto, per i quali stabilisce una nuova disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi (per i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto restano valide le norme precedenti).

Per i licenziamenti discriminatori e nulli intimati in forma orale resta la reintegrazione nel posto di lavoro così come previsto per tutti i lavoratori.

Per i licenziamenti disciplinari la reintegrazione resta solo per quella in cui sia accertata *“l'insussistenza del fatto materiale contestato”*.

Negli altri casi in cui si accerti che non ricorrano gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, ovvero i cosiddetti “licenziamenti ingiustificati”, viene introdotta una tutela risarcitoria certa, commisurata all'anzianità di servizio e, quindi, sottratta alla discrezionalità del giudice.

La regola applicabile ai nuovi licenziamenti è quella del risarcimento in misura pari a due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mesi.

Per evitare di andare in giudizio, si potrà fare ricorso alla nuova conciliazione facoltativa incentivata: in questo caso il datore di lavoro può offrire una somma esente da imposizione fiscale e contributiva pari ad un mese per ogni anno di servizio, non inferiore a due e sino ad un massimo di diciotto mensilità; con l'accettazione il lavoratore rinuncia alla causa.

Per quanto riguarda i licenziamenti collettivi, il decreto stabilisce che, in caso di violazione delle procedure (art. 4, comma 12, legge n. 223/1991) o dei criteri di scelta (art. 5, comma 1), si applica sempre il regime dell'indennizzo monetario che vale per i licenziamenti individuali (da un minimo di 4 ad un massimo di 24 mensilità).

In caso di licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta la sanzione resta quella della reintegrazione, così come previsto per i licenziamenti individuali.

Per le piccole imprese la reintegra permane solo per i casi di licenziamenti nulli e discriminatori e intimati in forma orale. Negli altri casi di licenziamenti

ingiustificati è prevista un'indennità crescente di una mensilità per anno di servizio con un minimo di 2 e un massimo di 6 mensilità.

La nuova disciplina si applica anche ai sindacati ed ai partiti politici.

Il secondo decreto legislativo contiene le disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera *b*), della legge n. 183 del 2014.

In particolare viene introdotta la Naspi, la nuova assicurazione sociale per l'impiego, che si applica per gli eventi di disoccupazione che si verificano a decorrere dal 1° maggio 2015 e si rivolge a tutti i lavoratori dipendenti che abbiano perso l'impiego e che hanno cumulato almeno 13 settimane di contribuzione negli ultimi 4 anni di lavoro ed almeno 18 giornate effettive di lavoro negli ultimi 12 mesi⁹⁰⁶. Ma l'erogazione della Naspi è condizionata alla partecipazione del disoccupato ad iniziative di attivazione lavorativa o di riqualificazione professionale.

Viene introdotto in via sperimentale, solo per il 2015, l'*Asdi*, l'assegno di disoccupazione, che verrà riconosciuto a chi, scaduta la Naspi, non ha trovato impiego e si trovi in condizioni di particolare necessità. La durata dell'assegno, che sarà pari al 75% dell'indennità Naspi, è di 6 mesi e verrà erogato fino ad esaurimento del fondo specificamente costituito (che ammonta a 300 milioni). Per i co.co.co. (iscritti alla Gestione separata INPS) che perdono il lavoro si prevede l'indennità di disoccupazione *Dis-Col* (Disoccupazione per i collaboratori), che presuppone tre mesi di contribuzione nel periodo che va dal primo gennaio dell'anno precedente l'evento di disoccupazione alla data del predetto evento⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ La base retributiva della Naspi sono gli ultimi 4 anni di impiego (anche non continuativo) rapportati alle settimane contributive e moltiplicati per il coefficiente 4.33. La durata della prestazione è pari ad un numero di settimane corrispondente alla metà delle settimane contributive degli ultimi 4 anni di lavoro. L'ammontare dell'indennità non può eccedere i 1.300 euro; dopo i primi 4 mesi di pagamento, la *Naspi* viene ridotta del 3% al mese e la durata prevista è di un numero di settimane pari alla metà di quelle contributive degli ultimi 4 anni di lavoro.

⁹⁰⁷ L'importo è rapportato al reddito e diminuisce del 3% a partire dal quarto mese di erogazione e la durata della prestazione è pari alla metà delle mensilità contributive versate e non può eccedere i 6 mesi.

Anche questa indennità è condizionata alla partecipazione ad iniziative di politiche attive.

Il terzo decreto legislativo attiene al testo organico semplificato delle tipologie contrattuali e alla revisione della disciplina delle mansioni.

Per la prima parte, si prevede che a partire dall'entrata in vigore del decreto non potranno essere attivati nuovi contratti di collaborazione a progetto (quelli già in essere potranno proseguire fino alla loro scadenza) e, a partire dal 1° gennaio 2016, ai rapporti di collaborazione personali con contenuto ripetitivo ed etero-organizzati dal datore di lavoro saranno applicate le norme del lavoro subordinato. Restano salve le collaborazioni regolamentate dagli accordi collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedono discipline specifiche relative al trattamento economico e normativo in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore, nonché pochi altri tipi di collaborazioni.

Vengono superati: i contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro ed il *job sharing*, caratterizzati da scarso utilizzo durante la loro vigenza.

Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato, non sono state apportate modifiche significative rispetto al decreto Poletti (d.l. n. 34/2014, convertito in l. 16 maggio 2014, n. 78,); lo stesso dicasi per il contratto di somministrazione e per la versione a tempo indeterminato (*staff leasing*), per cui si prevede solo un'estensione del campo di applicazione attraverso l'eliminazione delle causali e la fissazione, al contempo, di un limite percentuale all'utilizzo calcolato sul totale dei dipendenti a tempo indeterminato dell'impresa che vi fa ricorso (10%).

Vengono confermati sia il contratto a chiamata, compresa l'attuale modalità tecnologica *sms* e di tracciabilità dell'attivazione del contratto, che il lavoro accessorio (*voucher*), per cui viene elevato il tetto dell'importo per il lavoratore fino a 7.000 euro, restando comunque nei limiti della *no-tax area*, e viene introdotta la tracciabilità con tecnologia *sms* come per il lavoro a chiamata. Per quanto riguarda l'apprendistato, viene semplificata la tipologia di primo

livello (per il diploma e la qualifica professionale) e di terzo livello (alta formazione e ricerca) e ridotti anche i costi per le imprese che vi fanno ricorso, nell'ottica di favorirne l'utilizzo in coerenza con le norme sull'alternanza scuola-lavoro.

Per il *part-time*, vengono definiti i limiti e le modalità con cui, in assenza di previsioni a proposito del contratto collettivo, il datore di lavoro può chiedere al lavoratore lo svolgimento di lavoro supplementare e le parti possono pattuire clausole elastiche (le clausole che consentono lo spostamento della collocazione dell'orario di lavoro) o flessibili (le clausole che consentono la variazione in aumento dell'orario di lavoro nel *part-time* verticale o misto). Viene inoltre prevista la possibilità, per il lavoratore, di richiedere il passaggio al *part-time* in caso di necessità di cura connesse a malattie gravi o, in alternativa, alla fruizione del congedo parentale.

Per quanto riguarda la disciplina delle mansioni, in presenza di processi di ristrutturazione o riorganizzazione aziendale e negli altri casi individuati dai contratti collettivi, l'impresa potrà modificare le mansioni di un lavoratore fino ad un livello, senza modificare il suo trattamento economico (salvo trattamenti accessori legati alla specifica modalità di svolgimento del lavoro). Viene, altresì, prevista la possibilità di accordi individuali "*in sede protetta*" tra datore di lavoro e lavoratore che possono prevedere la modifica anche del livello di inquadramento e della retribuzione al fine della conservazione dell'occupazione, dell'acquisizione di una diversa professionalità o del miglioramento delle condizioni di vita.

Il quarto decreto legislativo contiene disposizioni in materia di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, a norma dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge n. 183 del 2014. Si tratta di un provvedimento che interviene, prevalentemente, sul testo unico a tutela della maternità (l. n. 151 del 26 marzo 2001) e reca misure volte a sostenere le cure parentali, a tutelare la maternità delle lavoratrici intervenendo, in alcuni casi, anche in settori che già erano stati oggetto di intervento da parte della Corte Cost. 9 novembre 2006 n. 363 e non ancora recepiti in norma.

Il decreto interviene, innanzitutto, sul congedo obbligatorio di maternità, al fine di rendere più flessibile la possibilità di fruirne in casi particolari come quelli di parto prematuro o di ricovero del neonato. Entrambe le soluzioni sono dirette a favorire il rapporto madre-figlio senza rinunciare alle tutele della salute della madre. Il decreto prevede un'estensione massima dell'arco temporale di fruibilità del congedo parentale dagli attuali otto anni di vita del bambino a dodici⁹⁰⁸.

In materia di congedi di paternità, viene estesa a tutte le categorie di lavoratori, e quindi non solo per i lavoratori dipendenti come attualmente previsto, la possibilità di usufruire del congedo da parte del padre nei casi in cui la madre sia impossibilitata a fruirne per motivi naturali o contingenti. Vengono, inoltre, introdotte norme volte a tutelare la genitorialità in caso di adozioni e affidamenti, prevedendo estensioni di tutele già previste per i genitori naturali.

Oltre agli interventi di modifica del testo unico a tutela della maternità, il decreto contiene due disposizioni innovative in materia di telelavoro e di donne vittime di violenza di genere.

La norma sul telelavoro prevede benefici per i datori di lavoro privato che vi facciano ricorso per venire incontro alle esigenze di cure parentali dei loro dipendenti.

In particolare, per il riconoscimento dei benefici si esclude dal computo dei limiti numerici previsti dalle leggi e dai contratti i telelavoratori che rientrino nella fattispecie individuata dal decreto.

La seconda norma introduce il congedo per le donne vittime di violenza di genere ed inserite in percorsi di protezione debitamente certificati e, quindi, si prevede la possibilità per queste lavoratrici dipendenti di imprese private di astenersi dal lavoro, per un massimo di tre mesi, per motivi legati a tali percorsi, garantendo l'intera retribuzione, la maturazione delle ferie e degli altri

⁹⁰⁸ Quello parzialmente retribuito (30%) viene portato dai 3 anni di età del bambino a 6 anni; quello non retribuito dai 6 anni di vita del bambino ai 12 anni. Analoga previsione viene introdotta per i casi di adozione o di affidamento, per i quali la possibilità di fruire del congedo parentale inizia a decorrere dall'ingresso del minore in famiglia. In ogni caso, resta invariata la durata complessiva del congedo.

istituti connessi. Viene anche introdotto il diritto di trasformare il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale a richiesta della lavoratrice. Le collaboratrici a progetto hanno diritto alla sospensione del rapporto contrattuale per analoghi motivi sempre per un massimo di tre mesi.

Dal 7 marzo 2015 sono entrati in vigore i primi due decreti attuativi della l. n. 183/2014, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6 marzo 2015: il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22, recante “*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”; e il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, recante “*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*”.

Il *Jobs Act*, conviene precisarlo, non si applica al settore pubblico la cui riforma è contenuta nel disegno di legge - *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*- a firma del Ministro Madia e in vigore dal 25 giugno 2014.

L'obiettivo, come emerso durante il Consiglio dei Ministri del 13 giugno in cui è stato approvato il decreto, è creare nuovi posti di lavoro nella Pubblica amministrazione.

Le amministrazioni potranno disporre il pensionamento dei dipendenti che hanno raggiunto la massima anzianità contributiva, liberando ulteriori posti per nuove assunzioni.

Sono vietati i conferimenti di incarichi dirigenziali o direttivi ai lavoratori in pensione, privati o pubblici e le amministrazioni dello Stato, le agenzie e gli enti pubblici non economici possono procedere, per l'anno 2014, ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 20 per cento di quella relativa al personale di ruolo cessato nell'anno precedente.

La facoltà ad assumere è fissata nella misura del 40 per cento per l'anno 2015, del 60 per cento per l'anno 2016, dell'80 per cento per l'anno 2017, del 100 per cento a decorrere dall'anno 2018.

Ai Corpi di polizia, al Corpo nazionale dei vigili del fuoco e al comparto Scuola continua ad applicarsi la normativa di settore: in questo modo, si semplifica il processo di assunzione, perché rimane solo il vincolo finanziario e viene meno quello relativo al numero di dipendenti.

Viene semplificato il ricorso alla mobilità, in quanto per quella volontaria, tra le amministrazioni centrali dello Stato, non è più previsto l'assenso dell'amministrazione di provenienza e l'unico criterio posto è che l'amministrazione ricevente abbia un numero di posti vacanti superiore rispetto a quella cedente. Per la mobilità obbligatoria, è fissato il limite di distanza di 50 chilometri tra le amministrazioni, entro il quale il dipendente può essere adibito a qualsiasi amministrazione o sede.

Infine, sono semplificati e accelerati i controlli della Corte dei Conti⁹⁰⁹.

4.5 Prime osservazioni sul Jobs Act: luci ed ombre di una riforma

La riforma messa a punto dal Governo Renzi, sia per l'elenco delle materie che per gli obiettivi perseguiti, appare senza dubbio molto ambiziosa dal momento che, nell'ottica di un più ottimale coordinamento tra due fondamentali esigenze - la flessibilità per le imprese e la sicurezza per i lavoratori⁹¹⁰ - e al fine, soprattutto, di risolvere la gravissima crisi occupazionale del nostro Paese, introduce innovazioni molto più ampie ed incisive di quelle approvate con il d.lgs. n. 276 del 2003 e incide su molti aspetti regolati dalla legge Fornero, andando anche oltre i suoi ambiti di intervento

Considerata la sua enorme complessità nonché la recente approvazione che impedisce di valutarne gli effetti positivi in termini occupazionali, è possibile

⁹⁰⁹ Il testo della Riforma Madia della Pubblica Amministrazione è disponibile all'indirizzo web http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/riforma_pa/index.html

⁹¹⁰ Cfr. P. ICHINO, *Sulla censura di eccessiva genericità della delega lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 10 settembre 2014, p. 1, il noto giuslavorista afferma che la riforma ha realizzato “*in modo inequivoco un importante passaggio dal regime della job property, la cui sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro costituisce una chiave di volta, ad un regime ispirato al principio della flexsecurity*”.

in ogni caso sollevare alcune riflessioni in ordine alle linee di tendenza e i possibili sviluppi che scaturiranno dalla normativa introdotta.

Prima di addentrarci nelle questioni attinenti ai contenuti veri e propri della riforma, conviene brevemente soffermarsi sul ricorso allo strumento della legge delega che ha sollevato problemi di costituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost., laddove, è stato evidenziato, non contiene una rigorosa formulazione dei principi e criteri direttivi, nonché degli oggetti da regolare e i settori di intervento⁹¹¹.

Partendo dal contenuto dell'art. 76 Cost., il potere legislativo esercitato dall'Esecutivo si configura quale eccezione, e, in virtù dell'importanza della funzione svolta, la legge delega deve essere approvata da ciascuna Camera, e non in Commissione, prefigurando una vera e propria "riserva di legge d'Assemblea". In questo caso la discussione è avvenuta alla Camera in sede di Commissione Lavoro e al Senato si è ricorso al voto di fiducia.

A parte le considerazioni circa l'accentuato "decisionismo" dimostrato dal Governo Renzi e l'"insofferenza" nei confronti delle Assemblee parlamentari⁹¹², si è osservato che difficilmente una legge delega potrebbe essere dichiarata illegittima per carenza dei principi e criteri direttivi, e, al massimo, la scarsità di indicazioni nella legge delega si tradurrebbe "*in ridotta capacità del decreto delegato di innovare i principi della legislazione vigente*"⁹¹³.

Da una sintetica analisi della legge delega in esame, tuttavia, non si può sostenerne l'incostituzionalità dal momento che contiene sia l'individuazione dei tempi per l'emanazione dei decreti delegati che la specificazione degli oggetti, nonché delle diverse materie da trattare (riordino contratti di lavoro,

⁹¹¹ Cfr. A. GARILLI, *Occupazione e Diritto del Lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 2014, p. 1 ss, nel richiamo di V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 233/2014, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>, p. 10.

⁹¹² V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, parla di "monismo legislativo dell'Esecutivo".

