



15 APRILE 2020

# Stabilizzazione nel pubblico impiego e applicabilità alle società pubbliche

di Antonino Mazza Labocetta  
Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria

# Stabilizzazione nel pubblico impiego e applicabilità alle società pubbliche<sup>\*</sup>

**di Antonino Mazza Labocchetta**

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria

**Abstract (It):** Individuato il quadro della normativa rilevante in materia di superamento del precariato nella pubblica amministrazione, il lavoro si sofferma sull'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, che individua due procedure di stabilizzazione rispettivamente disciplinate al comma 1 e al comma 2. Benché si tratti di procedure diverse, il legislatore si limita nell'uno e nell'altro caso a stabilire i presupposti della stabilizzazione, senza tuttavia esplicitare il criterio cui l'amministrazione deve attenersi per individuare il percorso da seguire. Il lavoro si propone di dimostrare che la procedura disciplinata dal comma 2 è *subsidiaria* rispetto a quella disciplinata dal comma 1, in quanto quest'ultima, a differenza della prima, prevede, tra i suoi presupposti, che il personale sia stato assunto, sia pur a tempo determinato, all'esito di procedure concorsuali. Infine, il lavoro delimiterà il perimetro delle «amministrazioni pubbliche» per verificare se possa stabilizzarsi il personale che abbia svolto la propria attività presso società a partecipazione pubblica.

**Abstract (En):** Having identified the framework of the relevant legislation on overcoming precariousness in the public administration, the work focuses on art. 20 of Legislative Decree n. 75 of 2017, which identifies two stabilization procedures respectively governed by paragraph 1 and paragraph 2. Although these are different procedures, the legislator is limited in both cases to establishing the conditions for stabilization, without however specifying the criterion that the administration must follow to identify the path to follow. The work aims to demonstrate that the procedure governed by paragraph 2 is *subsidiary* to that governed by paragraph 1, since the latter, unlike the former, provides, among its assumptions, that the staff has been hired, albeit fixed-term, following the outcome of bankruptcy proceedings. Finally, the work will delimit the perimeter of the "public administrations" to verify whether the personnel who have carried out their activity in publicly owned companies can stabilize.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Il quadro normativo. 3. Il fenomeno del precariato nel pubblico impiego. 4. La regola del pubblico concorso. 5. La Corte di giustizia sul caso *Mascolo*. L'esigenza di un argine ai contenziosi. 6. La "via di fuga" della stabilizzazione. 7. Superamento del lavoro precario e rapporto di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione. 8. Lavoro flessibile e pubblico impiego. 9. La gestione del fabbisogno del personale. 10. I due canali della stabilizzazione previsti dall'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017. 11. Il perimetro dell'amministrazione pubblica. 12. Le società a partecipazione pubblica come datori di lavoro. 13. Le società partecipate e l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017. 14. Conclusioni.

## 1. Premessa

L'art. 20 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 detta norme per il superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni. E a questo scopo individua due procedure: una disciplinata dal comma 1 e l'altra dal comma 2. La prima consente alle pubbliche amministrazioni di assumere nel triennio 2018-2021 il

---

<sup>\*</sup> Articolo sottoposto a referaggio. Il testo riproduce l'intervento al Convegno "Ripensare o rinnovare le formazioni sociali? Legislatori e giudici di fronte alle sfide del pluralismo sociale nelle democrazie contemporanee" (Catania, 24-25 maggio 2019) ed è destinato ai relativi Atti.

personale non dirigenziale in possesso di determinati requisiti<sup>1</sup>, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e con l'indicazione della relativa copertura. Sempre nel triennio 2018-2021, la seconda prevede, invece, l'espletamento di procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale in possesso dei requisiti previsti<sup>2</sup>, ferme restando la coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e la copertura finanziaria.

Entrambe le procedure mirano a ridurre il ricorso a contratti a termine ed a valorizzare la professionalità acquisita dal personale assunto nelle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo determinato. E, però, com'è evidente, la seconda procedura, a differenza della prima, prevede il ricorso a prove concorsuali che garantiscano l'accesso dall'esterno, riservando non più del cinquanta per cento dei posti disponibili al personale precario.

L'art. 20 non esplicita il criterio cui le amministrazioni debbono attenersi per individuare il percorso da seguire, nel senso che non precisa quando e in che limiti le amministrazioni che procedono al superamento del precariato debbano ricorrere alla procedura di cui al comma 1 ovvero a quella di cui al comma 2. Né lo chiarisce la circolare n. 3 del 2017 della Funzione pubblica, che definisce le disposizioni appena richiamate come «i due pilastri portanti della possibilità che hanno le amministrazioni di avviare procedure di reclutamento speciale transitorio per il triennio 2018-2020»<sup>3</sup>.

Inoltre, l'art. 20, alla lett. *b*) del comma 1, si riferisce a personale assunto all'esito di «procedure concorsuali» con «contratti a tempo determinato», mentre alla lett. *a*) del comma 2, parla di personale che «risulti titolare» di un «contratto di lavoro flessibile», lasciando così immaginare che il legislatore abbia voluto marcare una differenza tra i due percorsi.

Per quanto qui rileva, la norma prevede, infine, che le procedure di stabilizzazione si applichino al personale assunto, a seguito di procedure concorsuali, con contratti a tempo determinato dall'amministrazione che procede all'assunzione o da *altra* amministrazione<sup>4</sup>.

Detto questo, il lavoro intende verificare su quali criteri poggia l'attivazione della procedura prevista dal comma 1 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017 e di quella prevista dal successivo comma 2, e prova a dimostrare che la seconda è *sussidiaria* rispetto alla prima, sia perché il comma 1 prevede, tra i presupposti della stabilizzazione, l'assunzione, seppure a tempo determinato, all'esito di «procedure concorsuali» sia

<sup>1</sup> Come vedremo, sono i requisiti previsti alle lettere da *a*) a *d*) del comma 1 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2020

<sup>2</sup> Si rinvia al comma 2, lett. *a*) e *b*) dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2020.

<sup>3</sup> Il termine finale del 2020 è stato prorogato al 2021 dall'art. 1 del d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8.

<sup>4</sup> In letteratura G. MELIS, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 911 ss.; C. DE MARCO, *La nuova disciplina sull'utilizzo dei contratti flessibili nelle pubbliche amministrazioni e le nuove regole per le stabilizzazioni del personale precario*, in *Giur. it.*, 2018, 999 ss.; M. D'APONTE, *Razionalizzazione della spesa pubblica e stabilizzazione dei precari nella pubblica amministrazione: le ragioni di un equivoco*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, I, 575; G. FONTANA, *I co.co.co. nella pubblica amministrazione: scompariranno davvero?*, *ivi*, 2015, I, 413 ss..

perché il comma 2 fa riferimento - in via, per così dire, residuale – alla più ampia platea dei dipendenti variamente assunti con una delle diverse forme di lavoro flessibile. La conseguenza è che anche la differenza terminologica tra «contratto a tempo determinato» e «contratto di lavoro flessibile» condiziona la scelta dell'una o dell'altra procedura<sup>5</sup>.

Il lavoro si propone, in conclusione, di verificare quale sia il perimetro dell'*amministrazione* legittimata ad assumere a tempo indeterminato, ai sensi del menzionato art. 20, tenuto conto che quello di amministrazione è concetto notoriamente poliforme a motivo del pluralismo soggettivo che caratterizza la pubblica amministrazione.

## 2. Il quadro normativo

Con legge 7 agosto 2015, n. 124 il Governo Renzi ha inteso imprimere una spinta riformista all'azione di ridisegno delle amministrazioni pubbliche<sup>6</sup>. Il progetto è molto ampio<sup>7</sup>. La legge prevede, infatti, deleghe

---

<sup>5</sup> Parrebbe escluderlo la circolare n. 1 del 2018 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione<sup>5</sup>, che intende il richiamo al contratto a tempo determinato come un richiamo «in senso ampio ovvero comprensivo delle diverse tipologie di contratto flessibile poste in essere dall'amministrazione», così valorizzando «la portata sostanziale della formulazione normativa che, difatti, non circoscrive il servizio prestato alla tipologia del contratto a tempo determinato».

<sup>6</sup> La legge contiene «Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni». Sul punto v. Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che risponde alla richiesta di parere (nota n. 365 del 28 febbraio 2017 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e pubblica amministrazione) sullo schema di decreto legislativo recante «Modifiche ed integrazioni al Testo Unico del pubblico impiego, di cui al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, comma 1, lettera a) e 2, lettere b), c) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l), m), n), o), q), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

In particolare, per quanto qui interessa, l'art. 17, comma 1, lett. a), della legge n. 124 del 2015, impone di prevedere «nelle procedure concorsuali pubbliche [di] meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionalità acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici e ferma restando, comunque, la garanzia di un adeguato accesso dall'esterno»; Corte cost., 25 novembre 2016, n. 251, in *Giur. cost.*, 6, 2195; C. CALVIERI, *La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope ... allo specchio*, in *Ass. it. cost.*, n. 1/2017; B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621; S. BATTINI, *Le norme sul personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 645 ss.; A. BELLAVISTA – M. BARBIERI, *Introduzione. Una riforma senz'anima*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, 474; A. VISCOMI, *Lavoro pubblico: cose fatte, disfatte e da fare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, 209 ss.; A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, *ivi*, 2014, 233 ss.; R. RICCI, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, *ivi*, 2014, 461 ss.; A. VISCOMI, *La riforma dell'Amministrazione del Governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, *ivi*, 477; G. D'ALESSIO – L. ZOPPOLI, *Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in [www.astrid.it](http://www.astrid.it); D. NOCILLA, *Sui rapporti tra definizione dell'oggetto della delega legislativa e formulazione dei principi e criteri direttivi*, in *Giur. cost.*, 2014, 3755;

<sup>7</sup> Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, *cit.*, osserva che «L'intervento normativo, come emerge dalla relazione AIR, si inserisce in un più vasto programma di modernizzazione e razionalizzazione della pubblica amministrazione finalizzato al potenziamento del livello di efficienza degli uffici pubblici e dei dipendenti pubblici» e cerca, in particolare, di superare, tra le altre criticità, quella legata all'«a) eccessivo ricorso a contratti flessibili/precari nelle pubbliche amministrazioni; [...]». La relazione AIR indica tra gli obiettivi di medio/lungo periodo «a) il superamento del precariato presso le pubbliche amministrazioni; b) il ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche a contratti flessibili come

che riguardano le «Semplificazioni amministrative», l'«Organizzazione», il «Personale» e la «Semplificazione normativa»<sup>8</sup>.

All'interno del Capo IV l'art. 17, rubricato «Riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni», contiene, tra le altre, la delega al Governo a prevedere nelle procedure concorsuali pubbliche meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da chi ha avuto rapporti di lavoro flessibile con le pubbliche amministrazioni (comma 1, lett. a) e a disciplinarne le forme, individuando limitate e tassative fattispecie compatibili con la peculiarità del rapporto di lavoro pubblico e con le sue esigenze organizzative e funzionali, anche al fine di prevenire il precariato (comma 1, lett. d).

In forza delle deleghe appena menzionate, con d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 il Governo ha riscritto, da un lato, l'art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (art. 9), modificandone anche la rubrica<sup>9</sup>, e, dall'altro, ha stabilito le procedure di superamento del precariato, di riduzione dei contratti di lavoro a termine e di valorizzazione della professionalità acquisita dal personale che ha avuto rapporti di lavoro a tempo determinato con le pubbliche amministrazioni (art. 20).

L'art. 9, comma 1, mettendo in primo piano il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ribadisce la centralità della persona umana nel rapporto di pubblico impiego<sup>10</sup>. Tuttavia, dalla centralità della persona umana la norma, al comma 2, sembra ripiegare sul ruolo delle amministrazioni pubbliche. E, al fine di allargare gli spazi di «agibilità», consente loro di utilizzare forme di lavoro flessibile, pur nei rigidi limiti previsti dalla legge delega. Delega che impone di individuare forme di lavoro flessibile

---

extrema ratio, percorribile solo laddove non sia possibile far fronte alle ordinarie esigenze di servizio mediante il personale di ruolo; [...]». Il superamento del precariato, negli obiettivi del legislatore, va perseguito «m) [...] anche mediante l'assunzione a tempo indeterminato del personale non dirigenziale che abbia prestato servizio con contratti a tempo determinato» e n) [...] anche mediante l'assunzione a tempo indeterminato del personale non dirigenziale che abbia prestato servizio con contratti di lavoro flessibile», con ciò evidenziando una differenza tipologica tra «lavoro a tempo determinato» e «lavoro flessibile». Il Consiglio di Stato, valutando sul piano generale le modifiche della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, le inquadra «nel disegno di più ampio respiro perseguito dal legislatore delegante di riorganizzazione, razionalizzazione e ammodernamento della pubblica amministrazione». La direzione è quella di «dare piena ed effettiva attuazione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento [...] in una prospettiva non meramente organizzativa e quindi statica, ma finalmente dinamica ed operativa, volta cioè ad evidenziare, per un verso, il ruolo primario dei cittadini e delle imprese e, per altro verso, il ruolo servente della pubblica amministrazione e – per quanto riguarda in particolare l'oggetto dello schema in esame – dei dipendenti pubblici rispetto al perseguimento dei bisogni dei cittadini e delle imprese e quindi degli interessi pubblici, generali e/o particolari».

<sup>8</sup> A ciascuno dei quattro ambiti di intervento la legge n. 124 del 2015 dedica un Capo. Sull'azione del Governo Renzi si rinvia a A. BOSCATI, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, cit., 233 ss.; A. VISCOMI, *La riforma dell'Amministrazione del Governo Renzi. Note brevi per una lettura del ddl 1577*, cit., 477 ss..

<sup>9</sup> Oggi la rubrica è intitolata «personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile», in luogo del precedente «utilizzo dei contratti di lavoro flessibile».

<sup>10</sup> Previsione già contenuta nell'art. 3, comma 79 della l. n. 244 del 2007, rimasta invariata nell'art. 49 della l. n. 133 del 2008.

«limitate» e «tassative» e di non autorizzarne l'utilizzo se non per «comprovate esigenze di carattere temporaneo ed eccezionale», nel rispetto delle condizioni e modalità stabilite dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001. L'art. 9 in discorso, dopo aver espressamente “nominato” i contratti di lavoro flessibile (contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione a tempo determinato), rinvia genericamente alle «forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa», ma ne comprime l'utilizzo, dovendo tali forme contrattuali assoggettarsi ai limiti e alle modalità in cui possono essere applicate alle pubbliche amministrazioni<sup>11</sup>.

L'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, in attuazione della delega contenuta nell'art. 17, comma 1, lett. a), sopra menzionato, prevede due procedure per superare il precariato nelle pubbliche amministrazioni. Il comma 1 consente alle amministrazioni, nel rispetto del piano triennale dei fabbisogni, di assumere a tempo indeterminato, nel triennio 2018/2020, personale non dirigenziale che i) risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015<sup>12</sup> con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione; ii) sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione; iii) abbia maturato, al 31 dicembre 2017, alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni. Il comma 2 consente alle amministrazioni, sempre nel triennio 2018/2020<sup>13</sup>, di bandire concorsi riservati, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili e nel rispetto del piano triennale dei fabbisogni (*infra*), a personale inquadrato in qualifica non dirigenziale, che i) risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; ii) abbia maturato alla data del 31 dicembre 2017 almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

Ai sensi dell'art. 20, comma 3, le pubbliche amministrazioni, nel triennio 2018-2020, «ferme restando le norme di contenimento della spesa di personale» e «ai soli fini di cui ai commi 1 e 2», possono elevare gli ordinari limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato previsti dalle norme vigenti, «al netto delle risorse destinate alle assunzioni a tempo indeterminato per reclutamento tramite concorso pubblico, utilizzando a tal fine le risorse previste per i contratti di lavoro flessibile, nei limiti di spesa di cui all'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 20 luglio 2010, n. 122,

<sup>11</sup> Limiti e modalità che impongono di comprovare le esigenze temporanee o eccezionali che legittimano il ricorso alle forme di lavoro flessibile.

<sup>12</sup> La legge è entrata in vigore il 28 agosto 2015.

