

STABILIZZAZIONE DELL'ART. 20, D.LGS. N. 75 DEL 2017 ALLA LUCE DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE



DOTTRINA

Pubblicazione: in ADL n. 2/2022
Impiego pubblico
Impiegati di enti pubblici in genere
Procedure di stabilizzazione ex art. 20, D.L.vo n. 75/2017
Interpretazione giurisprudenziale.

Riccio Antonio

(*)

Ricercatore dell'Università di Cassino e del Lazio Meridionale
LE PROCEDURE DI STABILIZZAZIONE DELL'ART. 20, D.LGS. N. 75 DEL 2017 ALLA LUCE DELL'INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE
SOMMARIO:

- [1\) Premessa](#)
- [2\) Le ipotesi di stabilizzazione dell'art. 20, d.lgs. n. 75 del 2017](#)
- [3\) La disponibilità di risorse finanziarie, la discrezionalità nell'attivazione delle procedure e i limiti rispetto ai “posti disponibili”](#)
- [4\) Sulla natura delle procedure e il riparto di giurisdizione](#)
- [5\) Sui requisiti di partecipazione alle procedure](#)
- [6\) Sulla esclusione dei lavoratori somministrati](#)

1)

Premessa

Le pagine che seguono si prefiggono l'obiettivo di offrire una panoramica, mediata dalle pronunce della giurisprudenza in materia, di alcune delle principali vicende legate alle più recenti forme di stabilizzazione dei lavoratori c.d. “precari” della Pubblica amministrazione (¹), disciplinate, come è noto, nell'art. 20 del D.Lgs. n. 75 del 2017.

Vale subito la pena di premettere che il tema delle procedure di stabilizzazione risulta particolarmente complesso e non solo in ragione del susseguirsi, soprattutto negli anni più recenti, di meccanismi transitori tra loro piuttosto diversi e disomogenei, che finiscono spesso per sovrapporsi e convivere, a causa delle proroghe concesse dal legislatore. Tali procedure, infatti, necessitano di una lettura e di una interpretazione prudente e riflessiva in quanto, in primo luogo, finiscono con l'impattare, per loro stessa natura, con regole e principi consolidati nella disciplina dell'impiego alle dipendenze delle P.A. Il riferimento è, naturalmente, al principio dell'accesso mediante concorso sancito dalla Carta costituzionale all'art. 97, comma 4, seppur fatti salvi “i casi stabiliti dalla legge” e della regola secondo la quale “per le esigenze connesse con il proprio

fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” (art. 36, comma 1, D.Lgs. n. 165 del 2001).

Ma la necessità di un approccio prudente deriva, allo stesso modo, anche dalle vicende sottese ai meccanismi di stabilizzazione. Questi, infatti, rappresentano la misura che il legislatore decide di adottare per intervenire e tentare di risolvere un problema generatosi nell'ambito della facoltà delle P.A. di far ricorso a tipologie flessibili e temporanee di impiego ⁽²⁾. Per meglio dire, la ratio dell'introduzione di procedure di stabilizzazione, in deroga almeno parziale alla regola concorsuale di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 165 del 2001, è rappresentata dal tentativo di trovare una soluzione all'abuso nel ricorso alle tipologie temporanee d'impiego e al fenomeno sociale (e sociologico, più e oltre che giuridico) del precariato al quale si trovano esposti i lavoratori coinvolti e che raggiunge dimensioni eclatanti e ingiustificabili, soprattutto in taluni settori. Anche in ragione, ovviamente, della impossibilità per gli stessi lavoratori di far valere giudizialmente quello che nel settore privato rappresenta il principale strumento di contrasto al fenomeno, ossia la conversione del contratto flessibile in un contratto standard.

Al contempo, un approccio riflessivo è imposto dalla natura stessa della PA, dalle sue regole di finanziamento e dalle note difficoltà in tema di accertamento delle responsabilità ⁽³⁾, anche e soprattutto erariali, derivanti dal ricorso illegittimo alle forme di impiego temporaneo. Non c'è dubbio, per esempio, che le avverse contingenze economico-finanziarie e le conseguenti regole in tema di blocco delle assunzioni abbiano determinato un incremento del ricorso abusivo a contratti flessibili, troppo spesso utilizzati quale escamotage per impiegare lavoratori in ragione di esigenze tutt'altro che temporanee ed eccezionali. Di tal che, molte amministrazioni sono riuscite nel corso degli ultimi anni, e nonostante il blocco, a garantire livelli dignitosi nell'offerta dei servizi resi all'utenza anche grazie al fin troppo evidente abuso.

Senza necessità di approfondire, è a tutti noi noto, per esempio, come le Università riescano a garantire molta parte dell'offerta formativa impiegando risorse non certamente stabili. Così come, sebbene si tratti di vicende di carattere eccezionale, l'esperienza della pandemia da Covid-19 ha messo in evidenza l'incapacità del servizio sanitario nazionale di garantire livelli adeguati di assistenza senza ricorrere al bacino di professionalità da tempo impiegate in maniera temporanea. Allo stesso modo, nondimeno, non si può non ricordare come il fenomeno abbia avuto in talune e non limitate occasioni una matrice di natura marcatamente clientelare ⁽⁴⁾, totalmente avulsa da alcuna ragione attinente alla garanzia dei servizi all'utenza, né riferita all'ordinaria attività dell'amministrazione né a quella di carattere temporaneo ed eccezionale.

Ciò posto, è altrettanto vero che, qualunque sia la causa scatenante, il ricorso massiccio e prolungato a forme di impiego flessibile comporta il generarsi di un bacino “di lavoratori inseriti nell'apparato organizzativo delle amministrazioni, ma di fatto precari”, all'interno del quale aleggiano inevitabilmente “aspettative di regolarizzazione e/o assorbimento in modo stabile nei ruoli delle amministrazioni” ⁽⁵⁾. Aspettative che vanno poi rafforzandosi e consolidandosi anche grazie alle (rectius a causa delle) procedure di stabilizzazione alle quali ciclicamente il legislatore ricorre. Da tale punto di vista, d'altronde, vale la pena di sottolineare che, oltre alle numerose procedure di stabilizzazione di carattere straordinario e temporaneo ⁽⁶⁾, il nostro ordinamento conosce un meccanismo, per così dire ordinario, al comma 3-bis all'articolo 35 del D.Lgs. 165/2001, introdotto dall'art. 1, comma 401, della L. 24 dicembre 2012, n. 228.

Senza dimenticare, infine, che, come opportunamente è stato sottolineato in dottrina ⁽⁷⁾, la previsione di procedure di stabilizzazione del personale precario risulta finalizzata anche a evitare il rilevante impatto economico derivante dal potenziale contenzioso giudiziario che vede coinvolta l'ampia platea dei lavoratori temporanei utilizzati illegittimamente ⁽⁸⁾.

Naturalmente, il principio dell'accesso mediante concorso di cui all'art. 97 Cost., funzionale al perseguimento degli obiettivi di imparzialità e buon andamento, è parametro di legittimità di ogni intervento legislativo volto a disciplinare le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni, comprese le procedure di stabilizzazione ⁽⁹⁾. Proprio occupandosi di vicende riguardanti tali strumenti, la Corte costituzionale ha avuto modo in più occasioni di sottolineare che le procedure concorsuali

rappresentano il canale ordinario di accesso ⁽¹⁰⁾, sia in quanto strumentali al perseguimento dell'efficienza dell'amministrazione sia perché, rappresentando un “meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci”, rispettose del principio d'imparzialità ⁽¹¹⁾.

Per tali ragioni, dalle pronunce della medesima Corte emerge un orientamento costante che ammette eccezioni solo nei casi in cui ciò risulti funzionale al perseguimento dell'obiettivo del buon andamento dell'amministrazione e ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico ⁽¹²⁾, tra le quali rientra senza dubbio l'obiettivo di favorire una maggiore e più ampia valorizzazione della professionalità acquisita dal personale con contratto di lavoro a tempo determinato e, al contempo, di ridurre il precariato ⁽¹³⁾, sempreché tali selezioni non siano caratterizzate “da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi” ⁽¹⁴⁾.