⁹¹³ R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*. Ed. UTET Torino 2006, p. 336. Inoltre, si ricorda che la Corte Costituzionale ha più volte ritenuto legittime le deleghe ampie ammettendo anche il ricorso alle c.d. "deleghe in bianco". Per i riferimenti giurisprudenziali, si rimanda a A. CELOTTO, E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, Milano 2002, p. 703 ss. nel richiamo di V. SPEZIALE, *op. ult. cit.*, p. 12.

strumenti di tutela in costanza di rapporto di lavoro, sostegno al reddito in caso di disoccupazione involontaria, etc.)⁹¹⁴.

Entrando più nel dettaglio degli specifici interventi del *Jobs Act*, i primi dubbi sorgono con riferimento al contratto a termine a-causale della durata massima di trentasei mesi, introdotto dal d.l. n. 34/2014. Pur venendo ribadito che “*il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”, in linea con il preambolo dell’accordo-quadro allegato alla direttiva 99/70/CE⁹¹⁵, si stabilisce che il datore di lavoro può sempre instaurare rapporti a termine senza causale nel limite della durata massima di trentasei mesi, prorogando il contratto a termine in corso di svolgimento fino ad un massimo di cinque volte (la versione originaria ne prevedeva otto)⁹¹⁶.

In base a tali modifiche, la stipula del contratto a termine è consentita senza dover specificare le ragioni obiettive e temporanee finora richieste, pur tuttavia

⁹¹⁴ Per approfondimenti, si rimanda a V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, cit., p. 9 ss.

⁹¹⁵ L’art.1, comma 1, d.l. n.34/2014, come integralmente riscritto in sede di conversione dalla l. n.78/20014, afferma: «*Considerata la perdurante crisi occupazionale e l’incertezza dell’attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell’adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l’attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n.368, sono apportate le seguenti modificazioni....*».

⁹¹⁶ L’assurdità dell’abrogazione del 2° comma dell’art.4 del d.lgs. n. 368 in sede di conversione la si riscontra nei tre regimi del numero delle proroghe contrattuali vigenti contestualmente, a seguito dell’art.2-bis (disposizioni transitorie) del d.l. n.34/2014 (introdotto in sede di conversione), che stabilisce la non retroattività delle modifiche degli artt. 1 e 2 d.lgs. n.368/2001 e fa salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal decreto legge nel testo originario, e che vanno analizzate alla luce degli impressionanti dati forniti dal Ministero del lavoro sui n.1.199.779 contratti a termine stipulati nel periodo tra l’approvazione del d.l. Poletti e la sua conversione in legge, di cui n.820.152 ancora in corso alla data di conversione: - per i contratti a tempo determinato stipulati prima del d.l. n.34/2014, ma ancora in corso alla data del 21 marzo 2014, rimane la possibilità di una sola proroga (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 testo *ante* riforma) e l’onere della prova delle ragioni oggettive ricade sul datore di lavoro (art.4, comma 2, testo *ante* riforma, conservato nel testo originario del decreto Poletti); - per i contratti a tempo determinato stipulati dopo l’entrata in vigore del d.l. n.34/2014, ma prima della legge di conversione, sono ammesse otto proroghe (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 testo originario d.l. n.34/2014) e l’onere della prova delle ragioni oggettive ricade ancora sul datore di lavoro (art.4, comma 2, conservato nel testo originario del decreto Poletti); - per i contratti a tempo determinato stipulati dopo la legge di conversione n.78/2014, sono ammesse “soltanto” cinque proroghe (art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 nel testo emendato) senza alcun onere di provare le ragioni oggettive (art.4, comma 2, abrogato in sede di conversione).

non significando l'eliminazione del requisito delle ragioni giustificatrici⁹¹⁷. Come osservato in precedenza, già la l. n. 92/2012 con l'art. 1, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, aveva previsto la possibilità di stipulare un primo ed unico contratto a-causale della durata massima di 12 mesi, specificando in maniera univoca che *“il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi”*. Per giustificare l'*“eccezione dell'eccezione”*, cioè il contratto a termine a-causale, la l.n.92/2012 era stata obbligata a specificare che si trattava di un contratto privo del requisito delle ragioni oggettive⁹¹⁸.

La l. n. 78/2014, invece, viene tacciata di ambiguità e scarsa chiarezza applicativa laddove, pur ribadendo che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro, elimina il richiamo alle ragioni oggettive e temporanee nel corpo del d.lgs. n.368/2001 con la modifica dell'art.1, commi 1 e 2, del decreto e con l'abrogazione sia del comma 1-*bis* dell'art.1 sia del comma 2 dell'art.4, lasciando invece il riferimento alle ragioni sostitutive o stagionali nell'art.10, comma 7, lettera *b*), per quanto riguarda i casi in cui non sono applicabili limiti di contingentamento.

Tale ambiguità di fondo non è passata inosservata laddove si è evidenziato da più parti che, mentre si afferma che con la nuova normativa *“si libera in modo generalizzato il contratto a termine dal vincolo delle causali”*, dall'altro lato *“si ritiene, ad ogni modo, che in alcuni casi sia opportuno per l'azienda individuare comunque una causale: ad esempio quando la causale consente la non applicazione dei limiti quantitativi fissati dalla legge o dal CCNL (ragioni sostitutive o di stagionalità)”*⁹¹⁹, ma anche ai fini di non versare la

⁹¹⁷ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro*, 20 maggio 2014, su www.quotidianogiuridico.it.

⁹¹⁸ In linea con la legge tedesca che ha dato attuazione alla direttiva 99/70/CE, entrata in vigore il 1° gennaio 2001 (art.14, n.2, TzBfG), che ha inserito come misura preventiva antiabusiva sia il limite massimo di durata (due anni) sia il limite massimo dei rinnovi (tre). Sulla compatibilità del contratto a-causale alla direttiva comunitaria si rimanda al paragrafo 1.13 della presente trattazione.

⁹¹⁹ Cfr. circolare n.13 del 12 giugno 2014 della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro, disponibile all'indirizzo web <http://www.consulentidellavoro.it>.

maggiorazione contributiva dell'1,40%, prevista dall'art.2, comma 28, della l. n. 92/2012⁹²⁰.

Verrebbe pertanto a mancare la sanzione effettiva come quella dell'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001 (nella vecchia formulazione) e la possibilità di individuare il comportamento giuridicamente censurabile, realizzandosi così la frode contrattuale con l'avallo della frode legislativa⁹²¹.

Ma il *delitto giuridico perfetto* si realizza nel momento in cui, abrogando in sede di conversione il comma 2 dell'art.4 del d.lgs. n. 368/2001, con il d.l. n. 34/2014 il legislatore ha provocato l'identificazione e la confusione della "proroga" con il "rinnovo", non essendo certamente possibile recuperarne un'identità ontologica sulla base della mera "*condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato*" (art.4, comma 1, nella nuova formulazione)⁹²².

In conseguenza, se la riforma Fornero è intervenuta aggiungendo all'art.5 d.lgs. n.368/2001 il comma 2-bis: "*Nelle ipotesi di cui al comma 2, il datore di lavoro ha l'onere di comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione. Le modalità di comunicazione sono fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione*"⁹²³; tale comma è stato abrogato dall'art. 7, comma 1, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, con decorrenza dal 28 giugno 2013, eliminando sostanzialmente l'onere di comunicazione della prosecuzione di fatto del rapporto a termine e ripristinando quelle condizioni di lavoro "grigio" che erano state già eccessivamente valorizzate dalla citata nota del Ministero del 7 maggio 2009, e che ora sono aggravate dalla osmosi-confusione tra proroghe e rinnovi.

⁹²⁰ Cfr. V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine*, disponibile all'indirizzo web www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=978, p.36.

⁹²¹ *Ivi*, p. 37 ss.

⁹²² M. MISCIONE, *«Jobs Act» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *Lav. giur.* 2014, 4, p. 305 ss.

⁹²³ Cfr. Nota Ministero del Lavoro, 19 novembre 2012 prot.n. 16176.

Difatti, l'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 dispone attualmente dal 20 maggio 2014: *“E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato”*.

Ed anche l'art.4, comma 1, d.lgs. n.368/2001 dispone attualmente dal 20 maggio 2014 che: *“Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni”*.

A tal proposito, mentre sembrerebbe che il tetto massimo di durata della prestazione richiesta ad un lavoratore a tempo determinato in base ad un unico contratto sia di trentasei mesi, comprensivo di proroghe (art.1, comma 1, 1° capoverso, d.lgs. n.368/2001), la durata massima è esclusa per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti senza indicazione della tipologia contrattuale, se a tempo indeterminato o determinato (art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001).

Inoltre, una formulazione così ampia (*“per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato”*) sembra addirittura escludere le micro-aziende anche dal regime della proroga (art. 4, d.lgs. n. 368/2001) e dalla disciplina dei contratti

successivi (art.5, d.lgs. n.368/2001), creando un' ulteriore fascia di non applicazione del d.lgs. n.368/2001 e, quindi, di non applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Su questa situazione di esclusione di categorie di imprese o di lavoratori dal campo di applicazione dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, la Corte di Giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi con chiarezza cristallina nel senso della sua totale incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE nella sentenza *Land Tirolo*⁹²⁴. Difatti, ha affermato che: *“La clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, figurante in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve interpretarsi nel senso che osta ad una disposizione nazionaleche esclude dall'ambito di applicazione di tale legge i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente”*.

Viceversa, la durata massima di tre anni del contratto a tempo determinato nell'art.4, comma

1, 2° capoverso, d.lgs. n.368/2001 (*“Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni”*) sembra riservata soltanto all'ipotesi di un rapporto a termine iniziale e successive proroghe, in contraddizione con l'art.1, comma 1, 3° capoverso, d.lgs. n.368/2001. La circolare n.13/2014 della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro parla di errore del legislatore nella mancata abrogazione, cioè di *lapsus calami*, e ne fa discendere le seguenti conseguenze: *“Particolare attenzione va riservata all'ipotesi di avvio di contratti con individuazione del termine legato al verificarsi di uno specifico evento (termine indiretto). Infatti, questa scelta va ben ponderata poiché laddove l'evento dovesse spingersi oltre i 36 mesi potrebbe realizzare la nullità della clausola con conseguente conversione del contratto a tempo indeterminato”*.

⁹²⁴ Corte di Giustizia, 22 aprile 2010, C-486/08, *Land Tirolo*.

In realtà, salva l'ipotesi dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001, per i contratti successivi con la sanzione della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato al 1° giorno successivo al superamento del termine di durata complessiva di 36 mesi, la sanzione della “conversione” per nullità parziale del contratto a termine non è prevista né nell'art.1, comma 1, né nell'art.4, ormai unico comma, d.lgs. n.368/2001. Per cui o vi è la sanzione della insussistenza delle ragioni oggettive temporanee che giustificano il ricorso ad un rapporto eccezionale rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato, oppure le ipotesi sono prive di sanzioni.

Risulta, inoltre, che una lettura nel senso della a-causalità dei nuovi contratti a tempo determinato stipulati in base alle attuali disposizioni porta ad uno svuotamento dell'efficacia (già molto incerta nell'impiego privato) dello stesso art.5, comma 4-*bis*, perché sarebbe possibile una precarietà senza limiti e ben oltre il limite massimo di tre anni (che valeva e vale per un unico contratto a tempo determinato compresa la proroga o le proroghe) nel momento in cui, “*indipendentemente dal numero dei rinnovi*” (art.4, comma 1, nel nuovo testo), il datore di lavoro potrebbe procedere “legittimamente”, in teoria, a tanti unici contratti a tempo determinato di durata massima di tre anni, separati da un intervallo minimo di venti (o dieci) giorni l'uno dall'altro, per l'espletamento di mansioni non equivalenti con lo stesso datore di lavoro.

Pertanto, un errore di particolare gravità commesso da chi ha predisposto l'attuale quadro normativo è stato quello di preoccuparsi della compatibilità comunitaria delle norme interne soltanto con riferimento alla clausola 5, n.1, dell'accordo-quadro, e non anche con riferimento al successivo punto n.2 della stessa clausola in combinato disposto con le misure preventive.

Difatti, il legislatore d'urgenza ha ignorato che la Corte di giustizia nella sentenza *Huet* ha affermato: “*come risulta dal punto 33 della presente sentenza e contrariamente a quanto sostiene la Commissione, la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro*”⁹²⁵.

⁹²⁵ Corte di Giustizia, 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet*, punto 37. Cfr. in tal senso, Corte di Giustizia, *Rosado Santana*, C-177/10, cit., punti 41-44.

Non basta, dunque, prevedere una misura preventiva tra le tre indicate nella clausola 5, n.1, dell'accordo-quadro, ma occorre che vi sia una sanzione effettiva collegata al mancato rispetto di tale misura.

Tale sanzione, che può essere la trasformazione a tempo indeterminato o il risarcimento del danno, attualmente verrebbe meno nel nostro ordinamento, se si seguisse la tesi della a-causalità contrattuale.

Per quanto riguarda il contratto a tempo determinato e il contratto a tutele crescenti nell'ottica di incremento dei livelli occupazionali, si è più volte sottolineato come le politiche di flessibilizzazione del lavoro, senza adeguati investimenti formativi sui contratti non stabili e investimenti produttivi in settori strategici, difficilmente riuscirebbe a portare ad un incremento del numero degli occupati.

Inoltre, si potrebbe verificare una più ampia diffusione dei rapporti a tempo determinato rispetto a quelli stabili dovuti alla mancanza della causa e la piena fungibilità tra il contratto di lavoro a termine e quello a tempo indeterminato per i primi 36 mesi (salvi i limiti quantitativi previsti dai contratti collettivi).

Le imprese potrebbero trovare conveniente assumere per un tempo limitato anche chi avrebbe potuto essere contrattualizzato con un rapporto stabile⁹²⁶, con conseguente ulteriore precarizzazione del mercato del lavoro, moltiplicando flessibilità ed incertezza⁹²⁷.

Ma richiamati ad un cinico pragmatismo, potremmo obiettare in tale sede che, se le imprese assumono solo a tempo determinato, perché indifferenti a qualsiasi vantaggio normativo o incentivo fiscale che favorisca il ricorso al contratto a tempo indeterminato, considerando il contesto economico attuale, fare in modo di allungare il periodo di permanenza delle persone in impresa

⁹²⁶ Cfr. A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli Editore, Torino 2014, R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, DLRI, 2014, p. 675 ss.; F. SCHIAVETTI, S. CAIROLI, *L'attuale disciplina sull'apposizione del termine*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato* – Atto I, Giappichelli Editore, Torino 2014, p. 10 ss.

⁹²⁷ Cfr. M. DRAGHI, *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, 2010, in www.bancaditalia.it, p. 1 ss., ha sottolineato come con la diffusione dei contratti precari “si indebolisce l'accumulazione di capitale umano specifico, con effetti alla lunga negativi su produttività e profittabilità”.

potrebbe agevolare la reciproca fidelizzazione lavoratore-impresa, anche nell'ottica dell'affermazione "*meglio un lavoro a termine che non lavorare*"⁹²⁸.

Per quanto riguarda il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, la riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 18 St. Lav. si fonda sulla logica, da più parti sostenuta, che l'eccessiva disciplina in materia di licenziamenti scoraggerebbe le assunzioni e favorirebbe il dualismo esistente nel mercato del lavoro tra lavoratori garantiti e quelli privi di tutela.

D'altro canto, però, la riduzione delle tutele connesse al licenziamento, senza adeguate misure di protezione sociale, potrebbe incidere assai negativamente sul godimento e la fruibilità da parte del lavoratore di quei diritti fondamentali connessi al rapporto di lavoro.

Per cui converrebbe chiedersi se gli obiettivi (supposti) di crescita dell'occupazione siano tali da giustificare una siffatta modifica degli aspetti fondamentali del contratto di lavoro, laddove non siano poste in essere adeguate misure di sostegno per il lavoratore che perso il lavoro.

Inoltre, potrebbe verificarsi una possibile concorrenza e sovrapposizione tra istituti, ovvero tra il contratto a termine e il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, incidendo negativamente sulla reciproca efficienza.

Quest'ultimo potrà presentare una capacità attrattiva superiore soltanto se sarà in grado di offrire benefici e vantaggi economici/normativi superiori al lavoro a termine, attraverso l'effetto sostitutivo alla rovescia: dalla precarietà ad un contratto più stabile.