<sup>13</sup> Il termine finale, come si è evidenziato *supra*, è stato prorogato al 2021.

calcolate in misura corrispondente al loro ammontare medio nel triennio 2015-2017 a condizione che le medesime amministrazioni siano in grado di sostenere a regime la relativa spesa di personale previa certificazione della sussistenza delle correlate risorse finanziarie da parte dell'organo di controllo interno di cui all'art. 40-*bis*, comma 1, e che prevedano nei propri bilanci la contestuale e definitiva riduzione di tale valore di spesa utilizzato per le assunzioni a tempo indeterminato dal tetto di cui al predetto art. 9, comma 28»<sup>14</sup>.

Fino al termine delle procedure previste ai citati commi 1 e 2 dell'art. 20, è fatto divieto alle amministrazioni interessate di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile di cui all'art. 9, comma 28, del decreto legge n. 78 del 2010 per le professionalità interessate dalle predette procedure (comma 5 dell'art. 20)<sup>15</sup>. Le amministrazioni possono, però, prorogare i corrispondenti rapporti di lavoro flessibile con i soggetti che partecipano alle procedure di stabilizzazione, fino alla loro conclusione, nei limiti delle risorse disponibili ai sensi dell'art. 9, comma 28, del decreto legge n. 78 del 2010 (comma 8 dell'art. 20)<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> I Comuni che non abbiano rispettato i vincoli di finanza pubblica negli anni 2012/2016 non possono attuare il piano straordinario di assunzioni. Le Regioni a statuto speciale e gli enti territoriali compresi nel loro ambito possono stabilizzare i lavoratori assunti a tempo determinato che siano in possesso dei requisiti previsti dalla norma, elevando ulteriormente i limiti finanziari per le assunzioni a tempo indeterminato anche mediante l'utilizzo di risorse appositamente individuate con legge regionale derivanti da misure di revisione e razionalizzazione della spesa e certificate dagli organi di controllo interno; tuttavia, l'attuazione del piano deve risultare compatibile con il raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica.

<sup>15</sup> Tale norma non si applica agli enti pubblici di ricerca di cui al d.lgs. 25 novembre 2016, n. 218. Per tali enti il comma 2 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 si applica anche ai titolari di assegni di ricerca in possesso dei requisiti previsti.

<sup>16</sup> Sul punto è bene rammentare che l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 richiama il d.lgs. n. 368 del 2001, applicabile al rapporto di pubblico impiego, che prevede che il contratto di lavoro a tempo determinato può essere prorogato solo quando la durata iniziale sia inferiore a tre anni. La proroga è ammessa una sola volta, a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. In ogni caso, la durata complessiva del rapporto a termine non può essere superiore a tre anni.

Lo stesso d.lgs. n. 368 del 2001, all'art. 5 comma 4-*bis*, prevede eccezionalmente la possibilità di prorogare il contratto oltre il limite massimo dei 36 mesi mediante un'apposita procedura negoziale che coinvolge datore di lavoro e parti sindacali. A tale ipotesi (c.d. proroga ordinaria) si aggiunge ora quella prevista dal d.l. n. 101 del 2013 (c.d. proroga finalizzata), disposta al fine di consentire la conclusione delle procedure di reclutamento speciale transitorio. La proroga "finalizzata" (art. 4, comma 9, del d.l. n. 101 del 2013) consente alle amministrazioni la proroga oltre il limite massimo dei 36 mesi dei rapporti di lavoro a termine dei soggetti interessati alle procedure di reclutamento speciale transitorio fino al completamento delle stesse e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2016, al ricorrere dei seguenti presupposti: a) previsione nella programmazione del fabbisogno relativa al quadriennio dell'avvio di procedure concorsuali di reclutamento speciale (sia secondo la normativa a regime, sia secondo la procedure transitorie previste dal d.l. n. 101 del 2013; b) rispetto dei vincoli finanziari previsti dalla normativa vigente in materia di controllo della spesa del personale e assunzioni a tempo determinato e dei divieti di assunzione che scaturiscono in via sanzionatoria (art. 1, comma 557, della l. n. 296/2007 e art. 76, comma 7, del d.l. n. 112 del 2008; c) rispetto 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 del 2010, convertito con modificazioni dalla l. n. 122 del 2010, fatte salve le deroghe previste dalla legge; d) proroga nei confronti di coloro che alla data del 30 ottobre 2013 abbiano maturato almeno tre anni di servizio alle proprie dipendenze; e) coerenza con il proprio effettivo fabbisogno, con le risorse finanziarie disponibili e con i posti in dotazione organica vacanti indicati nella programmazione triennale, anche alla luce delle cessazioni dal servizio che si prevede si verifichino nel corso del quadriennio. Le proroghe "non finalizzate", disposte cioè senza avviare il reclutamento speciale, sono contrarie alle disposizioni previste dal decreto legge.

Per espressa previsione legislativa sono esclusi dal processo di stabilizzazione i lavoratori che abbiano svolto la propria attività presso le pubbliche amministrazioni con contratto di somministrazione (art. 20, comma 9). Sono, inoltre, esclusi dal reclutamento previsto dall'art. 20 il personale docente, educativo ed amministrativo, tecnico e ausiliario assunto dalle amministrazioni scolastiche ed educative scolastiche, ed il personale sanitario<sup>17</sup>. Quanto al personale delle istituzioni scolastiche, i dubbi di disparità di trattamento sono stati affrontati dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 187 del 2016<sup>18</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, nella parte in cui autorizza il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili, senza che ragioni obiettive lo giustificino e in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro. Pur responsabile lo Stato italiano per violazione del diritto UE come stabilito dalla sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia, il conseguente illecito è stato "cancellato" per il personale con la previsione di «serie di indiscutibili chances di immissione in ruolo», offerte dal piano straordinario di assunzioni cui è stato autorizzato il MIUR. Quanto al personale ATA, non coinvolto dal piano, il ristoro adeguato è garantito dall'applicazione della misura ordinaria del risarcimento del danno.

### 3. Il fenomeno del precariato nel pubblico impiego

Non è nuovo il fenomeno del precariato nel pubblico impiego. Già in passato il legislatore l'aveva affrontato<sup>19</sup>. Pur non essendo questa la sede per la ricostruzione storica della sua vicenda, non è

---

Ove non vi siano le condizioni finanziarie e i posti in pianta organica per il reclutamento speciale transitorio previsto dal d.l. n. 101 del 2013, la durata massima dei contratti a tempo determinato nelle amministrazioni pubbliche rientra nel regime ordinario previsto dal d.lgs. n. 368 del 2001, anche con riferimento ai possibili spazi di proroga oltre il limite massimo dei tre anni. Resta applicabile, in questo caso, l'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 che eccezionalmente consente la proroga oltre il limite massimo di 36 mesi, previa la stipula di contratti collettivi a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In tali ipotesi, infatti, rimane applicabile la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 che eccezionalmente consente la proroga oltre il limite massimo di 36 mesi previa la stipula di contratti collettivi a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

<sup>17</sup> È, inoltre, previsto che fino all'adozione del regolamento di cui all'art. 2, comma 7, lett. e), della legge 21 dicembre 1999, n. 508, le disposizioni di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 non si applichino alle Istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica.

<sup>18</sup> Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 1375.

<sup>19</sup> In dottrina M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, 1978, 268 ss.; L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro a termine nell'alternativa tra uso rigido o flessibile della forza lavoro: un «modello normativo» da superare?*, in AIDLASS (a cura di), *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio, Sorrento, 14-15 aprile 1978, Milano, 9; G. D'AURIA, *Impiego a termine con amministrazioni dello Stato, tutela urgente dei dipendenti e considerazioni sulla possibile conversione dei rapporti precari in rapporti a tempo determinato*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1987, II, 371; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P. VARESI – M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Milano, 1990, 227 ss.; F. CORSO, *Tipologia di personale al servizio dell'amministrazione italiana*, in *Lav. dir.*, 1994, 223; M.L. DE MARGHERITI, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in

inopportuno dedicarvi alcune osservazioni, non foss'altro che per evidenziare come le «“informate” fuori sacco»<sup>20</sup> di personale abbiano messo in “tensione” il nostro sistema amministrativo fin dagli anni della formazione dello Stato unitario. Fu la legge Giolitti-Orlando del 1908 sullo stato giuridico degli impiegati ad imporre formalmente il concorso per l'accesso al rapporto di pubblico impiego, ma è pur vero che da qui iniziò una «lunga serie di eccezioni» che, attraversando il periodo fascista, si spinse ben oltre l'avvento dell'Italia repubblicana, a dispetto della chiara norma costituzionale recata, com'è a tutti noto, dall'art. 97, comma 4, Cost.: «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge»<sup>21</sup>.

Non è che il legislatore non avesse tentato nel tempo di contenere il precariato. Ma lo sforzo si è sempre rivelato inefficace, tanto da portare nel 1937 a definire addirittura uno statuto del personale avventizio (regio decreto legge 4 febbraio 1937, n. 100<sup>22</sup>). Dopo la seconda guerra mondiale le esigenze della ricostruzione imposero una serie di deroghe al divieto di assunzione di personale non di ruolo, pur decisamente stabilito con d.lgs. c.p.s. n. 207 del 1947. Deroghe che portarono ad una graduale stabilizzazione del precariato di bassa fascia tramite una riserva di un sesto dei posti da mettere a concorso nei quattro anni successivi.

Il fenomeno si trascinò fino agli anni Sessanta del '900 per le più varie motivazioni<sup>23</sup>. Particolare attenzione meritano, da un lato, il d.P.R. n. 262 del 1948, che prevede la costituzione di «ruoli speciali transitori» a beneficio di quanti, tra i dipendenti non di ruolo, vantassero un «periodo di servizio lodevole e ininterrotto», e, dall'altro, il d.P.R. n. 448 del 1955 che riaprì i termini per l'inserimento nei ruoli speciali al fine di dare «una nuova “sistemazione di talune situazioni del personale in servizio”». La spinta sindacale portò poi a due leggi – una del 1959, la c.d. legge Pitzalis, e l'altra del 1961, la c.d. legge Fanfani – che, come osserva la dottrina, condussero alla promozione a ruolo aperto nelle prime tre qualifiche di ogni carriera e a quella in soprannumero alle qualifiche finali delle tre carriere inferiori e alla qualifica di ispettore generale della carriera direttiva<sup>24</sup>.

---

*Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 23, 122 ss.; L. MENGHINI, *Il contratto a tempo determinato*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di) *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Torino, 2004, 558-570.

<sup>20</sup> Così G. MELIS, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, cit., 911 ss., definisce «la sistemazione del personale avventizio privo di titoli» all'interno dell'amministrazione pubblica, senza passare da un concorso.

<sup>21</sup> G. MELIS, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, cit., 911.

<sup>22</sup> Sul finire dell'Ottocento ed anche nel primo ventennio del Novecento il legislatore aveva tentato - inutilmente - di porre un argine al fenomeno del precariato (v. le leggi 11 giugno 1897, n. 182 e 11 novembre 1923, n. 2359).

<sup>23</sup> Motivazioni sintetizzate da G. MELIS, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, cit., 911, derivanti «dalla più fervida fantasia legislativa». E qui l'A. ce ne offre un florilegio: «categorie protette, ex combattenti e reduci delle più varie provenienze, orfani e vedove di dipendenti deceduti in servizio, mutilati e invalidi civili e militari, vittime di disgrazie collettive, terremotati, profughi ...».

<sup>24</sup> G. MELIS, *Per l'amministrazione italiana è sempre sanatoria*, cit., 911.

La legge n. 775 del 1970, recante riassetto della normativa, abrogò tutte le disposizioni che nel decennio precedente avevano consentito assunzioni di personale straordinario, e, con successivo d.P.R. n. 276 del 1971, si tentò di contenere il fenomeno, limitando le assunzioni precarie ai c.d. «trimestrali», una categoria cioè di personale da assumere per esigenze stagionali e indilazionabili. Tuttavia, gli argini non tennero, e il legislatore fu costretto ad intervenire ancora al fine di operare la “sistemazione” del personale. Con decreto-legge n. 663 del 1979 furono prorogati i contratti di «decine di migliaia di unità di personale assunto senza concorso» con la legge n. 285 del 1977 (c.d. legge sull’occupazione giovanile), «fino alle prove d’idoneità per la definitiva immissione in ruolo».

Il quadro non cambiò molto negli anni ‘80. La legge n. 554 del 1988 e il d.P.C.M. n. 127 del 1989 si proposero di regolare il fenomeno, individuando le tipologie del personale da assumere con contratti a termine. Negli anni ‘90 l’art. 36<sup>25</sup> del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 vietò contratti a tempo determinato che avessero durata superiore ai tre mesi, pur in presenza di ragionevoli esigenze o necessità organizzative. L’attuale versione della norma (art. 36, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 consente alle pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di lavoro subordinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione a tempo determinato, nonché di avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell’impresa, «esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l’applicazione nelle amministrazioni pubbliche». Tali contratti non possono essere stipulati se non «per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall’art. 35». La norma aggiunge che i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato «possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all’art. 35, comma 1, lettera *b*), del presente articolo».

A fronte dell’art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il legislatore, con le finanziarie del 2007 e del 2008, si propose di assorbire quanto più possibile le sacche di precariato con una serie di disposizioni che avrebbero dovuto consentire di superare situazioni caratterizzate da meccanismi di provvista del personale non in linea con quanto previsto dall’art. 97 della Costituzione e con l’art. 35 del menzionato decreto. Si trattava di disposizioni di carattere eccezionale, perciò stesso di stretta interpretazione, che derogavano alle norme appena citate introducendo procedure di reclutamento speciale. Procedure dirette all’assunzione a tempo indeterminato di personale che aveva instaurato rapporti di lavoro a tempo

---

<sup>25</sup> Come modificato dall’art. 17 del decreto legislativo 23 dicembre 1993, n. 546.

determinato con la pubblica amministrazione e che, utilizzati per svolgere funzioni ordinarie, avevano, da un lato, accumulato esperienza e, dall'altro, maturato legittime aspettative<sup>26</sup>.

È su questi presupposti che il legislatore mise in moto un processo di stabilizzazione, proponendosi di sanare situazioni che, troppo a lungo sedimentatesi, avrebbero potuto generare contenziosi e, più in generale, situazioni di conflittualità non facilmente governabili<sup>27</sup>. La procedura di stabilizzazione avrebbe, invece, portato al reclutamento del personale precario in possesso dei requisiti previsti, nel rispetto del regime assunzionale vigente e nei limiti dei fabbisogni permanenti dell'amministrazione<sup>28</sup>. E si trattava di procedura di ampia portata, essendovi coinvolto il personale non dirigenziale, impegnato in modo reiterato in funzioni permanenti (e non esternalizzate) delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, delle agenzie, comprese quelle fiscali, degli enti pubblici non economici, degli enti di ricerca e degli enti e delle aziende elencate all'art. 75 del d.lgs. n. 165 del 2001<sup>29</sup>. La direttiva

---

<sup>26</sup> Su questi aspetti D. CAMPALTO, *Il pubblico impiego nella finanziaria 2007: la precarietà delle regole*, in *Com. d'Italia*, 2007, 33; A. POZZI, *La stabilizzazione dei precari del pubblico impiego: tecniche legislative fra illusioni e principi costituzionali*, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, 4, 21; E. LOFFREDO, *La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 301.

<sup>27</sup> Sul punto Cons. St., Sez. VI, 6 ottobre 2018, n. 5720, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Nel pubblico impiego la violazione dei limiti temporali e quantitativi nell'utilizzo del contratto a termine (illegittima apposizione del termine, proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione *contra legem*), non consente al giudice di disporre la conversione del rapporto a tempo indeterminato, stante il divieto connesso al vincolo costituzionale del pubblico concorso, ma è sanzionata con il risarcimento dei danni subiti dal lavoratore. Inoltre, la sua tutela passa anche attraverso la responsabilità amministrativa dei dirigenti che violano la disciplina imperativa delle collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione. Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *Foro it.*, 2016, 10, I, 2994, chiamata a pronunciarsi sui criteri di liquidazione del danno subito in ipotesi di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione, ha stabilito che «la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito». Il Consiglio di Stato, sopra citato, stabilisce che il danno non può farsi coincidere con la mancata conversione del rapporto di lavoro, sul rilievo che una conseguenza prevista da una norma di legge, non sospettabile di illegittimità costituzionale o di non conformità al diritto dell'Unione europea, non può dar luogo ad un danno ingiusto. Si potrebbe ipotizzare una perdita di *chance* derivante dalla mancato espletamento della procedura concorsuale. In altri termini, se l'amministrazione avesse operato legittimamente bandendo il concorso per la copertura del posto, il dipendente che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine avrebbe potuto prendervi parte e risultare vincitore.

