

## IL PERSONALE NELLE SOCIETÀ PUBBLICHE

Francesco Fimmanò (\*)

1. L'art. 19 del Testo unico delle società pubbliche (d'ora in poi Tusp) rubricato "*Gestione del personale*", sancisce che salvo quanto previsto dal decreto si applica il diritto comune. Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui d.lgs n. 165/2001 che in caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione.

Tali provvedimenti sono pubblicati sul sito istituzionale della società. I contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale.

Le amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto delle disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera.

Le pubbliche amministrazioni titolari di partecipazioni di controllo, in caso di internalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati, affidati alle società stesse, procedono, prima di poter effettuare nuove assunzioni, al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti a tempo indeterminato da amministrazioni pubbliche e transitate alle dipendenze della società interessata dal processo di reinternalizzazione, mediante l'utilizzo delle procedure di mobilità nel rispetto dei vincoli in materia di finanza pubblica e contenimento delle spese di personale. Il riassorbimento può essere disposto solo nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata e nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili. La spesa per il riassorbimento non rileva nell'ambito delle facoltà assunzionali disponibili a condizione che venga certificata dal parere dell'organo di revisione economico-finanziaria, che le esternalizzazioni siano state effettuate a condizione che: a) in corrispondenza del trasferimento alla società della funzione sia stato trasferito anche il personale corrispondente alla funzione medesima, con le correlate risorse stipendiali; b) la dotazione organica dell'ente sia stata corrispondentemente ridotta e personale non sia stato sostituito; c) siano state adottate le necessarie misure di riduzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa; d) l'aggregato di spesa complessiva del personale soggetto ai vincoli di contenimento sia stato ridotto in misura corrispondente alla spesa del personale trasferito alla società.

Con riferimento all'art. 19 Tusp, la Cassazione ha evidenziato come il legislatore, pur mantenendo ferma *la natura privatistica dei rapporti di lavoro*, non soggetti alla disciplina del Tupo, abbia inteso estendere alle società partecipate i vincoli imposti alle amministrazioni pubbliche, perché l'erogazione di servizi di interesse generale pone l'esigenza di selezionare secondo criteri di merito e trasparenza i soggetti chiamati allo svolgimento di tali compiti. Pertanto una procedura selettiva avente ad oggetto la valutazione comparativa dei *curricula* dei candidati e/o eventuali colloqui con quest'ultimi, e non già una procedura di assunzione in senso proprio, violava i precetti dettati dall'art. 97 Cost.

Il Tusp esplicitamente richiama il *Testo unico sul pubblico impiego*, nell'ambito del quale è possibile individuare diverse ipotesi di mobilità e, segnatamente, di cui agli artt. 30 e 34. Si tratta, precisamente, delle seguenti disposizioni normative: art. 30, rubricato "*Passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse*", spec. c. 1, per il quale: "*le amministrazioni possono ricoprire i posti vacanti in organico mediante passaggio diretto di dipendenti di cui all'art. 2, c. 2, appartenenti a un'qualifica corrispondente e in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento, previo assenso dell'amministrazione di appartenenza*" (c.d. *mobilità inter amministrazioni*).

La disposizione prosegue stabilendo modalità, procedure e requisiti di applicazione; art. 34, prevede un'ulteriore specie di *mobilità*, attraverso *gestione del personale in disponibilità* (come da rubrica); art. 34-bis, rubricato "*Disposizioni in materia di mobilità del personale*", spec. cc. 1, 3 e 5: c. 1, "*le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, c. 2 [...], prima di avviare le procedure di assunzione di personale, sono tenute a comunicare ai soggetti di cui all'art. 34, cc. 2 e 3, l'area, il livello e la sede di destinazione per i quali si intende bandire il concorso, nonché, se necessario, le funzioni e le eventuali specifiche idoneità richieste*"; prosegue, il c. 3, "*le amministrazioni possono provvedere a organizzare percorsi di qualificazione del personale assegnato ai sensi del c. 2*"; il c. 5 stabilisce, poi, che "*le assunzioni effettuate in violazione del presente articolo sono nulle di diritto*"; art. 35, rubricato "*Reclutamento del personale*", dopo aver nei primi tre commi disciplinato le modalità *ordinarie* di reclutamento (in sintesi, mediante *procedure selettive e avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento*), al c. 3-bis prevede la possibilità di alcune forme di

---

(\*) Professore ordinario di diritto commerciale presso Università Mercatorum e componente del Consiglio di Presidenza della Corte dei conti. La relazione costituisce rielaborazione, adattamento ed aggiornamento del saggio di F. Rinaldi, *Riflessioni sulle procedure di reclutamento e contenimento dei costi del personale nelle società pubbliche*, in F. Fimmanò, A. Catricalà, R. Cantone, *Le Società pubbliche*, Napoli, Esi, 2020, t. II, 1331 ss., cui si rinvia in questa sola nota iniziale data la natura della relazione e per un approfondimento più ampio.

reclutamento speciali: “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 c. 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 collaborazione coordinata e continuativa nell’amministrazione che emana il bando”.

Il citato c. 3-bis è stato introdotto dalla legge di stabilità del 2013, con il dichiarato scopo di favorire l’assunzione del personale precario delle pubbliche amministrazioni, valorizzando le professionalità acquisite e riducendo il numero dei contratti a termine nel pubblico impiego, naturalmente nel rispetto dei principi di programmazione (art. 81 Cost.) e del concorso (art. 97 Cost.). Ed inoltre, con il fine, pure dichiarato, di evitare il rischio di esporre l’amministrazione a responsabilità conseguenti (in particolare, per danno erariale), in caso di abuso dell’utilizzazione dei contratti a termine, essendo note le diverse decisioni, di matrice giurisprudenziale interna e comunitaria, che sanzionano simili abusi.