Attualmente, in assenza di misure economiche premiali e di sanzioni per l'impresa in caso di mancata effettiva stabilizzazione del lavoratore, si potrebbe propendere per la maggiore appetibilità del contratto a termine rispetto a quello a tempo indeterminato a tutele crescenti e ciò in ragione del fatto che è possibile stipulare rapporti di lavoro privi di causale anche per soddisfare esigenze di lavoro stabile, per un periodo non superiore ai 36 mesi, con la possibilità di utilizzare le cinque proroghe.

⁹²⁸ E. MASSAGLI, *Il pragmatico cinismo di Poletti, meglio a termine che a casa*, in *Il Foglio*, 4 aprile 2014, p. 3.

E la flessibilità e convenienza di cui godrebbe l'impresa sarebbe massima qualora si propendesse per l'interpretazione secondo la quale ciascun contratto a termine può essere prorogato cinque volte e che le cinque proroghe non costituiscono un limite massimo utilizzabile nell'ambito dei 36 mesi.

Difatti, la nuova disciplina del contratto a termine consente, nell'ambito dei 36 mesi, di coniugare la brevità dei contratti con la loro continuità nel tempo, evitando di dover affrontare il rischio, seppure ad un costo oggi più limitato, dell'accertamento della illegittimità del licenziamento.

Una possibile soluzione che favorirebbe il ricorso al contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti si ritrova nella possibilità di prevedere un incentivo economico, come in effetti ipotizzato nelle linee guida della legge delega in cui si afferma che il nuovo contratto dovrebbe essere reso più conveniente in termini di oneri diretti ed indiretti (art. 1, comma 7, lett. b).

A ciò si aggiunge la previsione contenuta nell'art. 12 della Legge di Stabilità 2015 (l. 23 dicembre 2014, n. 190) che prevede per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate nell'anno successivo l'esonero dal versamento dei contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro, nei limiti massimi di 8060 € su base annua per i lavoratori neoassunti che non abbiano lavorato con un contratto stabile nei sei mesi precedenti⁹²⁹.

Un ulteriore spunto di riflessione proviene dall'obiettivo della riforma in esame in merito al riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali, al fine di eliminare *“le forme meno utili e precarizzanti”* tenendo conto *“delle diverse finalità di ogni forma contrattuale anche in relazione alle effettive opzioni alternative che la nuova disciplina renderà disponibili”*⁹³⁰.

Il comma 7 dell'art. 1 prevede, difatti, l'introduzione di *“un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro per renderli maggiormente coerenti con il tessuto occupazionale e al contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie*

⁹²⁹ Tale normativa è attualmente in discussione in Parlamento.

⁹³⁰ G. POLETTI, *Intervento del Ministro del lavoro effettuato al Senato l'8 ottobre 2014 in sede di discussione del D.d.l. S. 1428*, disponibile all'indirizzo web <http://www.senato.it>, p. 1 ss.

contrattuali” (comma 7, lettera a). Vi dovrebbe, quindi, essere sia il riordino strutturale (il testo unico), sia la riduzione dei contratti, con la possibilità di abrogare *“le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con le disposizioni del testo organico semplificato, al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative applicative”* (comma 7, lettera i).

Tale riordino dei contratti dovrebbe *“rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva”*.

Dunque, la revisione dovrebbe riguardare tutti i contratti che sono strettamente connessi all'accesso all'occupazione o alla flessibilità nel mercato del lavoro ma non anche l'art. 2094 del codice civile, la cui struttura generale non è direttamente connessa alle finalità individuate dalla delega.

Senza dubbio la predisposizione di un testo unico semplificato delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro potrebbe rendere più agevole la conoscibilità delle norme e il loro accesso dal momento che attualmente le tipologie contrattuali esistenti hanno regole molto complesse⁹³¹.

Un'altra importante questione attiene al contenuto assai ampio della dizione *“tutele crescenti”* che può essere riferita non soltanto al licenziamento ma ad altri aspetti del rapporto di lavoro: la sicurezza, la retribuzione, l'orario di lavoro, etc. Ma il testo finale chiarisce, invece, inequivocabilmente che si riferisce esclusivamente alla graduazione delle tutele in relazione al recesso.

Altro aspetto della questione sembra riguardare gli indirizzi generali espressi dalla legge delega, ovvero l'introduzione di regole per le nuove assunzioni e il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mercato del mondo del lavoro, che non consentirebbero di incidere sulla stabilità reale prevista per i lavoratori

⁹³¹ Tra i sostenitori della predisposizione di questo unico *corpus* normativo di varie discipline vi sono P. ICHINO, *Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 13 ottobre 2014, p. 1 ss.; F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, cit., p. 103.

già occupati, ferma restando la possibilità di riformare il contenuto dell'art. 18 St. Lav. in ordine ai nuovi assunti.

Ciò condurrebbe ad un sistema duale, con una disciplina dei licenziamenti per chi è già occupato e un'altra per chi ha appena stipulato un contratto di lavoro, le cui differenze potrebbero porre un problema in ordine alla violazione dell'art. 3 Cost. Ma come è noto, la differenza nei contenuti delle norme non contrasta con la Costituzione laddove debbano essere regolate situazioni differenti alla luce del principio di ragionevolezza e del necessario carattere di proporzionalità rispetto all'obiettivo di raggiungere: ovvero, in questo caso, nuove opportunità di occupazione e minore incertezza e discrezionalità del giudice in materia di licenziamenti economici.

Un'ultima questione riguardante il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti attiene alla sua applicabilità al pubblico impiego, espressamente esclusa dal governo che ha esplicitamente rimandato ad una legge delega sulla Pubblica Amministrazione nell'ambito della quale si potranno eventualmente affrontare tali tematiche⁹³².

L' esclusione all'interno della Pubblica amministrazione, soprattutto per ciò che attiene alla nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav., trarrebbe la sua giustificazione dal fatto che non esiste un unico soggetto privato in capo al quale ricadono le conseguenze di eventuali scelte assunte senza alcuna oggettiva motivazione e rivelatesi, alla fine, nocive per la medesima amministrazione. Anzi, un soggetto direttamente interessato è la collettività dei contribuenti e dei cittadini tutti.

La scelta di licenziare nella pubblica amministrazione non può essere, allora, il corollario del riconoscimento della libertà del datore di lavoro di gestire come meglio ritiene la propria azienda, ma deve essere la conclusione (certamente necessaria) di un accertamento al termine del quale l'interesse pubblico al buon andamento dell'ente pubblico risulti in radicale contrasto con la permanenza in

⁹³² A favore dell'estensione del *Jobs Act* anche al pubblico impiego, vi è P. Ichino per il quale "il testo unico dell'impiego pubblico stabilisce che, salve le materie delle assunzioni e delle promozioni", soggette al concorso, "per ogni altro aspetto il rapporto di impiego pubblico è soggetto alle stesse regole che si applicano nel settore privato", come riporta da Il Sole24Ore, *Il Jobs Act, ministero del lavoro: non vale pubblico impiego*, 27 dicembre 2014, in <http://www.ilsole24ore.com/>.

servizio del dipendente. Il recesso dal contratto pubblico, allora, potrà trovare giustificazione esclusivamente o nella rivalutazione delle capacità del lavoratore, non più idoneo allo svolgimento delle mansioni affidategli, o nell'irrogazione di una sanzione disciplinare conseguente ad una violazione grave dei doveri del lavoratore, o, in ultimo, nella ridefinizione della fabbisogno complessivo della forza lavoro. Se, dunque, nell'azienda privata esiste un proprietario al quale deve essere riconosciuta libertà e responsabilità, nella pubblica amministrazione esiste un interesse, appunto, pubblico a che l'amministrazione eroghi servizi efficienti e non disperda le risorse dei contribuenti. Pertanto, il licenziamento nel settore pubblico può giustificarsi esclusivamente dopo un procedimento trasparente ed imparziale che riveli fatti oggettivi contrastanti con l'interesse pubblico.

Nonostante le riflessioni finora svolte, appare evidente che il giudizio sulla validità della riforma in esame deve rimanere necessariamente sospeso, in quanto strettamente connesso al suo effettivo impatto sul mercato del lavoro in termini soprattutto occupazionali.

Il tempo saprà dare le giuste risposte nella convinzione, però, che un mero cambiamento del regime giuridico non può, da solo, ottenere risultati positivi se svincolato dal contesto economico e politico che costituisce lo sfondo *naturale* di ogni intervento riformatore.

L'analisi del dato normativo deve essere, dunque, contestualizzata in rapporto alle circostanze di fatto rilevanti per valutare la sua capacità di incidere sui rapporti sociali ed economici, sulle condizioni dell'occupazione e sul mercato del lavoro.

CONCLUSIONI

Le analisi condotte nel presente lavoro di ricerca hanno inteso dimostrare come il diritto del lavoro, nel settore privato e nel pubblico impiego, sia stato interessato da una costante produzione normativa che non ha fatto altro che accrescere l'incertezza in ordine alla tutela dei diritti a cui, a sua volta, la giurisprudenza nazionale ha dovuto cercare di rimediare con orientamenti interpretativi che sono apparsi spesso contrastanti.

E le continue evoluzioni ed involuzioni normative e giurisprudenziali che provengono dall'Italia hanno provocato, di frequente, il disappunto della Corte di Giustizia europea.

A ciò si aggiunge che l'evoluzione del mercato del lavoro verso una maggiore flessibilità, al fine adattare i propri sistemi produttivi al nuovo contesto concorrenziale attraverso il ricorso a lavori atipici, non è stata accompagnata dalla messa a punto di adeguati moderni sistemi di sicurezza sociale nell'ottica della realizzazione del modello europeo di *flexicurity*, ovvero di flessibilità socialmente sostenibile.

Difatti, vi sono ancora molte differenze tra gli *insiders* ed *outsiders* che sono privi di effettive tutele, non solo nel rapporto di lavoro ma anche nel mercato del lavoro.

Il precariato, sia pubblico che privato, spesso identificato con una retribuzione insufficiente o una condizione di incertezza lavorativa, finisce con l'essere concepito in Italia come un preciso *modus vivendi* e ciò rende sempre più necessario un ripensamento ed un adeguamento del nostro sistema del *welfare* alle mutate condizioni della popolazione attuale e futura.

Sarebbe auspicabile il passaggio da un *welfare dell'assistenza*, che si pone in contrapposizione al darwinismo sociale che ricollega la democrazia e la libertà alla capacità dei singoli di saper badare a se stessi, capacità che verrebbe inficiata dall'abitudine a vedere soddisfatti da un *welfare compassionevole* i propri bisogni essenziali, ad un *welfare della responsabilità e delle opportunità*⁹³³ che non lasci soli gli individui con la copertura di qualche sussidio, ma mettendo a disposizione degli stessi interventi diversificati di

⁹³³ M. PACI, *Le politiche attive del lavoro. Un'analisi critica*, in *L'assistenza sociale*, 1997, III.

crescita del sapere; un sistema, dunque, che stimoli la responsabilità individuale e scoraggi la rassegnazione.

Ma alla base di un sistema così delineato vi deve essere prima di tutto un cambiamento culturale, che sappia coinvolgere le imprese, che dovranno sfuggire alla logica del breve periodo investendo sul capitale umano di cui dispongono; dei sindacati, chiamati a prendere atto dei cambiamenti socio-economici che sono intervenuti nella nostra società, non ostacolando ma facendosi guida degli stessi, e dei lavoratori che dovranno saper vedere nella discontinuità lavorativa non semplicemente un'occasione di arricchimento delle imprese ma un'opportunità di crescita professionale e del proprio potenziale di impiego individuale.

Pertanto, il lavoratore, oggi, per evitare la trappola della precarietà, che nella *società liquida* si tramuta in precarietà esistenziale, dovrà saper sviluppare personalità e capacità che lo rendano in grado di adattarsi al lavoro per poi individuare il lavoro adatto a lui, adeguando le professionalità alle trasformazioni produttive.

E se è vero che l'occupazione non la fa il governo per decreto, ma dipende in gran parte dalle dinamiche socio-economiche, i *policy makers* e gli addetti ai lavori italiani non possono sottrarsi dal compito di “*riscrivere il diritto del lavoro e forse a modificare il suo codice genetico*”⁹³⁴, più selettivo nelle priorità e meno protettivo, che sia in grado di intrecciarsi con le politiche sociali e di collegarsi alle istituzioni del mercato del lavoro. E nel farlo, dovranno pensare non alle conseguenze che potrà avere la riforma su chi il lavoro lo ha già, ma, soprattutto, alle conseguenze che tale riforma potrà avere su chi il lavoro non ce l'ha.

Perché appare evidente che, se il sistema normativo venisse irrigidito oltremodo, un mercato come quello italiano caratterizzato ancora da poca flessibilità in uscita e da un costo del lavoro elevato, risponderebbe negativamente alla stabilità “*evitando di procedere alle assunzioni, facendo ricorso ad altre tipologie di rapporti, ovvero al lavoro sommerso, ovvero alla delocalizzazione ed ai licenziamenti collettivi*”, e ciò porterebbe con sé il

⁹³⁴ E. GHERA, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*. Cacucci editore, Bari 2006.

rischio che per uscire “*forzosamente dalla precarietà se ne resti forzosamente confinati*”⁹³⁵.

Al fine di rendere la flessibilità del lavoro sostenibile c'è bisogno dunque di nuovo “patto sociale”, al fine di rimuovere le situazioni di precarietà occupazionale, la cui gravità potrebbe erodere le basi materiali senza le quali il diritto del lavoro verrebbe meno alla sua funzione inclusiva.

Sarebbe, inoltre, auspicabile l'ampliamento della base sociale della rappresentanza dei lavoratori anche ai precari e a quelli atipici, che non rappresentano ancora una *classe-di-per-sé*⁹³⁶, e, parafrasando Karl Marx, nonostante il numero ne rappresenti la forza, la disunione ne rappresenta la debolezza⁹³⁷.

A fronte del dominio dei mercati finanziari che incide quotidianamente sulla sovranità dei popoli e sul sistema democratico, con conseguente impoverimento dei diritti sociali, si rende necessario praticare nuove forme di partecipazione democratica, non solo in Italia ma in tutta Europa, al fine di definire un nuovo *welfare paneuropeo* per una cittadinanza sociale attiva⁹³⁸.

Alla base vi deve essere il ripensamento degli strumenti di regolazione sociale che consentano di ridefinire i parametri dell'uguaglianza sociale, di amplificare e garantire l'accesso alle opportunità, di assicurare sostegni materiali e immateriali che evitino l'esclusione sociale, di combattere il lavoro illegale e di trasformare quello precario in occasione positiva⁹³⁹; tutto ciò puntando sulla sicurezza dell'occupazione che garantisce al lavoratore, anche in presenza di rischio di licenziamento, buone opportunità di reimpiegarsi in altre imprese.

Ed in questo contesto, anche le istituzioni comunitarie sono chiamate ad avviare un processo di ripensamento delle cosiddette politiche di *flexicurity*, nell'ottica di una ridefinizione delle politiche sociali comunitarie in senso più

⁹³⁵ R. PESSI, *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II, p.297.

⁹³⁶ Cfr. G. STANDING, *Precari. La nuova classe esplosiva*, cit., p. 44.

⁹³⁷ Karl Marx scrisse per il primo Congresso Operaio Internazionale che si riunì a Ginevra nel 1866, su richiesta del Consiglio Generale, una proposta dettagliata sui sindacati. In quell'occasione Marx affermò che “*l'unico potere sociale che hanno gli operai è il loro numero. La forza del numero è compensata dalla disunione. La disunione dei lavoratori è causata e perpetuata dalla inevitabile concorrenza tra di loro*”.

⁹³⁸ G. ALLEGRI, *L'Europa precaria delle nuove forme del lavoro, movement surplace*, in N. Vallinoto, S., Vannuncini *Europa 2.0 – Prospettive ed evoluzioni del sogno europeo*. Ed. Ombre Corte, Verona 2010, pp. 47-48.

⁹³⁹ Cfr. E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, cit., p. 17-19.

garantista, soprattutto per quei *flex workers* intermittenti, esclusi dalle tutele tipiche del lavoro salariato tradizionale, a tempo indeterminato.

Sulla base di quanto detto e alla luce del mutato contesto economico e sociale, l'impiego subordinato a tempo pieno ed indeterminato non può essere più considerato come principale ed unico volano della ricchezza organizzativa e della crescita economica, oltre che strumento principale di realizzazione e salvaguardia della dignità del lavoratore e del conseguente suo diritto di assicurare una vita libera per sé e per la propria famiglia, dal momento che, oggi, la buona occupazione a conti fatti non deve essere misurata sulla durata dei rapporti di lavoro, ma sul fatto che il maggior numero di persone abbia sempre un rapporto con il lavoro e disponga sempre dei mezzi, delle sedi e dei supporti per non rimanerne escluso⁹⁴⁰.