Cosicché, la normativa in materia di stabilizzazione del personale precario «in quanto dettata sia pure in parziale deroga al principio costituzionale del pubblico concorso per accedere ai pubblici uffici, deve considerarsi di stretta interpretazione ed applicazione, né può essere interpretata alla luce di pretesi significati impliciti od inespressi, bensì secondo il significato evincibile dal tenore letterale delle parole e dalla loro connessione» ⁽¹⁵⁾.

In tale contesto, l'art. 17, comma 1, della L. delega n. 124 del 2015 ⁽¹⁶⁾, ha previsto alla lett. a), quale criterio direttivo della quarta riforma del pubblico impiego, la limitazione dell'uso del lavoro flessibile e la riduzione del precariato, attraverso «meccanismi di valutazione finalizzati a valorizzare l'esperienza professionale acquisita da coloro che hanno avuto rapporti di lavoro flessibile con le amministrazioni pubbliche», seppur con la «garanzia di un adeguato accesso dall'esterno» ⁽¹⁷⁾.

2)

Le ipotesi di stabilizzazione dell'art. 20, d.lgs. n. 75 del 2017

Come è noto, il D.Lgs. n. 75 del 2017, in attuazione della delega contenuta nella L. n. 124 del 2015, prevede due possibili strumenti di stabilizzazione del personale: l'assunzione diretta e le procedure concorsuali riservate.

La prima, contenuta nel comma 1 dell'art. 20, sulla scorta del quale, “al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato”, le amministrazioni possono assumere a tempo indeterminato, fino al 31 dicembre 2023 ⁽¹⁸⁾, personale non dirigenziale che possieda tre requisiti, ovvero: “a) risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge n. 124 del 2015 con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione o, in caso di amministrazioni comunali che esercitino funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati; b) 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; c) abbia maturato, al 31 dicembre 2022, alle dipendenze dell'amministrazione (...) che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni”.

Come è evidente, dunque, la possibilità di stabilizzazione diretta è destinata esplicitamente al personale reclutato con contratto a tempo determinato e il cui reclutamento sia avvenuto attraverso l'espletamento di procedure concorsuali.

Con riguardo ai requisiti previsti per poter fruire di tale canale di stabilizzazione, la Circolare del Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 3 del 2017 ha poi chiarito che gli “anni di servizio” utili ai fini della maturazione del minimo previsto dalla lett. c) ricomprendono “tutti i rapporti di lavoro prestati anche con diverse tipologie di contratto flessibile, purché riguardanti attività svolte o riconducibili alla medesima area o categoria professionale nella quale dovrebbe avvenire l'inquadramento in ruolo”.

In riferimento alla lett. b) si chiarisce, altresì, che il riferimento alle “medesime attività svolte” deve intendersi riferito alle “mansioni dell'area o categoria professionale di appartenenza”. Inoltre, il legislatore ha condivisibilmente previsto che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui ai commi 1, lett. c), e 2, lett. b), nei casi di transito di personale in ragione di processi di riordino,

soppressione o trasformazione di enti, debba essere computato anche il periodo maturato presso l'amministrazione di provenienza (comma 13).

Lo stesso art. 20, poi, elimina i margini di discrezionalità dell'amministrazione fissando un criterio di priorità legale ai fini della procedura di stabilizzazione diretta, in quanto si prevede (al comma 12) 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".

Come è stato ampiamente sottolineato in dottrina, infine, il riferimento della lett. b) al previo espletamento di procedure concorsuali deve essere interpretato in maniera letterale e restrittiva, "non essendo ammissibili eventuali applicazioni analogiche, ad esempio ammettendo a beneficiare della stabilizzazione anche coloro i quali fossero stati assunti a tempo determinato con modalità alternative al pubblico concorso, le quali incorrerebbero pertanto nella violazione del divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c." (19).

La seconda ipotesi di stabilizzazione è regolata nel comma 2 dell'art. 20, con il quale si prevede che, "fino al 31 dicembre 2022" (20), le amministrazioni possano bandire procedure concorsuali riservate, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni e "ferma restando la garanzia dell'adeguato accesso dall'esterno", "in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale che (...): a) 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; b) abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2022, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso". Inoltre, per espressa previsione normativa, gli enti pubblici di ricerca di cui al decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 218 possono ricorrere alla procedura riservata anche in favore dei titolari di assegni di ricerca in possesso dei requisiti previsti (21).

Emerge con evidenza, dalla sola lettura del dato normativo, che il canale di stabilizzazione di tipo concorsuale sia destinato a coprire una platea di lavoratori molto più ampia di quella presa in considerazione dal comma 1. Il riferimento specifico al contratto di lavoro a termine contenuto in quest'ultimo, infatti, lascia il posto, nel comma 2, a quello generico di contratto lavoro flessibile. È la stessa Circolare n. 3 del 2017 a sottolineare il punto, affermando che "l'ampiezza dell'ambito soggettivo di applicazione della norma, più esteso rispetto alla platea ammessa al reclutamento speciale di cui all'articolo 35, comma 3-bis, lettera a), del d.lgs. n. 165/2001 (nonché a quella di cui all'articolo 20, comma 1), consente di ricomprendere nel reclutamento speciale transitorio (...) i titolari di varie tipologie di contratto flessibile, quali ad esempio anche le collaborazioni coordinate e continuative".

Sebbene siano state segnalate potenziali criticità, derivanti da un riferimento tanto generico ai contratti flessibili da potervi ricomprendere anche «i contratti riconducibili alla previsione di cui all'articolo 7, comma 6, del d.lgs. 165/2001 (vale a dire finanche gli incarichi individuali "ad esperti di particolare e comprovata specializzazione")» (22), tale conclusione appare ascrivibile alla scelta del legislatore piuttosto che a operazioni manipolative avvenute in sede interpretativa ministeriale (23).

L'espressione "lavoro flessibile", infatti, sembra già di per sé destinata a includere tutte le forme di lavoro temporaneo cui la PA, sulla scorta delle previsioni in materia contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001, può far ricorso. Soprattutto tenendo conto che quando il legislatore ha voluto escludere alcune ipotesi di flessibilità lo ha fatto, come vedremo, in maniera espressa.

Piuttosto, di operazione parzialmente manipolativa del dato normativo, ancorché condivisibile, potrebbe parlarsi con riferimento alla parte della Circolare n. 3 del 2017 che, nel chiarire come, ai fini della verifica del requisito di anzianità, sia possibile sommare periodi riferiti a contratti diversi, estende al comma 2 la limitazione del computo "alla medesima attività, analogamente a quanto indicato al superiore punto 1. lett. c)".

La legge non contiene alcuna previsione destinata a chiarire le possibili relazioni tra le due diverse procedure, né la Circolare n. 3 del 2017 opera alcun cenno alla vicenda.

In dottrina si è sostenuto che la relazione tra le due procedure possa essere descritta in termini di sussidiarietà ⁽²⁴⁾, “ossia la copertura del fabbisogno del personale” dovrebbe essere “assicurata attivando la procedura concorsuale riservata di cui al comma 2, certamente più onerosa, solo in un secondo momento, ossia per coprire i posti che siano rimasti disponibili all'esito dell'esaurimento delle procedure previste dal comma 1” ⁽²⁵⁾. Se è vero che la maggiore onerosità della procedura concorsuale riservata implichi perlomeno un onere di motivazione degli atti dell'amministrazione che vi ricorra omettendo la procedura del comma 1, ad avviso di chi scrive, l'assenza di una regolamentazione specifica depone, al contrario, in favore dell'idea che il legislatore abbia inteso garantire all'amministrazione un ampio margine di discrezionalità sulla scelta tra le procedure a cui ricorrere e sulla eventuale priorità tra l'una e l'altra ⁽²⁶⁾.