<sup>28</sup> La legge finanziaria del 2007 aveva previsto la costituzione di un «Fondo per la stabilizzazione dei rapporti di lavoro pubblico», che avrebbe dovuto sostenere i piani straordinari di assunzione a tempo indeterminato del personale assunto con rapporti di lavoro temporanei.

<sup>29</sup> La legge finanziaria per il 2018 (l. 24 dicembre 2007, n. 244) ha ampliato il novero dei destinatari delle procedure di stabilizzazione, considerando anche i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa con l'amministrazione. La finanziaria, inoltre, ha spostato in avanti il termine utile per il calcolo del requisito temporale per i rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato, mantenendo inalterati la procedura e i requisiti previsti dalla precedente finanziaria. Quanto ai lavoratori assunti nell'ambito di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, la legge finanziaria ha voluto dare rilievo alla esperienza professionale acquisita, anche se l'art. 94, comma 3, della legge n. 244 del 2007, non richiamando le procedure previste dalla legge finanziaria per il 2017 (commi 519 e 558), non contiene una disciplina espressa sul percorso di stabilizzazione.

ministeriale n. 7 del 2007 della Funzione pubblica prevede poi che le amministrazioni pubbliche non richiamate direttamente nel comma 509 dell'articolo unico adeguassero i rispettivi ordinamenti a quanto previsto dal medesimo comma in fatto di requisiti e modalità di assunzione, tenendo conto delle relative peculiarità nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio e delle specifiche disposizioni in materia di assunzioni e di tetti di spesa<sup>30</sup>. L'accesso al percorso di stabilizzazione, in generale, è ancorato al possesso di un'anzianità di servizio di tre anni<sup>31</sup>.

La legge finanziaria per l'anno 2008 (art. 3, comma 92) stabilì, da un lato, che nelle more delle procedure di stabilizzazione, le amministrazioni potessero continuare ad avvalersi del personale per il quale avessero già deliberato la relativa stabilizzazione e che possedessero il requisito del triennio, e, dall'altro, che tutte le pubbliche amministrazioni adottassero entro il termine del 30 aprile 2008<sup>32</sup> piani per la progressiva stabilizzazione del personale precario nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni relativa agli anni 2008, 2009 e 2010.

#### **4. La regola del pubblico concorso**

Le leggi finanziarie per gli anni 2007 e 2008 non posero fine alla discussa stagione delle stabilizzazioni del precariato nel pubblico impiego. E non lo fece neppure il decreto legge n. 101 del 2013, con cui il legislatore dettò, all'art. 4, disposizioni c.d. «salva-precari», inserendole nel quadro di un più ampio

---

<sup>30</sup> Si tratta dell'Acì, dei Consigli nazionali degli ordini, delle Federazioni, delle Università (è escluso il personale docente), delle Camere di commercio. La stabilizzazione interessa anche le amministrazioni regionali e locali, tenute comunque al rispetto del patto di stabilità interno, e gli enti del servizio sanitario. Previsioni particolari riguardano il Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, del Corpo Forestale, del Parco nazionale del Gran Sasso, dei Monti della Laga e del Parco nazionale della Maiella.

<sup>31</sup> La norma opera distinzioni sulla decorrenza del triennio, fermo restando che il triennio richiesto deriva dal parametro generale previsto dall'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che individua l'arco temporale massimo delle esigenze di carattere tecnico, organizzativo e funzionale. Esigenze che rendono legittimo il ricorso ai contratti a termine. Sul punto si rinvia, per approfondimenti, alla circolare n. 5 del 28 aprile 2008 del Dipartimento della Funzione pubblica e alla Direttiva n. 7 del 30 aprile 2007 della Funzione pubblica. Quest'ultima esclude dal processo di stabilizzazione il personale impiegato negli uffici di diretta collaborazione dell'autorità politica, trattandosi di rapporti di lavoro per loro natura temporanei, caratterizzati come sono dal rapporto fiduciario con l'organo politico.

In particolare, destinatario della procedura di stabilizzazione è il lavoratore «in servizio a tempo determinato da almeno tre 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 almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge» (legge finanziaria per l'anno 2007, comma 519 dell'art. 1). I commi 528 e 1156, lett. f) prevedono requisiti analoghi per le amministrazioni regionali e locali. In questo caso, la stabilizzazione è consentita, nel rispetto del patto di stabilità, non solo per il personale assunto a tempo determinato, ma anche per quello impiegato in attività socialmente utili. Come precisato nella circolare n. 5 del 18 aprile 2008 della Funzione pubblica, ai fini della maturazione del requisito temporale del triennio deve aversi riguardo al termine finale previsto nel contratto o nella sua proroga intervenuti prima del 28 settembre 2007. La stessa circolare precisa che il limite massimo del quinquennio previsto dal comma 519 dell'art. 1 della legge finanziaria per l'anno 2007 costituisce principio generale, con la conseguenza che il calcolo a ritroso per il conteggio del triennio utile deve tenere conto dei cinque anni precedenti.

<sup>32</sup> Si tratta di un termine che, non prevedendo sanzioni, può considerarsi non perentorio.

intervento inteso a limitare l'impiego delle forme di lavoro flessibile nelle pubbliche amministrazioni e ad incentivare l'uso delle graduatorie degli idonei ai fini dell'immissione in servizio<sup>33</sup>.

Le difficoltà erano (e sono) sostanzialmente legate al fatto che le norme sulla stabilizzazione rappresentano, come si può intravedere dalla rapida ricostruzione del fenomeno del precariato nella pubblica amministrazione, il punto di equilibrio tra due "legittime" esigenze: da un lato, quella del dipendente, impropriamente utilizzato dalla pubblica amministrazione per periodi di tempo significativi, di dare stabilità alla propria posizione lavorativa, e, dall'altro, quella della pubblica amministrazione di non perdere l'esperienza e la professionalità acquisite dal dipendente precario e di evitare, al tempo stesso, concorsi e selezioni sempre più gravosi.

---

<sup>33</sup> In particolare, l'art. 4, comma 6, del d.l. n. 101 del 2013 prevede che, a decorrere dalla data in entrata in vigore del decreto legge (1° settembre 2013) e fino al 31 dicembre 2015, le amministrazioni pubbliche possano bandire, nel rispetto del limite finanziario fissato dall'art. 35, comma 3-*bis*, del d.lgs. 165 del 2001, a garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno e dei vincoli assunzionali previsti dalla legislazione vigente e, per le amministrazioni interessate, previsto espletamento della procedura di mobilità di cui all'art. 35, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 «procedure concorsuali per titoli ed esami, per assunzioni a tempo indeterminato di personale non dirigenziale riservate esclusivamente a coloro che sono 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, nonché a favore di coloro che alla data di entrata in vigore del presente decreto hanno maturato, negli ultimi cinque anni, almeno tre anni di servizio con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando, con esclusione, in ogni caso, dei servizi prestati presso uffici di diretta collaborazione degli organi politici». Si tratta di una disposizione intesa, da un lato, a valorizzare la professionalità acquisita dal personale precario e, dall'altro, ad assorbire le sacche di contratti a termine nel pubblico impiego. Le procedure riservate possono essere avviate con contratti a tempo pieno o parziale a valere sulle risorse assunzionali relative agli anni 2013, 2014 e 2015, in misura non superiore al 50%, anche se complessivamente considerate.

L'art. 4, comma 6, in discorso, precisa che le procedure anzidette possono essere avviate «in alternativa a quelle di cui all'art. 35, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 165 del 2001. Si fa riferimento alle procedure riservate previste dalla legge n. 228 del 2012 (legge di Stabilità 2013, che ha introdotto nel d.lgs. n. 165 del 2001 l'art. 35, comma 3). Queste procedure, che esprimono gli indirizzi del governo e delle parti sociali definiti nel "Protocollo d'intesa sul lavoro pubblico" del 3 maggio 2012, consentono alle amministrazioni pubbliche di avviare, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno e dei vincoli finanziari vigenti, procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: «a) con riserva di posti, nel limite del 40 per cento di quelli banditi, a favore dei titolari di rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato che, alla data di pubblicazione dei bandi, hanno maturato almeno tre anni di servizio alle dipendenze dell'amministrazione che emana il bando; b) per titoli ed esami, finalizzati a valorizzare, con apposito punteggio, l'esperienza professionale maturata dal personale di cui alla lettera a) e di coloro che, alla data di emanazione del bando, hanno maturato almeno tre anni di contratto di collaborazione coordinata e continuativa nell'amministrazione che emana il bando». Mentre le procedure introdotte dalla legge di Stabilità per il 2013 prevede misure ordinarie di reclutamento del personale, come previsto dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, da utilizzare senza limiti temporali quando l'amministrazione intenda valorizzare l'esperienza professionale acquisita dai lavoratori assunti con rapporto di lavoro flessibile, i concorsi riservati previsti dal decreto legge n. 101 del 2013 prevedono misure urgenti di «stabilizzazione dei precari», limitate nel tempo (2013-2015) e rivolte ad una platea ben definita di lavoratori precari, nella quale rientra anche il personale in possesso dei requisiti previsti dalle leggi finanziarie per gli anni 2007 e 2008. La scelta tra le due procedure è rimessa all'amministrazione, la cui valutazione è condizionata dalle sue specifiche esigenze e dalle risorse finanziarie a disposizione in base alla legge. Con la circolare n. 5 del 21 novembre 2013 della Funzione pubblica, il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione ha precisato che il reclutamento speciale previsto dall'art. 4 del decreto-legge n. 101 del 2013 non attribuisce alcun diritto ai potenziali beneficiari, ma può essere avviato dalle amministrazioni «in via facoltativa, in ragione del loro fabbisogno». Inoltre, la circolare, soffermandosi sul concetto di alternatività tra le due procedure, chiarisce che «tale alternatività si pone rispetto all'esigenza di salvaguardare l'adeguato accesso dall'esterno e conseguentemente le due modalità di reclutamento speciale, nell'ambito del limite massimo del 50 per cento delle risorse previste per ciascun anno, sono tra loro complementari».

Tuttavia, non sono mancate grosse perplessità di tipo giuridico a fronte dell'impropria utilizzazione di personale da parte della pubblica amministrazione. In generale, possiamo dire che, secondo l'orientamento pacifico della Corte costituzionale, il concorso pubblico costituisce la modalità generale ed ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni<sup>34</sup>. Esso costituisce, infatti, meccanismo imparziale che, offrendo le migliori garanzie di selezione tecnica e neutrale dei più capaci sulla base del merito, garantisce il buon andamento e l'efficienza dell'azione amministrativa. Assai delimitato è il perimetro delle eccezioni al principio del concorso pubblico, consentite solo in presenza di peculiari e

<sup>34</sup> L'art. 35, comma 1, lett. b), del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, prevede che l'assunzione nelle pubbliche amministrazioni possa avvenire «mediante 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». La norma rappresenta (Cass. civ., Sez. un., 9 marzo 2015, n. 4685, in *Giust. civ. Massimario*, 2015) «una semplificazione dello strumento tecnico (il pubblico concorso), ma non il superamento delle esigenze di trasparenza ed imparzialità insiste nel concetto di concorsualità volute dalla norma costituzionale. In generale, sulla regola del pubblico concorso: Corte cost., 21 maggio 2014, n. 134, in *Giur. cost.*, 2014, 3, 2248; Corte cost., 22 novembre 2013, n. 277, *ivi*, 2013, 6, 4465, nel giudicare costituzionalmente illegittimo l'art. 2 della legge regionale 26 giugno 2012, n. 13 della Sardegna, premette che le stabilizzazioni di personale precario delle pubbliche amministrazioni senza prevedere la necessità del superamento di un concorso pubblico sono illegittime. Detto questo, al fine di autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso, la Corte ritiene che il requisito del previo superamento di una qualsiasi selezione, ancorché pubblica, sia eccessivamente generico, perché tale previsione non garantisce che la previa selezione abbia natura concorsuale e sia riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere; Corte cost., 13 giugno 2013, n. 137, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2013, nel ritenere costituzionalmente illegittimo l'art. 46, commi 2, 3 e 4, della legge regionale 4 maggio 2012, n. 5 del Piemonte, che introduceva una forma di assunzione riservata a personale interno, senza predeterminare la quota massima dei posti a loro destinati (ed anzi prevedendo esplicitamente un solo limite minimo del 40%) e senza prevedere una specifica ragione giustificatrice di tale deroga, ha stabilito che tali norme si pongono in contrasto con gli art. 3 e 97 Cost., sia con riferimento al principio del pubblico concorso, sia con riguardo ai principi di uguaglianza e di buon andamento della p.a. Ciò in quanto il principio del pubblico concorso ha un ampio ambito di applicazione tale da ricomprendere non solo le ipotesi di assunzione di soggetti in precedenza estranei all'amministrazione, ma anche casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio e quelli di trasformazione di rapporti non di ruolo, e non instaurati "ab origine" mediante concorso, in rapporti di ruolo, per cui deroghe a tale principio sono legittime solo in quanto siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle; Corte cost., 26 febbraio 2013, n. 28, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 437, precisa, nel solco di un insegnamento consolidato, «il previo superamento di una qualsiasi "selezione pubblica"» è requisito troppo generico per autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso, perché tale previsione non garantisce che la previa selezione abbia natura concorsuale e sia riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere» (in questo senso anche Corte cost., 13 aprile 2011, n. 127, *ivi*, 2011, 2, 1723); Corte cost., 18 gennaio 2013, n. 3, in *Foro it.*, 2013, 1, I, 64; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310, in *Giur. cost.*, 2011, 6, 4328; Corte cost., 10 novembre 2011, in *Foro it.*, 2012, 10, I, 2572; Corte cost., 13 aprile 2011, n. 127, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1723; Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 354, in *Foro amm., CdS*, 2011, 9, 2702; Corte cost., 24 giugno 2010, n. 225, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2565; in dottrina B. DI GIACOMO RUSSO, *L'accesso al pubblico impiego regionale*, in *Quaderni amministrativi*, 2014, 1-2-, 3-16; ID., *Regioni e concorso pubblico*, in *Nuove autonomie*, 2014, 1, 171-196; A. CELOTTO, *Chiasmi sul giudicato costituzionale ([Osservazione a] Corte cost., 23 aprile 2013, n. 73)*, in *Giur. cost.*, 2013, 1101-1103; M. MEO, *Il legislatore regionale stretto tra il principio del pubblico concorso e la competenza esclusiva dello Stato in materia di "ordinamento civile" (nota a Corte cost. sent. n. 137 del 2013)*, in *Osservatorio cost.*, 2013, 1; R. COCCIOLITO, *Centralità del concorso pubblico nel "partenariato pubblico-privato" e legislazione regionale*, *ivi*, 2013, 1; S. De GOTZEN, *Il principio del pubblico concorso ed eccezioni alla regola per motivi di interesse pubblico. Concorsi riservati e utilizzo delle graduatorie esistenti*, in *Le Regioni*, 2013, 3, 642-647; D. BOLOGNINO, *Il rapporto tra concorso pubblico e scorrimento delle graduatorie valide ed efficaci al tempo della c.d. "spending review"*, in *Foro amm., Tar*, 2013, 1, 147-156; A. BIANCO, *Concorsi, la porta di accesso al pubblico impiego*, in *Guida enti loc.*, 2009, 42, VII-IX.

straordinarie esigenze di interesse pubblico<sup>35</sup>. Forme diverse di reclutamento e di copertura dei posti devono essere legislativamente disposte per singoli casi e secondo criteri che, pur involgendo necessariamente la discrezionalità del legislatore, devono in ogni caso rispondere a criteri di ragionevolezza che non contraddicano i principi di buon andamento e di imparzialità dell'amministrazione. Segnatamente, possono considerarsi legittime le sole deroghe giustificate dall'esigenza di garantire alla pubblica amministrazione specifiche competenze consolidate all'interno dell'amministrazione stessa e non acquisibili dall'esterno<sup>36</sup>, sì da far ritenere che la deroga al principio del pubblico concorso sia essa stessa funzionale alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione<sup>37</sup>. Tale evenienza non ricorre in presenza di indiscriminate procedure di stabilizzazione del personale precario, prive cioè di riferimenti alla peculiarità delle competenze e funzioni di cui l'amministrazione abbisogna e

---

<sup>35</sup> Corte cost., 30 gennaio 2015, n. 7, in *Giur. cost.*, 2015, 1, 42, che afferma il consolidato orientamento sull'indefettibilità del concorso pubblico per l'accesso nei ruoli della pubblica amministrazione. Orientamento che presidia i principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento; in questo senso v. anche Corte cost., 21 maggio 2014, n. 134, *ivi*, 2014, 3, 2248, che, anche in relazione a norme regionali che prevedevano il generale ed automatico reinquadramento del personale di enti di diritto privato nei ruoli dei Regioni o enti pubblici regionali, ha sottolineato che il principio del pubblico concorso abbraccia non solo le ipotesi di assunzione di soggetti in precedenza estranei all'amministrazione, ma anche di personale già impiegato con strumenti di contrattazione flessibile, precisando che «la circostanza che il personale suscettibile di essere stabilizzato senza alcuna prova selettiva sia stato a suo tempo assunto con contratto a tempo determinato, sulla base di un pubblico concorso, per effetto della diversità di qualificazione richiesta delle assunzioni a termine rispetto a quelle a tempo indeterminato, non offre adeguata garanzia né della sussistenza della professionalità necessaria per il suo stabile inquadramento nei ruoli degli enti pubblici regionali, né del carattere necessariamente aperto delle procedure selettive»; Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227, *ivi*, 2013, 4, 3333; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52, in *Foro amm., CdS.*, 2011, 9, 2690; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2301; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150, *ivi*, 2010, 2, 1765; Corte cost., 17 marzo 2010, n. 100, *ivi*, 2010, 2, 1115.