Ed è per questo che il diritto al lavoro contenuto nell'art. 4 della nostra Costituzione deve essere interpretato come diritto di tutti ad accedere alle opportunità per conseguire i livelli di sapere e *saper fare* necessari per non rimanere esclusi dal mercato del lavoro.

È necessario, dunque, restituire centralità sia al bene-lavoro, che smette di essere "*merce sociale*" e si riafferma quale fondamento della vita sociale, sia ai lavoratori a cui deve essere garantita "*l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*", attraverso la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale (art. 3, comma 2, Cost.).

Soltanto in questo modo il lavoro dipendente potrà assolvere in concreto alla sua condizione inclusiva di cittadinanza, sfuggendo dalla condizione servile di soggezione, di indigenza e precarietà che fa sentire tutti meno, o affatto, cittadini⁹⁴¹.

⁹⁴⁰ E. MATTINA, *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*, cit., p. 59-81.

⁹⁴¹ G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, cit., soprattutto, pp.22- 23 e 68-69.

BIBLIOGRAFIA

ACCORNERO A., *Come cambia il mondo del lavoro*. Ed. Ediesse, Roma, 1984.

ACCORNERO A., *La disunione sindacale*. Ed. Il Mulino, Bologna 2003.

ACCORNERO A., *San precario lavora per noi*. Ed. Rizzoli, Milano 2006.

ADINOLFI A., *Una rivoluzione silenziosa: il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale italiana in un procedimento incidentale*, in *Riv. dir. internaz.*, 2013.

AIMO M., *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in WP C.S.D.L.E. del Centro Studi "Massimo D'Antona" IT - n. 240/2015, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

ALLAMPRESE A., *Sub artt. 41-45*, in, M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*. Ed. Ipsoa, Milano 2004.

ALLAMPRESE A., *I precari della scuola fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2011.

ALLEGRI G., *L'Europa precaria delle nuove forme del lavoro, movement surplace*, in N. Vallinoto, S. Vannuncini *Europa 2.0 – Prospettive ed evoluzioni del sogno europeo*. Ed. Ombre Corte, Verona 2010.

ALES E., *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*. Ed. Giuffrè, Milano 2002.

ALES E., *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle Pubbliche Amministrazioni: un'analisi genealogica*, in Del Punta R., Romei R. (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*. Ed. Giuffrè, Milano 2013.

ALESSI C., *Part-time e job-sharing*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, n. 17, 1995.

ALESSI C., *Il part-time nel lavoro pubblico e la direttiva 97/81/CE*, in *Dir. lav. merc.*, 2011.

ALESSI C., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in WP C.S.D.L.E. del Centro Studi "Massimo D'Antona" IT - 68/2008, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

ALLEVA P., *Ricerca e punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di mercato del lavoro*, in *RGL*, I, 2003.

ALOISE M., *Il rapporto di lavoro a tempo determinato e la nuova disciplina sanzionatoria ai sensi dell'art.12, legge 24 giugno 1997, n.196*, 1998, disponibile all'indirizzo web: <http://www.opinioiuris.it>.

ALTAVILLA R., *Il lavoro a termine nel mercato differenziato. Dalla L. 230/1962 al D.Lgs. n.368/2001*. Ed. Giuffrè, Milano 2001.

ALTAVILLA R., *Le forme flessibili di impiego nelle pubbliche amministrazioni e il D.lgs. n. 276/2003*, in *Dir. Lav.*, 2004, I.

ALTIERI G., OTERI C., PEDACI M., *Dal lavoro interinale alla somministrazione di manodopera: primo monitoraggio su cosa cambia per le Agenzie per il lavoro e per le imprese utilizzatrici*, in *Ires Cgil* (a cura di), *Collana dell'Osservatorio Centro Studi*, 2005.

ANDREONI A., *Lavoro a tempo determinato e Corte di Giustizia: il redde rationem*, disponibile all' indirizzo web www.cgil.it/giuridico.

ANGIOLINI V., *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. Ghezzi, a cura di, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*. Ed. Ediesse, Roma 2004.

J. ATKINSON, *Flexibility, Uncertainty and Manpower management*, in *IMS Report* (Institute of Man-power Studies), n. 89, Brighton, 1984.

BACCHINI F., *Lavoro ripartito o "job sharing"*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*. Ed. Ipsoa, Milano 2004.

BACHELET V., *Disciplina giuridica e ordinamento giuridico statale*. Giuffrè Editore, Milano 1962.

BALESTRIERI F., *Brevi osservazioni sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, D.lgs.del 6 settembre 2001, n. 368*, in *ADL*, 2002.

BANO F., *Il lavoro a tempo parziale*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, 2004.

BARBIERI M., *Corte Costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato* in *Lav. pubb. amm.*, 1998.

BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1983.

- BARONE F., *L'applicabilità della nuova disciplina del part-time alla dirigenza pubblica (in particolare alla dirigenza del s.s.n.) nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998.
- BARTOLE S., *Pregiudiziale comunitaria ed "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008.
- BASENGHI F., *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001.
- BASSANINI F., *Il nuovo spazio amministrativo europeo*, disponibile all'indirizzo web <http://www.bassanini.it/>.
- BATTISTI A., *Commento art. 36 del D.lgs. n. 165 del 2001*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2007.
- BEDUSCHI C., *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, in *RDC*, 1986.
- BELLARDI L., CARABELLI U., VISCOMI A., *Contratti integrativi e flessibilità nel lavoro pubblico riformato*. Cacucci Editore, Bari 2007.
- BELLAVISTA A., *La direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli Editore, Torino 2003.
- BELLAVISTA A., GARILLI A., MARINELLI M. (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008 n. 133. Privato e pubblico a confronto*. Giappichelli Editore, Torino 2009.
- BELLOCCHI P., *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001.
- BELLOCCHI P., *Art. 4. Sezione I- Art. 4, comma 1, lett. a), c), d), e),f). Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata; il lavoro coordinato e continuativo; il lavoro occasionale e accessorio; il lavoro ripartito*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*. Ed.Ipsa, Milano 2003.
- BELLOCCHI P., *Le aporie del lavoro intermittente*, in *ADL*, 2005.
- BELLOCCHI P., *Lavoratori subordinati flessibili*, sez. III, in L. Zoppoli (a cura di), *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, II edizione. Giappichelli Editore, Torino 2013.

- BERTON F., RICHIARDI M., SACCHI S., *Flex – Insecurity: perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*. Ed. Il Mulino, Bologna 2009.
- BETTINI M.N., *Il lavoro ripartito*. Giappichelli Editore, Torino 2005.
- BIAGI M., *L'accordo-quadro a livello comunitario sul lavoro a termine*, in *GL*, 1999.
- BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2001.
- BIAGI M., *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano* in M. Biagi (a cura di), *Il lavoro a termine*, Giuffrè Editore, Milano 2002.
- BIN R., *All'ombra della "La Pergola". L'impugnazione in via principale delle leggi contrarie a norme comunitarie*, in *Le Regioni*, 1995, disponibile all'indirizzo web <http://www.robertobin.it>.
- BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*. Ed. UTET Torino 2006.
- BLANCHARD O., TIROLE J., *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2004.
- BOERI T., GARIBALDI P., *Un nuovo contratto per tutti. Per avere più lavoro, salari più alti e meno discriminazione*. Ed. ChiareLettere, Milano 2008.
- BOERI T., ICHINO P., *Come si può sperimentare la flexicurity sul piano regionale a legislazione nazionale invariata*, 2010, disponibile all'indirizzo web www.pietroichino.it.
- BOERI T., GARIBALDI P., *Le riforme a costo zero - Dieci proposte per tornare a crescere*. Ed. ChiareLettere, Milano 2011.
- BOGHETICH E., *Arriva la delega in bianco per i sindacati. Piena autonomia sui contratti a termine. La centralità dei rapporti a tempo indeterminato è ormai erosa*, in *Diritto e Giustizia*, Palermo 2006.
- BOLLANI A., *Flessibilità e nuovi rapporti di lavoro*, in M. Magnani, P. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*. Giappichelli Editore, Torino 2005.
- BONARDI O., *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, in *RIDL*, II, 2006.

BONI G., *Contratto di lavoro intermittente e subordinazione*, in *RIDL*, II, 2005.

BORGOGELLI F., *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 36/2004, disponibile all’indirizzo web <http://db.formez.it/>.

BOSCATI A., *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 228/2014, reperibile all’indirizzo <http://csdle.lex.unict.it/>

BRIGUGLIO S., *Il contenuto assicurativo del rapporto di lavoro e una possibile riforma del contratto a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I.

BROLLO M., *Tutela del lavoratore a tempo parziale (in caso di trasformazione del rapporto di lavoro)*, in *Il lavoro a tempo parziale. Decreto legislativo n. 61/2000*, per la collana *Leggi e lavoro*. Ed. Iposa, Milano 2001.

BROLLO M., *La riforma del lavoro a tempo parziale: le nuove flessibilità*, in *Lav. Giur.*, 2004.

BROLLO M., *Le modifiche al D.lgs. n. 61/2000 sul lavoro a tempo parziale*, in M. Brollo, M.G. Mattarolo, L. Menghini *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, coordinato da F. Carinci, III. Ed. Ipsoa, Milano 2004.

BROLLO M., *Il tramonto del diritto al part-time nei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, in *Lav. pubb. amm.*, 3-4, I, 2008.

BROLLO M., *La nuova disciplina della trasformazione dal full-time al part-time nel lavoro pubblico*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Commentario alla legge n. 133/2008*. Ed. Ipsoa, Milano 2009.

BROLLO M., *Lavoro a tempo parziale; meno flex, più security*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa Milano 2012.

BRUNETTA R., *Marginalità e precarietà nel mercato del lavoro italiano*, in G. Sarpellon (a cura di), *La povertà in Italia*. Ed. Franco Angeli, Milano 1982.

BRUNETTA R., *Il modello Italia*. Marsilio Editori, Venezia 1991.

BRUNI A., PALATIELLO G., *La difesa dello Stato nel processo*. Ed. UTET, Torino 2011.

CALAFÀ L., *Giudici (quasi) federali e diritto del lavoro recente*, in *Lav. dir.*, 2014.

CAMDEUSS M., *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, in *La documentation française*, 2004.

CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*. Giuffrè Editore, Milano 2000.

CAMPANELLA P., *Prestazione di fatto e contratto di lavoro*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e diretto da P. Schlesinger e F.D. Busnelli. Giuffrè Editore, Milano 2013.

CANNIZZARO E., *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. dir.internaz.*, 2008.

CANTARBIA M., *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*. Ed. ESI, Napoli 2006.

CANTARO A., *Il diritto dimenticato: il lavoro nella costruzione dell'Unione*. Giappichelli Editore, Torino 2007.

CARABELLI U., *Intervento*, in CESRI, *Seminario sulla nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, Roma 22 ottobre 2001.

CARABELLI U., CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*. Cacucci Editore, Bari 2010.

CARDI E., *Note di diritto positivo sulla "privatizzazione" del pubblico impiego*, in E. Cardi, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, a cura di T. Treu. Ed. Franco Angeli, Milano 1997.

CARINCI F., *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico- impiego privato*, in *Riv. trim. dir.proc.civ.*, 1974.

CARINCI F., *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993.

CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in WP C.S.D.L.E. del Centro Studi “Massimo D’Antona”, n. 18/2004, reperibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>

CARINCI F., *Il fascino indiscreto del diritto privato: la così detta privatizzazione del pubblico impiego*, in E. Cardi, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, a cura di T. TREU. Ed. Franco Angeli, Milano 1997.

CARINCI F., *La privatizzazione della dirigenza generale alla prova della Consulta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000.

CARINCI F., MAINARDI S. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*. Ed. CEDAM, Milano 2011.

CARINCI F., PERONE G., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *Atti Aidlass*, Milano 1985.

CARINCI F., MISCIONE M., *Presentazione - La Riforma Fornero (L. n. 92/2012)*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa, Milano 2012.

CARINCI F., *L'apprendistato*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa Milano 2012.

CARINCI M.T., *Specialità del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993.

CARINCI M. T., *Gli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico, privatizzato sono privatistici, non amministrativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2000.

CARINCI M. T., *Interposizione e lavoro interinale*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Ipsoa, Milano 2002.

- CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexecurity all'italiana a confronto*. Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriale n. 136, 2012, 4. http://users.unimi.it/~diritto_lavoro.
- CARUSO B., *La flessibilità e il diritto del lavoro italiano: storia di un incontro tra politica, ideologia e prassi*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, I. Ed. CEDAM, Padova 2005.
- CARUSO B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/2008 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in *Lav. pubbl. amm.* 3-4, I, 2008.
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, XIII. Giuffrè Editore, Milano 2011.
- CASOTTI A., GHEIDO M.R., *Lavoro a tempo determinato*. Ed. Ipsoa, Milano 2009.
- CASSESE S., *La riforma della pubblica amministrazione italiana*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2000.
- CASTEL R., *La metamorfosi della questione sociale. Una cronaca del salariato*, a cura di A. Petrillo, C. Tarantino. Elio Sellino Editore, Avellino 2007.
- CATARBIA M., *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia: atto primo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2008.
- CANTARO A., *Il diritto dimenticato: il lavoro nella costruzione dell'Unione*. Giappichelli Editore, Torino 2007.
- CELOTTO A., FRONTONI E., *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. Dir.*, VI. Giuffrè Editore, Milano 2002.
- P. CHAUC, *Pour une meilleure protection de l'emploi*, COE-CCIP, *Doc. de travail*, n. 63, 2003.
- P. CHAUC, F. KRAMARZ, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, in *La documentation française*, 2005
- CHICCHI F., LEOPARDI E., *Lavoro in frantumi: condizione precaria, nuovi conflitti e regime neoliberista*. Ed. OmbreCorte/ Uninomade, Verona 2011.

CHIECO P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*. Cacucci Editore, Bari 2006.

CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutela del lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

CHITI E., *Le amministrazioni, l'Europa e i silenzi del legislatore*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, n. 5.

CHITI M.P., NATALINI A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*. Ed. Il Mulino, Bologna 2013.

CIUCCIOVINO S., *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D.lgs. n. 368 del 2001*, in *DLRI*, 2007.

CIUCCIOVINO S., *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*. Giappichelli Editore, Torino 2008.

CIUCCIOVINO S., *L'inidoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, II.

COLUCCI D., *La giurisprudenza nazionale tra clausola di non regresso e flessibilità: gli orientamenti*, in M. D'Onghia, M. Ricci (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2009.

COMANDE' D., *La revoca del part-time dopo il collegato lavoro: la nuova amministrazione autoritaria e la flessibilità negata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011.

COPPOLA P., *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine a forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *DML*, 2-3/2013.

COPPOLA P., *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, disponibile all'indirizzo web <http://www.europeanrights.eu/>

CORAZZA L., *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione Europea*, in R. Del Punta, R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro temporanei*. Ed. Giuffrè, Milano 2013.

D'ALIBERTI M., *Impiego pubblico, norme privatistiche, processo del lavoro*, in *Giur. Cost.*, 1977.

D'ANTONA M., *Il lavoro a termine*, in M. D'antona, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, L. Ventura, *Il diritto del lavoro negli anni 80*. Ed. ESI, Napoli, 1988.

D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in Atti del X Congresso nazionale di Diritto del Lavoro, Udine 10-12 maggio 1991. Giuffrè Editore, Milano 1991.

D'ANTONA M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992.

D'ANTONA M., *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. Battini, S. Cassese (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*. Giuffrè Editore, Milano 1997.

D'ANTONA M., *Part-time e secondo lavoro dei dipendenti pubblici (commento alla l. 23 dicembre 1996, n. 662)* in *Giornale dir. amm.*, 1997.

D'ANTONA M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 1998.

D'ANTONA M., *I contratti a termine* in *Opere*, vol. III, Giuffrè Editore, Milano 2000.

D'APONTE M., *Art. 7, Gestione delle risorse umane-7 bis, Formazione del personale*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il Lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2011.

D'APONTE M., *La disciplina del lavoro flessibile nella Pubblica Amministrazione tra la tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Commentario di Diritto del Lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2013.