L'art. 20, come si è accennato, prevede una serie di eccezioni finalizzate a restringere il campo di applicazione soggettivo. Oltre che il personale dirigenziale, le esclusioni riguardano, in ragione del peculiare vincolo fiduciario, il personale che abbia prestato servizio presso gli uffici di diretta collaborazione dei Ministri e degli organi politici delle Regioni, nonché, negli Enti Locali, il personale che ha prestato servizio negli uffici di supporto agli organi di direzione politica o che ha stipulato contratti a tempo determinato per la copertura dei posti di responsabile dei servizi degli uffici o di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione. È poi escluso, dalla possibilità di accedere a entrambe le procedure, il personale che abbia svolto attività in favore della PA mediante contratti di somministrazione di lavoro.

Data la presenza della speciale disciplina riservata al settore, sono esclusi i dipendenti che appartengono alle categorie del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario delle istituzioni scolastiche ed educative statali ed a quella del personale delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica. Così come permane una disciplina speciale per il personale, dirigenziale e non, tecnico-professionale e infermieristico del Servizio sanitario nazionale.

Infine, l'art. 20, comma 5, prevede il divieto per le amministrazioni, fino alla conclusione delle stesse, di instaurare ulteriori rapporti di lavoro flessibile per le professionalità interessate dalle procedure di stabilizzazione e, al contempo, la possibilità di prorogare i rapporti di lavoro flessibile già in essere fino alla conclusione delle procedure di cui ai commi 1 e 2, nei limiti delle risorse disponibili ai sensi dell'art. 9, comma 28, D.L. n. 78 del 2010.

3)

La disponibilità di risorse finanziarie, la discrezionalità nell'attivazione delle procedure e i limiti rispetto ai “posti disponibili”

Benché caratterizzato da pochi dubbi interpretativi, il primo aspetto sul quale vale la pena soffermarsi riguarda la obbligatorietà o meno dell'attivazione delle procedure da parte della PA. Come è stato sin da subito sottolineato da autorevole dottrina ⁽²⁷⁾, è lo stesso tenore letterale delle disposizioni su richiamate, le amministrazioni “possono” e non “devono”, a determinare una interpretazione univoca in favore della discrezionalità dell'amministrazione nella scelta sul se ricorrere o meno alle procedure di stabilizzazione.

In tal senso si è espressa di recente anche la Suprema Corte, sebbene con riferimento alla procedura prevista nella L. n. 296 del 2006, art. 1, comma 558 ⁽²⁸⁾, in relazione ad una fattispecie nella quale era stato concluso dall'amministrazione e dalle organizzazioni collettive uno specifico accordo sindacale di stabilizzazione di lavoratori precari, successivamente disatteso dalla prima ⁽²⁹⁾.

Il punto di particolare interesse, come è evidente, riguarda non tanto la facoltà per l'amministrazione di concordare sindacalmente le modalità programmatiche della stabilizzazione ma la possibilità per l'Ente di vincolare il proprio successivo comportamento attraverso uno specifico accordo sindacale volto a pianificare tale stabilizzazione.

La Corte, ricordando il carattere di eccezionalità della normativa di stabilizzazione ⁽³⁰⁾, ha statuito “che un accordo sindacale di individuazione dei tempi delle stabilizzazioni non può “certamente essere fonte di obblighi per la P.A.”, dato che “l'assunzione dei dipendenti pubblici non può...essere regolata con modalità cogenti attraverso la contrattazione collettiva, ma promana dal ricorrere dei

requisiti di legge e/o dall'utile svolgimento delle procedure selettive o concorsuali, sicché gli eventuali accordi sindacali non possono che avere un mero effetto programmatico” (31). In particolare, poi, la Corte ha sottolineato come la stabilizzazione in oggetto non potesse “prescindere dalla ricorrenza dei presupposti di coerenza con le dotazioni organiche...nonché...dalla ricorrenza dei presupposti finanziari, anche in ragione del previsto obbligo di rispetto del patto di stabilità”.

Tale ultimo richiamo ci offre l'opportunità di affrontare la questione interpretativa sorta con riferimento alla previsione, di cui al comma 2 dell'art. 20 (32), che limita la facoltà di indire procedure concorsuali riservate “in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili”. In particolare, nonostante già la Circolare n. 3 del 2017 apparisse piuttosto chiarificatrice sul punto (33), da parte delle amministrazioni ci si è interrogati sulla possibilità di attivare procedure esclusivamente riservate a personale da stabilizzare purché rispettose del limite dei posti disponibili o se, piuttosto, la norma andasse interpretata nel senso che essa obbliga all'apertura di una procedura concorsuale per il totale dei posti per i quali si abbia intenzione assumere, riservandone il massimo del cinquanta per cento al personale precario. O, ancora e con margini di incertezza maggiore, se la riserva rispetto ai “posti disponibili” vada interpretata nel senso del cinquanta per cento rispetto a ciascun profilo professionale e, dunque, se la possibilità di stabilizzazione sia legata alla programmazione dell'assunzione di almeno due risorse per profilo professionale.

In primo luogo, tuttavia, si può sottolineare come, in coerenza con il cambio di prospettiva che ha investito anche il sistema ordinario di reclutamento, dalla lettura della disposizione interessata si evinca chiaramente come lo strumento programmatico fondamentale per le politiche assunzionali, in quanto situato a monte rispetto alle decisioni della PA in materia di assunzioni, sia rappresentato dal piano triennale di fabbisogno del personale (PTFP).

Il piano dei fabbisogni, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 75 del 2017, rappresenta lo strumento per individuare le esigenze di personale allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi all'utenza. In dottrina si è sottolineato come il PTFP configuri un mezzo programmatico, flessibile e dinamico, indispensabile non solo per il reclutamento ma anche per la gestione delle risorse umane e la necessità, conseguentemente, di una congruenza logica tra il piano e la dotazione organica, che non può rappresentare solo un contenitore rigido in base al quale definire il PTFP (34).

Della disposizione ha avuto modo di occuparsi, in varie occasioni, la Corte dei conti sottolineando che l'introduzione del Piano triennale dei fabbisogni del personale risponde "all'esigenza di superare la rigidità insita nel concetto di dotazione organica attraverso uno strumento programmatico, modulabile e flessibile e finalizzato a rilevare realmente le effettive esigenze sulla base del principio dell'ottimale impiego delle risorse pubbliche" (35), superando "l'automatismo nel mantenimento dei posti in organico nella struttura dell'ente anche nel momento della cessazione dei dipendenti" (36). O, ancora, con riferimento alla dotazione organica, come nella nuova visione dinamica essa rappresenti anche un valore finanziario di spesa potenziale massima sostenibile che deve essere considerata nella predisposizione del piano. Più in particolare, si è affermato che "il concetto di dotazione organica viene superato da quello di "dotazione" di spesa potenziale, che rappresenta esclusivamente un valore finanziario di spesa potenziale massima sostenibile e non valicabile, imposta come vincolo esterno dalla legge o da altra fonte, in relazione ai rispettivi ordinamenti" (37). Cosicché le amministrazioni, all'interno del limite finanziario massimo, "ottimizzando l'impiego delle risorse pubbliche, perseguendo obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini mediante l'adozione del piano triennale dei fabbisogni di personale (in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le apposite linee di indirizzo) possono procedere all'eventuale rimodulazione della dotazione organica in base ai fabbisogni programmati garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione". Emerge chiaramente come il nuovo sistema, basato sull'effettivo fabbisogno di

personale, dovrebbe auspicabilmente consentire alla PA di superare la regolazione delle consistenze attraverso il rigido governo del turn over “atteso anche che viene prevista espressamente la disciplina per la garanzia degli equilibri di finanza pubblica e dei vincoli finanziari” (38).

In questo contesto interpretativo, alla Corte dei Conti è stato richiesto di pronunciarsi sul se "un ente che intende procedere ad assunzione di due dipendenti di diversa categoria può autonomamente stabilire che uno dei due posti sia coperto mediante concorso riservato, quindi concorso ad un solo posto riservato ai sensi dell'art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 75 del 2017, oppure se per poter applicare la predetta riserva è necessario dover bandire un concorso ad almeno due posti della medesima categoria, di cui uno riservato ai sensi dell'art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 75 del 2017" (39).