<sup>36</sup> Corte cost., 10 novembre 2011, n. 299, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2011, afferma che il principio del pubblico concorso, pur non essendo incompatibile nella logica di agevolare il buon andamento della pubblica amministrazione attraverso misure intese a consentire il consolidamento di pregresse esperienze lavorative maturate nella stessa amministrazione, non tollera, tuttavia, salvo circostanze del tutto eccezionali, la riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno; anche Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 30, in *Giur. cost.*, 2012, 1, 341; Corte cost., 14 luglio 2009, n. 215, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2009, secondo l'area delle eccezione al principio del pubblico concorso va «delimitata in modo rigoroso», pur non essendo astrattamente incompatibile con l'art. 97 Cost. la previsione di condizioni di accesso intese a consolidare pregresse esperienze lavorative maturate nella pubblica amministrazione; Corte cost., 9 novembre 2006, in *Lavoro nella giur.*, 2007, 3, 263, secondo cui la deroga al pubblico concorso va giustificata da «specifiche ed eccezionali necessità funzionali» della pubblica amministrazione; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 149, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 2010, afferma, nel solco di un costante orientamento, che solo 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 pubblico concorso, e solo a condizione che il principio di buon andamento (art. 97 Cost.) «sia assicurato in via alternativa» con adeguati criteri selettivi idonei a garantire la professionalità dei soggetti prescelti.

<sup>37</sup> Corte cost., 15 gennaio 2010, n. 9, in *Giur. cost.*, 2010, 1, 126, secondo cui le deroghe alla regola dell'accesso ai pubblici uffici mediante concorso sono legittime solo in presenza di peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle, nel senso che la deroga deve essere «essa stessa funzionale» alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150, *ivi*, 2010, 2, 1765; Corte cost., 13 novembre 2009, n. 293, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, II, 89, secondo cui la stabilizzazione del personale precario va subordinata all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione, per il cui soddisfacimento risponda a esigenze di buon andamento ricorrere esclusivamente a soggetti in possesso di esperienze professionali maturate soltanto all'interno dell'amministrazione stessa.

che, perciò stesso, si risolvono in un privilegio a favore di categorie più o meno ampie di persone<sup>38</sup>. La stabilizzazione di contratti di lavoro precario è, peraltro, ammissibile solo entro limiti percentuali tali da non pregiudicare il prevalente carattere aperto delle procedure di assunzione nei pubblici uffici<sup>39</sup>. La giurisprudenza costituzionale, infine, non considera ammissibili deroghe alla regola del pubblico concorso basate sul fatto che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività lavorativa a tempo determinato presso la pubblica amministrazione<sup>40</sup>, o che tali dipendenti abbiano maturato personali aspettative di stabilizzazione<sup>41</sup>. Né sono ammissibili, secondo il giudice delle leggi, riserve integrali dei posti disponibili in concorso in favore di personale interno<sup>42</sup>, o deroghe al pubblico concorso fondate sulla trasformazione di rapporti contrattuali in rapporti a tempo indeterminato<sup>43</sup>.

## 5. La Corte di giustizia sul caso *Mascolo*. L'esigenza di un argine ai contenziosi

Va detto, a quest'ultimo riguardo, che la Corte di giustizia è intervenuta con la nota sentenza del 26 novembre 2014 sul caso *Mascolo*<sup>44</sup>, che, pur concernendo gli abusi nell'utilizzo del contratto a termine da

---

<sup>38</sup> Corte cost., 18 gennaio 2013, n. 3, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 107; Corte cost., 23 novembre 2011, n. 310, *ivi*, 2011, 6, 4328, viola la regola del pubblico concorso per l'accesso nei pubblici uffici la disposizione che non contenga «specifiche necessità funzionali – che non possono essere identificate nella generica necessità di coprire posti vacanti – né, almeno in via generale, le modalità da adottare nel “corso-concorso” in essa previsto»; Corte cost., 15 giugno 2011, n. 189, in *Foro amm.*, *CdS*, 2011, 12, 3602; Corte cost., 4 giugno 2010, n. 195, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 2301, afferma che le ragioni idonee a giustificare la deroga alla regola del pubblico concorso non possono essere ricollegate ad un particolare interesse degli stessi dipendenti beneficiari della deroga stessa o, comunque, ad esigenze strumentali dell'amministrazione, connesse alla gestione del personale.

<sup>39</sup> Corte cost., 7 luglio 2010, n. 235, in *Giur. cost.*, 2010, 4, 2868.

<sup>40</sup> Corte cost., 26 maggio 2006, n. 205, in *Giur. cost.*, 2006, 3, secondo cui l'aver prestato attività a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione «non può essere considerato *ex se*, ed in mancanza di altre particolari e straordinarie ragioni, un valido presupposto per una riserva di posti.

<sup>41</sup> Corte cost., 3 marzo 2006, n. 81, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 873, secondo cui, mancando i presupposti per la stabilizzazione, costantemente affermati dalla giurisprudenza costituzionale, la personale aspettativa del dipendente precario è *ex se* insufficiente.

<sup>42</sup> Corte cost., 18 gennaio 2013, n. 3, in *Foro it.*, 2013, 1, I, 64; Corte cost., 13 settembre 2012, n. 217, in *Foro amm.*, *CdS*, 2012, 9, 2223, stabilisce che viola il principio dell'assunzione tramite pubblico concorso posto dall'art. 97 Cost. la disposizione che operi «in logica di riserva assoluta di posti, provvedendo a recepire gli esiti di procedure selettive, prive dei connotati e delle garanzie del concorso pubblico, preordinate alla successiva alla successiva assunzione “nominatim” di dirigenti»; Corte cost., 13 settembre 2012, n. 217, in *Giur. cost.*, 2012, 5, 3213; Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52, in *Foro amm.*, *CdS*, 2011, 9, 2690; Corte cost., 29 aprile 2010, n. 150, in *Giur. cost.*, 2010, 2, 1765; Corte cost., 6 luglio 2004, n. 205, *ivi*, 2004, 4, 2230: costituendo il pubblico concorso la forma generale ed ordinaria di reclutamento nel pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale al rispetto del canone di efficienza dell'amministrazione, la regola può dirsi rispettata «solo quando le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dell'ambito dei soggetti legittimati a parteciparvi, non tollerando essa – salvo circostanze del tutto eccezionali – riserva integrale dei posti disponibili in favore di personale interno».

<sup>43</sup> Corte cost., 18 febbraio 2011, n. 52, in *Giur. cost.*, 2011, 1, 715; Corte cost. 3 marzo 2011, n. 67, *ivi*, 2011, 2, 1025; Corte cost., 3 marzo 2011, n. 68, *ivi*, 2011, 2, 1053; Corte cost., 13 aprile 2011, n. 127, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1723, secondo cui il requisito del superamento di una «selezione pubblica» costituisce «requisito troppo generico per autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso».

<sup>44</sup> Corte di giustizia, Sez. III, 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a 63/13, C-418/13, *Mascolo et al.*, 105, 2, 135, in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 105, 2, 135.

parte delle amministrazioni scolastiche, ha avuto effetti anche nei confronti di altre amministrazioni che hanno commesso analoghi eccessi. Non si tratta di una sentenza isolata, ma si inserisce nel solco di altre decisioni che indubbiamente hanno contribuito a rafforzare il processo di stabilizzazione del personale precario<sup>45</sup>. La Corte di giustizia è posta davanti alla questione se sia conforme alla clausola 5, punto 1<sup>46</sup>, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, allegato alla Dir. 1999/70/CE del 28 giugno 1999 la normativa nazionale che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo nelle 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 tali concorsi, ed escludendo, peraltro, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di tali rinnovi. In particolare, la Corte costituzionale, nella causa C-418/13, *Napolitano ed al.*<sup>47</sup>, pur ritenendo che il ricorso al personale precario potesse trovare fondamento, ai sensi della clausola dell'accordo-quadro, sopra richiamata, nella necessità di evitare l'esubero di docenti di ruolo rispetto all'effettivo fabbisogno, individua una criticità nel fatto che l'espletamento delle procedure concorsuali, se, da un lato, garantisce una "ragionevole" probabilità di accedere nei ruoli, dall'altro, non assicura certezza nei tempi. Inoltre, il sistema delle supplenze annuali vale a coprire posti effettivamente vacanti e disponibili. È proprio su questi rilievi - ai quali si aggiunge il fatto che manchi il riconoscimento per i lavoratori nella scuola di prospettive risarcitorie - che la Corte ha rinviato alla Corte di giustizia perché esaminasse la compatibilità del nostro sistema con la clausola n. 5, punto 1, dell'accordo-quadro.

La Corte di giustizia, innanzitutto, individua nella stabilità dell'impiego «l'elemento portante della tutela dei lavoratori», e considera i contratti di lavoro a tempo determinato come contratti che «soltanto in

---

<sup>45</sup> Ci riferiamo a Corte di giustizia, 12 dicembre 2013, C-361/12, *Carratù c. Poste Italiane s.p.a.*, con nota di R. NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul lavoro a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 241 ss.; Corte di giustizia, ord. 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia c. Comune di Aosta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 75, con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*; Corte di giustizia, 13 marzo 2014, C-190/13, *A. Márquez Samohano c. Universitat Pompeu Fabra*, con nota di A. FILONI, *La Corte di giustizia estende ulteriormente l'ambito di applicazione dell'accordo-quadro sui contratti a tempo determinato*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 1157 ss.; in dottrina sulla lettura combinata delle sentenze *Carratù* e *Papalia* V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratù e Papalia della Corte di Giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *il Lav. nella giur.*, 2014, 3, 241 ss..

<sup>46</sup> La clausola 5, punto 1, "Misure di prevenzione degli abusi", dell'accordo-quadro europeo sul lavoro a tempo determinato prevede: «1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori, 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».

<sup>47</sup> Corte cost., ord. 18 luglio 2013, n. 207, in *Riv. giur. lav.*, 2014, II, 577 ss.; in dottrina L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine di leggi retroattive*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 580.

alcune circostanze» possono «rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori». A fronte di abusi, la Corte ritiene che le autorità nazionali debbano adottare misure di «carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro». Il sistema delle supplenze non è astrattamente incompatibile con la clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, ma solo là dove preveda l'assunzione a termine come un passaggio provvisorio nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali, o per sostituire personale momentaneamente assente. Non è così quando le norme nazionali consentano di coprire posti «vacanti e disponibili», senza che vi sia «alcuna certezza riguardo alla data alla quale tali procedure concorsuali devono essere organizzate»; in questo caso, secondo la Corte, i contratti di lavoro a tempo determinato soddisfano «esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali derivanti dalla mancanza strutturale di personale di ruolo»<sup>48</sup>. La questione è ancor più delicata, ove si consideri che il nostro ordinamento non prevede per i lavoratori precari della scuola prospettive risarcitorie a fronte di abusi da parte dell'amministrazione né la possibilità di ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Anche sotto questo profilo la normativa nazionale contrasta con la norma europea.

Letto in questa chiave, il processo di stabilizzazione del personale – e non solo di quello allocato presso l'amministrazione scolastica<sup>49</sup> –, può essere letto come un argine ai contenziosi davanti al giudice nazionale.

## 6. La “via di fuga” della stabilizzazione

La stabilizzazione del personale precario, da questo punto di vista, rappresenta una via di fuga rispetto ad un sistema, qual è il nostro, che, in ipotesi di violazione dei limiti temporali e quantitativi nell'utilizzo del contratto a termine nell'ambito del pubblico impiego<sup>50</sup>, preclude al giudice di disporre la conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. Il divieto di conversione rappresenta il precipitato del vincolo costituzionale del pubblico concorso – di cui *supra* si è dato conto - quale modalità

---

<sup>48</sup> La valutazione va fatto in concreto, perché in concreto va verificato il rispetto della clausola 5, n. 1 dell'accordo-quadro, la quale risulta violata tutte le volte che «si verifichi concretamente che il rinnovo di successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» non miri a soddisfare esigenze provvisorie, e che la norma nazionale non venga, di fatto, utilizzata per soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro. La norma nazionale, secondo la Corte, «non fissa alcun termine preciso riguardo all'organizzazione delle procedure concorsuali, dal momento che queste ultime dipendono dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalla valutazione discrezionale dell'amministrazione».

<sup>49</sup> L. MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?* in *il Lavoro nella giurisprudenza*, 2015, 2, 343, il quale osserva che la sentenza Mascolo, dando la stura ad un potenziale relevantissimo contenzioso, vede nella stabilizzazione il percorso più prudente per rispondere al giudizio espresso dalla sentenza *Mascolo*.

<sup>50</sup> Le ipotesi possono essere quello di illegittima apposizione del termine, di proroga, di rinnovo o di ripetuta reiterazione *contra legem*.

generale ed ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, e trova applicazione, sul piano legislativo, nell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001<sup>51</sup>. La violazione dei limiti temporali e quantitativi nell'utilizzo del contratto a termine nell'ambito del pubblico impiego è sanzionata attraverso la responsabilità amministrativa dei dirigenti che non osservino la disciplina imperativa relativa alle collaborazioni flessibili con la pubblica amministrazione, nonché attraverso uno speciale regime sanzionatorio che assicura al dipendente pubblico un danno minimo presunto<sup>52</sup>. A quest'ultimo riguardo, le Sezioni unite della Cassazione<sup>53</sup>, chiamate a pronunciarsi sui criteri da utilizzare ai fini della liquidazione del danno subito nel caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione, hanno stabilito che la misura risarcitoria prevista dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermata dalla Corte di giustizia (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13). Di conseguenza, va escluso, siccome incongruo, il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, e può farsi riferimento alla fattispecie omogenea prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010<sup>54</sup>. La fattispecie rimanda al «danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come “danno comunitario”, determinato tra un minimo ed un massimo, salvo la prova del maggior pregiudizio sofferto<sup>55</sup>, senza che ne derivi una posizione di favore del

---

<sup>51</sup> La norma citata, com'è noto, prevede, al comma 5, che «[...] la violazione delle 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, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. [...]».