D'ONGHIA M., *Il Testo Unico sull'apprendistato*, in *RGL*, 1, 2012.

D'ORTA C., *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. nelle P.A.*, 2000, p.1, disponibile all'indirizzo web <http://archive.forumpa.it/>.

DANIELE L., *Corte Costituzionale e pregiudiziale comunitaria: alcune questioni aperte*, in *"I quaderni europei"*, dicembre 2009, n. 16, disponibile all'indirizzo web <http://www.cde.unict.it>.

DE ANGELIS L., *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti peculiari*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2004.

DE ANGELIS L., *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce dell'esperienza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro it.*, IV, 2007.

DE ANGELIS N., *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *RIDL*, 2013, II.

DE LUCA M., *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 2002, V.

DE LUCA M., *Un grand arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale : il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in WP C.S.D.L.E. del Centro Studi "Massimo D'Antona" IT - 237/2015 <http://csdle.lex.unict.it/>.

DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*. Ed. ESI, Napoli 2002.

DE LUCA TAMAJO R., *Dietro le righe del D.lgs.276 del 2003: tendenze ed ideologie*, in *Diritto del lavoro, i nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*. Ed. CEDAM, Padova 2005.

DE LUCA TAMAJO R., *Gli anni settanta: dai fasti del garantismo al diritto del lavoro dell'emergenza*, in P. Ichino (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*. Giuffrè Editore, Milano 2008.

DE MICHELE V., *Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *LG*, n. 8-9, 2012.

DE MICHELE V., *Il dialogo tra Corte di Giustizia, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Corte Costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo*, in *Quaderni europei*, Università di Catania, Gennaio 2014, n. 60 disponibile all'indirizzo web <http://www.cde.unict.it/>

DE MICHELE V., *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine*”, 6 luglio 2014, disponibile all’indirizzo web www.europeanrights.eu/

DEL CONTE M., FRATELLO B. (contributo a cura di), *I contratti a termine in Europa: spunti per un’analisi comparata*. Università Commerciale L. Bocconi – Milano, disponibile all’indirizzo web www.bollettinoadapt.it/.../documento16473.html

DELFINO M., *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*. Jovene Editore, Napoli 2008.

DELL’ARINGA C., *La riforma del mercato del lavoro: aspetti economici*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 18 giugno 2012, n. 92*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

DEL PUNTA R., Sub art. 46, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro – D.lgs.10 settembre 2003 n. 276*. Zanichelli Editore, Bologna 2004.

DELVECCHIO R., *L’avviso comune Confindustria – CIGL, CISL, UIL sul recepimento della Direttiva della Comunità europea n. 104 del 1993*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998.

DELZIO F., *Generazione Tuareg. Giovani, flessibili e felici*. Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2007.

DENTICI L. M., *Esclusioni dal campo di applicazione del D.lgs.368/2001 e discipline specifiche*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, Torino 2003.

DE SIMONE G., Sub artt. 41-45, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di). Ed. CEDAM, Padova 2004.

DE SIMONE G., *Il valore della stabilità nel diritto comunitario e il sistema nazionale di tutele differenziate*, in *Lav. dir.*, 2007.

DI CORRADO G., *Riforma del contratto a termine nel privato e nel pubblico impiego*. Ed. ESI, Napoli 2010.

DI PAOLA L., FEDELE I., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*. Giuffrè Editore, Milano 2013.

DI PAOLA L., *La Corte Costituzionale, il contratto a tempo determinato e la singolare specialità del diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2012, II.

DORE R., *La globalizzazione dei mercati e la diversità dei capitalismi*. Ed. Il Mulino, Bologna 1996.

DRAGHI M., *Crescita, benessere e compiti dell'economia politica*, 2010, disponibile all'indirizzo web www.bancaditalia.it.

DULIO R., *Nulla l'apposizione del termine senza la valutazione dei rischi*, in *D&G*, 2012.

EMILIANI S.P., *Contratto collettivo e adattabilità delle regole nel tempo*, in W.P. *Libertà, lavoro e sicurezza sociale*, 16/12, disponibile all'indirizzo web <http://www2.unimc.it/>

FABRIZI E., PERAGINE V., RAITANO M., *La flessibilità del lavoro in Europa: la teoria economica e l'evidenza empirica*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

FENOGLIO A., *Una giurisprudenza creativa: il contratto a termine nel pubblico impiego e il regime sanzionatorio*. In Note Informative – n. 52, anno 2011, disponibile all'indirizzo web www.noteinformative.it

FERGOLA P., *Lavoro a comando*, in *RGL*, 2009.

FERRANTE V., *Nuovi sviluppi per il dialogo sociale europeo: la direttiva sul lavoro a termine*, disponibile all'indirizzo web <http://www.unicz.it/lavoro>.

FERRANTE V., *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, in M. Marrazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione- Diritti e obblighi*, tomo II. Ed.CEDAM, Padova 2012.

FERRARA M., GUALMINI E., *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: le riforme già fatte e quelle che restano da fare*. Ed. Il Mulino, Bologna 1999.

FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, 2ª edizione. Giappichelli Editore, Torino 2004.

FERRARO G., *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*. Giappichelli Editore, Torino 2008.

- FERRARO G., *Il contratto a tempo determinato*, in M. Cinelli – G. Ferraro, *Lavoro, competitività, welfare*. Tomo I. Ed. UTET, Torino 2008.
- FIORILLO L., *La flessibilità nell'impiego*, in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*. Giuffrè Editore, Milano 2003.
- FIORILLO L., *Forme di impiego flessibile nel lavoro pubblico*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo di lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro pubblico e privato*. Giuffrè Editore, Milano 2006.
- FIORILLO L., *Stabilizzazione del precariato e forme contrattuali flessibili*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare*, t. II. Ed. UTET, Torino 2009.
- FIORILLO L., *Flessibilità e lavoro pubblico: le forme contrattuali*. Giappichelli Editore, Torino 2011.
- FIORILLO L., *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella Scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II.
- FIORILLO L., *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Commentario di Diritto del Lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2013.
- FIORILLO L., PERULLI A., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Vol. I. Giappichelli Editore Torino 2013.
- FONTANAROSA F., *La riforma del mercato del lavoro tra flessibilità e sicurezza: come cambia la tutela giuridica del lavoratore nella legge 28 giugno 2012 n. 92*, disponibile all'indirizzo web <http://www.rivistaaic.it/>
- FORD H., *La mia vita. La mia opera*. Ed. Apollo, Bologna 1928.
- FRANZA G., *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*. Giuffrè Editore, Napoli 2010.
- FRANZA G., *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

FREY L., CROCE G., (a cura di), *Flessibilità, precarietà e politiche del lavoro*, in *Quaderni di Economia del Lavoro*, n. 73. Ed. Franco Angeli, Milano 2002.

GABIGLIANI N.M., *Ancora sul diritto al ripensamento del part-time nel settore pubblico*, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2011.

GABRIELE A., *Profili sanzionatori per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato*, in A. Bellavista, A. Garilli, M. Marinelli (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*. Giappichelli Editore, Torino 2009.

GABRIELE A., *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555 del 2010 della Corte di Cassazione*, in *Arg. dir.lav.*, 2012.

GALANTINO L., *Diritto comunitario del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2001.

GALANTINO L., *Diritto comunitario del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2012.

GALLINO L., *Il lavoro non è una merce - contro la flessibilità*. Editori Laterza, Roma-Bari 2007.

GARATTONI M., *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II.

GARDINI G., *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010.

GARILLI A., *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. giur.lav.*, 2007, I.

GARILLI A., *Il dirigente pubblico e il sistema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della P.A.*, in *Giur. it.*, 2010.

GARILLI A., *Occupazione e Diritto del Lavoro. Le politiche del lavoro del governo Renzi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 226/2014, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>, 2014.

GARATTONI M., *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II.

GAROFALO D., *Il riordino degli incentivi all'occupazione e dei contratti formativi*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di) *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Iposa, Milano 2002.

GAROFALO D., *La nuova disciplina sull'organizzazione dei mercati del lavoro tra intervento (modificativo e integrativo) dello Stato e contributo delle Regioni*, in P. Curzio (a cura di) *Lavoro e diritti*. Cacucci Editore, Bari 2006.

GAROFALO D., *Federalismo, sicurezza e ammortizzatori sociali*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*. Cacucci Editore, Bari 2006.

GAROFALO D., *Disabili (lavoro dei)*, *Digesto Disc. Priv. – Sez. Comm.*, IV agg. Ed. UTET, Torino 2009.

GAROFALO M. G., *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Scritti in onore di Gino Giugni*. Cacucci Editore, Bari 1999.

GAROFALO M. G., LEONE G., *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009.

GAROFALO M.G., *Delegificazione e rilegificazione*, in M. Gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: un ritorno al passato?* Ed. Ediesse, Roma 2009.

GAROFALO D., *La riforma degli ammortizzatori sociali: l'ipotesi "neocostituzionalista"*, n. 63/2008, disponibile all'indirizzo web <http://adapt.it>.

GAZIER B., *Vers un nouveau modèle social*. Ed. Flammarion, 2005.

GENTILE G., *Art. 35. Reclutamento del personale*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2011.

GENTILE G., *Commento art. 35, D.lgs. n. 165/2001*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2011.

GHERRA E., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*. Cacucci Editore, Bari 2006.

- GIDDENS A., *The third way and its critics*, nella trad. it. *Cogliere l'occasione*. Ed. Carocci, Roma 2000.
- GIDDENS A., *Europe in the global age*, nella traduzione italiana, *L'Europa nell'età globale*. Ed. Laterza, Roma-Bari 2007.
- GIORGI F.M., *Le questioni di rito nel nuovo processo per l'impugnazione dei licenziamenti*, in *LG*, 2013, 10.
- GIUBBONI S., SCIARRA S., *La regolamentazione del part-time in Europa – Introduzione*, in *DLRI*, 2000.
- GIUBBONI S., *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I.
- GIUGNI L., *Lavoro, legge e contratti*. Ed. Il Mulino, Bologna 1989.
- GIUGNI L., *Il diritto al lavoro e le trasformazioni dello Stato sociale*, in M. Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*. Vita e Pensiero Editrice, Milano 1998.
- GOLDTHORPE J. H. (a cura di), *Ordine e conflitto nel capitalismo moderno*. Ed. Il Mulino, Bologna 1989.
- GOSETTI G., *Lavoro e lavori. Strumenti per comprendere il cambiamento*. Ed. Franco Angeli, Milano 2011.
- GOTTARDI D., *Sub artt. 33-40*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Ed. CEDAM, Padova 2004.
- GOTTARDI D., *Brevi osservazioni alla proposta di Ichino*, disponibile all'indirizzo web <http://www.pietroichino.it>, 19 ottobre 2009.
- GOTTARDI D., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2012.
- GRAGNOLI E., *Imparzialità del dipendente pubblico e privatizzazione del rapporto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II.
- GRAGNOLI E., *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002.
- GUALMINI E., *La politica del lavoro in Italia*, Ed. Il Mulino, Bologna 1998.
- GUALMINI E., RIZZA, R. *Le politiche del lavoro*. Ed. Il Mulino, Bologna 2013.

GUARRIELLO F., *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva: il dialogo sociale*. Ed. Franco Angeli, Milano 1992.

GUASTAFERRO B., *La Corte Costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessione sull'ordinanza 207 del 2013 (21 ottobre 2013)*, in *Consulta Online*, disponibile all'indirizzo web [www. giurcost.org](http://www.giurcost.org).

JANNARELLI A., *Il danno risarcibile*, in M. Bessone (a cura di), *Istituzioni di diritto privato*. Giappichelli Editore, Torino 2003.

ICHINO P., *Il tempo della prestazione del rapporto di lavoro*. Giuffrè editore, Milano 1985.

ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*. Mondadori Editore, Milano 1996.

ICHINO P., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna 2004.

ICHINO P., *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I.

ICHINO P., *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*. Ed. Oscar Mondadori, Milano 2012.

ICHINO P., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al convegno Nazionale Centro Studi “Domenico Napoletano”, tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, “*Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro*”.

ICHINO P., *Sulla censura di eccessiva genericità della delega lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 10 settembre 2014.

ICHINO P., *Contro la leggenda metropolitana dei 50 tipi di contratto di lavoro*, in <http://www.pietroichino.it>, 13 ottobre 2014.

IRMICI R., *Il precariato pubblico tra divieto della tutela costitutiva, risarcimento del danno e stabilizzazione*, in *Lav. giur.* 2010.

KEOHANE R.O., OSTROM E., *Local Commons and Global interdependence*. SAGE Publications, London 1995.

KONGHØJ MADSEN P., *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2001.

LAGALA C., *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*. Cacucci editore, Bari 2004.

LA NOTTE CHIRONE M. A., *Quale tutela per i precari del Pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, in *Riv. giur.lav.*, 2012, II.

LASSANDARI A., *La durata del contratto*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da P. Rescigno, II ediz. Ed. Giappichelli, Torino 2004.

LECCESE V., *La tenace sopravvivenza del "lavoro intermittente" nell'ordinamento italiano*. in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

LEHMBRUCH G., SCHMITTER P.C., *La politica degli interessi nei paesi industrializzati*. Ed. Il Mulino 1984.

LICCARDI A., *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

LO FARO A., *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*. Giuffrè Editore, Milano 1999.

LO STORTO V., *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità*, in *Lav. pubbl., amm.*, 3-4, 2005.

LUNARDON F., *La flessibilità tipologica e il superamento della fattispecie "lavoro subordinato"*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*. Ed. Ipsoa, Milano 2002.

MADÌA M., *Precari. Storie di un'Italia che lavora*. Prefazione di Susanna Camuso. Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2011.

MAGNANI M., *Diritto dei contratti di lavoro*. Giuffrè editore, Milano 2009.

MAINARDI S., *Il part-time per i dirigenti pubblici dopo la l. n. 662/1996 (con due nuove parole del legislatore: l'art. 20, c. 1, lett. f), L. n. 488/1999)*, *Lav. pubbl. amm.*, 2000.

MAINARDI S., *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforme del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003.

MAINARDI S., SALOMONE S., *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di regioni a statuto speciale e province autonome*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Vol. I, in M. Miscione, G. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2004.

MAINARDI S., *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006.

MAINARDI S., *Il pubblico impiego nel "Collegato lavoro"*, in *Giur.it.*, 2011.

MARAFFI M. (a cura di), *La società neo-corporativa*. Ed. Il Mulino, Bologna 1981.

MARAZZA M., *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL*, 2004.

MARESCA A., *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002.

MARINELLI M., *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, Torino 2003.

MARINELLI M., *Il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*. Giappichelli Editore, 2003.

MARIUCCI L., *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*. Ed. Il Mulino, Bologna 2006.

MARIUCCI L., *Il diritto del lavoro ondivago*, in *Lav. Dir.*, 2009.

MARIUCCI L., *L'inganno del contratto unico*, pubblicato su *Europa* del 26 maggio 2010.

MARTONE M., (a cura di) *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Il Contratto e il rapporto del Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani, Franco Carinci. Ed. CEDAM, Padova 2012.

MASTROGIUSEPPE P., R. RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità ed innovazione*. Ed. Ipsoa, Milano 2010.

MATTAROLO G., *Sub artt. 33-40*, in M. Brollo, G. Mattarolo, L. Menghini (a cura di), *Contratti di lavoro flessibili e contratti formativi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 1° settembre 2003, n. 276*. Ed. Ipsoa, Milano 2004.

MATTAROLO M. G., *Lavoro intermittente: uso improprio e misure di contrasto*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge n. 134/2012), Licenziamento e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*. Supplemento a *Diritto & Pratica del Lavoro*, n. 33, del 15 settembre 2012. Ed. Ipsoa Milano 2012.

MATTINA E., *Elogio della precarietà. Il lavoro flessibile tra flessibilità, sussidiarietà e federalismo*. Rubettino Editore, Soveria 2010.

MAZZIOTTI F., *Manuale di Diritto del Lavoro*. Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

MAZZIOTTI M., *Limiti alla flessibilità*, in *LG*, 2001.

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2005.

MENGHINI L., *Lavoro a termine, referendum, direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in *RGL*, 1999.

MENGHINI L., *I contratti con finalità formative*, in F. Carinci, M. Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal Libro Bianco al disegno di legge delega 2002*. Ed. Ipsoa, Milano 2002.