Anche richiamando una precedente deliberazione (40), si è affermato che “la "ratio" della garanzia della riserva dei posti all'esterno ... non riguarda la singola procedura selettiva, nell'ambito della quale sia prevista una riserva di posti a favore dei precari da stabilizzare, bensì risulta assicurata dal generale obbligo per gli enti di bandire procedure concorsuali aperte a tutti per la copertura del fabbisogno, nell'ambito degli spazi finanziari disponibili..., destinando risorse non superiori al cinquanta per cento di detto plafond all'espletamento di procedure concorsuali ad hoc tra il personale precario da stabilizzare, al fine di selezionare le unità previste nel piano del fabbisogno del personale”. In particolare, quindi, si è sottolineato che “il reclutamento del personale attraverso procedure concorsuali per la stabilizzazione dei precari non può in ogni caso assorbire risorse finanziarie superiori al cinquanta per cento... di quello da reclutare attraverso ordinarie procedure concorsuali aperte all'esterno”.

Cosicché, coerentemente all'interpretazione offerta nella circolare n. 3 del 2017, "nell'ambito della individuazione degli spazi assunzionali il concetto di "posti disponibili" non deve essere inteso in relazione alla dotazione organica dell'ente, che è rimodulabile, ma quale "spazio finanziario disponibile", ovvero riferito alle risorse finanziarie complessivamente utilizzabili dall'ente per le assunzioni di personale, sul cui coacervo calcolare la quota (che non può in ogni caso superare il cinquanta per cento del totale) da destinare alle stabilizzazioni del personale precario”.

In maniera condivisibile, dunque, l'interpretazione fornita dalla circolare n. 3 del 2017 consente agli enti, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, di utilizzare al meglio le risorse finanziarie per la copertura degli oneri per il personale, i cui costi variano in relazione alla qualifica ed alla natura del contratto di lavoro (a tempo pieno o parziale). Infatti, “il riferimento ai "posti" da coprire ... risulta troppo stringente e di difficile applicazione in concreto, mentre il concetto di "risorse finanziarie" disponibili, pur rispettando i vincoli di bilancio per la spesa del personale, consente una effettiva autonomia nell'organizzazione delle risorse umane”.

Infine, vale la pena di sottolineare come la disponibilità di risorse e la presenza di posti disponibili (nel significato appena chiarito) non faccia scattare alcuna obbligatorietà a carico dell'amministrazione circa l'utilizzo di risorse per avviare procedure di stabilizzazione e, dunque, l'amministrazione resti libera di decidere di coprire il fabbisogno di personale ricorrendo alle ordinarie procedure concorsuali, piuttosto che far ricorso ai meccanismi di stabilizzazione. Così come di ampio margine di discrezionalità dispone la PA nella scelta tra le due diverse procedure, anche in presenza di personale che abbia i requisiti utili per l'accesso all'assunzione diretta. Di recente, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare tale aspetto, affermando che “l'art. 20 del D.Lgs. n. 75 del 2017... è norma che lascia alla discrezionalità dell'amministrazione la programmazione del fabbisogno...e che non stabilisce quote specifiche di posti liberi in organico da assegnare alle stabilizzazioni, né esclude del tutto procedure di tipo comparativo e concorsuale” e che “il fatto che essa distingua diverse platee di "precariato" non significa affatto che l'assunzione diretta sia da preferire al concorso riservato né che alcune categorie di precari siano di necessità ammesse all'assunzione diretta ed altre debbano essere escluse, ben potendo tradursi la distinzione in un regolamento di requisiti e titoli da far valere nell'ambito di procedure selettive di tipo comparativo e concorsuale” (41).

Sulla natura delle procedure e il riparto di giurisdizione

Come abbiamo avuto modo di sottolineare (e come si è sin da subito affermato in dottrina ⁽⁴²⁾), le regole contenute nell'art. 20 delineano due distinte procedure di stabilizzazione aventi diversa natura. L'una, contenuta nel comma 1, di matrice chiaramente non concorsuale a differenza dell'altra, quella contenuta nel comma 2, sebbene quest'ultima disciplinante una procedura riservata ai soggetti che ne abbiano i requisiti.

La diversa natura delle procedure determina conseguenze, in primo luogo, sul riparto di giurisdizione, tema che ha impegnato a più riprese la giurisprudenza e che, seppur non possa dirsi segnato da contrasti di rilievo, ha visto qualche incertezza sorgere con riferimento alla procedura di cui al comma 1, così come d'altronde era accaduto anche per la procedura di stabilizzazione diretta prevista dal primo periodo del comma 519, L. n. 296 del 2006.

Come è noto, il D.Lgs. n. 165 del 2001, all'art. 63 attribuisce esplicitamente alla giurisdizione ordinaria le controversie inerenti al "diritto all'assunzione" (comma 1), riservando alla giurisdizione amministrativa la cognizione delle controversie relative alle "procedure concorsuali di assunzione" (comma 4). Le regole riguardanti il riparto, così delineate, sono il riflesso del dato sostanziale per il quale la pretesa alla stipulazione di un contratto di lavoro alle dipendenze della PA si colloca nell'area dei diritti soggettivi e delle obbligazioni che l'amministrazione assume con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (art. 4, D.Lgs. n. 165 del 2001), mentre la contestazione inerente alla procedura concorsuale ha per oggetto l'esercizio del potere pubblico attribuito all'amministrazione di individuare il soggetto ammesso alla stipula del contratto.

Ciò posto, appare piuttosto evidente che il riparto di giurisdizione in materia di stabilizzazioni sia strettamente legato alla natura, concorsuale o meno, delle procedure disciplinate dal legislatore. Di tal che, la competenza sarà del giudice amministrativo nel primo caso e del giudice ordinario nel secondo.

In più occasioni, infatti, la Corte di cassazione, anche deliberando a sezioni unite, ha avuto modo di affermare che "in materia di pubblico impiego privatizzato, i processi di stabilizzazione - tendenzialmente volti ad eliminare il precariato creatosi per assunzioni in violazione dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165 del 2001 - sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale del fabbisogno, e sono suscettibili di derogare alle normali procedure di reclutamento limitatamente al carattere - riservato e non aperto - dell'assunzione, ma non anche alla necessità del possesso del titolo di studio ove previsto per la specifica qualifica, né al preventivo svolgimento di procedure selettive, che (ad eccezione del 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", con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di procedure discrezionalmente disposte dall'amministrazione ed implicanti valutazioni di tipo comparativo tra i candidati" ⁽⁴³⁾.

Nel panorama delle numerose pronunce sul tema, quasi unanimi nel riconoscere la competenza del giudice ordinario per le controversie riguardanti la procedura di cui al comma 1, emerge il diverso avviso del Tar Sicilia ⁽⁴⁴⁾, di cui è opportuno dar conto sia perché ci consente di aggiungere qualche riflessione sull'argomento, sia per mettere in evidenza la presenza di orientamenti di cui si fatica non poco a individuare il fondamento.

Ad avviso dei giudici amministrativi siciliani, difatti, emergerebbe nella giurisprudenza in materia un contrasto di indirizzi interpretativi. Un primo, al quale si decide di aderire nella sentenza in argomento, tendente ad assimilare le procedure di stabilizzazione a quelle concorsuali, con competenza del giudice amministrativo, in quanto finalizzate entrambe ad assicurare l'accesso, attraverso la stipulazione di contratto di lavoro a tempo indeterminato, ai pubblici uffici ⁽⁴⁵⁾; un secondo indirizzo interpretativo, invece, sosterebbe che, proprio perché in presenza di disposizioni legislative di natura derogatoria alla regola generale del pubblico concorso, non si sia in presenza di una procedura di tipo concorsuale, ma di una mera procedura selettiva nell'ambito della quale la

P.A. deve soltanto verificare la sussistenza di taluni requisiti predeterminati dalla legge, senza esercitare alcun pubblico potere ⁽⁴⁶⁾ e, dunque, la competenza spetterebbe al giudice ordinario. Tuttavia, da una attenta lettura della giurisprudenza citata nella sentenza in argomento, e dalla sua necessaria contestualizzazione ai casi di specie di volta in volta sottoposti al giudizio, si desume in maniera piuttosto agevole che il citato contrasto non sussiste.