<sup>52</sup> Cons. St., Sez. VI, 5 ottobre 2018, n. 5720, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), richiama la Corte di giustizia dell'Unione Europea (ord. 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13; 4 luglio 2006, Adeneler e al., C-212/04; 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; Corte di giustizia, Sez. III, 26 novembre 2014, n. 22), secondo cui la diversità di tutele tra il lavoro pubblico e il lavoro privato – dove invece l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato comporta, in caso di violazione delle prescrizioni dettate dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, la conversione del rapporto – è astrattamente compatibile con il diritto europeo, «purché sia assicurata altra analoga misura sanzionatoria effettiva, proporzionata e dissuasiva. [...] La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato [...] non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato»; Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *Giur. cost.*, 2003, 2, si è espressa sulle differenze tra impiego pubblico e impiego privato, stabilendo che, in materia di impiego pubblico, il principio fondamentale è quello, estraneo al rapporto di lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 3, Cost. e posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione. Risulta evidente la «non omogeneità» delle situazioni poste a raffronto e «pienamente giustificata la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione in rapporto a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati». Il ricorso alla procedura del pubblico concorso vale di per sé ad escludere la violazione del principio di buon andamento dell'amministrazione, essendo il concorso, in linea di principio, lo strumento di selezione più idoneo a garantire l'imparzialità e l'efficienza dell'amministrazione.

<sup>53</sup> Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 3, 818.

<sup>54</sup> La norma, ora abrogata dall'art. 55 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 82, prevedeva 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 globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604».

<sup>55</sup> A questo riguardo, si potrebbe configurare una perdita di *chance* legata alla mancata partecipazione del lavoratore al bando di concorso, ove l'amministrazione l'avesse bandito, e alla possibilità di risultarne vincitore. Il lavoratore,

lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito». La mancata conversione del rapporto di lavoro determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, secondo le Sezioni unite, non viola il canone di effettività della tutela giurisdizionale, perché le misure apprestate dal nostro ordinamento sono proporzionate e dissuasive: il regime sanzionatorio che preveda, come nel nostro ordinamento, la responsabilità del dirigente e il risarcimento del danno per il dipendente pubblico che subisce la violazione delle norme imperative sulla disciplina delle assunzioni è, in definitiva, appropriato<sup>56</sup>. Va precisato che il danno non può farsi coincidere con la mancata conversione, in quanto il pregiudizio risarcibile è solo quello ingiusto e tale non può essere ritenuto il pregiudizio che sia conseguenza di una norma di legge non sospettata di essere in contrasto con la Costituzione o con il diritto europeo<sup>57</sup>.

Non è difficile, dunque, comprendere come a spingere verso la stabilizzazione del personale precario non sia solo la riferita esigenza di assicurare un equilibrio tra la legittima aspettativa alla stabilità di quanti abbiano maturato esperienza nella pubblica amministrazione e l'opportunità offerta alla stessa amministrazione di utilizzare l'esperienza e la professionalità acquisite, ma anche quella di evitare contenziosi che si risolvono in dispendio di risorse e che mettono in gioco la responsabilità dei dirigenti. Non potendosi trasformare il rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme imperative, la stabilizzazione del personale precario rimane una procedura eccezionale, eppure costantemente utilizzata, come si è evidenziato nella rapida ricostruzione storica del fenomeno del precariato. Mette in tensione il principio del pubblico concorso che, come pure si è evidenziato, è la modalità generale ed ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni.

A questo punto, occorrerà verificare su quali presupposti ed entro quali limiti la stabilizzazione risulti giustificata (o giustificabile) alla luce del d.lgs. n. 75 del 2017.

---

impegnando le sue risorse nel contratto a tempo determinato, avrebbe potuto destinarle più proficuamente ad altri impieghi ed a prospettive di lavoro a tempo indeterminato.

<sup>56</sup> L'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede espressamente che «[...] Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno 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. Il dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286».

<sup>57</sup> Cass. civ., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, *cit.*, 818.

## 7. Superamento del lavoro precario e rapporto di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione

Come osserva la Commissione speciale del Consiglio di Stato<sup>58</sup>, il superamento del precariato attraverso l'assunzione del personale avventizio alle dipendenze della pubblica amministrazione, previsto dall'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, è tema direttamente collegato alla disciplina del c.d. lavoro flessibile, voluta dal legislatore delegante «anche al fine di prevenire il precariato»<sup>59</sup>. Pur derogando al principio del pubblico concorso, la stabilizzazione del personale precario, secondo la Commissione speciale, costituisce espressione di un'«esigenza di interesse pubblico, anche in ragione della dimensione che ha assunto il precariato nella pubblica amministrazione». Tuttavia, la deroga è ammissibile ove il «personale da stabilizzazione sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante procedura concorsuale». In coerenza con il parere, l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 impone, nel caso di assunzione diretta (comma 1, lett. *b*), che il personale, benché reclutato a tempo determinato, sia stato però assunto «con procedure concorsuali». Il comma 2 dell'art. 20, che prevede invece procedure concorsuali riservate, rende ovviamente meno problematica la questione che si annoda intorno alla derogabilità del principio del pubblico concorso<sup>60</sup>.

Detto questo, la disciplina del lavoro flessibile nella pubblica amministrazione, confluita nel novellato art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, si innesta con quanto previsto dal d.lgs. n. 81 del 2015. Dal che una lettura che «potrebbe comportare rilevanti problemi di ricostruzione sistematica della disciplina del pubblico impiego flessibile»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, *cit., passim*.

<sup>59</sup> L'art. 17, comma 1, lett. *o*) della legge n. 124 del 2015 delega il Governo a disciplinare «le forme di lavoro flessibile, con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato».

<sup>60</sup> Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, *cit.*: in questo caso «[...] l'accertamento dell'idoneità del personale avventizio ad entrare a titolo definitivo nella struttura organizzativo-funzionale della pubblica amministrazione non è affidato al mero fatto di aver svolto dei compiti in favore dell'amministrazione, quanto piuttosto al superamento di una apposita selezione (che verifichi attraverso adeguate prove le capacità professionali del soggetto, anche con riferimento alla soluzione di casi pratici)».

La scelta della stabilizzazione – sul punto v. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, II, 325, chiamata a pronunciarsi in materia di personale scolastico – è volta a garantire un «accesso privilegiato al pubblico impiego». Una scelta, questa, che la Corte considera «più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne; una scelta che – va sottolineato – richiede uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo e che comporta un'attuazione invero peculiare di un principio basilare del pubblico impiego (l'accesso con concorso pubblico), volto a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione (art. 97 Cost.)».

<sup>61</sup> Così Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916, *cit.*, che evidenzia i problemi di compatibilità delle norme del d.lgs. n. 81 del 2015 con il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, come la «tutela risarcitoria del lavoratore pubblico assunto illegittimamente, che non può ottenere tuttavia la conversione del rapporto, stante il divieto, ai sensi dell'art. 36, comma 5, del T.U., di conversione in rapporto a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a tempo determinato illegittimamente instaurato con la pubblica amministrazione». Inoltre, «vengono [...] esclusi, a regime, i diritti di precedenza di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 81 del 2015». Tale esclusione potrebbe comportare, per il personale avventizio neoassunto, «una discriminazione a rovescio rispetto ai precari precedentemente assunti, che godono della

Gli artt. 23, comma 3, e 29, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 81 del 2015 prevedono particolari esclusioni, che implicitamente confermano l'applicabilità del menzionato decreto al lavoro pubblico. Pertanto, se non diversamente disposto<sup>62</sup>, al contratto a tempo determinato stipulato dalle pubbliche amministrazioni si applicano le norme previste per il lavoro privato.

In particolare, il citato art. 36 prevede, al comma 2, che le amministrazioni pubbliche possano stipulare «contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione a tempo determinato». La norma aggiunge che possono anche «avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa», sia pure nel rispetto dei «limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle pubbliche amministrazioni». Si tratta di una disposizione dettata in forza della delega contenuta nell'art. 17, lett. o) della legge n. 124 del 2015, che autorizza l'intervento del governo sulla «disciplina delle forme di lavoro flessibile» attraverso «l'individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche al fine di prevenire il precariato». I criteri direttivi posti dalla delega sono molto netti: i) le tipologie di lavoro flessibile sono «limitate», nel senso che è precluso al legislatore delegato di utilizzare l'intera gamma di lavori flessibili previsti nell'ambito del lavoro privato; ii) sono «tassative», con ciò vietandosi interpretazioni estensive delle tipologie di lavoro espressamente previste; iii) l'utilizzo delle forme di lavoro flessibile va limitato al soddisfacimento di bisogni temporanei o eccezionali e si svolge nel rispetto delle modalità che ne assicurino la compatibilità con il regime del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

## 8. Lavoro flessibile e pubblico impiego

Nell'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 sembrerebbe cogliersi una differenza tipologica tra i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato e i contratti di lavoro flessibile. Lo conferma il parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato, di cui abbiamo riferito sopra, quando evidenzia che l'intervento normativo adottato ai sensi della legge n. 124 del 2015 si inserisce in un più vasto programma di riforma della pubblica amministrazione che, tra l'altro, ha come obiettivo di medio/lungo periodo

---

più favorevole disciplina transitoria della stabilizzazione». Inoltre, secondo la Commissione speciale, sarebbe stato auspicabile che, ferma restando la legittimità del divieto sancito dall'art. 36, comma 5, e la nullità del contratto stipulato in violazione di questo, prevista dall'art. 36, comma 5-*quater*, del d.lgs. n. 165 del 2001, prevedere espressamente, e non mediante un mero rinvio «in blocco» alla disciplina del d.lgs. n. 81 del 2015, che al lavoratore sia dovuto comunque il risarcimento previsto dall'art. 28, comma 2, del d.lgs. n. 81 del 2015. In dottrina G. D'ALESSIO – L. ZOPPOLI, *Riforma della pubblica amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge n. 124 del 2015*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).  
<sup>62</sup> Vedi artt. 2, comma 2, e 36 del d.lgs. n. 165 del 2001. L. MENGHINI, *Lavoro a tempo determinato (art. 1, 19-29, 51 e 55)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, *Adapt*, 2015, n. 48, 184.

quello di superare il precariato anche mediante l'assunzione a tempo indeterminato del personale non dirigenziale che abbia prestato servizio con «contratti a tempo determinato» e con «contratti di lavoro flessibile». La stessa rubrica della norma - «Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile»<sup>63</sup> - parrebbe confortare questa lettura. In realtà, una più attenta analisi della norma, almeno nella sua formulazione letterale, indurrebbe a ritenere che i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, i contratti di formazione e lavoro e i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato costituiscano «forme» di lavoro flessibile, unitamente alle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa di cui pure «possono [...] avvalersi» le pubbliche amministrazioni «esclusivamente nei limiti e con le modalità» previsti. Di qui la conseguenza che il «lavoro flessibile» nella pubblica amministrazione si pone in rapporto di *genus a species* rispetto ai «contratti di lavoro subordinato a tempo determinato» e alle altre tipologie di lavoro espressamente e tassativamente specificate dall'art. 36 in discorso<sup>64</sup>. Che vi sia questo rapporto lo conferma il comma 8 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, quando stabilisce che «Le amministrazioni possono prorogare i corrispondenti *rapporti di lavoro flessibile* con i soggetti che partecipano alle procedure di cui ai commi 1 e 2, fino alla loro conclusione, nei limiti delle risorse disponibili ai sensi dell'art. 9, comma 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122». Si noterà

<sup>63</sup> La precedente rubrica era così intitolata: «Utilizzo dei contratti di lavoro flessibile».

<sup>64</sup> Conforta quest'interpretazione l'art. 1, comma 881, della legge 27 dicembre 2017, che ha integrato la lettera a) del comma 1 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017, prevedendo che le procedure di superamento del precariato possano interessare, con riferimento alle amministrazioni comunali che esercitano funzioni in forma associata, anche il personale in servizio presso le amministrazioni con servizi associati. Come chiarisce la circolare n. 1/2018, ai fini della maturazione dei tre anni, si può conseguentemente tenere conto del periodo svolto presso le suddette amministrazioni. La circolare aggiunge poi che «Resta confermato che il rinvio al servizio prestato alle dipendenze delle amministrazioni di cui alla lettera a), come richiamato dalla lettera c) dell'art. 20, comma 1, è da intendersi in senso ampio ovvero comprensivo delle diverse tipologie di contratto flessibile poste in essere dall'amministrazione, come chiarito al § 3.2.1 della circolare n. 3 del 2017 che valorizza la portata sostanziale della formulazione normativa che, difatti, non circoscrive il servizio prestato alla tipologia del contratto a tempo determinato». Sulla tipologia dei rapporti di lavoro e sulle forme di flessibilità la letteratura è ampia: si rinvia a A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1083, I, 77; E. GHERA, *La flessibilità: variazioni sul tema*, in *Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazione delle imprese*, Atti del convegno di Studi dell'Aquila 20-21 ottobre 1995, Bari, 1996, 63 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Competitività e flessibilità nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, 201 ss.; ID., *Flessibilità e rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 75 ss.; ID., *Diritto del lavoro (flessibilità)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1997; ID. (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1996; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 1 ss.; LAZZERONI, *Flessibilità e lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 371; A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, in A. BELLAVISTA – A. GARRILLI – M. MARINELLI (a cura di), *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, Milano, 2009, 111 ss.; Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, 493, nota di P. CHIECO, *I contratti «flessibili» della P.A. e l'inapplicabilità della sanzione «ordinaria» della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale*; Corte giust. UE, 7 settembre 2006, C-53/04, in *Foro it.*, 2007, IV, 72; Corte giust. UE, 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 1033, con nota di B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*; Cass. civ., Sez. lav., 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, II, 138, con 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*; M. AIMO, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, 462; Cass. civ., Sez. lav., 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 4, 1108, con nota di D. MARINO, *Il «danno comunitario» da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'unione?»*.

facilmente che la dizione «lavoro flessibile» è utilizzata tanto con riguardo alle procedure previste dal comma 1 dell'art. 20 quanto con riguardo a quelle previste dal successivo comma 2, così suggellando la conclusione cui si ritiene di poter giungere.

D'altronde, lunga è l'evoluzione che registra l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001. Nel 2006 il legislatore intervenne per limitare la facoltà dell'amministrazione, originariamente prevista, di avvalersi di forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa<sup>65</sup>. Il ricorso a tali forme contrattuali trovava giustificazione solo in «esigenze temporanee ed eccezionali», fatto salvo il «previo esperimento di procedure di assegnazione anche temporanea di personale, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti di somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto di servizi»<sup>66</sup>. Dopo tale intervento normativo, la riscrittura dell'art. 36 conobbe un'autentica accelerazione, che ha visto la norma riformulata prima dall'art. 3, comma 70, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 e poi dal d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133. Con il primo intervento il legislativo imponeva alla pubblica amministrazione solo l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo indeterminato, limitando la possibilità di apporre il termine per la durata di tre mesi in presenza di ragioni oggettive, fatte salve le sostituzioni per maternità ed eccettuate le ipotesi di lavoro stagionale. Con il successivo intervento il legislatore prevedeva l'utilizzo 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 solo al ricorrere di «esigenze temporanee ed eccezionali». Nell'arco dell'ultimo quinquennio il rapporto di lavoro non poteva superare il triennio. Limite, quest'ultimo, superato dall'art. 17, comma 26, lett. b) del d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 190<sup>67</sup>. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato veniva configurato come centrale in coerenza con esigenze connesse con il fabbisogno di personale delle pubbliche amministrazioni<sup>68</sup>. Nel 2013 il legislatore intervenne ancora, stabilendo che le amministrazioni possono ricorrere al lavoro flessibile «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale». Si tratta di un intervento «chirurgico», in quanto alla previsione già contenuta nella novella del 2006 si aggiunge l'avverbio «esclusivamente» e si sostituisce la «e» alle «esigenze ed eccezionali» con la «o». L'avverbio rafforza la centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato nella pubblica

<sup>65</sup> L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Torino, 2003.

<sup>66</sup> Così l'art. 4 del d.l. 10 gennaio 2006, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80.

<sup>67</sup> Al limite dei tre anni nel corso dell'ultimo quinquennio si sostituiva un meccanismo interno di valutazione e controllo.

<sup>68</sup> L. ZOPPOLI, *La flessibilità nel lavoro pubblico*, in M. D'ONGHIA-M. RICCI (a cura di), *Contratto a termine tra pubblico e privato*, Milano, 135 ss..

amministrazione; la sostituzione introduce un criterio di alternatività tra i requisiti di «temporaneità» ed «eccezionalità», allargando le maglie alla possibilità di ricorso al lavoro flessibile<sup>69</sup>.

## 9. La gestione del fabbisogno del personale

L'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 75 del 2017 riserva l'assunzione a tempo indeterminato al personale non dirigenziale in servizio con contratto di lavoro a tempo determinato già reclutato con procedure concorsuali, mentre il comma 2 al personale non dirigenziale assunto con contratto di lavoro flessibile. In ogni caso, le assunzioni vanno effettuate in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria<sup>70</sup>.