MENGHINI L., *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, in *Lavoro e giur.*, 2007.

MENGHINI L., *Lavoro a termine*, in A. Vallebona (a cura di), *I contratti di lavoro*, t.I. Ed. UTET Giuridica, Milano 2009.

MENGHINI L., *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur.lav.*, 2012, I.

- MENGHINI L., *L'apposizione del termine*, in M. Martone, (a cura di) *Contratto di lavoro e organizzazione*, tomo I, *Il Contratto e il rapporto del Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani, F. Carinci. Ed. CEDAM, Padova 2012.
- MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1986.
- MIANI CANEVARI F., *Le forme contrattuali flessibili nel pubblico impiego*, in *Dir. Lav.*, 2002, I.
- MILITELLO M., *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*, in *Lav. pubbl. amm.* 2007.
- MISCIONE M., *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*, in *Mass. Giur. lav.* 2008.
- MISCIONE M., *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile*, in M. Ricci, M. D'Onghia (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*. Ed. Giuffrè, Milano 2009.
- MISCIONE M., *Dialoghi di diritto del lavoro*, II edizione. Ed. Ipsoa Milano 2010.
- MISCIONE M., *“Jobs Act» con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *Lav. giur.* 2014, 4.
- MONDELLI M., *Apprendistato: inadempimento degli obblighi formativi*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, n.12.
- MONTUSCHI L., *Il contratto a termine: istruzioni per l'uso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003.
- MONTUSCHI L. *Sub artt. 41-45*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli. Zanichelli Editore, Bologna, 2004.
- MUGGIA R., *Il contratto a termine ovvero il rigore apparente*, in *D&L*, 1996.
- MUSELLA C., *Il lavoro stagionale*, in G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*. Giappichelli Editore, Torino 2008.
- MUSSO S., *Storia del lavoro in Italia dall'Unità a oggi*. Marsilio Editori, Venezia 2002.
- NANNI M. N., *Sulle conseguenze della proroga illegittima di un contratto di lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 2008.

- NAPOLI M., *Politiche del lavoro, occupazione e diritto. Idee ed esperienze* (1983-1996). Ed. Franco Angeli, Milano 1988.
- NAPOLI M., GARILLI A. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgie del passato, Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2011.
- NAPOLI M., GARILLI A. (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*. Ed. CEDAM, Padova 2013.
- NEGRONI A., *Alcune considerazioni sulle innovazioni introdotte in materia di part-time nella pubblica amministrazione dall'art. 73 del decreto legge n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008*, in *Lav. pubbl. amm.*, III, 2, 2012.
- NERI F., *Le politiche del lavoro degli anni Ottanta*. Ed. Franco Angeli, Milano 1989.
- NICOLINI G., *Il lavoro a tempo determinato*, Ed. Simone, Napoli 2003.
- NOGLER L., *Periodo di prova. Tempo determinato. Tempo parziale*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche – I contratti collettivi di comparto*, tomo I. Giuffrè Editore, Milano 1997.
- NOGLER L., *La somministrazione dei lavoratori svantaggiati*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, II. Ed. CEDAM, Padova 2005.
- NUNIN R., *Il dialogo sociale europeo*. Giuffrè Editore, Milano 2001.
- NUNIN R., *Il lavoro a termine*, in L. Menghini, R. Nunin, *Il lavoro a termine*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. I. Giappichelli Editore, Torino 2004.
- OCCHIPINTI A., MIMMO G., *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*. Giuffrè Editore, Milano 2002.
- OHNO T., *Lo spirito Toyota, Il modello giapponese della qualità totale. E il suo prezzo*. Einaudi Editore, Torino 2004.
- ONIDA V., *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007. Giuffrè Editore, Milano 2008.

- PACI M., *Le politiche attive del lavoro. Un'analisi critica*, in *L'assistenza sociale*, 1997, III.
- PANDOLFO A., PASSALACQUA P., *Il nuovo contratto di lavoro a termine*. Giappichelli Editore, Torino 2014.
- PANTANO F., *La c.d. "stabilizzazione" dei lavoratori a termine nella finanziaria 2007 ed il "buon andamento" della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2007.
- PANTANO F., *La legittimità costituzionale delle norme sulla c.d. "stabilizzazione" dei lavoratori a termine nella finanziaria 2007: precarietà, eguaglianza e buon andamento*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2008
- PANTANO F., *Il lavoro tramite agenzia nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto nell'ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 72/2009, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>
- PASQUINI F., *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*. Giuffrè Editore, Milano 2002.
- PEDACI M., *Flessibilità del lavoro ed equilibri precari. La transizione al post-fordismo nelle storie di lavoratori para-subordinati*. Ed. Ediesse, Roma 2010.
- PELLICANI G., *Le imprese utilizzatrici e il lavoratore temporaneo*, in L. Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo*. Giuffrè Editore, Milano 2000.
- PERRINO A., *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *Foro it.*, 2007, IV.
- PERSIANI M. (a cura di), *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. it.*, 2010.
- PERULLI A., *Introduzione*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2004.
- PERULLI A., *Il lavoro intermittente*, in A. Perulli (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2004.
- PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2012.
- PESSI R., *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, II.

PICCININI B., *Vincoli formali e limiti alla successione di contratti*, in *Arg. dir. lav.*, 2002.

PINTO V., *Note in tema di lavoro subordinato a prestazioni ripartite*, in *Dir. relazioni ind.*, 2004.

PINTO V., *La flessibilità del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in M. G. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009.

PINTO V., *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e pressioni gestionali*. Cacucci Editore, Bari 2013.

PIORE M. J., DOERINGER P. (1971), *Internal Labor Markets and Manpower Adjustment*. Ed. D.C. Heath and Company, New York 1985.

POLETTI G., *Intervento del Ministro del lavoro effettuato al Senato l'8 ottobre 2014 in sede di discussione del D.d.l. S. 1428*, disponibile all'indirizzo web <http://www.senato.it>.

PONTE V.F., *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, in *Quaderni de "Il diritto del mercato del lavoro"*, 8, Napoli, 2013.

PREMOLI A., *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA: la breccia è aperta, ma il muro non crolla*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II.

PRETEROTI A., *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009.

PRETEROTI A., *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 95/2010, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

PRETEROTI A., *A proposito di una possibile disapplicazione del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella P.A.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010.

PRISCHI M., *Riforma del Lavoro, si gioca la carta della flessibilità*, disponibile all'indirizzo web <http://www.sole24ore.com>.

PUTATURO DONATI F.M., *La flessibilità nell'impiego* in G. Ferraro (a cura di), *Sviluppo e occupazione nell'Europa federale. Itinerari giuridici e socioeconomici su Regioni e autonomie locali*. Giuffrè Editore, Milano 2003.

PUTATURO DONATI F.M., *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale docente*, in *Guida Lav.*, 2011, f. 10.

PUTATURO DONATI F.M., *Il lavoro a tempo parziale nella riforma Fornero*, Marzo 2013 n. 3, Gruppo 24Ore.

RANIERI M., *Vecchie e nuove peculiarità del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, I, 2007.

RATTI L., *Sugli effetti della mancata conversione del contratto a termine illegittimo. Spunti ricostruttivi dal caso della Scuola.*, in *Arg. dir. lav.* 2011.

RAUSEI P., SCOLASTICI R., *Nuove clausole elastiche e flessibili: meno flessibilità, più incertezze*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul d.d.l. n. 5256/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, disponibile all'indirizzo web www.bollettinoadapt.it.

REALE A., *Il lavoro a tempo parziale tra ordinamento comunitario e diritto interno*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000.

REYNERI E., *Il mercato del lavoro italiano tra controllo statale e regolazione sociale*, in P. Lange, M. Regini (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*. Ed. Il Mulino, Bologna 1987.

RICCARDI A., *La Corte di Cassazione e il lavoro a termine*, in *Rivista giuridica del lavoro e previdenza sociale*, 2003, fasc. 1.

RICCARDI A., *La somministrazione: quale flessibilità?*, in M. G. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009.

RICCI M., *Il contratto collettivo verso il suo ridimensionamento*, in F. Carinci, S. Mainardi (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*. Ed. Ipsoa, Milano 2011.

RICCOBONO A., *La successione dei contratti a termine per esigenze sostitutive permanenti: prevenzione degli abusi e discrezionalità vincolata degli Stati membri dopo la sentenza Küçük*, in *DRI*, 2012.

RIGANÒ G., *La natura giuridica e gli effetti del provvedimento del capo dell'Ispettorato Provinciale del Lavoro nell'autorizzazione del contratto di lavoro a termine ex legge n.18 del 1978*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995.

RIZZA R., *Trasformazioni del lavoro, nuove forme di precarizzazione lavorativa e politiche di welfare: alcune riflessioni preliminari*, in R. Rizza (a cura di), *Politiche del lavoro e nuove forme di precarizzazione lavorativa*. Ed. Franco Angeli, Milano 2000.

ROCCELLA M., *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. Varesi, M. Roccella, *Le assunzioni. Prova a termine nel rapporto di lavoro*, in *Commentario al Codice Civile* diretto da P. Schlesinger. Giuffrè Editore, Milano 1990.

ROCCELLA M., *Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *Dir. prat. Lav.*, 1997, n.33.

ROCCELLA M., *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, 2001, disponibile all'indirizzo web <http://www.cgil.it/giuridico>.

ROCCELLA M., *Manuale di diritto del lavoro. Mercato del lavoro e rapporti di lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2005.

ROCCELLA M., TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*. Ed. CEDAM, Padova 2007.

ROCCELLA M., *Dialogo sui precari e il contratto unico*, in *MicroMega*, 2009, I, disponibile all'indirizzo web <http://temi.repubblica.it/micromega-online/>.

ROMAGNOLI U., *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004.

ROMAGNOLI U., *Per un diritto del lavoro post-industriale e sopranazionale*, in *Lavoro e diritto*, 1999.

ROMBOLI R., *Corte di Giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, disponibile all'indirizzo web www.rivistaaic.it, n. 3/2014.

ROMEI R., *Sub. artt. 33-40*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna 2004.

ROMEI R., *Questioni sul lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2008.

- ROMEI R., *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *DLRI*, 2014.
- ROPPO V., *Il contratto*. Giuffrè Editore, Milano 2011.
- RUSCIANO M., *L'impiego pubblico in Italia*. Ed. Il Mulino, Bologna 1978.
- RUSCIANO M., *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *Gior.dir.lav.rel.ind.*, 1989.
- RUSCIANO M., *Rapporto di lavoro "pubblico" e "privato": verso regole comuni?*, in *Lav. dir.*, 1989.
- RUSCIANO M., *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 216/2014 disponibile all' indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.
- RUSSO C., *Quale flessibilità per i lavori del settore pubblico: il problematico impatto del d.lgs. 276/2003*, in *Dir. lav. merc.*, 2004.
- SALVATORI P., *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo*, in G. Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- SANTUCCI R., *La nuova disciplina del contratto di lavoro part-time*, in di M. Rusciano (a cura di) *Problemi giuridici del mercato del lavoro*. Ed. Jovene, Napoli 2004.
- SANTONI F., *Lezioni di diritto del lavoro, II, I contratti di lavoro – Il rapporto*. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012.
- SANTORO PASSARELLI G., *Misure contro la disoccupazione e tutela del lavoratore*, in *Dir. Lav.*, 1995, I.
- SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e rapporti di lavoro*, in *Flessibilità e diritto del lavoro –III*. Giappichelli Editore, Torino 1997.
- SANTORO-PASSARELLI G., *Il diritto dei lavori*. Giappichelli Editore, Torino 2004.
- SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*. Giappichelli Editore, Torino 2009.

SANTORO PASSARELLI G., *Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro*, 20 maggio 2014, disponibile all'indirizzo web www.quotidianogiuridico.it.

SANTUCCI R., *Note critiche sulla fornitura di lavoro temporaneo nelle Amministrazioni pubbliche*, in Aran Newsletter, 2003, disponibile all'indirizzo web <http://www.aranagenzia.it>.

SANTUCCI R., *La contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2003.

SARACINI P., *I contratti di lavoro a termine nella prospettiva europea: l'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio nelle pubbliche amministrazioni*. In Atti del Convegno *Il contratto a termine nella prospettiva europea*. Università degli Studi di Napoli Federico II – Facoltà di Giurisprudenza, 2008.

SARACINI P., *I docenti della Scuola: quando la precarietà diventa stabilità*, in *Dir.rel.ind.*, 2011.

SARCHIELLI *et al.* G., *Apprendistato. Abolizione o riforma?*. Editrice Sindacale Italiana, Roma 1976.

SCARPONI S., *Il lavoro a tempo parziale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n. 18/2004, reperibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

SCHIAVETTI F., CAIROLI S., *L'attuale disciplina sull'apposizione del termine*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato – Atto I*. Giappichelli Editore, Torino 2014.

SCHMITTER P.C., *Still the Century of Corporatism*, in *Review of Politics*, 36, 1974.

P. SESTITO, *Il mercato del lavoro in Italia. Com'è. Come sta cambiando*. Ed. Laterza, Roma–Bari, 2002.

P. SESTITO, *La riforma Fornero tra aspettative e contrasti: alcune osservazioni generali e alcune questioni connesse con la valorizzazione del capitale umano*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

SILVAGNA L., *Il sindacato comparativamente più rappresentativo*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999.

SORRENTINO F., *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza Costituzionale* 2008.

SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2/2010.

SPAGNUOLO VIGORITA L., *Note sul lavoro intermittente tramite agenzia*, in *DRI*, 1992.

SPEZIALE V., *Art. 20. Commento*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*. Ed. CEDAM, Padova 2004.

SPEZIALE V., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 153/2012, disponibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>.

SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. IT, 233/2014, disponibile all’indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it>.

SPINELLI C., *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*. Cacucci Editore, Bari 2012.

SPINELLI C., *Le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in)applicabilità alla pubbliche amministrazioni*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

STANDING G., *Precari. La nuova classe esplosiva*. Ed. Il Mulino, Bologna 2012.

STUBBS R., UNDERHILL R.D.G., *Political Economy and the Changing Global Order*. Ed. Palgrave Macmillan, London 1994.

SUPIOT A., *Il futuro del lavoro*. Ed. Carocci, Roma 2003.

TALAMO V., *I dirigenti pubblici contrattualizzati dopo il d.lgs. n. 29/93 sono soggetti al rispetto di un orario d’obbligo?*, in *Lav. pubbl. amm.* 1998, III.

TAMPIERI A., *La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine*, in *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*

(Commento alla legge 24 giugno 1997, n.196) a cura di L. Galantino. Giuffrè Editore, Milano 1997.

TATARELLI M., *La novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Guida Lav.*, n. 2-2008.

TATARELLI M., *L'abusiva reiterazione di contratti a termine non deve finire per penalizzare il dipendente*, in *GDir*, 2011.

TATARELLI M., *Legittimi i criteri per indennizzare il lavoratore in caso di conversione del contratto a termine*, in *GDir*, 2012.

TEBANO L., *Il contratto a termine nel lavoro pubblico quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata, dissuasiva?*, in *Riv. it. dir.lav.*, 2007.

TESAURO G., *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale* in AA.VV., *La Corte Costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*. Giuffrè Editore, Milano 1991.

TESAURO G., *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di Giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013.

TIRABOSCHI M., *Apposizione del termine*, in M. Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*. Giuffrè Editore, Milano 2002.

TIRABOSCHI M., *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, 2002, disponibile all'indirizzo web www.fmb.unimore.it/.

TIRABOSCHI M., TIRABOSCHI P., *Per un diritto del lavoro al servizio della persona: le tutele per i lavoratori affetti da patologie oncologiche e tumore al seno*, in *Dir.Rel. Ind.*, 2006.

TIRABOSCHI M., *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *Guida al lavoro, Supplemento, Il Collegato lavoro*. Gruppo 24 Ore, ottobre 2010.

TIRABOSCHI M., VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*. Giuffrè Editore, Milano 2010.

TIRABOSCHI M., *L'apprendistato come ipotesi di contratto di lavoro prevalente*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*. Giuffrè Editore, Milano 2012.

TOSI P., LUNARDON F., *Introduzione al diritto del lavoro. 2. L'ordinamento europeo*. Ed. Laterza, Roma-Bari 2005.