Al contrario, le posizioni riportate vanno inquadrare nell'ambito di un medesimo e indivisibile orientamento che riconosce la competenza del giudice amministrativo esclusivamente a conoscere delle controversie riguardanti le procedure di stabilizzazione a carattere concorsuale e quella del giudice ordinario nel caso di procedure di assunzione diretta.

Ciò che rileva ai fini della individuazione del giudice competente, infatti, non attiene all'aspetto riguardante l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro ma al "fatto che alla stipula di esso si debba giungere attraverso una procedura concorsuale o meno", di tal che "se la stabilizzazione deve avvenire attraverso un concorso, la giurisdizione sulla procedura appartiene del giudice amministrativo; se essa può avvenire senza un concorso, la giurisdizione sulle controversie che ineriscono all'inquadramento in ruolo appartiene al giudice civile" ⁽⁴⁷⁾.

5)

Sui requisiti di partecipazione alle procedure

Una intensa attività interpretativa della giurisprudenza ha contraddistinto l'area tematica dei requisiti legislativamente posti per la partecipazione alle procedure di stabilizzazione.

La presenza di due diversi canali di stabilizzazione, ciascuno caratterizzato da propri specifici requisiti di partecipazione, e le proroghe del termine ultimo per l'attivazione delle procedure, hanno contribuito a determinare incertezze di non scarso rilievo.

A dire il vero, di talune incertezze emerse si fatica molto a intuire le ragioni, tanto da evocare (necessariamente, nell'ambito di una recensione sulla giurisprudenza) riflessioni sulla qualità dell'organo giudicante.

È questo il caso, per esempio, della vicenda giudiziaria che ha visto coinvolto un gruppo di lavoratori flessibili che si sono visti esclusi, per carenza del requisito dei tre anni di servizio prestato, dalla procedura di stabilizzazione diretta (ex comma 1, art. 20) avviata dall'ente di ricerca presso il quale svolgevano la propria attività e le cui doglianze, nonostante la chiara lettera della norma, sono state in primo grado ritenute fondate dal Tribunale amministrativo adito. L'esclusione era fondata sulla circostanza per la quale, benché i lavoratori avessero svolto attività per più di tre anni complessivamente, tali attività erano state svolte, anche (per quanto intuibile), attraverso contratti diversi dal rapporto di lavoro a tempo determinato e, in particolare, attraverso assegni di ricerca.

Il TAR ha accolto il ricorso ricordando come il Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, con la Circolare 23 novembre 2017 n. 3/17, avesse precisato che "gli anni utili da conteggiare ricomprendono tutti i rapporti di lavoro prestato direttamente con l'amministrazione, anche con diverse tipologie di contratto flessibile, ma devono riguardare attività svolte o riconducibili alla medesima area o categoria professionale" e che "nel paragrafo dedicato agli enti di ricerca, sia pure con specifico riguardo alle prestazioni svolte in base a contratti di assegno di ricerca, la Circolare in disamina specifica che l'ampio riferimento alle varie tipologie di contratti di lavoro flessibile, di cui all'articolo 20, comma 2, può ricomprendere i contratti... i contratti degli assegnisti di ricerca" ⁽⁴⁸⁾.

È del tutto evidente, dalle stesse argomentazioni addotte, il macroscopico errore di commistione commesso dai giudici tra i due canali di stabilizzazione. La disposizione invocata e il relativo chiarimento ministeriale si riferiscono, infatti, nella parte rilevante per la decisione dei fatti di causa, alla procedura concorsuale del comma 2, non certo alla stabilizzazione diretta prevista dal comma 1 cui l'ente aveva fatto ricorso nel caso di specie e che era oggetto del giudizio.

Per tali ragioni la sentenza è stata poi sconfessata dal Consiglio di Stato, sottolineando che "la volontà del legislatore di "valorizzare la professionalità acquisita con rapporto di lavoro a tempo determinato" non permette di comprendere nella procedura di stabilizzazione mediante accesso

diretto di cui all'art. 20, comma 1, D.Lgs. n. 75 del 2017 attività svolta sulla base di contratti per assegni di ricerca..., essendo l'applicazione della disposizioni limitata ai soli titolari di contratto di lavoro che determinano l'instaurazione di un rapporto di servizio, con almeno tre anni di servizio”, mentre “l'attività di ricerca svolta sulla base di contratti per assegno di ricerca assume...rilevanza nella stabilizzazione mediante partecipazione a procedure riservate disciplinate dall'art. 20, comma 2 per la quale il legislatore non manifestava la volontà di valorizzare la professionalità acquisita con una specifica tipologia di contratto, come nel comma precedente, ed utilizza una terminologia più ampia e generica rispetto alla fattispecie disciplinata nel primo comma” (49).

Al contrario, di ben diversa complessità appare la questione riguardante la legittimità delle clausole di bandi di concorso emanati ex art. 20, comma 2, contenenti, quale ulteriore requisito di ammissione alla procedura, l'assenza, al momento della presentazione della domanda e/o della presa di servizio, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato stipulato presso altra pubblica amministrazione.

Sul punto si è pronunciato ancora una volta il Tribunale amministrativo (50), dichiarando l'illegittimità di dette clausole di esclusione in quanto penalizzerebbero “in maniera ingiustificata chi, pur avendo i requisiti per accedere alla stabilizzazione, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura ha un rapporto presso una pubblica amministrazione”, in particolare qualora detta assunzione comporti l'instaurazione con il lavoratore di un rapporto “con qualifica e trattamento economico e/o giuridico inferiore a quello che potrebbe conseguire con la stabilizzazione prevista dall'articolo 20 del D.Lgs. n. 75 del 2017”.

Secondo l'impostazione accolta dal TAR del Lazio, “il fine di “superamento del precariato”, costituente ulteriore finalità della procedura di stabilizzazione prevista dal citato art. 20 D.Lgs. n. 75 del 2017, deve essere interpretato anche nel senso della salvaguardia delle aspettative dei lavoratori precari correlate alla specifica qualifica e allo specifico profilo già ricoperti”. In particolare, i giudici hanno sottolineato che “l'individuazione dei requisiti di partecipazione deve essere adeguatamente e prioritariamente motivata in ragione dell'interesse dell'amministrazione all'assunzione delle migliori professionalità, interesse sovraordinato rispetto ad altre finalità pure meritevoli di perseguimento, come...il superamento del precariato nel settore pubblico” (51). Infatti, prosegue la pronuncia, “l'introduzione...di un ulteriore requisito, non contemplato dalla legge ed estraneo all'interesse dell'amministrazione al reclutamento di personale qualificato, rappresenta uno sviamento dalle finalità tipiche del pubblico concorso, il quale, una volta individuate le necessità di organico dell'amministrazione e le professionalità richieste, deve necessariamente ispirarsi ai principi di riconoscimento del merito e di favor participationis”.

Di diverso avviso è il Consiglio di Stato (52) che ha avuto modo di pronunciarsi per la legittimità delle suddette clausole.

Tale conclusione è fondata sulla lettura della stabilizzazione del personale precario come obiettivo generale perseguito dalle procedure dell'art. 20, il quale “si desume sia dalla enunciazione di principio riportata nella rubrica dell'articolo (“Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni”); sia dalla individuazione di requisiti di ammissione modulati sulla titolarità di pregressi rapporti contrattuali a tempo determinato o flessibili, quindi “non stabili”; sia, infine, dalla esplicita enunciazione, contenuta nel primo comma dell'art. 20, dell'intento normativo di consentire alle amministrazioni “di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale” già reclutato con forme contrattuali estranee al modello del rapporto lavorativo stabile (id est, a tempo indeterminato)”.