Si tratta di una disciplina movimentata come dimostrano i tanti normativi. Il d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020, n. 8, ha disposto (con l’art. 1, c. 10-decies) che: “Fermi restando gli obblighi di riassorbimento del personale stabiliti dal c. 8 dell’art. 19 del testo unico di cui al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, le disposizioni di cui al c. 10-novies del presente articolo si applicano, salva diversa disciplina normativa a tutela dei lavoratori, anche ai dipendenti dei consorzi e delle aziende costituiti, rispettivamente, ai sensi degli articoli 31 e 114 del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, che, alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, risultino già posti in liquidazione”.

2. Il Tusp incentiva i processi di mobilità, nell’ambito della reinternalizzazione. La relazione illustrativa all’art. 19 chiarisce che prima di poter effettuare nuove assunzioni, le amministrazioni pubbliche, nel caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati affidati ad una società partecipata, procedono al riassorbimento delle unità di personale già dipendenti dall’amministrazione e transitate alle dipendenze delle società interessate.

Per le procedure ordinarie di reclutamento non ci sono criticità viceversa è dubbio se si possa procedere ad assumere personale attraverso procedure di reclutamento speciali a regime di cui al citato art. 35, c. 3-bis, ed in relazione alla diversa previsione di procedure di mobilità (artt. 30 e 34, cit.). Orbene, ferma la facoltà e, dunque, la discrezionalità dell’amministrazione nella scelta della forma di reclutamento, nel rispetto, naturalmente, delle citate disposizioni normative e dei principi generali che ne sono ispiratori, sembra potersi ritenere la possibilità per l’amministrazione di procedere, sia al reclutamento speciale a regime di cui alla lett. a), che prevede una quota di riserva per coloro che hanno un requisito specifico, garantendo anche l’accesso dall’esterno; sia alla procedura speciale a regime di reclutamento di cui alle lett. a) e b) del citato art. 35, c. 3-bis, nel rigoroso rispetto dei limiti ivi stabiliti. La possibilità di una partecipazione riservata limitata sembra, difatti, rispettosa delle regole generali e dei principi sovraordinati in materia di reclutamento del personale. In particolare, è assicurato un giusto equilibrio tra la procedura di mobilità – la cui ratio è da individuarsi nella funzione di razionalizzazione delle risorse dell’amministrazione, preservando le professionalità acquisite e favorendo la circolazione del personale su richiesta – e la procedura speciale a regime di reclutamento riservata la cui ratio è stata dianzi precisata.

3. Il personale iscritto nel ruolo della dirigenza delle amministrazioni statali, secondo la disciplina normativa di riferimento, pur in possesso dell’idoneità professionale allo svolgimento delle relative mansioni, “acquista, tuttavia, la qualifica dirigenziale soltanto mediante contratto individuale di lavoro – per la stessa qualifica – con l’amministrazione [...], mentre non costituisce neanche titolo per l’insorgenza del diritto – e dell’obbligo corrispondente – a stipulare il contratto [...], né l’esito di procedure concorsuali, che restano, tuttavia, di natura pubblicistica [...], né l’atto, unilaterale e non recettizio, di conferimento dell’incarico dirigenziale, di natura, invece, privatistica”.

Particolarmente controversa è, in riferimento alla fattispecie in esame, la possibilità di una sentenza “costitutiva” che, argomentando ex art. 2932 c.c., tenga luogo del contratto non concluso, propendendo, in particolare, la giurisprudenza – in parte citata – per la soluzione negativa, in considerazione del contenuto del contratto di lavoro da concludere con l’amministrazione, che, difatti, è destinato a disciplinare, per ciascun incarico dirigenziale: l’oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata dell’incarico, nonché il corrispondente trattamento economico.

L’iscrizione nel ruolo unico della dirigenza della pubblica amministrazione costituirà, dunque, elusivamente presupposto della qualifica dirigenziale e non diritto (ed obbligo per l’amministrazione) alla conclusione del contratto individuale di lavoro, anche secondo le previsioni generali e programmatiche della citata riforma Madia (l. 7 agosto 2015, n. 124), con possibilità, dunque, per ciò che interessa anche le società pubbliche, di assumere i dirigenti attingendo al ruolo unico, favorendo – non senza mancare di sollevare diverse perplessità – una mobilità dirigenziale, a seconda dei punti vista, determinando così un arricchimento professionale del dirigente, che potrà essere impegnato su

più settori (non più *fasce*); o, viceversa, un depauperamento di professionalità, ove si ritenga il rischio della perdita di specializzazione per settore.

In particolare, sono istituiti tre ruoli unici, nei quali sono ricompresi, rispettivamente: i dirigenti dello Stato, i dirigenti regionali e i dirigenti degli enti locali. Contestualmente, sono costituite tre Commissioni: la *Commissione per la dirigenza statale*, la *Commissione per la dirigenza regionale* e la *Commissione per la dirigenza locale*.

La *legge delega* n. 124/2015 rimette, altresì, al legislatore delegato la definizione dei requisiti e dei criteri di selezione dei partecipanti, secondo le “migliori prassi in ambito internazionale”, attraverso due tipologie selettive: il *corso-concorso* ed il *concorso*. In un simile contesto, interviene la decisione della Corte costituzionale n. 251/2016 statuisce la parziale illegittimità della  *riforma Madia*, nella parte in cui comprime l'*autonomia* delle regioni, precisamente: *dirigenza pubblica, organizzazione del lavoro, società partecipate e servizi locali*. La Corte rileva, innanzitutto, la necessità che i *decreti di attuazione*, in larga misura già approvati dal Governo, siano resi in seguito ad una “*intesa*” con i governatori in *Conferenza unificata*, non essendo sufficiente un semplice “*parere*”.

4. L'art. 19, c. 4, del Testo unico sancisce: “*salvo quanto previsto dall'art. 2126 c.c., ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al c. 2, sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale*”. Come dianzi accennato, ad essa faceva, in origine, seguito l'art. 25, c. 6: “*i rapporti di lavoro stipulati in violazione delle disposizioni del presente articolo sono nulli e i relativi provvedimenti costituiscono grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.*”. Riferimenti alla *irregolarità* vi sono, in riferimento a fattispecie diverse, nell'ambito degli artt. 14, c. 3, e 16, c. 4, t.u.