Il d.lgs. n. 75 del 2017 modifica in modo estremamente rilevante il concetto di fabbisogno di personale, innovando l'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001. L'istituto della c.d. dotazione organica recede a fronte dell'esigenza di garantire alle pubbliche amministrazioni capacità di adeguamento dinamico rispetto ai fabbisogni di personale.

Concepito come metro di riferimento per definire e quantificare le risorse umane necessarie per assolvere alle funzioni dell'ente, l'istituto della dotazione organica<sup>71</sup> ha finito, nel tempo, per diventare un ostacolo perché, come è stato giustamente sottolineato, al cessare dei dipendenti comportava il mantenimento del posto nella struttura dell'ente anche a fronte dei ripetuti blocchi assunzionali che negli ultimi anni hanno limitato le possibilità di gestione del personale da parte delle pubbliche amministrazioni. A parità di funzioni, i posti vacanti, non cancellati per effetto della "rigidità" dell'istituto della dotazione organica, aumentavano (ma si trattava di un dato spesso solo apparente) l'indice di efficienza delle strutture amministrative<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> M. RUSSO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Torino, 2014, 130.

<sup>70</sup> Secondo la Funzione pubblica, la previsione di cui al comma 2 «volta a garantire l'adeguato accesso dall'esterno, è da intendersi riferita non ai posti della dotazione organica, che è comunque suscettibile di rimodulazione, ma alle risorse finanziarie disponibili nell'ambito delle facoltà di assunzione, che possono quindi essere destinate al reclutamento speciale nella misura massima del 50%. Le risorse dell'art. 9, comma 28, del d.l. 78/10 sono invece per intero destinabili alle finalità dell'art. 20, commi 1 e 2, d.lgs. n. 75/17.

<sup>71</sup> La dotazione organica indica la provvista dei posti coperti e di quelli vacanti, e suddivide il personale per categoria e profili professionali. In dottrina R. GUZZARDI, *Come cambia il rapporto tra dotazione organica, fabbisogno triennale e assunzioni a seguito dell'entrata in vigore della riforma della P.A.*, in *Azienditalia – Il Personale*, 2017, 333 ss.; A. BIANCO, *Dotazioni organiche, mobilità, accessi, collaborazioni, disabilità ed altre disposizioni*, in A. BIANCO – A. BOSCATI – R. RUFFINI (a cura di), *La riforma del pubblico impiego e della valutazione. Cosa cambia con i Decreti attuativi D.lgs. 74/2017 e D.lgs. 75/2017*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 27; C. PEITI – C. VIGNOCCHI, *Pa: così i fabbisogni guideranno le assunzioni*, in [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info), 13.10.2017; M. LOZITO, *Il passaggio dalla pianta organica alla dotazione organica complessiva nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, I, 61 ss.; F. BASENGHI, *Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche*, in F. CARINCI – L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, 248 ss..

<sup>72</sup> In sostanza, con meno risorse umane si realizzavano gli stessi obiettivi. Ma rimaneva automatismo, che andava verificato sul campo. Su questi aspetti T. GUIZZARDI, *Come cambia il rapporto tra dotazione organica, fabbisogno triennale e assunzioni a seguito dell'entrata in vigore della riforma della P.a.*, in *Azienditalia*, 2017, 7, 335.

L'innovazione portata dal d.lgs. n. 75 del 2017 va nella direzione di ridisegnare in senso “dinamico” il concetto di fabbisogno di personale. Lo fa attraverso un'operazione che individua la dotazione organica attraverso il fabbisogno di risorse umane, e non viceversa, come accadeva prima. In altri termini, si rovescia la prospettiva: al concetto statico di fabbisogno di personale viene sostituito un concetto dinamico, che lega la dotazione organica all'effettivo fabbisogno programmato di risorse umane<sup>73</sup>.

L'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001 viene, pertanto, ridisegnato secondo questa logica, facendo cioè derivare la dotazione organica dal piano triennale dei fabbisogni<sup>74</sup>. Definita l'organizzazione degli uffici in conformità al piano triennale dei fabbisogni di personale, rigidamente vincolato alla pianificazione dei risultati che l'amministrazione si prefigge di raggiungere<sup>75</sup>, le pubbliche amministrazioni avviano le

---

<sup>73</sup> S. BATTINI, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, Relazione al 62° Convegno di Varenna di Studi amministrativi, 22 settembre 2016, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La programmazione delle assunzioni, pur rimanendo fermo il criterio di invarianza della spesa e gli indirizzi del centro, non incontra il vincolo procedurale della previa composizione dell'organico, ma rende possibile politiche differenziate di reclutamento di personale e di orientamento dei flussi di mobilità: M. MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della «privatizzazione»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 5, 589, che sottolinea come in precedenza il fabbisogno di personale fosse funzionale alla dotazione organica, finendo di fatto per coincidere con i posti vacanti. Il d.lgs. n. 75 del 2017 inverte la prospettiva. Sul punto anche Cons. St., Comm. spec. 21 aprile 2017, n. 916, *cit.*, che vede nel ridisegno del concetto di fabbisogno un criterio «uno strumento programmatico», non statico, ma affidato ad «un piano essenzialmente gestionale, di natura dinamica». In sostanza, «viene affidata alla capacità (ed alla responsabilità) di ogni singola amministrazione l'individuazione concreta e in progress delle professionalità occorrenti al raggiungimento dei propri fini istituzionali, con il solo limite del rispetto dei vincoli di spesa e di finanza pubblica». Il Consiglio di Stato legge un orientamento del legislatore che «muove nel senso di un'autorizzazione alla spesa (c.d. budget per le assunzioni) per ogni singola amministrazione, che lascia libera, poi, quest'ultima nel se e nel come assumere, scegliendo i profili professionali più rispondenti alle sue esigenze e fondati sull'effettivo fabbisogno». Si tratta, come ognuno vede, di una «visione flessibile e lungimirante dell'apparato amministrativo e dell'organizzazione pubblica, che facoltizza e responsabilizza la singola amministrazione, nell'ambito del budget assegnatole, a distribuire il personale in base ad effettive esigenze e non ad aprioristici limiti di organico. In base al nuovo sistema, il piano del fabbisogno giunge a valle dei provvedimenti di bilancio». Il Consiglio di Stato raccomanda, però, che «il piano del fabbisogno sia il frutto di una valutazione effettuata a monte e, secondo ragionevoli previsioni per il futuro, circa l'effettivo fabbisogno della singola amministrazione, anche al fine di evitare distorsioni ed abusi derivanti dal superamento di un limite fisso, quale quello della dotazione organica, e dalla conseguente responsabilizzazione della stessa singola amministrazione nella valutazione delle proprie esigenze e dei conseguenti posti da coprire mediante le assunzioni». In quest'ottica, la determinazione di un'amministrazione di procedere all'assunzione di personale «dovrebbe essere l'ultima fase di un complesso processo avente lo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili, invero scarse, e di perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità di servizi ai cittadini».

<sup>74</sup> L'articolo è rubricato «Organizzazione degli uffici e fabbisogni di personale».

<sup>75</sup> Il piano deve indicare, ai sensi dell'art. 6, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 «le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente». Importante sottolineare che l'art. 6-ter, rubricato «Linee di indirizzo per la pianificazione dei fabbisogni di personale» prevede che con decreti di natura non regolamentare, adottati dal Ministro per la semplificazione la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, siano definire, nel rispetto degli equilibri di finanza pubblica, linee di indirizzo finalizzate ad orientare le amministrazioni pubbliche nella predisposizione dei piani di fabbisogni di personale. Per le regioni, gli enti regionali, il sistema sanitario nazionale e gli enti locali, tali decreto sono adottato previa intesa in sede di Conferenza unificata prevista dall'art. 8, comma 6, legge 5 giugno 2003, n. 131. Per le aziende e gli enti del servizio sanitario nazionale, i decreti e le relative linee di indirizzo sono adottati di concerto anche con il Ministro della salute. Si tratta di un sistema che il legislatore vuole articolato su due livelli: uno centrale, in cui vengono fissate le linee di indirizzo, e uno particolare, in cui sono le singole pubbliche amministrazioni a definire, nell'ambito delle linee di indirizzo, i propri piani di fabbisogno di personale. Cons. St., Comm. spec. 21 aprile 2017, n. 916, *cit.*, attribuisce alle linee di indirizzo «natura amministrativa e contenuto di mero

procedure di reclutamento, che vanno regolate secondo i principi e i criteri stabiliti dai novellati artt. 35 e 37 del d.lgs. n. 165 del 2001<sup>76</sup>.

Nell'ambito di tali procedure di reclutamento, vincolate al piano di fabbisogno di personale disegnato nei modi appena illustrati, si colloca la disposizione dettata dall'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 per offrire forme di tutela al precariato protrattosi nel tempo nella pubblica amministrazione e, al tempo stesso, per valorizzare la professionalità acquisita da dipendenti assunti con contratti a tempo determinato e flessibili.

### **10. I due canali della stabilizzazione previsti dall'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017**

I due canali della stabilizzazione, previsti dall'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 (quello cioè destinato al personale non dirigenziale con contratto di lavoro a tempo determinato già reclutato con procedure concorsuali di cui al comma 1, e quello destinato al personale non dirigenziale assunto con contratto di lavoro flessibile di cui al comma 2) si pongono in rapporto di *sussidiarietà*.

La seconda procedura, ad avviso di chi scrive, è finalizzata a coprire i posti che, sulla base del piano dei fabbisogni, siano rimasti ancora disponibili (e utili all'amministrazione) all'esito dell'esaurimento delle procedure previste dal comma 1. In questo senso la procedura concorsuale riservata è *sussidiaria* rispetto a quella che, attivabile al ricorrere di determinati presupposti oggettivi previsti dalla norma<sup>77</sup>, non prevede alcun tipo di selezione, proprio perché il dipendente, seppur con contratto di lavoro a tempo determinato, è stato comunque assunto all'esito di «procedure concorsuali».

La distinzione tra le due procedure, che il legislatore opera ai commi 1 e 2 dell'art. 20, è finalizzata solo a garantire la copertura del fabbisogno del personale. In altri termini, ove le amministrazioni non riescano a rispondere con la stabilizzazione del personale precario al fabbisogno di personale, possono ricorrere a personale esterno «*nei limiti del cinquanta per cento dei posti disponibili*», attivando la procedura concorsuale<sup>78</sup>.

In caso contrario, l'amministrazione attiva la procedura prevista dal comma 1 dell'art. 20, senza bandire concorsi certo non poco onerosi.

---

dettaglio delle disposizioni di rango legislativo ovvero natura di mera interpretazione della normativa vigente o di indirizzo, allo scopo di rendere quanto più omogenea possibile l'adozione da parte di tutte le amministrazioni pubbliche del predetto piano di fabbisogno del personale». Ferma restando la discrezionalità delle singole amministrazioni, le linee di indirizzo assolvono «anche al delicato compito di indicare in modo chiaro e puntuale le modalità (e/o gli strumenti) affinché l'individuazione del fabbisogno di personale risponda ad esigenze effettive e funzionali, non altrimenti risolvibili [...]Parimenti, le predette linee di indirizzo dovranno farsi carico di sollecitare e chiarire anche le modalità di assorbimento del personale che risulti in esubero nel rispetto dei principi fissati dal d.lgs. n. 165 del 2001».

<sup>76</sup> Gli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 75 del 2017 hanno rispettivamente novellato gli artt. 35 e 37 del d.lgs. n. 165 del 2001.

<sup>77</sup> Come sottolinea la Commissione speciale del Consiglio di Stato, 21 aprile 2017, 916, *cit.*, «l'accertamento dell'idoneità del personale avventizio ad entrare a titolo definitivo nella struttura organizzativo-funzionale della Pubblica Amministrazione non è affidato al mero fatto di avere svolto dei compiti in favore dell'Amministrazione, quando piuttosto al superamento di una apposita selezione (che verifichi attraverso adeguate prove le capacità professionali del soggetto, anche con riferimento alla soluzione di casi pratici)».

<sup>78</sup> Non è il caso di sottolineare che la procedura concorsuale è più costosa per l'amministrazione.

Avvalora questa tesi il fatto che la norma appena citata individua tra i presupposti della stabilizzazione l'assunzione di personale a tempo determinato che sia avvenuta all'esito di «procedure concorsuali» (lett. *b*), con ciò lasciando chiaramente intendere che questa categoria di personale è *preferita* rispetto a quella prevista dal comma 2, della quale la norma, senza specificare se è assunta all'esito di «procedure concorsuali», si limita a dire che «risult(a) titolare [...] di un contratto di lavoro *flessibile* presso l'amministrazione che bandisce il concorso». Di qui la conclusione che nella categoria di personale prevista dal comma 2 dell'art. 20 più volte menzionato è ricompresa la più larga platea di personale variamente assunta<sup>79</sup> dall'amministrazione con una delle forme di lavoro flessibile. Tra le forme di lavoro flessibile, previste dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il legislatore privilegia quella del contratto di lavoro a tempo determinato, instaurato dall'amministrazione all'esito di procedure concorsuali.

Questione connessa è quella relativa alla configurabilità in capo ai soggetti interessati alla stabilizzazione di un diritto alla stabile assunzione. La questione si è posta in giurisprudenza, e pare risolta nel senso che, a fronte delle norme che prevedono la stabilizzazione del personale precario non si configuri un diritto ma «unicamente un'aspettativa di mero fatto»; correlativamente, in capo alle amministrazioni non sussiste un obbligo ad inquadrare stabilmente tutti i lavoratori che ne facciano domanda. Così ha ritenuto il T.A.R. Veneto<sup>80</sup>, che ha ritenuto discrezionale il potere dell'amministrazione a fronte della domanda dell'interessato, che non vanta «alcuna posizione differenziata». La discrezionalità dell'amministrazione è legata al fatto che il percorso di stabilizzazione può essere avviato nei limiti imposti dalle disposizioni relative alle dotazioni organiche e alla programmazione triennale dei fabbisogni di personale. È quanto dire che la vacanza in organico delle posizioni corrispondenti alle qualifiche coperte dal personale precario condiziona le scelte dell'amministrazione. Ne consegue che il preventivo accertamento delle dotazioni organiche e dei fabbisogni costituisce il necessario presupposto per l'attivazione della procedura di stabilizzazione<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Si tratta di personale assunto a seguito di selezioni che non hanno il carattere di procedure concorsuali.

<sup>80</sup> T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3342, in *Foro it.*, 2008, III, 420.

<sup>81</sup> Più di recente Cass. civ., Sez. un., 2 agosto 2017, n. 19166, in *Giust. civ.*, *Massimario*, 2017, che stabilisce che il potere dell'amministrazione di attivare la procedura di stabilizzazione ha carattere discrezionale. Le Sezioni si pronunciano, in particolare, sulla giurisdizione a fronte della domanda proposta dai ricorrenti intesa a vedersi riconosciuto il diritto alla stabilizzazione. Confermando la propria giurisprudenza, le Sezioni stabiliscono che i processi di stabilizzazione volti ad eliminare il precariato sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale del fabbisogno. Si tratta di procedure che, pur suscettibili di derogare alle norme in materia di reclutamento limitatamente al carattere riservato e non aperto dell'assunzione, non possono farlo con riguardo alla necessità del possesso del titolo di studio ove previsto per la specifica qualifica, né al preventivo svolgimento di procedure selettive, che, eccezion fatta per il personale assunto obbligatoriamente o mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento, sono necessarie nell'ipotesi in cui la stabilizzazione riguardi dipendenti che non abbiano già sostenuto procedure selettive di tipo concorsuale, com'era accaduto nella vicenda al vaglio delle Sezioni. In siffatta evenienza l'amministrazione può dare luogo ad una selezione per individuare il personale da assumere, restando devolute le relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo; T.A.R., Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 29 aprile 2017, n. 148, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), posto davanti alla questione «se sia

Deve, a questo riguardo, soggiungersi che il previo esperimento delle procedure di mobilità, imposto dall'art. 34-*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 quando si bandiscano concorsi pubblici aperti all'accesso esterno, può essere evitato, giacché la stabilizzazione costituisce forma di reclutamento riservata e, perciò stesso, speciale, siccome diretta a sanare situazioni ingeneratesi per effetto dell'improprio utilizzo di personale da parte dell'amministrazione. Lo ha precisato il Dipartimento della Funzione pubblica che, con direttiva n. 7 del 30 aprile 2007, ha pure stabilito l'ordine di priorità per l'accesso al percorso di stabilizzazione del personale precario in possesso dei requisiti previsti<sup>82</sup>. È sufficiente che il dipendente risulti in servizio «anche per un solo giorno» successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015. Ove più dipendenti abbiano lo stesso requisito, la priorità d'accesso è prevista a favore del personale in servizio alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017, cioè al 22 giugno 2017<sup>83</sup>. Si tratta di un criterio che, secondo la circolare n. 3/17 della Funzione pubblica, «ferma restando la prevalenza dell'effettivo fabbisogno nella programmazione, è prioritario rispetto ad altri eventualmente fissati dall'amministrazione per definire l'ordine di assunzione a tempo indeterminato; i criteri scelti suppliranno anche per l'ordine da attribuire a coloro che sono in servizio alla predetta data del 22 giugno 2017».