Sulla base di tale lettura, i giudici di appello, dopo aver ricordato la necessità di una interpretazione restrittiva delle disposizioni in deroga del modello generale dell'assunzione tramite pubblico concorso, ritengono infatti che “essendo il presupposto della procedura riservata quello dell'assenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'esistenza di un rapporto di lavoro stabile integra un antifatto incompatibile con l'idea stessa di stabilizzazione del dipendente “precario”” e che “restringere la portata del concetto di “contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato” significa estendere la latitudine del concetto di lavoratore “precario” e, dunque,

allargare le maglie della stabilizzazione oltre il limite fatto proprio dal significato letterale della norma”.

Non c'è dubbio che la complessità del contrasto interpretativo di cui si è appena dato cenno richiederebbe uno spazio di approfondimento del quale qui, per ragioni di spazio, non si dispone. Le difficoltà riguardano la ricerca del delicato equilibrio tra l'obiettivo di stabilizzazione del personale precario, la necessità di interpretazione restrittiva delle norme che derogano alla regola del concorso pubblico e l'esigenza, strutturalmente immanente allo strumento concorsuale, della selezione delle migliori professionalità. Ci sia consentito soltanto sottolineare, sul punto, che la esclusione riferita unicamente al personale che abbia instaurato un rapporto di lavoro standard alle dipendenze di altra pubblica amministrazione e non anche alle dipendenze di datori del settore privato, pare evocare profili di trattamento differenziato di dubbia giustificatezza (53).

Allo stesso modo, infine, di dubbia legittimità appare l'esclusione dalla procedura di cui al comma 2, art. 20, della lavoratrice il cui contratto abbia raggiunto la durata minima prevista dalla norma ma il cui servizio effettivo prestato sia inferiore, a causa della sospensione per maternità.

Pronunciandosi di recente sulla vicenda, il Tar Campania (54) ha annullato la delibera di esclusione per difetto di motivazione, senza entrare nel merito.

Ad avviso di chi scrive, se il riferimento al servizio effettivamente prestato potrebbe trovare fondamento nella procedura di assunzione diretta del comma 1 (che letteralmente si riferisce alla maturazione di un periodo di “servizio”), così non sembra potersi dire per la procedura concorsuale di cui al comma 2 (nel quale il riferimento è alla maturazione di un periodo di “contratto”).

6)

Sulla esclusione dei lavoratori somministrati

Particolarmente problematica appare la previsione, di cui al comma 9, art. 20, che dispone l'esclusione dalle procedure di stabilizzazione dei lavoratori utilizzati mediante contratti di somministrazione di lavoro presso le pubbliche amministrazioni.

Sebbene il legislatore faccia riferimento genericamente ai contratti di somministrazione, come è noto, l'esclusione riguarda i lavoratori utilizzati mediante la sola tipologia di somministrazione consentita nella PA, ossia quella a tempo determinato.

Della questione ha avuto l'occasione di occuparsi di recente la Corte Costituzionale che ha ritenuto “tale esclusione...non...irragionevole, in riferimento all'art. 3 Cost”, in quanto “la prescrizione, contenuta nella disposizione censurata, dell'instaurazione di un rapporto di lavoro a seguito di concorso pubblico, prevista con riferimento alla fattispecie del contratto a termine, non è ipotizzabile anche per la parallela fattispecie del contratto di somministrazione a tempo determinato, poiché quest'ultimo non comporta l'instaurazione di un rapporto di lavoro diretto tra lavoratore somministrato ed ente utilizzatore” (55).

In realtà, è opportuno sottolineare che, sebbene il giudice remittente avesse chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità della esclusione dei lavoratori somministrati sia dalle procedure di cui al comma 1 che da quelle del comma 2, la sentenza riguarda unicamente l'esclusione dalle procedure di assunzione diretta, le sole coinvolte nella vicenda oggetto del giudizio innanzi al giudice remittente.

Con riferimento alla previsione di cui al comma 1, la conclusione della Corte appare ampiamente e senza dubbio condivisibile, dato che “il contratto tra l'agenzia e il dipendente non trova origine in una procedura selettiva quando l'utilizzatore è una pubblica amministrazione” e che, dunque, i lavoratori messi a disposizione di questa per la durata della missione, pur svolgendo la loro attività nell'interesse e sotto la direzione dell'ente, non vengono ovviamente reclutati mediante l'espletamento di procedure concorsuali”.

Più problematica, ad avviso di chi scrive, risulta l'esclusione dei lavoratori somministrati anche dalla procedura concorsuale riservata prevista dal comma 2. E la questione non riguarda soltanto l'esclusione esplicita del comma 9, dato che già il requisito dei tre anni di “contratto presso l'amministrazione”, di per sé solo considerato, avrebbe probabilmente condotto alla esclusione

implicita di lavoratori il cui contratto è concluso con una agenzia di somministrazione e non certo con la PA.

Sebbene, dunque, il mancato accesso dei lavoratori somministrati alla procedura di stabilizzazione di cui al comma 2 trovi giustificazione formale nelle stesse caratteristiche strutturali connaturate al fenomeno interpositorio e che differenziano quest'ultimo da ogni altra fattispecie di reperimento diretto di prestazioni flessibili e temporanee, tale giustificazione del differente trattamento tra lavoratori "precari" ⁽⁵⁶⁾ è esposta, sul piano sostanziale, a non pochi dubbi di legittimità.

Ciò non solo con riferimento alla sua legittimità costituzionale alla luce dell'art. 3 Cost. ma anche e soprattutto con riferimento alla direttiva 2008/104/Ue.

Come si è avuto modo di sottolineare altrove ⁽⁵⁷⁾, infatti, le disposizioni della citata direttiva più utili a tracciare il perimetro di una parte delle funzioni dell'istituto ⁽⁵⁸⁾, almeno nella sua lettura europea, riguardano in generale il diritto del lavoratore in missione di poter aspirare alla stipulazione di un contratto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore ⁽⁵⁹⁾. Ricordiamo, per esempio, il divieto di adottare (o l'obbligo di eliminare) misure tese a impedire o limitare le possibilità di accesso dei lavoratori all'impiego diretto presso l'impresa utilizzatrice al termine delle missioni (art. 6, par. 2) e il diritto degli stessi lavoratori in missione di essere informati circa la disponibilità di posti vacanti presso l'utilizzatore (art. 6, par. 1).

Se, dunque, la compressione delle possibilità di raggiungere un tale obiettivo (così come l'eccezione al principio di uguaglianza dell'art. 3 Cost.) appare senza alcuna incertezza giustificata nel caso della procedura di stabilizzazione diretta, lo stesso non si può certo dire con riferimento alla esclusione dei lavoratori somministrati dalla procedura concorsuale del comma 2.

⁽¹⁾

Sul tema generale, come è noto, esiste una vasta bibliografia. Si v. almeno, tra gli altri, , La stabilizzazione del personale precario, in , , (a cura di), La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2019) con particolare riferimento ai D.Lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (riforma Madia), Torino, 2018, pag. 169 e segg.; , Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale, in , Atti della XIII edizione dei Seminari di Bertinoro – Bologna, 6-7 dicembre 2017 "La quarta riforma del lavoro nella pa (D.Lgs. 25 maggio 2017, n.75 – D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 74), in Lav. Pubbl. Amm., 2017, pag. 84 e segg.; , La strana storia delle stabilizzazioni dei precari della pubblica amministrazione, in Lav. Pubbl. Amm., 2018, 2, pag. 33 e segg.

⁽²⁾

, Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico, in (a cura di), Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Collective Volumes, 2019, 8, pag. 141 e segg.; , L'utilizzo temporaneo del lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica, in , (a cura di), I rapporti di lavoro a termine, Milano, 2013, pag. 470 e segg.

⁽³⁾

Nel caso di un utilizzo illegittimo dei contratti a termine l'art. 36, comma 5-quater, D.Lgs. n. 165 del 2001, oltre a sancire la nullità degli stessi, prevede la responsabilità erariale di tutti i dipendenti che abbiano concorso, con il loro comportamento, a determinare l'illegittimo reclutamento del personale a termine. Tale responsabilità amministrativo-contabile determina l'obbligo dell'amministrazione di recuperare dai dirigenti responsabili le somme pagate a titolo di risarcimento ai lavoratori assunti in violazione delle disposizioni di legge sul lavoro a termine o altre tipologie di lavoro flessibile, sempreché essi abbiano agito con dolo o colpa grave. Inoltre, ai sensi dell'art. 21 del D.Lgs. n. 165 del 2001, si prevede che i dirigenti siano privati della retribuzione di risultato e che delle violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato ex art. 5 D.Lgs. n. 186 del 1999. Sul tema si v. , L'illegittimo utilizzo dei contratti non standard nel pubblico impiego privatizzato e le responsabilità del dirigente, in , , (a cura di), Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni, Trieste, 2016, pag. 539 e segg.