Si tratta di un microsistema che muove tra la *nullità* e l'*irregolarità*, in un quadro in cui rileva la *patologia* del contratto e quella del *provvedimento*.

Occorre analizzare in particolare i cc. 2, 5 e 8 dell'art. 19, laddove: il c. 2 stabilisce che la *società pubblica* stabilisce “*con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*”; il successivo c. 5 stabilisce che le “*amministrazioni pubbliche socie fissano, con propri provvedimenti, obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all'art. 25, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale*”. Sono, inoltre, previsti ulteriori obblighi di *pubblicità* (v. il c. 7).

Le previsioni normative evocano i “*provvedimenti-regolamento*”, attraverso i quali l'amministrazione adotta propri provvedimenti sulla base di criteri e presupposti predeterminati, in modo tale da assicurare principi di *trasparenza* ed *imparzialità* per l'avvenire.

Conseguenze significative, per effetto del c. 4 dell'art. 19, si porranno in caso di mancata adozione di questi criteri normativi e regolamentari da seguire in sede di reclutamento del personale. Ed evidentemente, in termini di possibile *nullità strutturale* o di *funzione* del contratto concluso in assenza di previa determinazione dei criteri, stando alla citata disciplina *sistematica* di invalidità di riferimento, costituendo le regole della *trasparenza* e dell'*imparzialità* indubbiamente norme imperative e di ordine pubblico di *direzione*, secondo un tradizionale insegnamento. Con possibili riflessi sull'individuazione della giurisdizione, complessa ed incerta si manifesta la scelta circa la categoria di *invalidità* o *irregolarità*, anche in termini di *inefficacia*, del contratto di lavoro di cui si discute, concluso in violazione delle norme di legge o provvedimenti di riferimento (art. 19, cc. 2, 4 e 5).

La configurazione della forma di *nullità* e di *irregolarità* di cui si discorre appare compito non semplice, atteso che non sembra affatto univoca la qualificazione, in termini di invalidità od inefficacia, neppure della *patologia* negoziale derivante dalla violazione delle citate disposizioni del testo unico.

Una soluzione non unitaria esporrà il sistema ad ulteriori rischi di frammentazione in un settore disciplinare che, già di per sé, soffre il difficile bilanciamento di opposti, spesso contrastanti, interessi pubblici e privati: “*stiamo assistendo, in effetti, ad una continua scissione delle regole privatistiche dal loro habitat naturale costitutivamente dominato dai principi dell'autonomia privata in senso pregnante e della autoresponsabilità; e ciò ha come conseguenza la riduzione del diritto privato ad un corpo di regole che vivono una vita artificiale e che occultano la vera natura degli interessi in gioco. Il fenomeno che viene oggi usualmente designato con la formula del ritorno al diritto privato, o con formule equipollenti – privatizzazione, riespansione del diritto comune, ecc. – in prevalenza si traduce piuttosto nella configurazione di un diritto misto pubblico-privato dai caratteri a volte inediti e comunque cangianti*”.

L'invalidità è determinata essenzialmente da un difetto interno, di struttura, dell'atto negoziale (ad es., la mancanza di un elemento essenziale, la carenza di un elemento legittimante la conclusione dell'atto, quale l'incapacità); l'inefficacia in senso stretto, invece, è, tradizionalmente determinata da presupposti esterni al negozio, i quali impediscono allo stesso di produrre i suoi effetti. Nel caso in cui il difetto funzionale esterno sopraggiunga alla conclusione dell'atto negoziale, si tende a configurare un'ipotesi di “*caducazione*” dell'atto, a voler significare come ci si trovi in presenza di sopravvenute cause esterne al contratto, dalle quali dipende la sua inefficacia. Con un avvertimento, però, che non si abbiano “*pretese di neutralità ed a-politicità, avanzate dalle tecnocratie*”. Con ciò volendosi, piuttosto, manifestare, ancora una volta, come la principale problematica in materia resti pur sempre quella delle fonti, specificamente

nell'ambito del diritto privato, rivelando "la disperata povertà dei nostri metodi" e sospingendoci "sull'estrema linea, in cui i giuristi invocano lo sguardo degli storici, e gli storici la calcolante razionalità dei giuristi".

In un simile complesso contesto, si inserisce la tematica della *nullità* e dell'*irregolarità* del rapporto di lavoro, che presuppone l'esatta determinazione dei confini delle diverse categorie dell'invalidità e dell'inefficacia.

Comprensibili le difficoltà per l'interprete, al quale resta il compito di "sintesi del molteplice nell'uno", con l'ulteriore avvertimento che "gli schemi assolutizzanti del pensiero unico appaiono inadatti e fuorvianti e il sapere elegge il pensiero del molteplice a nuovo principio ordinatore della realtà, in finzione di comprensione della diversità".

5. Passando alla *reviviscenza del vecchio rapporto d'impiego pubblico*, nelle ipotesi, dunque, nelle quali ci si trova dinanzi a *procedure di selezione e progressione* interne, che, per semplificare, potremmo definire in termini di *promozione*.

Il sistema di reclutamento del personale alle pubbliche dipendenze è, come dianzi, osservato, disciplinato dal d.lgs. n. 165/2001 s.m.i., ci si chiede, ora, cosa quale sia la sorte del vecchio posto di lavoro nelle ipotesi in cui, espletata una *progressione* interna, questa sia successivamente annullata.

Si consideri, a titolo esemplificativo, l'ipotesi, comune, di un passaggio di ruolo, da quadro a dirigente (una *progressione verticale*), la cui procedura risulti successivamente illegittima, per il mancato rispetto, ad esempio, dei principi della *pubblica selezione* (del *concorso*); e, di conseguenza, venga annullata *giurisdizionalmente* o *in autotutela* da parte dell'ente.