---

legittima la pretesa dell'Amministrazione a che gli stabilizzandi, per accedere alla stabilizzazione, siano in possesso di un titolo di studio, sì coerente con la posizione posta a concorso, ma diverso da quello in forza del quale a suo tempo furono assunti a tempo determinato per lo svolgimento del medesimo ruolo», stabilisce che se anche la norma non impone il possesso di un determinato titolo di studio, è tuttavia «nella ratio dell'istituto stesso che deve ravvisarsi la necessità che chi viene stabilizzato abbia titolo per svolgere il lavoro per il quale viene assunto». La stabilizzazione, invero, è una forma straordinaria di reclutamento del personale delle pubbliche Amministrazioni. Essa è finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico a un graduale superamento del precariato nel pubblico impiego e alla progressiva sanatoria dell'utilizzo improprio dei contratti di lavoro flessibile. Al contempo, tale obiettivo deve essere raggiunto garantendo comunque uno standard adeguato di preparazione del personale così assunto.

A tale fine, la stabilizzazione può operare solo a favore di coloro che nei trentasei mesi abbiano svolto un incarico uguale a quello messo a concorso, e che siano in possesso del titolo di studio necessario per svolgere quel compito. D'altro canto, è solamente in questo modo che viene evitata una disparità di trattamento rispetto a coloro che accedono alla medesima posizione tramite un ordinario concorso esterno, nel quale il possesso di idoneo titolo di studio è sicuramente requisito di partecipazione.

<sup>82</sup> Vanno innanzitutto inquadrati i dipendenti che abbiano maturato il requisito dei tre anni di servizio nella medesima amministrazione. Seguono i dipendenti che abbiano conseguito il requisito previsto presso diverse amministrazioni: in questo caso, la stabilizzazione viene effettuata presso l'ultima amministrazione in cui il lavoratore ha prestato servizio, tenendo conto della qualifica rivestita (va attivata apposita procedura selettiva se il lavoratore non è stato assunto all'esito di una prova di tipo concorsuale; a questo riguardo, l'amministrazione che procede alla stabilizzazione potrà fare riferimento a procedure selettive svolte presso le altre amministrazioni che si riferiscano alla qualifica per la quale si procede alla stabilizzazione).

<sup>83</sup> L'art. 20, comma 12, del d.lgs. n. 75 del 2017 prevede che «Ai fini delle assunzioni di cui al comma 1, ha priorità il personale in servizio alla data di entrata in vigore del presente decreto».

## 11. Il perimetro dell'amministrazione pubblica

L'art. 20, comma 1, del d.lgs. 75 del 2017 prevede che le procedure di stabilizzazione si applichino al personale che sia stato reclutato a tempo determinato con procedure concorsuali «anche espletate presso amministrazioni pubbliche *diverse* da quella che procede all'assunzione».

Si tratta, adesso, di verificare se nel perimetro dell'*amministrazione* cui ricondurre l'applicazione delle procedure di stabilizzazione possano trovare posto le società a partecipazione pubblica.

È noto che il concetto di *pubblica amministrazione* è poliforme in ragione del pluralismo soggettivo che la caratterizza. Ancor più complesso il quadro se si considera che, a seguito del processo di privatizzazione, non sono pochi gli enti pubblici e le aziende autonome statali, senza dire delle aziende municipalizzate, che si sono trasformati in società per azioni<sup>84</sup>.

Emergono così figure di incerta qualificazione, che pongono l'interprete davanti al problema – di rilievo non solo teorico, ma anche pratico - di doverle o meno ricondurre nel perimetro delle pubbliche amministrazioni.

Com'è noto, il legislatore ordinario non dà una definizione generale di pubblica amministrazione, ma indica un insieme di figure soggettive cui si applicano le norme sull'organizzazione, sull'impiego, sui procedimenti, sui contratti, sulla spesa, sulla responsabilità, sulla giurisdizione. In altri termini, non vi è una norma di carattere generale che consenta di qualificare un soggetto come pubblica amministrazione, potendo lo stesso soggetto essere pubblica amministrazione per certi versi e non esserlo per altri. Ricostruire una nozione unitaria di pubblica amministrazione può risultare uno sforzo vano, perché costringe a muoversi su un terreno troppo scivoloso. È più utile, invece, ricostruire criteri che aiutino di volta in volta a delimitare il perimetro delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di evitare che alcuni

---

<sup>84</sup> Fin dai primi anni del secolo scorso l'intervento pubblico nel mercato ha subito diverse trasformazioni, assumendo in un primo tempo la forma dell'amministrazione autonoma dello Stato o del Comune, poi quella dell'ente pubblico economico e, infine, della società in partecipazione pubblica. Un sistema, quest'ultimo, che portò nel 1956 all'istituzione del Ministero delle partecipazioni statali, poi smantellato nel 1993 a seguito di un referendum abrogativo. La soppressione del Ministero delle partecipazioni statali non segnò la fine della figura della società in partecipazione pubblica, che trovò anzi terreno fertile quando negli anni '90 del secolo scorso il processo di liberalizzazione dei mercati, accompagnato dall'esigenza di snellire l'azione amministrativa, portò a trasformare per legge in società per azioni enti pubblici economici che gestivano in regime di monopolio servizi pubblici. In alcuni casi alla trasformazione seguì l'attribuzione allo Stato delle azioni (privatizzazione c.d. fredda); in altri casi le azioni vennero cedute in tutto o in parte ai privati (privatizzazione c.d. calda). G. URBANO, *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in *Amministrazione in Cammino*, 2012; M.G. DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 16, 5, 2007, 747 e ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2005, 239 e ss.; V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, *Atti del Convegno*, Padova, 2007; R. CAVALLO PERIN – D. CASALINI, *L'in house providing, un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 1992, 235; G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, 349; ID., *La pubblica amministrazione e l'impresa nella formazione e nella produzione di beni e servizi*, in *Dir. econ.*, 1990, 51 e ss..

soggetti sfuggano alle regole del diritto amministrativo. La fuga dal diritto amministrativo impedisce il controllo sulla gestione delle risorse pubbliche e sul rispetto dei principi di imparzialità, di buon andamento, di trasparenza. D'altronde, a questa logica risponde la nozione di organismo di diritto pubblico<sup>85</sup>, che sottende una definizione di pubblica amministrazione, forgiata a livello comunitario allo scopo di evitare l'elusione dei principi di diritto europeo. È condivisibile l'orientamento della giurisprudenza che individua l'ente pubblico non in base a criteri «statici», ma «dinamici» e «funzionali»<sup>86</sup>. Il criterio per delimitare il perimetro dell'ente pubblico varia a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato. Di conseguenza, la nozione di ente pubblico nell'attuale assetto ordinamentale non può ritenersi fissa ed immutabile. «Non può ritenersi, in altri termini, che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, ne implichi automaticamente e in maniera automatica la integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione». È per questa ragione che l'ordinamento, secondo il Consiglio di Stato<sup>87</sup>, accoglie una nozione «funzionale» e «cangiante» di ente pubblico, con la conseguenza che si può ammettere «senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. La nozione «funzionale» e «dinamica» di ente pubblico - precisa il Consiglio di Stato<sup>88</sup> - non contrasta con la previsione contenuta nell'art. 4 della legge n. 70 del 1975, in base alla quale «nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge». La nozione «funzionale» e «dinamica» non predica, infatti, che un soggetto possa essere qualificato come «pubblico» a prescindere dall'esistenza di una base legislativa che sottoponga quel soggetto ad un regime pubblicistico<sup>89</sup>.

In questo quadro, nel nostro ordinamento una norma centrale è quella che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede ai fini dell'individuazione delle amministrazioni pubbliche tenute applicazione del regime di impiego pubblico. Oltre alle amministrazioni espressamente indicate, la norma contiene un rinvio a «tutti gli enti pubblici non economici», la cui individuazione è di volta in volta riservata al legislatore. Elemento, questo, che induce a ritenere che l'indicazione delle amministrazioni pubbliche

---

<sup>85</sup> M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; R. DE NICTOLIS, *L'organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 4, 97; E. SCOTTI, *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140; L. PERFETTI - A DE CHIARA, *Organismo di diritto pubblico, società a capitale pubblico e rischio di impresa*, in *Diritto amm.*, 2004, 135 ss.; M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio di impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1202 ss.; B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

<sup>86</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, in *Guida al diritto*, 2016, 38, 96

<sup>87</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, *cit.*, 96.

<sup>88</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, *cit.*, 96.

<sup>89</sup> Cons. St., Sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3043, *cit.*, 96.

prevista dalla norma non sia esaustiva, non esaurendo il novero dei soggetti che possono definirsi pubblici e che compongono il quadro di quella che si definisce amministrazione sostanziale.

A livello europeo, il Regolamento CE n. 2223/96, che ha per oggetto l'istituzione del Sistema europeo dei conti 1995<sup>90</sup>, ha demandato agli Istituti nazionali di statistica (l'ISTAT per l'Italia) il compito di definire annualmente l'elenco delle unità istituzionali che fanno parte del Settore «amministrazioni pubbliche» e che costituiscono il punto di riferimento per l'approntamento del Conto consolidato del settore pubblico. Secondo il menzionato Regolamento, sono comprese nel Settore delle amministrazioni pubbliche *i*) gli organismi pubblici che gestiscono e finanziano un insieme di attività principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; *ii*) le istituzioni senza scopo di lucro, dotate di personalità giuridica, che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche; *iii*) i fondi pensione. L'elenco è rilevante ai fini dell'applicabilità alle «amministrazioni pubbliche», ivi (e in quanto) inserite, delle norme di contenimento della spesa pubblica, emanate con le leggi finanziarie o di stabilità.

## 12. Le società a partecipazione pubblica come datori di lavoro

Così delimitato, sia pur sommariamente, il perimetro delle amministrazioni pubbliche, occorre soffermare l'attenzione sulla natura della società pubblica *in quanto* datore di lavoro.

Al riguardo soccorre l'art. 19, comma 2, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che prevede che «Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità di reclutamento del personale. La norma impone il «rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2002, n. 165». Saggiunge la norma che «In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto art. 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001».

Il richiamo all'art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 impone che il reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica debba informarsi ai principi di adeguata pubblicità della selezione e svolgersi secondo modalità che ne garantiscano l'imparzialità e la trasparenza, idonee a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire.

---

<sup>90</sup> Il Regolamento è rilevante ai fini di una ricostruzione, a livello europeo, di una nozione di pubblica amministrazione, che comprende «tutte le unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali ed è finanziata in prevalenza da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori e/o tutte le unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e delle ricchezze del Paese».

È una disposizione – quella prevista dall’art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016<sup>91</sup> – con cui il legislatore innesta nella disciplina delle società a partecipazione pubblica parte della disciplina applicabile alle pubbliche amministrazioni. L’innesto è necessario, tenuto conto della presenza di un socio pubblico all’interno di una struttura societaria, e comporta una distinzione tra i principi e le regole che disciplinano la modalità di costituzione del rapporto di lavoro e quelli che disciplinano la sua gestione ed esecuzione.

Se sul piano generale non può negarsi che, al pari degli altri enti, anche le pubbliche amministrazioni, abbiano autonomia negoziale, non può neppure negarsi che tale autonomia, nel caso di questi ultimi soggetti, sia vincolata agli scopi istituzionali e al perseguimento dell’interesse pubblico. Il vincolo di scopo collegato all’attività delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici contrae gli spazi di autonomia ben al di là della soglia della meritevolezza degli interessi di cui all’art. 1322 c.c.. Se per il privato la libertà di scelta del contraente costituisce espressione di libertà ed è a fondamento dell’autonomia privata, lo stesso non vale per la pubblica amministrazione, tenuta, com’è noto, a scegliere il proprio contraente all’esito di un apposito procedimento (c.d. procedimento ad evidenza pubblica)<sup>92</sup>.

Alla stessa stregua di quanto prima aveva fatto il legislatore con l’art. 18 del d.l. n. 112 del 2008, il menzionato art. 19 recepisce i principi affermati dalla sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull’illegittimità costituzionale dell’art. 7, comma 4, lett. f) della legge 5 agosto

---

<sup>91</sup> Prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 175 del 2016, a disciplinare la materia era l’art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133. Il comma 1 estende alle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali i criteri stabiliti in tema di reclutamento del personale dal d.lgs. 65 del 2001, art. 35, comma 3, ed al comma 2 prescrive alle «altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo» di adottare «con propri provvedimenti criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità». Il comma 2-bis prevede, inoltre, che «le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 1, comma 2, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l’amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale nè commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall’Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi della L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 5, art. 1».

<sup>92</sup> Utile il rinvio a Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che chiaramente afferma per gli enti pubblici la capacità di agire nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell’ente, ma è strettamente correlata alla svolgimento da parte degli organi competenti di procedure definite in modo compiuto dal legislatore siano esse concorsuali o, come accade in alcune ipotesi eccezionali individuate specificamente dall’ordinamento, non concorsuali. Tali procedure sostituiscono il procedimento logico di formazione della volontà e della conseguente scelta del contraente, che nei rapporti interprivati è riservato alla libera autonomia negoziale e che si concreta nelle singole manifestazioni di volontà dei soggetti privati. Ciò significa che nel nostro ordinamento la capacità giuridica e di agire degli enti pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 243.

2004, n. 23 della Regione Abruzzo. La norma prevedeva che le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, sono obbligate al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, ponendo, pertanto, a carico di società private oneri ed obblighi non previsti per l'instaurazione dei rapporti di lavoro nel settore privato, con la conseguenza di invadere la competenza esclusiva dello Stato in materia di «ordinamento civile». La Corte costituzionale ha ritenuto non fondata la questione sollevata dallo Stato sul rilievo che «la disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 Cost. rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici. D'altronde, la Corte costituzionale, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico». Secondo la Consulta, infatti, il controllo della Corte dei conti permane anche dopo la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni, fin quando rimane inalterato l'apporto finanziario dello Stato. In costanza della partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato al capitale azionario, il mutamento della veste giuridica di tali organismi non importa una modifica sostanziale nell'imputazione del patrimonio, tale da sottrarre la gestione finanziaria degli enti trasformati alla disponibilità dello Stato<sup>93</sup>.

L'art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016 estende alle società partecipate i vincoli procedurali imposti alle amministrazioni pubbliche nella fase della costituzione del rapporto di lavoro<sup>94</sup>. La giurisprudenza costituzionale, distinguendo tra privatizzazione sostanziale e privatizzazione formale, sottolinea che in quest'ultima ipotesi trova applicazione l'art. 97 Cost.. Se la partecipazione pubblica non muta la natura di soggetto privato della società, che, pertanto, resta assoggettata al regime giuridico proprio dello strumento privatistico impiegato, sono tuttavia fatte salve specifiche disposizioni di segno contrario o ragioni ostative di carattere sistematico che portino ad attribuire rilievo alla natura pubblica del capitale impiegato e del soggetto che possiede le azioni della società<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in *Foro it.*, 1994, I, 325.

<sup>94</sup> L'erogazione di servizi di interesse generale impone di selezionare secondo criteri di merito e di trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento dei compiti che quell'interesse perseguono: Cons. St., Sez. consultiva per gli atti normativi, 24 maggio 2010, n. 2415, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>95</sup> Cass. civ., Sez. un., 1 dicembre 2016, n. 24591, in *Giur. comm.*, 2017, 5, II, 809; Cass. civ., Sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759, in *Foro it.*, 2017, 5, I, 1526.

