

Vincenzo Cerulli Irelli

Roma – Sala Protomoteca del Campidoglio

4 febbraio 2004

Il contratto di lavoro a termine nella P.A., dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/01

Emerge nella più recente esperienza delle nostre pubbliche amministrazioni il fenomeno, che ha raggiunto dimensioni veramente abnormi, dell'utilizzo di personale precario mediante assunzione attraverso contratti a termine successivamente reiterati. Questo fenomeno soprattutto nelle dimensioni che ha assunto, appare veramente scandaloso dal punto di vista del funzionamento dell'amministrazione anche per l'intento di evidente elusione della normativa vigente. Peraltro esso è altresì in contrasto con il principio costituzionale del buon andamento che regge tutta l'attività delle amministrazioni pubbliche. Possiamo, in termini molto generali, ricordare che l'applicazione del principio impone che ad ogni necessità organizzativa della pubblica amministrazione si faccia fronte con mezzi adeguati, nei limiti delle disponibilità dell'ente. Per quanto riguarda il personale, questo principio impone che ad ogni esigenza organizzativa dell'ente si faccia fronte attraverso rapporti di lavoro che, nella durata, nei contenuti e in ogni altro loro carattere, corrispondano alle esigenze stesse.

Peraltro, non si può certo ignorare che lo stesso art. 97 Cost. prescrive che siano determinate *“le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”*. In conseguenza, appare pacifico affermare che, in via di principio, rapporti di lavoro a termine con le pubbliche amministrazioni possano essere ammessi soltanto laddove essi servano per far fronte ad esigenze organizzative temporanee delle amministrazioni stesse.

Con riferimento a questi principi, si pone il problema dell'applicazione del d.lgs n. 368/01 ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Questo decreto, attuativo della direttiva 1999/70/CE, prevede - tra l'altro - una disciplina della proroga dei contratti a tempo determinato, ammessa una sola volta e limitata ad una durata complessiva del rapporto non superiore a tre anni (art. 4). E prevede altresì che la continuazione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine prorogato comporta, per un certo numero di giorni, una retribuzione maggiorata e, successivamente, la trasformazione del contratto a tempo indeterminato (art. 5).

La *ratio* della norma è molto semplice, e si basa sugli stessi principi appena indicati. Se il rapporto di lavoro serve per far fronte ad esigenze temporanee dell'impresa o dell'organizzazione, è giustificato che esso abbia una durata temporanea, sia cioè a tempo determinato. E di tale durata è lo stesso legislatore a fissare la definizione. Ma se il rapporto di lavoro serve per far fronte ad esigenze non temporanee ma permanenti o durature dell'impresa o dell'organizzazione, allora esso deve avere una durata illimitata, essere cioè a tempo indeterminato. Lo stesso legislatore stabilisce il punto limite al di là del quale, una volta espletate le proroghe, questa trasformazione avviene.

Orbene, che questa disciplina sia applicabile ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni non sembra vi siano dubbi, almeno in principio, perché essa è del tutto conforme ai principi costituzionali in materia di organizzazione amministrativa sopra ricordati, secondo i quali ad ogni bisogno dell'ente deve farsi fronte con mezzi adeguati, privilegiando sempre ed in ogni caso un sistema che assicuri *“le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”*.

Si pone tuttavia il problema se non vi siano nell'ordinamento specifiche norme di divieto che ostacolino l'applicazione di questa disciplina ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni: norme tali da prevalere rispetto all'abrogazione di *“tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili”* con il cit. d. 368/01 (art. 11).

Sul punto, si ricorda che l'art. 36 del d.lgs. 30.3.2001 n. 165 (Testo Unico delle disposizioni sugli impiegati civili dello Stato) prevede, in conformità al nuovo ordinamento privatizzato del pubblico impiego, che le pubbliche amministrazioni,

"nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale [art. 35] (...) si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa". E lo stesso articolo dispone poi che "la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni" .

In sostanza, la norma da una parte richiama l'applicazione ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni della normativa civilistica sulle forme contrattuali flessibili (nella quale sicuramente è compreso il citato decreto legislativo n. 368/01); d'altra parte ribadisce l'esigenza che le forme di reclutamento del personale pubblico debbano restare quelle disciplinate dalla normativa pubblicistica che lo stesso Testo Unico, come noto, riassume all'art. 35. Ciò significa che questa disciplina deve essere applicata per ogni tipo di assunzione nell'ambito delle pubbliche amministrazioni sia a tempo determinato che indeterminato. E laddove essa sia stata violata, in nessun caso il rapporto di lavoro può consolidarsi.