Ci si chiede, dunque, se il precedente rapporto di lavoro con il quale i due lavoratori erano inquadrati come quadri sia cessato o se, invece, i due lavoratori, una volta annullata la procedura, possano essere reintegrati nel precedente ruolo di quadri aziendali.

Nelle fattispecie concrete, sarà necessario approfondire, anche sotto il profilo fattuale, se vi sia stata o meno *formale cessazione del pregresso rapporto di lavoro*, ad esempio, in seguito a dimissioni e con *liquidazione* del rapporto; o se, invece, i due dipendenti siano stati posti in *aspettativa*, al fine della *conservazione* del posto pregresso.

In applicazione della regola del *legittimo affidamento*, non solo *interno*, ma *comunitario*, una riflessione è da condurre sulla possibile *invalidità* di eventuali *dimissioni*, trattandosi – come esprimersi? – di *dimissioni* "indotte" dall'amministrazione o società pubblica, che ha stabilito l'adozione della *procedura di progressione verticale* o *orizzontale*, "promuovendo" due suoi dipendenti. Procedura, successivamente, giurisdizionalmente annullata o, addirittura, dalla stessa amministrazione ritenuta *illegittima* ed *annullata in autotutela*.

Ove anche si ragionasse in termini di *risoluzione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta della prestazione*, si potrebbe discutere sulla *causa non imputabile*, e nel senso dell'*imputabilità all'amministrazione* che ha adottato la procedura illegittima, poi annullata.

La procedura selettiva interna, attraverso la quale l'amministrazione *valorizza* e *promuove* risorse interne, evoca le previsioni normative in materia di cui agli artt. 2103 e 2113 c.c.

Questioni, queste, pure da approfondire in considerazione di esplicite previsioni del *t.u. pubblico impiego* nel senso dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2103 c.c., esclusa, cioè, la qualifica superiore per il fatto solo dell'attribuzione della mansione superiore nel pubblico impiego, proprio in virtù della regola di accesso per *concorso pubblico*; ma pur sempre da considerare nel valutare sia il comportamento complessivo delle parti sia la "*parte pubblicistica*" e quella "*privatistica*", che converge e caratterizza il rapporto di pubblico impiego; e che è esplicitata, specialmente in giurisprudenza, nell'equiparazione della pubblica amministrazione al *datore di lavoro privato* in riferimento alla gestione del rapporto contrattuale, in una deriva, ove si ritenga, *privatistica*.

Ai fini della *reviviscenza* del rapporto pregresso, sembra pure da dover considerare se la *progressione* avviene presso la stessa *amministrazione*, che utilizza le proprie *risorse interne*, o presso una diversa amministrazione – ad esempio, attraverso una procedura di *mobilità* –, caso, quest'ultimo, nell'ambito del quale, in effetti, della *reviviscenza* del vecchio rapporto potrebbe discutersi.

Si consideri, al riguardo, la possibilità, spesso prevista dalla *contrattazione collettiva pubblica*, di far transitare il dipendente in progressioni verticali presso altre amministrazioni, con una sorta di *diritto di ripensamento* per far ritorno alla propria amministrazione. In simili ipotesi, questione è sorta, ad esempio, allorché la procedura di *progressione verticale*, con partecipazione di *esterni*, venga effettuata presso altra amministrazione e venga, successivamente e a distanza di anni, annullata: in tal caso, si è posta la questione della possibilità di rientro del dipendente al "*vecchio posto*" presso la sua precedente amministrazione, possibilità risolta negativamente, ove il dipendente non si è astato collocato in *aspettativa* al fine del congelamento del posto.

In simili fattispecie, quali quelle in esame, ulteriori questioni sono da sollevare ove i posti dei dipendenti "promossi", la cui procedura è, successivamente annullata, non siano più disponibili in *pianta organica*, in quanto già occupati, questione che non pare poter essere diretta ad un ordine soltanto *esecutivo* e *materiale*.

Nella direzione della *reviviscenza* del *vecchio rapporto*, in simili ipotesi, potrebbe, inoltre, risultare utile un'ultima considerazione sull'istituto della *novazione*.

Il riferimento ad un effetto *novativo*, prodottosi nell'ambito della vicenda, ai sensi degli artt. 1230 ss., c.c., deriva dal mutamento oggettivo del rapporto contrattuale, che sembra potersi determinare con il passaggio di categoria o altro;

e che può essere valutato in termini di trasformazione del rapporto, ipotesi di novazione oggettiva: un nuovo contratto con assunzione di nuove obbligazioni, in sostituzione del precedente contratto che viene estinto per effetto.

Tuttavia, se il nuovo *contratto novativo* (ed estintivo o *solutorio*) del vecchio contratto è invalido o inefficace, per effetto dell'illegittimità/invalidità della procedura di reclutamento, potrà non aver prodotto alcun affetto estintivo del vecchio rapporto, che, dunque, *non sarebbe mai stato estinto*, in tal senso *riviverebbe*, in considerazione anche dell'efficacia *ex tunc* delle accennate ipotesi di invalidità/inefficacia.

Ove si configuri un *effetto non novativo*, vi potrebbe, dunque, essere la permanenza in vita del vecchio rapporto di lavoro.

La *legge Madia* (l. n. 124/2015), innovando la disciplina dell'*annullamento doveroso d'ufficio*, attraverso l'art. 6, ha posto il limite temporale di 18 mesi per l'esercizio del *potere di ritiro*, decorrente dal provvedimento favorevole ampliativo originario, in una dimensione, quindi, anche di possibile *consumazione* del potere amministrativo in sede di *riedizione*. Con ciò volendosi rilevare un rafforzamento della tutela dell'*affidamento legittimo*, non soltanto ai fini *risarcitori*, dunque, espressione di *regole di condotta*, ma anche nella direzione della conservazione di possibili effetti favorevoli per il privato investito dal potere *caducatorio* dell'amministrazione, manifestazione, in quest'ultimo caso, di *regole di validità* in senso ampio. In una direzione ultima di *effettività* delle tutele.