L'art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016, recependo i principi elaborati dalla giurisprudenza, dispone, infatti, che «*Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato*».

È evidente come il menzionato art. 19, pur prevedendo l'inapplicabilità ai rapporti di lavoro stipulati dalle società partecipate delle norme dettate dal d.lgs. n. 165 del 2016, imponga non trascurabili deroghe alla disciplina generale, che trovano giustificazione nella natura del socio unico o maggioritario e negli interessi pubblici da quest'ultimo curati ricorrendo allo strumento societario. Nella parte in cui prevede deroghe ed impone l'adozione di provvedimenti diretti a stabilire criteri e modalità per il reclutamento del personale, la norma ha carattere imperativo. Di conseguenza, l'omesso esperimento delle procedure concorsuali previste determina la nullità del contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., attenendo la violazione al momento genetico del rapporto<sup>96</sup>. Come ha precisato la giurisprudenza, la procedura concorsuale costituisce l'atto presupposto del contratto individuale di lavoro stipulato con l'amministrazione, sicché tra procedura concorsuale e contratto di lavoro sussiste un rapporto inscindibile, al punto che l'illegittimità delle operazioni concorsuali si risolve nella violazione della norma inderogabile dettata dall'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, che dà attuazione al principio costituzionale sancito dall'art. 97, comma 4, Cost.<sup>97</sup>. Peraltro, la Corte costituzionale, sottolineando l'assimilabilità del rapporto di lavoro al rapporto di lavoro pubblico, ha in più occasioni escluso che possa configurarsi difformità di trattamento rispetto all'impiego privato, sul rilievo che le norme che impongono il concorso sottendono esigenze di tutela degli interessi di cui è espressione l'art. 97 Cost.<sup>98</sup>. Di qui l'illegittimità di operazioni intese ad aggirare l'obbligo del concorso mediante passaggi diretti da società pubbliche alle amministrazioni pubbliche. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una norma regionale che prevedeva che il personale di una società partecipata dalla regione transitasse in modo automatico nell'organico dell'amministrazione regionale, la Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione, considerato che il concorso costituisce il canale di accesso pressoché esclusivo nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost.. L'immissione del personale dalla società

---

<sup>96</sup> Nel delimitare l'ambito delle nullità virtuali, la giurisprudenza in linea generale tiene conto della distinzione tradizionale tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto. La violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto nella fase attuativa del rapporto, genera responsabilità, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, non essendo idonea a provocarne la nullità. Le norme che incidono sulla validità del contratto non sono solo quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale, ma anche quelle che in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni soggettive o oggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto. Se il legislatore vieta, in determinati casi, di stipulare il contratto, la violazione del divieto pone la stessa esistenza del contratto in contrasto con la norma imperativa. Donde la nullità dell'atto per ragioni ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo: Cass. civ., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ.*, 2008, 5, I, 1175.

<sup>97</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 7 luglio 2016, n. 13884, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2099.

<sup>98</sup> Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *Giur. it.*, 2004, 19; Corte cost., 3 marzo 2011, in *Giur. cost.*, 2011, 2,1053.

partecipata nell'organico regionale non può essere condotta sulla base della mera verifica della sussistenza dei requisiti per accedere ai ruoli dell'amministrazione regionale e di una «eventuale prova selettiva». La regola del concorso, e la certezza di un serio filtro selettivo, non sono minimamente derogabili, se non quando lo scostamento si presenti a sua volta maggiormente funzionale al buon andamento dell'amministrazione e ricorrano straordinarie esigenze d'interesse pubblico. Perché ciò possa avvenire, è necessario che la legge stabilisca preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione e subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione, prevedendo procedure di verifica dell'attività svolta<sup>99</sup>.

Se è la legge a dover stabilire preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione, occorre ora verificare se l'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 faccia rientrare le società a partecipazione pubblica nell'ambito delle «*amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione*».

### 13. Le società partecipate e l'art. 20 del d.lgs. n. 75 de 2017

Va subito sottolineato che, nel prevedere le regole per il reclutamento del personale, l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 175 del 2016, si riferisce esclusivamente alle società a «controllo pubblico» e non a tutte le società partecipate<sup>100</sup>. Sono società a controllo pubblico le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri ai sensi dell'art. 2359 c.c., ovvero quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, sia richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo, ai fini dell'assunzione delle decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> Corte cost., 23 luglio 2013, n. 227, in *Giur. cost.*, 2013, 4, 3333.

<sup>100</sup> L'art. 2, lett. n) del d.lgs. n. 175 del 2016 definisce «società a partecipazione pubblica» le società a controllo pubblico, «nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico». Ciò significa che la nozione di società a partecipazione pubblica è comprensiva tanto della società a controllo pubblico quanto delle altre società partecipate. Di conseguenza, la società a controllo pubblico è una società partecipata, ma non viceversa. Sul tema C. IBBA – I. DEMURO (diretto da), *Le società a partecipazione pubblica – Commentario tematico al d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018; R. GAROFOLI – A ZOPPINI (a cura di), *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Molfetta, 2018; F. AULETTA (diretto da), *I controlli nelle società pubbliche*, Bologna, 2017; F. CINTIOLI – F. MASSA FELSANI (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica tra diritto dell'impresa e diritto dell'amministrazione*, Bologna, 2017; F. FIMMANÒ – A CATRICALÀ (a cura di), *Le società pubbliche*, Napoli, 2016; G. MEO – A NUZZO (diretto da), *Il testo unico sulle società pubbliche – Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Bari, 2016.

<sup>101</sup> Sulla nozione di «controllo» si è pronunciata Corte dei conti, Sez. riunite, deliberazione 20 giugno 2019, n. 11, in *www.corteconti.it*. Intervenendo sul contrasto interpretativo insorto sulla nozione di «controllo» dettata dall'art. 2, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 175 del 2016 e su quella prevista dalla successiva lett. m). Le Sezioni riunite, richiamando, oltre a vari pronunciamenti della giurisprudenza, anche un recente orientamento del 15 febbraio 2018 della Struttura di monitoraggio e controllo delle partecipazioni pubbliche del Mef, stabilisce che i) le definizioni di controllo dettate dal d.lgs. n. 175 del 2016 rilevano solo ai fini dell'esatta delimitazione, oggettiva e soggettiva, delle disposizioni del test, o unico e non anche di altre norme, tra cui quelle del codice civile; ii) le norme del codice civile, nelle stesse materie, debbono intendersi come recessive rispetto a quelle previste dal decreto n. 175 del 2016, con la conseguenza che l'individuazione della nozione di «società a controllo pubblico» va fatta alla stregua del medesimo decreto; iii) il concetto di controllo, impiegato nel menzionato decreto, ha un campo di applicazione più largo rispetto a quello civilistico; iv)

Solo per le società a controllo pubblico sono previste regole derogatorie rispetto a quelle privatistiche<sup>102</sup>. Essendo il concorso pubblico la regola per accedere nei ruoli della società partecipata (*rectius*: a controllo pubblico), potrebbero non sussistere preclusioni all'inserimento di tali società nel perimetro delle pubbliche amministrazioni in senso sostanziale, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 20, comma 1, lett. b), e comma 2, lett. b), del d.lgs. 75 del 2016.

Tuttavia, la soluzione non è semplice.

Uno dei problemi è legato al fatto che l'art. 19 del d.lgs. n. 175 del 2016, rinviando all'art. 35 del d.lgs. n. 165 del 2001, ne richiama solo il comma 3, e non anche il comma 4-*bis* che prevede che le assunzioni a tempo determinato debbano effettuarsi ai sensi dell'art. 36 successivo. Al riguardo appare del tutto condivisibile la tesi, autorevolmente sostenuta<sup>103</sup>, secondo cui un'interpretazione di questo tipo «rischia di essere troppo formalistica», tenuto conto che le amministrazioni pubbliche sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato<sup>104</sup>.

Altro problema è quello che si annoda intorno alla previsione di cui all'art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 175 del 2016, che prevede l'ipotesi di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, già affidati alla società controllata. La norma impone l'obbligo all'amministrazione controllante di reinternalizzare il personale già dipendente a tempo indeterminato da pubbliche amministrazioni e successivamente transitato alle dipendenze della società interessata dalla reinternalizzazione. Come giustamente si sottolinea in dottrina<sup>105</sup>, non è necessario che il rapporto di lavoro a tempo indeterminato fosse già in essere con l'amministrazione controllante che procede alla reinternalizzazione, potendosi trattare di qualunque altra amministrazione. Il riassorbimento del personale avviene mediante l'utilizzo delle

---

l'interpretazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 175 del 2016 deve fondarsi sul combinato disposto delle lettere b) ed m) del medesimo decreto, sul richiamo integrale della seconda alla prima e sulla riferibilità della situazione descritta dall'art. 2359 c.c. a «una o più» amministrazioni pubbliche socie. Tale interpretazione è quella più rispondente alla finalità del legislatore di assoggettare le «società a controllo pubblico» a disposizioni più stringenti rispetto a quelle previste per le società a mera partecipazione pubblica; *iii*) il combinato disposto dell'art. 2, comma 1, lett. b) ed m) del d.lgs. n. 175 del 2016 e dell'art. 2359 c.c. consente di considerare le amministrazioni pubbliche socie come «soggetto unitario», indipendentemente dal fatto che il controllo venga svolto da una sola amministrazione o cumulativamente da più amministrazioni socie. Secondo la Corte, è «sufficiente, ai fini dell'integrazione delle "società a controllo pubblico", rilevante quale ambito di applicazione, soggettivo o oggettivo, di alcune disposizioni del d.lgs. n. 175 del 2016, che una o più amministrazioni pubbliche dispongano, in assemblea ordinaria, dei voti previsti dall'art. 2359 del codice civile».

<sup>102</sup> Oltre alle norme relative al reclutamento, ci riferiamo a quelle relative ai trattamenti retributivi dei dirigenti e dei dipendenti (art. 11, commi 6 e 10), alla compatibilità del rapporto di lavoro con la carica di amministratore (art. 11, comma 2), alle garanzie riservate ai dipendenti (art. 19, comma 8, e 25, comma 9).

<sup>103</sup> D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in CSDLE "Massimo D'Antona", n. 319/2017, 12 ss..

<sup>104</sup> Cass. civ., Sez. lav., 15 luglio 2016, n. 14592, in *Guida al diritto*, 2016, 34, 73.

<sup>105</sup> D. MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, 24.; G. FONTANA, *Società pubbliche e rapporti di lavoro, fra riorganizzazione e crisi di un modello*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2018, 415.

procedure di mobilità di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 19, comma 8, del d.lgs. n. 175 del 2016). Anche sotto questo profilo le società a controllo pubblico sono equiparate alle pubbliche amministrazioni.

Detto questo, i rapporti di lavoro a tempo determinato eventualmente stipulati dalle società a controllo pubblico all'esito di procedure concorsuali sono suscettibili, ricorrendone *tutti* i presupposti normativi, di essere attratti nel campo di applicazione dell'art. 20, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 75 del 2017 per almeno tre ordini di ragioni: *i*) sono rapporti instaurati da società che, ai fini delle norme relative al reclutamento, rientrano, come si è sottolineato, nel perimetro delle pubbliche amministrazioni; *ii*) sono rapporti di lavoro che, instaurati all'esito di procedure concorsuali nella loro fase genetica, non eludono i principi fissati dall'art. 97, comma 4, Cost. e sono in linea con quanto previsto dall'art. 20, comma 1, lett. *b*); *iii*) sono rapporti di lavoro che vengono incontro alle esigenze sottese alla procedura di stabilizzazione del personale precario: da un lato, quella del dipendente, impropriamente utilizzato dalla pubblica amministrazione per periodi di tempo significativi, di dare stabilità alla propria posizione lavorativa, e, dall'altro, quella della pubblica amministrazione di non perdere l'esperienza e la professionalità acquisite dal dipendente precario e di evitare, al tempo stesso, concorsi e selezioni sempre più gravosi.

#### **14. Conclusioni**

A spingere verso la stabilizzazione del personale precario, come si è tentato di dimostrare, non vi è solo l'esigenza di assicurare il giusto equilibrio tra la legittima aspettativa alla stabilità di quanti abbiano maturato esperienza nella pubblica amministrazione e l'opportunità offerta alla stessa amministrazione di utilizzare l'esperienza e la professionalità acquisite dal dipendente, ma anche quella di evitare contenziosi che si risolvono in dispendio di risorse e che mettono in gioco la responsabilità dei dirigenti.

Non potendosi trasformare il rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, la stabilizzazione del personale precario, pur rimanendo una procedura eccezionale, è stata costantemente utilizzata nel corso della storia unitaria, come si è illustrato nella rapida ricostruzione del fenomeno. E ha costituito una sorta di via di fuga che il legislatore non ha esitato a percorrere – da ultimo è intervenuto nel 2019, prorogando al 2021 il termine di scadenza per la conclusione delle procedure – pur consapevole che la modalità generale e ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni è il pubblico concorso.

Le procedure di stabilizzazione indubbiamente mettono la regola del pubblico concorso in “tensione”, ed è proprio per ridurre la carica che il legislatore, all'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 75 del 2017, prevede che possa stabilizzarsi il personale che sia stato assunto con contratto a determinato all'esito di «procedure concorsuali». Come si è sottolineato, nella categoria di personale prevista dal comma 2 rientra la più larga

platea di personale variamente assunta con una delle forme di lavoro flessibile, per la quale è previsto l'accesso alla stabilizzazione mediante concorso, non a caso riservando il 50 per cento dei posti all'accesso esterno. È questa, in definitiva, la ragione per la quale la procedura di stabilizzazione disciplinata dal comma 2 dell'art. 20 del d.lgs. n. 75 del 2017 è *sussidiaria* rispetto a quella disciplinata dal comma 1. In altri termini, qualora l'amministrazione, per soddisfare il proprio fabbisogno di personale, non riesca ad assorbire il personale precario già assunto all'esito di procedure concorsuali con contratto a tempo determinato, ricorre alla procedura di cui al comma 2 dell'art. 20 mettendo a concorso i posti ancora disponibili; per assicurare il "necessario" equilibrio, ne riserva però il 50 per cento a chi è stato variamente (o anche impropriamente) utilizzato con contratti di lavoro flessibile. Il rapporto di sussidiarietà nei termini appena specificati dimostra, al tempo stesso, il *favor* del legislatore nei confronti del contratto a tempo determinato rispetto alle altre forme di lavoro flessibile.

Detto questo, la regola del pubblico concorso, come si è illustrato, opera necessariamente anche ai fini del reclutamento del personale delle società a controllo pubblico che, a questi fini, sono pubblica amministrazione in senso sostanziale. Di qui la conclusione che le società a controllo pubblico possono essere ricomprese nell'ambito applicativo dell'art. 20, comma 1, lett. *b*), e comma 2, lett. *a*) sia nel senso che esse stesse possono procedere alla stabilizzazione del personale precario sia nel senso che il personale precario che lavora presso la società a controllo pubblico può essere stabilizzato dall'amministrazione che procede alla stabilizzazione, in ogni caso nel rispetto del rapporto di sussidiarietà di cui abbiamo detto.

Il risultato è duplice: da un lato, si evita che il personale precario veda frustrata la propria aspettativa alla stabilità del posto e, dall'altro, che l'amministrazione perda l'opportunità di utilizzare, in relazione ai propri fabbisogni e nel rispetto di tutte le condizioni previste, l'esperienza e la professionalità acquisite dal dipendente, senza peraltro dover ricorrere a nuovi e non poco onerosi concorsi.

Questa conclusione è ancor più avvalorata dalla deliberazione n. 11 del 2019 delle Sezioni riunite della Corte dei conti (*supra*), quando stabilisce che le regole civilistiche debbono intendersi come recessive rispetto a quelle previste dal d.lgs. n. 175 del 2016, con la conseguenza che l'individuazione della nozione di «società a controllo pubblico» va fatta alla stregua del medesimo decreto, e che il concetto di controllo ivi impiegato ha un campo di applicazione più largo rispetto a quello civilistico. Il combinato disposto delle lettere *b*) ed *m*) dell'art. 2 del decreto porta la Corte dei conti a considerare le amministrazioni socie come «soggetto unitario», indipendentemente dal fatto che il controllo venga esercitato da una sola o cumulativamente da più amministrazioni.