Perciò, la norma di divieto, sul punto che ci interessa, anche ai sensi del cit. art. 36, sta in ciò, che la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non può avvenire partendo da un rapporto di lavoro, del tutto precario, non instaurato in base alle procedure di reclutamento prescritte.

Peraltro, questo principio è assolutamente pacifico e sanzionato, come noto, nello stesso articolo 97 Cost.: *"agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge"* (adesso, art. 35 cit.). E la Corte costituzionale, con la recente sentenza 27.3.2003 n. 89, spesso citata a sproposito, proprio con riferimento al citato art. 36 del T.U., ribadisce che *"il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello (...) dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma della Costituzione"*. E' proprio su questo punto, sottolinea esattamente la Corte, che il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni pur privatizzato, si differenzia dal

rapporto di lavoro privato. La disciplina sostanziale è la medesima, salvo marginali deroghe, ma la disciplina dell'accesso resta differenziata. L'accesso avviene mediante procedimenti amministrativi, retti da una disciplina pubblicistica e sottoposti al regime amministrativo (sul punto, cfr., per tutte, Corte di Cassazione, S.U., 15.10.2003 n. 15403, secondo la quale "*nelle controversie relative al personale dipendente delle Pubbliche amministrazioni, la materia dei pubblici concorsi, dalla emanazione del bando fino all'approvazione della graduatoria, è devoluta al giudice amministrativo*" e tale giurisdizione si estende non "*solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore*").

In conclusione, su questo punto possiamo affermare che la citata disciplina di cui al d.lgs. 368/01 sia applicabile alle pubbliche amministrazioni nei limiti indicati. Cioè possono essere trasformati in rapporti di lavoro a tempo indeterminato soltanto quei rapporti a tempo determinato che si sono instaurati sulla base di procedure di reclutamento selettive disciplinate dallo stesso T.U. (art. 35).

Ma la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come le stesse operazioni di reclutamento del personale per l'instaurazione di rapporti di lavoro a tempo determinato, in quanto tale, deve ovviamente trovare precise motivazioni con riferimento ad esigenze organizzative proprie dell'ente. Esigenze che debbono essere esplicitate e dimostrate e in nessun caso l'operazione può essere giustificata ove queste esigenze non risultino.

Tutta l'attività delle pubbliche Amministrazioni, anche quella di carattere organizzativo, dev'essere motivata in base a ragioni di interesse pubblico.

L'operazione in oggetto cioè, non può essere frutto del caso ovvero, che è lo stesso, del mero trascorrere del tempo. Ciò certamente darebbe luogo a fattispecie di responsabilità in capo agli amministratori. Insomma, l'operazione di trasformazione di questi rapporti mediante l'applicazione del citato articolo 5, come anche la proroga degli stessi nei limiti consentiti dalla norma (art. 4), deve

essere oggetto di specifica deliberazione degli organi responsabili dell'ente sottoposta alle verifiche e ai controlli previsti per gli atti amministrativi, secondo la differente disciplina degli enti di cui si tratta.

Da ultimo, è opportuno notare che appaiono in contrasto con questi principi, e perciò illegittime, deliberazioni di enti pubblici, di cui si ha notizia, con le quali nel dichiarato intento di eludere la normativa sopra citata, si dispone l'interruzione di determinati rapporti per poi riprenderli successivamente, al fine di impedirne la trasformazione in rapporti a tempo indeterminato.

In questi casi, in sostanza, a dimostrate esigenze di stabili prestazioni di lavoro da parte dell'ente, si fa fronte non con l'instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, come previsto dalla norma sulla base dei suindicati principi, ma rinnovando via via nel tempo, salve brevi interruzioni necessarie ad eludere l'applicazione della norma, i rapporti di lavoro con le medesime persone.

Il contrasto con i principi costituzionali è palese e non è da escludere l'applicabilità, a questo tipo di azioni da parte degli amministratori degli enti, di norme penali incriminatrici.