6. L'art. 18, c. 2-bis, del *decreto Brunetta*, in materia di *reclutamento del personale delle aziende e istituzioni pubbliche*, stabilisce che: "le aziende speciali e le istituzioni si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali e le istituzioni adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello. Le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex Ipab) e le farmacie sono escluse dai limiti di cui al precedente periodo, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati. Per le aziende speciali cosiddette multiservizi le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione".

La previsione normativa è da esaminare unitamente agli artt. 89 e 91 del d.lgs. n. 267/2000 s.m.i. (meglio noto, come *Testo unico sugli enti locali*), secondo cui: gli enti locali provvedono alla rideterminazione delle proprie *dotazioni organiche*, nonché all'*organizzazione e gestione del personale* nell'ambito della propria *autonomia normativa ed organizzativa*, con i soli limiti derivanti dalle proprie *capacità di bilancio* e dalle *esigenze di esercizio delle funzioni*, dei *servizi* e dei *compiti* loro attribuiti, fatte salve le disposizioni dettate dalla normativa concernente gli enti locali *dissastati e strutturalmente deficitari*; gli organi di vertice delle amministrazioni locali sono tenuti alla *programmazione triennale del fabbisogno del personale* finalizzata alla *riduzione programmata delle spese di personale*.

Inoltre, l'art. 1 della *legge finanziaria 2007*, prevede: al c. 557, che: "ai fini del concorso delle autonomie regionali e locali al rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurano la riduzione delle spese di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico delle amministrazioni e dell'Irap, con esclusione degli oneri relativi ai rinnovi contrattuali, garantendo il contenimento della dinamica retributiva e occupazionale, con azioni da modulare nell'ambito della propria autonomia e rivolte, in termini di principio, ai seguenti ambiti prioritari di intervento: a) (lettera abrogata dall'art. 16, c. 1, l. n. 160/2016; pertanto, è stato eliminato l'obbligo di riduzione della spesa per il personale rispetto al complesso delle spese correnti); b) razionalizzazione e snellimento delle strutture burocratico-amministrative, anche attraverso accorpamenti di uffici con l'obiettivo di ridurre l'incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico; c) contenimento delle dinamiche di crescita della contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali"; al c. 557-bis, che "ai fini dell'applicazione della presente norma, costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 267/2000 s.m.i., nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente"; il c. 557-ter, che "in caso di mancato rispetto della presente norma, si applica il divieto di cui all'art. 76, c. 4, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133"; infine, il c. 557-quater che "ai fini dell'applicazione del c. 557, a decorrere dall'anno 2014 gli enti assicurano, nell'ambito della programmazione dei fabbisogni del personale, il contenimento delle spese di personale con riferimento al valore medio del triennio precedente alla data di entrata in vigore della presente disposizione".

L'art. 6, del *Testo unico sul pubblico impiego* (d.lgs. n. 165/2001 s.m.i.), dopo la modifica apportata dal d.lgs. n. 75/2017, stabilisce quanto segue: c. 1, "le pubbliche amministrazioni definiscono l'organizzazione degli uffici per le finalità indicate all'art. 1, c. 1, adottando, in conformità al piano triennale dei fabbisogni di cui al c. 2, gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti, previa informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali"; c. 2, "allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di *performance* organizzativa,

efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, le amministrazioni pubbliche adottano il piano triennale dei fabbisogni di personale, in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*, nonché con le linee di indirizzo emanate ai sensi dell'art. 6-ter. Qualora siano individuate eccedenze di personale, si applica l'art. 33. Nell'ambito del piano, le amministrazioni pubbliche curano l'ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all'art. 35, c. 2. Il piano triennale indica le risorse finanziarie destinate all'attuazione del piano, nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente"; c. 3, "in sede di definizione del piano di cui al c. 2, ciascuna amministrazione indica la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati e secondo le linee di indirizzo di cui all'art. 6-ter, nell'ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima e di quanto previsto dall'art. 2, c. 10-bis, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione. Resta fermo che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite dalla legislazione vigente"; c. 4, "nelle amministrazioni statali, il piano di cui al c. 2, adottato annualmente dall'organo di vertice, è approvato, anche per le finalità di cui all'art. 35, c. 4, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro delegato, su proposta del Ministro competente, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Per le altre amministrazioni pubbliche il piano triennale dei fabbisogni, adottato annualmente nel rispetto delle previsioni di cui ai cc. 2 e 3, è approvato secondo le modalità previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. Nell'adozione degli atti di cui al presente comma, è assicurata la preventiva informazione sindacale, ove prevista nei contratti collettivi nazionali"; c. 6, "le amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo non possono assumere nuovo personale".

Un primo intervento *interpretativo autentico* delle descritte disposizioni normative, destinato a svolgere un ruolo determinante nel fornire all'operatore ed all'interprete adeguate direttive, è rappresentato dalle "linee di indirizzo per la predisposizione dei piani dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni pubbliche".

Sulle amministrazioni pubbliche grava, com'è noto, l'obbligo di predisporre i propri piani del *fabbisogno di personale*, in attuazione degli artt. 6 e 6-ter del d.lgs. n. 165/2001 s.m.i., nella prospettiva di assicurare un impiego *ottimale* delle risorse pubbliche disponibili, da coniugare con gli obiettivi di *performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi* ai consociati, garantendo il rispetto degli equilibri di finanza pubblica, in particolare del *Piano triennale dei fabbisogni del personale* (Ptfp).