(4)

Da ultime, segnalano tale aspetto, , Personale precario e logiche di stabilizzazione nella pubblica amministrazione: profili applicativi, in *Dir. Mer. Lav.*, 2019, pag. 323; , Le stabilizzazioni, in (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, pag. 235.

(5)

, *Personale precario e logiche di stabilizzazione*, op. cit., pag. 323.

(6)

Vale la pena di riportare l'accurato elenco, benché definito solo esemplificativo, contenuto nella nota 1 della Circolare n. 3 del 2017 del Ministro per la semplificazione e l'amministrazione pubblica: "articolo 1, commi 519, 529, 558 e 560, della legge 27 dicembre 2006, n. 296; articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, nonché articolo 4 del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125. Con riferimento alla valorizzazione della professionalità acquisita mediante esperienze lavorative, si ricorda l'art. 1, comma 401, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, che ha inserito il comma 3-bis all'articolo 35 del D.Lgs. 165/2001, nonché l'art. 1, comma 227, della legge 28 dicembre 2015, n. 208. Si, ricordano, altresì, le procedure per il personale insegnante ed educativo previste dall'articolo 17 del decreto legge 24 giugno 2016, n. 113, convertito, con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160, rinviando alla disciplina speciale ivi prevista anche con riferimento allo scorrimento delle graduatorie delle amministrazioni definite a seguito di prove selettive per titoli ed esami ed alle conseguenti deroghe che ne derivano, fermi restando i requisiti generali di accesso. Con riferimento alle procedure del d.l. 101/2013 si riporta l'articolo 1, comma 426, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 secondo cui: "In relazione alle previsioni di cui ai commi da 421 a 425 il termine del 31 dicembre 2016, previsto dall'articolo 4, commi 6, 8 e 9, del decreto-legge 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 ottobre 2013, n. 125, per le finalità volte al superamento del precariato, è prorogato al 31 dicembre 2018, con possibilità di utilizzo, nei limiti previsti dal predetto articolo 4, per gli anni 2017 e 2018, delle risorse per le assunzioni e delle graduatorie che derivano dalle procedure speciali. Fino alla conclusione delle procedure di stabilizzazione, ai sensi dell'articolo 1, comma 529, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, le regioni possono procedere alla proroga dei contratti a tempo determinato interessati alle procedure di cui al presente periodo, fermo restando il rispetto dei vincoli previsti dall'articolo 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, in ogni caso nel rispetto degli obiettivi di finanza pubblica."

(7)

, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Lav. Giur.*, 2015, 2, pag. 343.

(8)

Anche e soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. V. da ultima, Corte Giust Ue 26 novembre 2014, C-22/13, da C-61/13 a 63/13, C-418/13, Mascolo, in *Lav. Giur.*, 2014, 2, pag. 135. Sugli orientamenti della giurisprudenza euro-unitaria si v. anche, , *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, II, pag. 75 e segg.; , *La stabilizzazione "indiretta" ed il risarcimento del "danno comunitario" da illecita reiterazione di rapporti di lavoro a termine*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2018, 4, pag. 111 e segg.

(9)

, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, n. 49/2007, pag. 12 e segg.; , *Personale precario e logiche di stabilizzazione nella pubblica amministrazione: profili applicativi*, in *Dir. Mer. Lav.*, 2019, pag. 328 e segg.; , *La c.d. stabilizzazione dei lavoratori non a termine nella finanziaria 2007*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, pag. 639.

(10)

Tra le tante, si v. Corte Cost. 21 maggio 2014, n. 134; Corte Cost. 23 febbraio 2013, n. 28; Corte Cost. 11 luglio 2012, n. 177.

([11](#))

Corte Cost. 4 gennaio 1999, n. 1, dalla quale è tratto il virgolettato nel testo.

([12](#))

Tra le altre, si v. ancora Corte Cost. 21 maggio 2014, n. 134 oltre a Corte Cost. 23 novembre 2011, n. 310 e Corte Cost. 29 aprile 2010, n. 150.

([13](#))

V. Cons. Stato 21 aprile 2017, n. 916, nella quale la finalità di prevenire il precariato è ritenuta un'eccezionale esigenza di interesse pubblico che giustifica la “deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, purché il personale da stabilizzare sia stato all'epoca assunto, seppure a tempo determinato, mediante una procedura concorsuale”.

([14](#))

Corte Cost. 1 aprile 2011, n. 108.

([15](#))

V. Cons. Stato, Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 6341; Corte Cost. 30 gennaio 2015, n. 7, in Giorn. Cost., 2015, 1, pag. 42 e segg.

([16](#))

Tra i molti, si v. almeno, , La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diventerà luce perpetua?, in Lav. Pubbl. Amm., 2014, pag. 233 e segg.; , , Riforma della Pubblica Amministrazione: osservazioni sugli schemi di decreti attuativi dell'art. 17 della legge 124 del 2015, in <http://www.astrid.it>; , , Introduzione. Una riforma senz'anima, in Riv. Giur. Lav., 2015, I, pag. 474.

([17](#))

, Le stabilizzazioni, in (a cura di), Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi, op. cit., 2021, pag. 241.

([18](#))

Comma così modificato dall' art. 1, comma 1, D.L. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla L. 28 febbraio 2020, n. 8, e, successivamente, dall'art. 1, comma 3-bis, D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2021, n. 113 e, infine, dall'art. 1, comma 3-bis, D.L. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 febbraio 2022, n. 15.

([19](#))

, Le stabilizzazioni, op. cit., pag. 244.

([20](#))

Comma così modificato dall' art. 1, comma 7-bis, lett. b), n. 1), D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2021, n. 21, e, successivamente, dall' art. 1, comma 3-bis, D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2021, n. 113.

([21](#))

Art. 20, comma 9, D.Lgs. n. 75 del 2017.

([22](#))

V. parere della Conferenza delle regioni del 15 febbraio 2018.

([23](#))

Così, invece, , Le stabilizzazioni, op. cit., pag. 244.

([24](#))

, Stabilizzazione nel pubblico impiego e applicabilità alle società pubbliche, in <http://www.federalismi.it>, 2020, 10, pag. 331.

([25](#))

Così, , Le stabilizzazioni, op. cit., pag. 246, la quale ritiene che “tale tesi risulta avvalorata dal dato letterale, che marca una differenza tra i due percorsi, in quanto il comma 1 lett. b) parla di

“procedure concorsuali”, mentre il comma 2 lett. a) parla di personale che “risulti titolare” di un “contratto di lavoro flessibile”, ossia di personale variamente assunto con una delle forme di lavoro flessibile attraverso forme di selezione che non hanno il carattere delle procedure concorsuali. Pertanto, posto che il legislatore predilige l'accesso tramite procedure concorsuali, si può ritenere che la stabilizzazione passi prima attraverso le previsioni del comma 1 e, solo successivamente, tramite le procedure del comma 2”.

(26)

V. infra, par. 3.

(27)

, Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale, op. cit., § 4.

(28)

La L. n. 296 del 2006, al art. 1, comma 558, prevede che: “a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, gli enti di cui al comma 557 fermo restando il rispetto delle regole del patto di stabilità interno, possono procedere, nei limiti dei posti disponibili in organico, alla stabilizzazione del personale non dirigenziale 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, nonché del personale di cui al comma 1156, lettera f), purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive”.

(29)

Cass. 7 giugno 2021, n. 15800.

(30)

Cass. 2 ottobre 2020, n. 21200.