TREU T., *Pubblico impiego: quale deregolazione?*, in E. Cardì, F. Carinci, M. Sacconi, M. Terry, *Pubblico impiego. Verso il diritto comune del lavoro*, a cura di T. TREU. Ed. Franco Angeli, Milano 1997.

TREU T., *L'internazionalizzazione dei mercati: problemi di diritto del lavoro e di metodo comparato*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*. Giuffrè Editore, Milano 1997.

TREU T., *Intervento alla Tavola rotonda svoltasi presso il CNEL il 23 aprile 2010*, in *Riv. giur. lav.*, 2010.

TREU T., *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, 31 ottobre 2010, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

VALLAURI M.L., *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo: la quantificazione dell'indennità e le condizioni di applicabilità delle nuove regole alle cause pendenti nel giudizio di legittimità*, in *RIDL*, 2012.

VALLAURI M.L., *Brevi note sul nuovo regime sanzionatorio del contratto a termine illegittimo*, in *RIDL*, 2012, II.

VALLEBONA A., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*. Ed. CEDAM, Padova 1995.

VALLEBONA A., *La nuova disciplina del lavoro a tempo parziale*, in *Mass. Giur. Lav.* 2000.

VALLEBONA A., PISANI C., *Il nuovo lavoro a termine*. Ed. CEDAM, Padova 2001.

VALLEBONA A., *La riforma dei lavori*. Ed. CEDAM, Padova 2004.

VALLEBONA A., *Il lavoro a termine nel Protocollo del luglio 2007*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007.

VALLEBONA A., *Istituzioni di Diritto del Lavoro, Il rapporto di Lavoro*. Ed. CEDAM, Padova 2008.

VALLEBONA A., *I quarant'anni dello Statuto dei Lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 2010.

VALLEBONA A., *La certezza finalmente alla ribalta: legittimità costituzionale dell'indennità per il termine illegittimo*, in MGL, 2011.

VALLEBONA A., *I precari della Scuola: una babele da arrestare*, in Mass. Giur. lav., 2012.

VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2012.

VALLEBONA A., *La riforma del lavoro*. Giappichelli Editore, Torino 2012.

VALLINOTO N., VANNUNCINI S., *Europa 2.0 – Prospettive ed evoluzioni del sogno europeo*. Ed. Ombre Corte, Verona 2010.

VENTURA A., *Il ripensamento del datore di lavoro pubblico: prime pronunce giurisprudenziali sul diritto di revoca del part-time già autorizzato*, in Riv. it. dir. lav., 2012.

VERBARO F., *Licenziamenti nel settore pubblico e la riforma dell'art. 18. Cronaca di una specialità*, in P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado*, Adapt Labour Studies, e-book n. 1, Adapt University Press, disponibile all'indirizzo web www.bollettinoadapt.it.

VETTOR T., *Il lavoro a tempo determinato negli orientamenti della giurisprudenza post D.lgs.368/2001 e successive modifiche*, in ADL. Ed. CEDAM, Padova 2008.

VINCENTI E., *Le assunzioni a tempo determinato*, in *Commento art. 36, d.lgs.165/2001*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro*, vol. III. Giuffrè Editore 2011.

VIDIRI G., *Il nuovo contratto a termine*, in Mass. Giur. Lav., 2008.

VISCOMI A., *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in Giorn. dir. lav.rel.ind., 2013.

VOZA R., *I contratti di lavoro ad orario "ridotto, modulato o flessibile" (part-time, lavoro intermittente e lavoro ripartito)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT – 37/2005, disponibile all'indirizzo web <http://csdle.lex.unict.it/>.

VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*. Cacucci Editore, Bari 2007.

VOZA R., *Lavoro intermittente*, in *Diritto del lavoro, Commentario*, diretto da F. Carinci, vol. II, *Il rapporto di lavoro Subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester. Ed. UTET, Torino 2007.

VOZA R., *La flessibilità come alternanza tra lavoro e disponibilità nel part-time e nel lavoro intermittente*, in M. G. Garofalo, G. Leone, *La flessibilità del lavoro: un'analisi funzionale dei nuovi sistemi contrattuali*. Cacucci Editore, Bari 2009.

VOZA R., *Il lavoro a tempo parziale e il regime delle incompatibilità*, in U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*. Cacucci Editore, Bari 2009.

VOZA R., *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*. Cacucci Editore, Bari 2013.

ZAGREBELSKY G., *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*. Einaudi Editore, Torino 2013.

ZAMPIERI N., *Sui presupposti di legittimità dei provvedimenti di trasformazione d'autorità dei rapporti a tempo parziale alla luce della legge n. 183/2010*, in *Risorse umane nella p.a.*, 2011.

ZAPPALA' L., *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola: problematiche attuali*, in *Dir., Merc., Lav.*, 2001.

ZAPPALA' L., *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti di lavoro a termine*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona. IT- n. 37-2005, p. 15 ss., disponibile all'indirizzo <http://csdle.lex.unict.it/>.

ZILIO GRANDI G., *Parti sociali e contratto collettivo dell'Unione europea*. Giappichelli Editore, Torino 1998.

ZILIO GRANDI G., *Un nuovo 23 luglio per il diritto del lavoro e le relazioni industriali italiane. Ritorno al passato o ponte per il futuro?*, in *DRI*, 2007.

ZIVIZ P., *Danno esistenziale: nozione e disciplina*, in P. Cendon, A. Baldassarri (a cura di), *Il danno alla persona*. Zanichelli Editore, Bologna, I, 2006.

ZOLI C., *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001.

ZOLI C., *Commento all'art. 1*, in M. Pedrazzoli, (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*. Zanichelli Editore, Bologna 2004.

ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*. Ed. Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

ZOPPOLI L., *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 141/2012, disponibile all'indirizzo web: <http://csdle.lex.unict.it/>.

ZOPPOLI L., *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 168/2013, disponibile all'indirizzo web: <http://csdle.lex.unict.it/>.

SITOGRAFIA

<http://www.altalex.it>

<http://www.aranagenzia.it>

<http://www.bancaditalia.it>

<http://www.bassanini.it>

<http://www.bollettinoadapt.it>

<http://www.camera.it>

<http://www.cgil.it/giuridico>

<http://www.cnel.it>

<http://www.consilium.europa.eu>

<http://www.consulentidellavoro.it>

<http://www.coordinamentorsu.it/doc/mdl/htm>

<http://www.corriere.it>

<http://csdle.lex.unict.it>

<http://www.curia.europa.eu>

www.dirittocivilecontemporaneo.com

<http://www.dirittoscolastico.it>

<http://eurlex.europa.eu>
<http://eurinfra.politichecomunitarie.it>
<http://europa.eu>
<http://www.europarl.europa.eu>
<http://www.europeanrights.eu>
<http://archive.forumpa.it>
<http://www.funzionepubblica.gov.it>
<http://www.fmb.unimore.it>
<http://db.formez.it>
<http://www.giurcost.org>
<http://www.governo.it>
<http://www.ilfoglio.it>
<http://www.ilmanifesto.info/sezioni/lavoro>
<http://www.ilo.org/inst>
<http://www.ilsole24ore.com>
<http://www.iusexplorer.it>
<http://www.lavoceinfo.it>
<http://www.lavoro.gov.it>
<http://www.nidil.cgil.it>
<http://www.normattiva.it>
<http://www.noteinformative.it>
<http://www.opinioiuris.it>
<http://www.pietroichino.it>
<http://www.quotidianogiuridico.it>
<http://temi.repubblica.it/micromega-online>
<http://www.rivistaaic.it>
<http://www.robertobin.it>
<http://www.senato.it>
http://www.uil.it/politiche_lavoro
<http://www.unicz.it/lavoro>

<http://www.unicz.it/lavoro>

<http://www2.unimc.it>

<http://www3.weforum.org>

SINTESI DELLA NORMATIVA NAZIONALE ED EUROPEA

R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825- *Disposizioni relative al contratto d'impiego privato*

L. 18 marzo 1926, n. 562 – *Regolamento di esecuzione del R.D.L. n. 825/1924*

L. 19 gennaio 1955, n. 25 – *Disciplina dell'apprendistato*

D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 - *Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*

L. 23 ottobre 1960 n.1369 - *Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*

L. 18 aprile 1962, n. 230 - *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*

D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 - *Elenco che determina le attività a carattere stagionale di cui all'art. 1, comma secondo, lettera a), della Legge 18 aprile 1962*

L. 2 aprile 1968, n. 424- *Modifiche e integrazioni della legge 19 gennaio 1955, n. 25 e della legge 29 aprile 1949, n. 264*

L. 23 maggio 1977, n. 266 - *Modifica della legge 18 aprile 1962, n. 230, in materia di disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*

L. 1° giugno 1977, n. 285- *Provvedimenti per l'occupazione giovanile*

L. 3 febbraio 1978, n. 18 - *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato nei settori del commercio e del turismo*

d. l. 6 luglio 1978, n. 351 - *Modificazioni alla legge 1° giugno 1977, n. 285, sull'occupazione giovanile*

L. 4 agosto 1978, n. 479 - *Legge-quadro in materia di formazione professionale*

L. 21 dicembre del 1978, n. 845 - *Legge-quadro in materia di formazione professionale*

L. 26 novembre 1979, n. 598 - *Ulteriore proroga dell'efficacia delle norme sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato nei settori del commercio e del turismo*

D.l. 29 gennaio 1983, n. 17 - *Misure per il contenimento del costo del lavoro e per favorire l'occupazione*

L. 25 marzo 1983, n. 79 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 29 gennaio 1983, n. 17, recante misure per il contenimento del costo del lavoro e per favorire l'occupazione*

D.l. 30 ottobre 1984, n. 726 - *Recante Misure urgenti a sostegno e ad incremento dei livelli occupazionali*

L. 19 dicembre 1984, n. 863 – *Legge di conversione del D.l. n. 726/1984*

L. 28 febbraio 1987, n. 56 - *Norme sull'organizzazione del mercato del lavoro*

L. 12 giugno 1990, n. 146 - *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge*

L. 29 dicembre 1990, n. 407 - *Disposizioni diverse per l'attuazione della manovra di finanza pubblica 1991-1993*

L. 10 aprile 1991, n. 125 - *Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*

L. 22 luglio 1991, n. 221 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 1991, n. 164, recante misure urgenti per lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali e degli organi di altri enti locali, conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso*

L. 23 luglio 1991, n. 223 - *Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro”*

L. 5 febbraio 1992, n. 104 - *Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*

L. 23 ottobre 1992, n. 421- *Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale*

L. 19 luglio 1993, n. 236 - *Conversione in legge con modificazioni, del decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148, recante interventi urgenti a sostegno dell'occupazione*

D.lgs. 18 novembre 1993, n. 470 - *Disposizioni correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, recante razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego*

D.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546 - *Ulteriori modifiche al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sul pubblico impiego*

L. 19 luglio 1994, n. 451 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, recante disposizioni urgenti in materia di occupazione e di fiscalizzazione degli oneri sociali*

L. 23 dicembre 1996, n. 662 - *Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*

L. 15 marzo 1997, n. 59 - *Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*

D.l. 28 marzo 1997, n. 79 - *Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica*

L. 15 maggio 1997, n. 127 - *Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo*

L. 28 maggio 1997, n. 140 – *Legge di conversione del decreto legge n. 79/1997*

L. 24 giugno 1997, n. 196 - *Norme in materia di promozione dell'occupazione*

D.lgs. 4 novembre 1997, n. 396 - *Modificazioni al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentatività sindacale nel settore del pubblico impiego, a norma dell'articolo 11, commi 4 e 6, della legge 15 marzo 1997, n. 59*

D.l. 3 dicembre 1997, n. 876 - *Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato nei settori del commercio e del turismo*

L. 27 dicembre 1997, n. 449 - *Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica*

L. 16 giugno 1998, n. 191 - *Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione*

del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica

D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 - *Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*

L. 16 giugno 1998, n. 191 - *Modifiche ed integrazioni alle leggi 15 marzo 1997, n. 59, e 15 maggio 1997, n. 127, nonché norme in materia di formazione del personale dipendente e di lavoro a distanza nelle pubbliche amministrazioni. Disposizioni in materia di edilizia scolastica*

D.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 - *Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80*

L. 23 dicembre 1998, n. 448 - *Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo*

D.P.R. 8 marzo 1999, n. 70 - *Regolamento del telelavoro nella Pubblica Amministrazione*

L. 17 maggio 1999, n. 144 - *Misure in materia di investimenti, delega al Governo per il riordino degli incentivi all'occupazione e della normativa che disciplina l'INAIL, nonché disposizioni per il riordino degli enti previdenziali*

D.lgs. 30 luglio 1999, n. 286- *Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*

D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61 - *Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES*

D.P.R. 10 giugno 2000, n. 218 - *Per la semplificazione del procedimento di concessione del trattamento di Cassa Integrazione Guadagni Straordinari*

D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 - *Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali*

D.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100 - *Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, recante attuazione della direttiva*

97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES

L. 26 marzo 2001, n. 151 - Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità

D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165- Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche

D.d.l. 15 novembre 2001, n. 848- Delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro

L. 15 luglio 2002, n. 145 - Disposizioni per il riordino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra pubblico e privato

L. 14 febbraio 2003, n. 30 - Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro

D.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 - Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro

D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 - Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30

D.lgs. 23 aprile 2004, n.124 - Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30

L. 30 dicembre 2004, n. 311- Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)

L. 23 dicembre 2005, n. 266 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)

D.l. 10 gennaio 2006, n. 4 - Misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione

L. 9 marzo 2006, n. 80 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 gennaio 2006, n. 4, recante misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione

D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163- Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

L. 4 agosto 2006, n. 248- Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa

pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale

L. 27 dicembre 2006, n. 296 - *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)*

L. 24 dicembre 2007, n. 244 - *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)*

L. 24 dicembre 2007, n. 247 - *Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale*

D.l. 25 giugno 2008, n. 112 - *Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*

L. 6 agosto 2008, n. 133 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*

D.l. 30 dicembre 2008, n. 207 - *Recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti*

L. 27 febbraio 2009, n. 14 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti*

L. 4 marzo 2009, n. 15 - *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti*

D.l. 1 luglio 2009, n. 78 - *Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*

L. 3 agosto 2009, n. 102 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, recante provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini e della partecipazione italiana a missioni internazionali*

D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 - *Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*

D.l. 31 maggio 2010, n. 78 - *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*

L. 30 luglio 2010, n. 122 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*

L. 4 novembre 2010, n. 183 - *Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro*

D.l. 13 maggio 2011, n. 70 - *Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*

D.l. 6 luglio 2011, n. 98 - *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*

L. 12 luglio 2011, n. 106 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, concernente Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*

L. 15 luglio 2011, n. 11 - *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*

D.l. 13 agosto 2011, n. 138 - *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*

L. 14 settembre 2011, n. 148 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*

D.lgs. 14 settembre 2011, n. 167 - *Testo unico dell'apprendistato, a norma dell'articolo 1, comma 30, della legge 24 dicembre 2007, n. 247*

L. 12 novembre 2011, n. 183 - *Legge di stabilità 2012*

D.lgs. 2 marzo 2012, n. 24 - *Attuazione della direttiva 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale*

L. 28 giugno 2012, n. 92 - *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*

L. 6 novembre 2012, n. 190 - *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.*

L. 24 dicembre 2012, n. 288 - *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)*

D.l. 28 giugno 2013, n. 76 – *recante Primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti*

L. 9 agosto 2013, n. 99 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 giugno 2013, n. 76, recante primi interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, della coesione sociale, nonché in materia di Imposta sul valore aggiunto (IVA) e altre misure finanziarie urgenti*

D. l. 31 agosto 2013, n. 101 - *Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*

L. 30 ottobre 2013, n. 125 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, recante disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*

L. 16 maggio 2014, n. 78 - *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*

L. 10 dicembre 2014, n. 183 - *Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*

L. 23 dicembre 2014, n. 190 – *Legge di stabilità 2015*

D.lgs. 4 marzo 2015, n. 22 – *recante Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*

D.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, *recante Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183.*

Direttiva CE del Consiglio, 15 dicembre 1997, n. 81 – *relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES*

Regolamento CE del Consiglio, 21 giugno 1999, n. 1260 – *recante disposizioni generali sui Fondi Strutturali*

Direttiva CE del Consiglio, 28 giugno 1999, n.70 - *relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*

Direttiva CE del Consiglio, 27 novembre 2000, n. 78 – *che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro*