Il Ptfp costituisce lo strumento *strategico, programmatico, modulabile e flessibile*, con cui l'amministrazione è in grado di individuare *effettive esigenze* e, di conseguenza, di realizzare le necessarie *attività di reclutamento* e di *gestione delle risorse umane*. Il citato art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 s.m.i., introduce, difatti, elementi innovativi, deputati a soddisfare il superamento del tradizionale concetto di *dotazione organica* che, nella disciplina previgente, costituiva il "contenitore" rigido da cui muovere per poter definire il Ptfp e per poter individuare gli assetti organizzativi delle amministrazioni, così da condizionare le scelte sul *reclutamento* del personale in considerazione dei posti che risultavano *disponibili* e delle figure professionali previste.

Come accennato, il *Piano* si sviluppa progressivamente ed in una prospettiva temporale triennale, ed è adottato annualmente con la possibilità di modificarlo in ragione del continuo mutamento delle esigenze sia del *contesto normativo*, come osservato in instancabile mutazione, sia del contesto *organizzativo o funzionale*, anche in corso di anno ma, in questo caso, soltanto in presenza di situazioni nuove ed imprevedibili. Senza omettere di osservare la necessità di una adeguata motivazione, nel rispetto delle procedure e dei criteri stabiliti dal legislatore e chiariti nelle *linee di indirizzo*, cui si è dianzi fatto cenno.

Inoltre, il Ptfp deve essere predisposto in coerenza (*congruità*) con la *programmazione finanziaria* del bilancio e delle risorse finanziarie a disposizione dell'amministrazione, nel rispetto, dunque, dei vincoli di *finanza pubblica* e di *bilancio*, nonché delle *spese di personale* al fine di assicurare il mantenimento degli *equilibri* di finanza pubblica. E deve essere redatto senza determinare *maggiori oneri* a carico della finanza pubblica, dovendo essere precisata la consistenza, in termini finanziari, della *dotazione organica* nonché il *valore finanziario* dei *fabbisogni programmati*, che non possono valicare i limiti di spesa di personale previsti.

Resta in potere dell'ente di provvedere, annualmente, alla *rimodulazione qualitativa e quantitativa* della propria consistenza di personale, in base ai fabbisogni programmati. In ogni caso, la *spesa del personale in servizio*, sommata a quella derivante dal potere di assunzione autorizzato, non può essere, in concreto, superiore alla *spesa potenziale massima*, quale risultante dall'ultima dotazione organica approvata o, per gli enti locali, che sono sottoposti a tetti di spesa del personale, entro il limite di spesa stabilito dalla legge.

In argomento, è, inoltre, da porre l'attenzione su di una ulteriore previsione normativa, ossia l'art. 22, c. 2, della l. n. 96/2017, per il quale: "all'art. 1, c. 228, secondo periodo, della l. 28 dicembre 2015, n. 208, le parole: "nei comuni con popolazione inferiore a 10.000 abitanti" sono sostituite dalle seguenti: "nei comuni con popolazione superiore a 1.000 abitanti, per gli anni 2017 e 2018. Per i comuni con popolazione compresa tra 1.000 e 3.000 abitanti che rilevano nell'anno precedente una spesa per il personale inferiore al 24 per cento della media delle entrate correnti registrate nei conti consuntivi dell'ultimo triennio, la predetta percentuale è innalzata al 100 per cento".

Dal descritto quadro normativo, complessivamente considerato, sembra, dunque, potersi trarre le seguenti conclusioni, ossia, al fine di poter procedere ad effettuare legittime assunzioni di personale, occorrerà rispettare i seguenti

vincoli normativi: assicurare il contenimento della spesa di personale con riferimento al *valore medio* del *triennio 2011-2013*; sarà possibile effettuare assunzioni di personale *a tempo indeterminato* con qualifica *non dirigenziale*, nel rispetto dei limiti imposti dalle c.d. “*capacità assunzionali*” dell’ente; sarà, altresì, possibile effettuare assunzioni di personale con *contratto di lavoro flessibile*, nel rispetto del limite della spesa sostenuta per il *lavoro flessibile* nell’anno 2009.

7. Muovendo dalla condivisibile e comune premessa che il contratto di lavoro s’intende concluso *a tempo indeterminato*, la legge, tuttavia, consente la possibilità di apporre al contratto un *termine di durata*, ma soltanto in via residuale ed in presenza di “casi particolari”, come di seguito precisato.

La proroga del *rapporto di servizio oltre il termine di 36 mesi* era – ed in parte, lo è ancora – consentita nella prospettiva, *non scritta*, di addivenire, infine, alla *stabilizzazione* del personale *precario* (assunto originariamente *a tempo determinato*), da attuare secondo le accennate procedure *selettive* di reclutamento *ordinarie* o *a regime speciale*, nel rispetto delle modalità e dei presupposti dianzi descritti, nulla al riguardo, sembra potersi osservare, innovando il nuovo *Testo unico sulle società pubbliche*, fermi i divieti specificamente previsti, di cui, in particolare, all’art. 19, spec. cc. 2 e 5, laddove, come dianzi indicato, la società pubblica dovrà stabilire, “con propri provvedimenti”, non solo i “criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all’art. 35, c. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165”; ma anche gli “obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale, delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale e tenuto conto di quanto stabilito all’art. 26, ovvero delle eventuali disposizioni che stabiliscono, a loro carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale”. Il successivo art. 25, *disposizione transitoria*, nel suo testo originario, dopo aver regolamentato, al c. 1, le “sorti” del personale in eccedenza, poneva il divieto di “nuove assunzioni a tempo indeterminato”, “fino al 31 dicembre 2018”, “se non attingendo, con le modalità definite dal decreto di cui al c. 1, agli elenchi di cui ai cc. 2 e 3”. Sorgendo, così, significative problematiche con riferimento al personale a tempo determinato “in scadenza”.

Prima di concentrare l’indagine sulla disciplina dei motivi legittimanti all’apposizione del termine di durata massima de contratto e sulla eccezionale e residuale possibilità di prorogare oltre i 36 mesi il termine di durata del contratto, appare utile soffermarsi, brevemente, sull’evoluzione legislativa che ha caratterizzato l’istituto del rapporto di lavoro a tempo determinato.