(31)

Cass. 7 giugno 2021, n. 15800. V. anche Tar Veneto, Sez. II, 19 ottobre 2007, n. 3342, in Foro It., 2008, 7-8, III, col. 420 e segg.; V. Cass., Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19166, in Giust. Civ. Mass., 2017.

(32)

La medesima incertezza può riguardare, sebbene con profili parzialmente diversi, anche il meccanismo strutturale di stabilizzazione di cui all'art. 35, comma 3bis, D.Lgs. n. 165 del 2001, il quale prevede che “le amministrazioni pubbliche, nel rispetto della programmazione triennale del fabbisogno, nonché del limite massimo complessivo del 50 per cento delle risorse finanziarie disponibili ai sensi della normativa vigente in materia di assunzioni ovvero di contenimento della spesa di personale, secondo i rispettivi regimi limitativi fissati dai documenti di finanza pubblica e, per le amministrazioni interessate, previo espletamento della procedura di cui al comma 4, possono avviare procedure di reclutamento mediante concorso pubblico: a) con riserva dei posti, nel limite massimo 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 lavoro flessibile nell'amministrazione che emana il bando”.

(33)

V. nota 4, Circ. n. 3/20017, nella quale si afferma che “la previsione, volta a garantire l'adeguato accesso dall'esterno, è da intendere 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 per cento”.

(34)

, Il sistema di reclutamento tramite concorso e le modalità alternative al concorso, in (a cura di), Il lavoro pubblico, op. cit., pag. 208 ss.; , Organizzazione degli uffici e superamento della dotazione organica, in , , (a cura di), La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, op. cit., pag. 78 e segg.; , La nuova disciplina sugli organici tra opportunità e occasioni mancate, in Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la “riforma Madia”, , , , , (a cura di), Milano, 2018, pag. 21 e segg.

(35)

In questo senso, v. Corte dei Conti, SRC Puglia, deliberazioni n. 111/2018 e 141/2018; Corte dei Conti, SRC Campania, deliberazione n. 140/2018 e, da ultimo, Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 4/2019/QMIG.

(36)

Corte dei Conti, SRC Veneto, deliberazione n. 548/2018/PAR.

(37)

Corte dei Conti, SRC Puglia, deliberazione n. 111/2018/PAR e n. 141/2018/PAR; Corte dei Conti, SRC Veneto, deliberazione n. 548/2018/PAR.

(38)

Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, deliberazione n. 4/2019/QMIG.

(39)

Corte dei Conti, SRC Abruzzo, deliberazione n. 225/2020/PAR.

(40)

Corte dei Conti, SRC Sicilia, n. 28/2019/PAR.

(41)

App. Bari, 19 gennaio 2022.

(42)

, Dalla “riforma Madia” al “decreto dignità”, op. cit., pag. 118; , Misure di contrasto al precariato e stabilizzazioni del personale, op. cit., § 4.

(43)

Cass., Sez. Un., 2 agosto 2017, n. 19166.

(44)

TAR Sicilia, Sez. IV, 10 aprile 2019, n. 774.

(45)

Nel solco di tale indirizzo vengono richiamate, Cass., Sez. Un. n. 1778 del 2011, n. 24904 del 2011 e n. 16041 del 2010.

(46)

Indirizzo in riferimento al quale si richiamano: TAR Lazio, Roma, Sez. III, 9 aprile 2015, n. 5278; Cons. St., Sez. V, 6 maggio 2015, n. 2271; Cons. St., Sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1095; Cass., Sez. Un., 15 settembre 2010, n. 19552; TAR Campania, Napoli, Sez. V, 3 febbraio 2014, n. 749; Cons. St., Sez. III, 28 giugno 2017, n. 2772.

(47)

Cons. Stato n. 6821 del 2018. Un'ulteriore questione, come sottolineato da , Le stabilizzazioni, op. cit., pag. 249, riguarda la contestazione eventuale delle “valutazioni discrezionali da parte dell'amministrazione circa l'avvio della procedura e circa l'individuazione del fabbisogno di personale”. In tali ipotesi, ricorda l'A., “le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno chiarito il dubbio ponendo una distinzione tra diritto soggettivo, di competenza del giudice ordinario, e interesse legittimo, di competenza del giudice amministrativo”, per cui “dovrebbero rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie relative ad una lamentata mancata stabilizzazione ex art. 20, comma 1, da parte del lavoratore, ove l'immissione in ruolo non sia contemplata nel piano dei fabbisogni del personale adottato dall'amministrazione”.

(48)

Tar Lazio, sent. n. 2240 del 2019.

(49)

Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4973.

(50)

T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 16 gennaio 2020, n. 554.

(51)

Nell'occasione, i giudici del Tar Lazio hanno richiamato, a fondamento delle loro argomentazioni anche Corte Cost. 6 dicembre 2017, n. 251, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, co. 110, L. n. 107 del 2015, recante esclusione dei soggetti "assunti con contratto a tempo indeterminato nelle scuole statali" dai concorsi pubblici per il reclutamento dei docenti. Secondo la Corte, la menzionata norma escludente ha "condizionato" il "diritto di partecipare al concorso pubblico ... alla circostanza - invero 'eccentrica' rispetto all'obiettivo della procedura concorsuale di selezione delle migliori professionalità - che non vi sia un contratto a tempo indeterminato alle dipendenze della scuola statale", mentre "un'analoga preclusione non è prevista per i docenti con contratto a tempo indeterminato alle dipendenze di una scuola privata paritaria, né per i docenti immessi nei ruoli di altra amministrazione"; l'esclusione si fonda cioè su elementi - quali la "durata del contratto", a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato, e la "natura del datore di lavoro", scuola pubblica o scuola paritaria, amministrazione della scuola o altre amministrazioni - non funzionali "all'individuazione della platea degli ammessi a partecipare alle procedure concorsuali, le quali dovrebbero, viceversa, essere impostate su criteri meritocratici, volti a selezionare le migliori professionalità".

(52)

Cons. Stato, Sez. III, 3 febbraio 2020, n. 872.

(53)

V. Corte Cost. 6 dicembre 2017, n. 251.

(54)

T.A.R. Campania, 6 luglio 2021, n. 4653.

(55)

Corte Cost. 21 dicembre 2021, n. 250.

(56)

È appena il caso di ricordare che, come è noto, la somministrazione a tempo determinato può vedere coinvolti anche lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato. Tuttavia, chi scrive ritiene che anche in tali ipotesi non vengano meno alcune delle condizioni sostanziali del lavoro c.d. precario (in particolare, la dissociazione tra datore di lavoro formale e utilizzatore della prestazione) che determinano la generale aspirazione del lavoratore inviato in missione a stipulare un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. Sul punto, sia consentito il rinvio ad , La temporaneità del lavoro tramite agenzia, nota a Corte Giust Ue 14 ottobre 2020, C-681/18, KG, in Dir. Rel. Ind., 2021, pag. 941 e segg. Per considerazioni, almeno parzialmente, diverse, v. , La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie, Napoli, 2017, passim.

(57)

, La temporaneità del lavoro tramite agenzia, op. cit., pag. 946.

(58)

Da ultimo, sottolinea la doppia anima della direttiva, promozionale e, al contempo protettiva, , L'arrêt KG e la temporaneità del lavoro somministrato: essere o dover essere?, in Dir. Lav. Rel. Ind., 2021, 2, pag. 306, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti.

(59)

Sul lavoro tramite agenzia come strumento di politica attiva del lavoro si vedano le considerazioni, tra gli altri, di , Riflessioni su assetto, dinamiche e prospettive della somministrazione di lavoro, in Dir. Mer. Lav., 2017, 3, pag. 463. V., tuttavia, , L'arrêt KG e la temporaneità del lavoro somministrato, op. cit., pag. 317, il quale, anche se in riferimento, principalmente, alla somministrazione a tempo indeterminato, dubita che l'assunzione a tempo indeterminato presso l'agenzia possa essere considerato un "second best" rispetto all'assunzione diretta da parte dell'utilizzatore.

Riferimenti normativi:

[d.l.vo del 25 maggio 2017 nr. 75 art. 20](#)