Regolamento CE della Commissione, 6 agosto 2008, n. 8000 – *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 (del regolamento generale di esenzione per categoria)*

Direttiva CE del Parlamento europeo e del Consiglio, 19 novembre 2008, n. 104 – *relativa al lavoro tramite agenzia interinale*

INDICE DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

Corte di Giustizia 27 marzo 1963, C- 28-30/62, *Da Costa*

Corte di Giustizia 6 ottobre 1982 C-283/91, *CILFIT*

Corte di Giustizia, 7 maggio 1998 , cause riunite C-52/97 a C-54/97, *Viscido e a. c/Poste italiane*

Corte di Giustizia 9 novembre 2000, C- 126/99, *Vitari*

Corte di Giustizia 7 marzo 2002, C-310/99, *Italia c. Commissione*

Corte di Giustizia 20 marzo 2003, *Kutz-Bauer*, C-187/00

Corte di Giustizia 9 settembre 2003, C-285/01, *Isabel Burbaud c/Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*

Corte di Giustizia 12 ottobre 2004, C-313/02, *Wippel*

Corte di Giustizia 10 marzo 2005, *Nikoloudi*, C- 196/02

Corte di Giustizia 31 maggio 2005, C-53/03, *Synetairasmos Farmakopoin Aitolas*

Corte di Giustizia 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*

Corte di Giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*

Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*

Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C- 81/05, *Cordero Alonso*

Corte di Giustizia, 7 settembre 2007, C- 180/2004, *Vassallo*

Corte di Giustizia 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*

Corte di Giustizia, 12 giugno 2008, C-364/07, *Vassilakis*
 Corte di Giustizia 23 aprile 2009, cause riunite C- 378-80/07, *Angelidaki, K. Angelidaki e a. – Organismos Normachiakis Autodiokisis Rethymnis, C. Giannoudi – D. Geropotamou, G. Karabousanos e a. – D. Geropotamou*
 Corte di Giustizia 24 aprile 2009, C-519/08, *Archontia Koukou*
 Corte di Giustizia 17 novembre 2009, C- 169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*
 Corte di Giustizia 23 novembre 2009, cause riunite da C-162/2008 a C-164/2008, *Lagoudakis e a.*
 Corte di Giustizia 5 gennaio 2010, C- 3/10, *Affatato c/ASL di Cosenza*
 Corte di Giustizia 22 aprile 2010, n. 486 - C-486/08, *Land Tirolo*
 Corte di Giustizia 24 giugno 2010, C-98/09 *Sorge e a.*
 Corte di Giustizia 22 dicembre 2010, C- 444/09, *Gavieiro Gavieiro*
 Corte di Giustizia 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon*
 Corte di Giustizia 8 settembre 2011, C-177/10, *Rosado Santana*
 Corte di Giustizia 11 novembre e 22 giugno 2011, C-20/10 e C-161/11, *Vino I e II c/Poste italiane*
 Corte di Giustizia 26 gennaio 2012, C-586/10, *Küçük*
 Corte di Giustizia 9 febbraio 2012, C-556/11, *Lorenzo Martinez*
 Corte di Giustizia 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet*
 Corte di Giustizia 18 ottobre 2012, cause riunite da C-301/11 a C-305/11, *Valenza e a.*
 Corte Giustizia 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù*
 Corte di Giustizia 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*
 Corte di Giustizia, 13 marzo 2014 C-190/13, *Màrquez Samohano*
 Corte Giustizia 30 aprile 2014, C-89/13, *Luigi D’Aniello e a. c/ Poste Italiane SpA*
 Corte di Giustizia, 3 luglio 2014, *Fiamingo e a.*, C-362/13 (cause riunite C-362/13, C-363/13 E C-407/13)
 Corte di Giustizia, 26 novembre 2014, C-22/13 *Mascolo e a. (Forni, C-61/13; Racca C-62/13, Russo, C-63/13, Napolitano, C-418/13, poi riunite) c/Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

Corte. Eur. dei diritti dell’uomo 31 maggio 2011, n. 46286
 Corte. Eur. dei diritti dell’uomo 7 giugno 2011, n. 43549
 Corte. Eur. dei diritti dell’uomo 14 febbraio 2012, n. 17972

CORTE COSTITUZIONALE

Corte Cost. 12 maggio 1958 n. 78
Corte Cost. 16 marzo 1960 n. 13
Corte Cost. 6 giugno 1965 n. 45
Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45
Corte Cost. 15 maggio 1987, n. 190
Corte Cost. 9 marzo 1989, n.103
Corte Cost. 25 luglio 1989, n. 427
Corte Cost. 18 aprile 1991 n. 168
Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210
Corte Cost. 30 marzo 1995 n. 94,
Corte Cost. 3 luglio 1995, n. 536
Corte Cost. 31 ottobre 1995, n. 477
Corte Cost. 29 dicembre 1995 n. 536
Corte Cost. 25 luglio 1996 n. 313
Corte Cost. 24 giugno 1997, n. 191
Corte Cost. 16 ottobre 1997 n. 309
Corte Cost. 4 gennaio 1999, n. 1
Corte Cost. 7 febbraio 2000, n. 41
Corte Cost. 7 febbraio 2000, n.46
Corte Cost. 26 febbraio 2000, n. 56
Corte Cost. 11 febbraio 2001 n. 42
Corte Cost. 6 novembre 2001, n. 352
Corte Cost. 30 gennaio 2002, n.11
Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282
Corte Cost. 23 luglio 2002, n. 273
Corte Cost. 4 dicembre 2002, n. 517
Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89
Corte Cost. 24 luglio 2003, n. 274
Corte Cost. 28 luglio 2004, n. 282
Corte Cost. 15 novembre 2004, n. 345
Corte Cost. 14 dicembre 2004, n. 380
Corte Cost. 28 gennaio 2005, n. 50
Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 277
Corte Cost. 3 marzo 2006, n. 81
Corte Cost. 26 maggio 2006, n. 205
Corte Cost. 16 giugno 2006, n. 233
Corte Cost. 9 novembre 2006, n. 363
Corte Cost. 13 febbraio 2008, n.102
Corte Cost. 13 febbraio 2008, n.103
Corte Cost. 25 febbraio 2008, n. 44
Corte Cost. 11 aprile 2008, n. 95
Corte Cost. 16 maggio 2008 n. 146

Corte Cost. 13 marzo 2009, n. 69
Corte Cost. 13 novembre 2009, n. 293
Corte Cost. 16 novembre 2009, n. 311
Corte Cost. 14 luglio 2009, n. 214
Corte Cost. 14 luglio 2009, n. 215
Corte Cost. 24 luglio 2009, n. 236
Corte Cost. 13 novembre 2009, n. 293
Corte Cost. 17 marzo 2010, n. 100
Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 149
Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 150
Corte Cost. 15 maggio 2010, n. 9
Corte Cost. 4 giugno 2010, n. 195
Corte Cost. 17 giugno 2010, n. 216
Corte Cost. 24 giugno 2010, n. 225
Corte Cost. 7 luglio 2010, n. 235
Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 267
Corte Cost. 5 gennaio 2011, n. 1
Corte Cost. 5 gennaio 2011, n. 7
Corte Cost. 18 febbraio 2011, n. 52
Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 67
Corte Cost. 3 marzo 2011, n. 68
Corte Cost. 13 aprile 2011, n. 127
Corte Cost. 3 maggio 2012, n. 112
Corte Cost. 10 maggio 2012, n. 120
Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303
Corte Cost. 5 marzo 2012, n. 51
Corte Cost. 30 marzo 2012, n. 75
Corte Cost. 16 aprile 2012, n. 99
Corte Cost. 22 agosto 2012, n. 33
Corte Cost. 7 novembre 2012, n. 44
Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 137
Corte Cost. 8 luglio 2013, n. 207
Corte Cost. 19 luglio 2013, n. 224

CORTE DI CASSAZIONE

Cass. 27 giugno 1981, n. 4179
Cass. SS.UU. 29 settembre 1983, n. 5739
Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506
Cass. 6 luglio 1991, n. 7471
Cass. 26 gennaio 1993, n. 924
Cass. 22 aprile 1993, n. 4725
Cass. 10 giugno 1993, n. 6465

Cass. SS. UU., 19 ottobre 1993, n. 10343
Cass. 10 gennaio 1994, n. 158
Cass. SS. UU., 11 aprile 1994, n. 3354
Cass. 14 luglio 1994, n. 658
Cass. 20 febbraio 1995 n. 1827
Cass. 12 maggio 1995, n. 5209
Cass. 8 luglio 1995, n. 7507.
Cass. 9 novembre 1995, n. 11671
Cass. 19 novembre 1997, n. 11522
Cass. 15 dicembre 1997, n. 12665
Cass. 16 ottobre 1999 n. 11687
Cass. 3 aprile 2000, n. 4036,
Cass. 29 settembre 2000, n. 12942
Cass. 8 ottobre 2002, n. 14381
Cass. 18 novembre 2002, n. 16202
Cass. 10 giugno 2004, n. 11045
Cass. 1 dicembre 2004, n. 22524
Cass. 18 gennaio 2006, n. 852
Cass. 26 luglio 2006, n. 11108
Cass. 10 gennaio 2007, n. 238,
Cass. 27 giugno 2007, n. 14820
Cass. SS. UU., 27 marzo 2008, n. 7943
Cass. 17 aprile 2008, n. 10111
Cass. 21 maggio 2008, n. 1298
Cass. 27 gennaio 2009, n. 1897
Cass. 17 aprile 2009, n. 9256
Cass. 4 maggio 2009, n. 10242
Cass. 22 aprile 2010, n. 9555
Cass. 15 giugno 2010, n. 14350
Cass. 26 gennaio 2011, n. 1778
Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112
Cass. 13 gennaio 2012, n. 392
Cass. 31 gennaio 2012, n. 1409
Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411
Cass. 2 aprile 2012, n. 5241
Cass. 6 giugno 2012, n. 10127
Cass. 20 giugno 2012, n. 10127
Cass. 7 settembre 2012, n. 14996
Cass. 21 agosto 2013, n. 19371
Cass. 14 luglio 2014 n. 16097
Cass. 23 dicembre 2014, n. 23363

GIURISPRUDENZA DI MERITO

App. Firenze 30 maggio 2005
App. Bari 20 luglio 2005
App. Genova 12 settembre 2005
App. Milano 9 gennaio 2006
App. Genova 9 gennaio 2009
App. Napoli 24 febbraio 2010
App. Catanzaro 1 aprile 2010
App. Catanzaro 12 aprile 2010
App. Perugia 8 marzo 2011
App. Roma 13 marzo 2012
App. Genova 9 novembre 2012

Trib. Termini Imerese 10 maggio 1999
Trib. Milano 4 dicembre 1999
Trib. Ravenna 7 ottobre 2003
Trib. Milano 15 ottobre 2003
Trib. Milano 13 novembre 2003
Trib. Roma 3 febbraio 2004
Trib. Firenze 5 febbraio 2004
Trib. Napoli 6 febbraio 2004
Trib. Milano 21 aprile 2004
Trib. Napoli 12 marzo 2004
Trib. Milano 14 ottobre 2004
Trib. Reggio Calabria 18 ottobre 2004
Trib. Milano 10 novembre 2004
Trib. Milano 25 novembre 2004
Trib. Monza 18 gennaio 2005
Trib. Roma 3 febbraio 2005
Trib. Frosinone 9 febbraio 2005
Trib. Pavia 12 aprile 2005
Trib. Roma 2 aprile 2007
Trib. Firenze 10 febbraio 2005
Trib. Roma 25 febbraio 2005
Trib. Milano 11 maggio 2006
Trib. Varese 31 maggio 2006
Trib. Foggia 6 novembre 2006
Trib. Catania 6 dicembre 2006
Trib. Milano 12 gennaio 2007
Trib. Trapani 30 gennaio 2007
Trib. Genova 5 aprile 2007
Trib. Foggia 11 aprile 2007
Trib. Genova 14 maggio 2007

Trib. Rossano Calabro 4 giugno 2007
Trib. Rossano Calabro 13 giugno 2007
Trib. Bologna 26 luglio 2007
Trib. Perugia 21 settembre 2007
Trib. Trapani 2 dicembre 2008
Trib. Foggia 5 novembre 2009
Trib. Foggia 10 novembre 2009
Trib. Siena 23 novembre 2009
Trib. Napoli 8 marzo 2010
Trib. Vicenza 13 settembre 2010
Trib. Siena 27 settembre 2010
Trib. Siena 13 dicembre 2010
Trib. Trani 20 dicembre 2010
Trib. Firenze 3 gennaio 2011
Trib. Milano 14 gennaio 2011
Trib. Livorno 25 gennaio 2011
Trib. Treviso 28 gennaio 2011
Trib. Torino 2 marzo 2011
Trib. Firenze 7 marzo 2011
Trib. Genova 25 marzo 2011
Trib. Roma 17 maggio 2011
Trib. Roma 19 maggio 2011
Trib. Genova 24 maggio 2011
Trib. Trieste 28 maggio 2011
Trib. Trieste 31 maggio 2011
Trib. Napoli 16 giugno 2011
Trib. Voghera 1° luglio 2011
Trib. Roma 14 luglio 2011
Trib. Trani 18 luglio 2011
Trib. Bassano 26 agosto 2011
Trib. Bassano 31 agosto 2011
Trib. Trani 19 settembre 2011
Trib. Trento 27 settembre 2011
Trib. Trani 24 ottobre 2011
Trib. Parma 3 novembre 2011
Trib. Napoli 16 novembre 2011
Trib. Pisa 21 marzo 2012
Trib. Roma 2 maggio 2012
Trib. Lamezia Terme 30 maggio 2012
Trib. Napoli 13 giugno 2012
Trib. Forlì 27 giugno 2012
Trib. Firenze 20 novembre 2012
Trib. Aosta 3 gennaio 2013
Trib. Napoli 2-15 gennaio 2013

Trib. Napoli 15 febbraio 2013
Trib. Lucca 10 aprile 2014
Trib. Napoli 21 gennaio 2015

CONSIGLIO DI STATO

Consiglio di Stato 31 agosto 1992, n. 146
Consiglio di Stato 30 novembre 1992, n. 2
Consiglio di Stato 3 novembre 1998, n. 1419
Consiglio di Stato 13 maggio 2011, nn. 2928, 2929, 2930, 2931

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

TAR Lombardia 13 dicembre 1997, n. 2198 e n. 2199
TAR Lombardia 9 marzo 2000, n. 1869
TAR Veneto 19 ottobre 2007, n. 3442
TAR Lazio 30 maggio 2008, n. 5285 e n. 5288

INDICE DELLE ABBREVIAZIONI

ADL/Arg. dir. lav. – *Argomenti di diritto del lavoro*
CESRI – *Centro Europeo Studi e Ricerca sull'Impresa*
D&G – *Diritto e Giustizia*
D&L – *Rivista critica di diritto del lavoro*
Dir. lav. – *Diritto del lavoro*
Dir. lav. merc. – *Diritti lavori e mercati*
DLRI – *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*
DML – *Diritto del mercato del lavoro*
DRI/Dir. rel. ind/ *Diritto delle relazioni industriali*
Dir. prat. lav. – *Diritto e pratica del lavoro*
Dir. Un. Eur. – *Diritto dell'Unione Europea*
Enc. Dir. – *Enciclopedia del Diritto*
Foro it. – *Foro italiano*
GDir – *Guida al Diritto*
Giorn. dir. lav. rel. ind. – *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*
Giornale dir. amm. – *Giornale di diritto amministrativo*
GL/Guida Lav. – *Guida al lavoro*
Giur. Cost. – *Giurisprudenza Costituzionale*

Giur. it. – *Giurisprudenza italiana*
LD/Lav. dir – *Lavoro e diritto*
LG/Lav. giur. – *Il lavoro nella giurisprudenza*
Lav. pubbl. amm.- *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*
MGL – *Massimario della giurisprudenza del lavoro*
Quaderni dir. lav. relazioni ind. – *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*
RDC – *Rivista di diritto civile*
RGL – *Rivista giuridica del lavoro*
RIDL/Riv. it. dir. lav. – *Rivista italiana di diritto del lavoro*
Riv. dir. internaz. – *Rivista di diritto internazionale*
Riv. giur. lav. – *Rivista giuridica del lavoro*
Riv. Giur. Lav. Prev. Soc. – *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*
Riv. trim. dir. proc. civ. – *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*
WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – *Working Paper del Centro Studi sul Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”*