La prima norma regolatrice dell’istituto del contratto di lavoro a tempo determinato è stata la l. n. 230/1962, seguita dalla l. n. 56/1987; con l’entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 sono stati ampliati i casi di legittimo utilizzo del termine nell’ambito del contratto di lavoro. La disciplina legislativa, nel tentativo (riuscito) di rendere più facile e flessibile il ricorso al contratto a termine, ha subito ulteriori mutamenti con l’entrata in vigore dapprima della l. n. 183/2010, poi della legge di riforma del mercato del lavoro di cui alla l. n. 92/2012, al d.l. n. 76/2013 (convertito con modificazioni dalla l. n. 99/2013) e, infine, dal d.l. n. 34/2014 convertito con modificazioni dalla l. n. 78/2014. Da ultimo, la normativa è stata modificata dal d.lgs. n. 81/2015, attuativo della legge delega n. 183/2014, in vigore dal 25 giugno 2015, che ha abrogato il d.lgs. n. 368/2001, i cui artt. da 19 a 29 contengono l’intera disciplina dei rapporti di lavoro a tempo determinato (con la sola eccezione delle norme relative alla disciplina dei rapporti a termine nel settore del trasporto aereo, dei servizi aeroportuali e delle poste, che fino al 1 gennaio 2017 continueranno a essere regolati dall’art. 2 del d.lgs. n. 368/2001, e del pubblico impiego).

Quindi, muovendo dalla legge del 1962 – che stabiliva una puntuale casistica tassativa d’ipotesi in cui era possibile stipulare il contratto a termine – si è giunti al decreto legislativo del 2001 n. 368, che, invece, superando la precedente e “tassativa” impostazione, richiedeva, nella sua formulazione originaria, una qualsiasi motivazione di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo. Si è addivenuti, infine, come in parte accennato – ed in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014 –, alla soppressione di ogni riferimento alla giustificazione tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva: in buona sostanza, attualmente la legge non prevede più esplicitamente che il contratto a termine debba essere giustificato. Ma, in ogni caso, la violazione di tali disposizioni, determina la trasformazione a tempo indeterminato del contratto.

Il *contratto a tempo determinato* nelle pubbliche amministrazioni, è stato oggetto di numerosi interventi sia da parte del *potere giurisdizionale*, sia da parte del *legislatore*, il quale ha modificato l’originario assetto normativo racchiuso nel testo dell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

Il legislatore muove, in più occasioni, riferimento al d.lgs. n. 368/2001, molte delle cui disposizioni normative, tuttavia, non trovano applicazione o risultano di difficile da applicazione nell’ambito dei contratti a termine della pubblica amministrazione.

Muovendo dall’ultima *riforma* della disciplina dei *contratti di lavoro a tempo determinato*, in effetti, nulla sembra essere mutato circa la disciplina di questa peculiare categoria di contratti nella pubblica amministrazione, neppure a seguito dell’entrata in vigore del *Decreto dignità*. In realtà, non vi è alcuna novità rispetto al passato, in considerazione del fatto che il legislatore, all’art. 1, c. 3, del *decreto* citato, ha espressamente escluso l’applicabilità di alcune innovative disposizioni normative ai contratti conclusi con pubbliche amministrazioni. Si tratta, precisamente delle modifiche: alla disciplina del contratto di lavoro *a tempo determinato*; alla disciplina della *somministrazione di lavoro*; e quelle relative all’*indennità di licenziamento ingiustificato* e all’*incremento* della contribuzione nel contratto a tempo determinato.

Ai contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del *Decreto dignità*.

Soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente *temporaneo o eccezionale*, e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, nell'ambito della pubblica amministrazione, quindi, continuerà a trovare applicazione la disciplina di cui al citato art. 36 del medesimo d.lgs. n. 165/2001, che, peraltro, ne subordina la possibile conclusione alla sussistenza delle condizioni di cui agli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 81/2015.

L'art. 4 della l. n. 125/2013, ha, inoltre, introdotto nel *corpus* dell'art. 36 due nuclei disciplinari essenziali ed inderogabili.

In primo luogo, simili contratti possono essere conclusi “*per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*”. Rispetto al “vecchio” testo è stato aggiunto l'avverbio “esclusivamente”, la cui funzione dovrebbe essere quella di rappresentare un argine normativo al fine di impedire l'elusione della disciplina.

Inoltre, il *contratto a termine* deve trovare specifiche giustificazioni, pur mancando, nella disciplina normativa generale del d.lgs. n. 81/2015 alcuna indicazione circa quali possano essere queste ragioni giustificatrici. Ne consegue che, nel *testo e contesto del contratto a termine*, dovranno essere precisate le ragioni *tecniche, organizzative, produttive o sostitutive* alla base della scelta dell'assunzione. Ragioni, queste, che dovranno, appunto, trovare piena corrispondenza con le “*esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale*”.

Non potrà, pena l'invalidità del termine apposto, trattarsi, dunque, di mere “*clausole di stile*”, bensì di ragioni effettive finalizzate a giustificare la necessità o opportunità della scelta dell'assunzione a termine, che resta pur sempre eccezionale, come indicato, e non l'assunzione a tempo indeterminato.

Inoltre, i contratti di lavoro posti in essere in violazione dell'art. 36 sono “*nulli e determinano responsabilità erariale*”, con la conseguenza della impossibilità, presso tutte le pubbliche amministrazioni, della trasformazione di un *contratto a tempo determinato* in *contratto a tempo indeterminato*. Ciò, diffusamente si osserva, anche in ragione della regola del *concorso* di accesso al rapporto con la pubblica amministrazione.

Occorre, ora, soffermarsi, nei limiti di una breve indagine, sulla possibilità di *proroga* dei contratti a termine nella pubblica amministrazione, anche in relazione alla possibilità di concludere un ulteriore *contratto a tempo determinato* dopo aver raggiunto il tetto massimo dei 36 mesi, posta l'applicazione integrale della normativa sui contratti a termine, disciplinati dagli artt. da 19 a 29 del d.lgs. n. 81/2015.

È, dunque, opportuno interrogarsi sul significato dell'istituto della *proroga* nel contesto dei contratti a termine della pubblica amministrazione.

L'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015, al riguardo, proseguendo nel solco della *semplificazione* già tracciato dalla l. n. 78/2014, ha previsto la possibilità di un massimo di *cinque proroghe* nell'arco temporale di 36 mesi, ipotizzando che, in caso superamento del limite massimo dei 36 mesi, il contratto debba considerarsi *a tempo indeterminato* a partire dalla sesta proroga. L'art. 12, difatti, ha eliminato il riferimento “*alla stessa attività*”, lasciando alla volontà del lavoratore la prosecuzione del rapporto e consentendo, per effetto dell'art. 3, che il lavoratore possa essere adibito a *mansioni* riconducibili al medesimo *livello e categoria legale* di inquadramento relativo alle ultime mansioni effettivamente svolte.

È da osservare che, nel contesto del *rapporto di lavoro privato*, il *datore di lavoro*, a fronte di esigenze lavorative che egli stesso ha il potere di valutare e delle quali non è tenuto, in linea generale ed astratta, a rispondere al cospetto di nessuno, naturalmente con ogni dovuta distinzione e precisazione, può decidere di prorogare il contratto. Nel settore privato, difatti, se il datore di lavoro computa, erroneamente, le proroghe sarà esposto al rischio della *nullità* del termine e alla suindicata *trasformazione* del rapporto in rapporto *a tempo indeterminato* a partire dalla sesta *proroga*, configurandosi, in questi termini, la sua responsabilità.

Nell'ambito del *settore pubblico*, la situazione, invece, non si riduce a simili *esemplificazioni*, nel senso, cioè, che l'amministrazione non ha il potere di prorogare, a sua discrezione, il rapporto, gravando su di essa il dovere di verificare la sussistenza di quelle *esclusive* esigenze *temporanee ed eccezionali* imposte dal legislatore; ed inoltre, la sussistenza della copertura economica, derivante dall'impegno finanziario previsto. Si tratta di momenti significativi del *pubblico rapporto* che, ove non rispettati, possono determinare l'insorgere di ipotesi di responsabilità per *danno pubblico o erariale*, non essendovi, come dianzi indicato, possibilità di *trasformazione* del *rapporto di pubblico impiego a termine* in *rapporto a tempo indeterminato*, attesa la previsione di cui all'art. 97 Cost., che impone, come regola di accesso, quella del pubblico *concorso* o *selezione comparativa*.

È, in argomento, da ricordare la nota decisione della Corte di giustizia europea riguardo al personale *precario*, a tempo determinato, della *scuola*, che ha fissato un principio fondamentale, valevole anche per altri *comparti pubblici*: la reiterazione dei contratti a termine oltre il limite massimo di 36 mesi finalizzata a coprire le carenze di organico, senza alcuna previsione di procedura concorsuale, è contraria alla *direttiva comunitaria 1999/70 Ce*, esponendo, di conseguenza, l'amministrazione, non soltanto alla responsabilità per *danno pubblico*, ma anche all'*abuso* dei *contratti a termine*, con la *sanzione*, da più voci sostenuta, della possibilità di *trasformazione* del *rapporto a tempo indeterminato* anche nel settore del *pubblico impiego*. È noto l'ampio contenzioso che ne è derivato in materia.

Una proroga, dunque, tutt'altro che illimitata, come, in diverse occasioni, ha affermato anche la Corte costituzionale, chiamata ad intervenire in argomento, proprio in riferimento alle *supplenze* del personale precario docente e tecnico, amministrativo, ausiliario delle *scuole*. Ci si riferisce alla decisione n. 187/2016, che ha dichiarato l'incostituzionalità della normativa di riferimento, nella parte in cui autorizza, in violazione della normativa comunitaria – che anche il Testo unico sulle Pubbliche espressamente richiama –, il rinnovo “potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili [...] senza che ragioni obiettive lo giustifichino”.

Ci si chiede, infine, se sia possibile concludere un ulteriore *contratto a tempo determinato*, oltre il tetto dei 36 mesi, secondo la previsione contenuta nell'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 81/2015, e per la durata massima di 12 mesi.

Sembra, al riguardo, possano opporsi oggettive difficoltà, in considerazione del fatto che, pur “simulando” esigenze di copertura di *carenze di organico*, a sostegno della “necessità” del nuovo contratto, questo risulterà comunque contrario alla suindicata *direttiva comunitaria*. In ogni caso, ove per ipotesi, non costituisse violazione della suddetta *direttiva comunitaria*, sarà, comunque, necessaria una oggettiva giustificazione circa la conclusione dell'*ulteriore contratto a termine*. Giustificazione, questa, che, stante la ricostruita disciplina normativa, andrà – come esprimersi? – ricercata nelle motivazioni già poste originariamente alla base del contratto a termine: pur sempre, esigenze di natura esclusivamente *temporanea* ed *eccezionale* alle quali non si potrebbe far fronte con il normale organico. In disparte, l'opportunità, in simili ipotesi, di acquisire non solo *pareri* dell'ufficio legale dell'ente, ma anche una sorta di *valutazione preventiva*, circa tali esigenze, da parte degli *organi di controllo*, finalizzata, cioè, a *certificare* le ragioni *eccezionali* che hanno, in origine, giustificato l'eccezionale scelta del rapporto a termine; ed a *certificare*, altresì, che dette ragioni non siano ancora terminate, nonostante il “lungo” decorso di tempo, che, com'è noto, tende sovente a rendere *ordinarie* situazioni *straordinarie* ed *emergenziali*. Può, in simili fattispecie, configurarsi ipotesi di *danno pubblico o erariale*.

