{mosimage} Con Circolare n. 3 del 19 marzo 2008 il Dipartimento Funzione Pubblica limita l'uso del lavoro flessibile subordinato nelle pubbliche amministrazioni a limitati casi specificatamente individuati, dando attuazione alle disposizioni dell'articolo 3, comma 79, L. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008). Il fine è quello di limitare i contratti di lavoro autonomo nella della pubblica amministrazione, condizionandoli alla necessità di esperti di "particolare e comprovata specializzazione universitaria" e non soltanto di semplice "provata competenza". LEGGI DI SEGUITO LA CIRCOLARE DEL DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA ... per un commento scrivimi all'indirizzo perelli.maurizio@libero.it Presidenza del Consiglio dei Ministri, Circolare 19 marzo 2008, n. 3

DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA

Ufficio per il personale delle pubbliche amministrazioni

Servizio programmazione assunzioni e reclutamento

Circolare n. 3, 2008

Roma, 19 marzo 2008

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri
Segretariato generale
Roma

Alle Amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo
Loro Sedi

Al Consiglio di Stato Ufficio del Segretario generale
Roma

Alla Corte dei Conti Ufficio del Segretario generale
Roma

All'Avvocatura generale dello Stato Ufficio del Segretario generale
Roma

Alle Agenzie
Loro Sedi

All'ARAN

Roma

Agli Enti pubblici non economici (tramite i Ministeri vigilanti)
Loro Sedi

Agli Enti pubblici (ex art. 70 del D.Lgs n. 165/01)
Loro Sedi

Agli Enti di ricerca (tramite i Ministeri vigilanti)
Loro sedi

Alle Istituzioni universitarie (tramite il Ministero dell'Università e della ricerca)
Loro sedi

Alle Camere di Commercio Industria Agricoltura e Artigianato (tramite il Ministero dello Sviluppo Economico)
Loro sedi

Alla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Roma

e, p. e:

Alla Conferenza dei Rettori delle Università italiane
Roma

All'Unioncamere Roma

Alla Conferenza dei Presidenti delle Regioni
Roma

All'ANCI Roma

All'UPI Roma

OGGETTO: Linee di indirizzo in merito alla stipula di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni in attuazione delle modifiche apportate all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 dall'articolo 3, comma 79, della legge 24 dicembre

2007, n. 244 (legge finanziaria 2008).

Indice
1. Premessa
2. Finalità della novella all'art. 36 del D.Lgs. 165 del 2001
3. La riaffermazione del modello standard di rapporto di lavoro
4. Forme contrattuali di lavoro flessibile utilizzabili a norma dell'art. 36 novellato
5. Nuovo regime del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato
6. Le esigenze stagionali
7. Deroghe ai limiti temporali connesse ad esigenze di sostituzione di lavoratori assenti
8. Deroghe connesse con la tipologia dell'incarico
9. La disciplina specifica delle supplenze nel settore scuola
10. Norma generale di deroga sull'utiiizzo dei contratti a tempo determinato in ragione del finanziamento dei contratti

## 1. Premessa

La legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), nell'ottica di uìi superamento radicale e definitivo del "lavoro precario" nel settore pubblico, interviene con varie disposizioni in materia di pubblico impiego, adottando anche misure volte ad evitare il rischio di un suo rigenerarsi a causa di un utilizzo improprio ed ingiustificato delle forme contrattuali flessibili, con i noti risvolti di ordine sociale.

La finalità strategica del legislatore si concretizza con soluzioni diversificate ma convergenti ovvero:

10.con disposizioni innovative che disegnano, per gli anni 2008 e 2009, una disciplina più ampia e complessa della speciale procedura di "stabilizzazione" già significativamente introdotta dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007). Per le amministrazioni pubbliche interessate, le predette disposizioni trovano la loro sintesi nella possibilità di predisporre, nell'ambito della programmazione triennale dei fabbisogni per gli anni 2008, 2009 e 2010, piani per la progressiva stabilizzazione del personale in possesso dei prescritti requisiti, come previsto dall'art. 3, comma 94, della legge finanziaria 2008;

11.con decise misure restrittive e di rigore sull'utilizzo del lavoro flessibile, che rispondono all'esigenza di prevenire, per il futuro, il riformarsi di situazioni irregolari conseguenza di un uso distorto del lavoro "atipico", ribadendo, quindi, la centralità e la regola dell'assunzione a tempo indeterminato e del concorso pubblico. In quest'ottica va inserita la novella all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, rubricato "Utilizzo di contratti di lavoro flessibile". La disciplina limita l'uso del lavoro flessibile di tipo subordinato a circoscritti casi specificamente individuati.

Inoltre, si ricorda per il lavoro autonomo la modifica dell'art. 7, comma 6, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001. La norma subordina il conferimento di incarichi individuali di lavoro

autonomo ad esperti di «particolare e comprovata specializzazione universitaria» piuttosto che «di provata competenza» elevando ab origine il requisito richiesto. Questo riduce i casi in cui si può fare ricorso a detta tipologia di incarichi, rispondendo al contempo alla finalità:

- di rendere detti incarichi più rispondenti alle esigenze di alta professionalità connesse con la loro reale ratio;

- di evitare l'uso distorto fattone dalle amministrazioni negli ultimi anni che vi hanno fatto ricorso anche per esigenze connesse con compiti di basso profilo, favorendo pure su questo fronte il formarsi di precariato;

- di garantire che il regime restrittivo posto con le rigide disposizioni sul lavoro flessibile di tipo subordinato non spinga nella direzione della compensazione attraverso un più diffuso ricorso alle tipologie di lavoro autonomo.

Permangono misure di riduzione della spesa di personale che incidono sull'utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile. L'art. 3, comma 80, della legge finanziaria 2008, che interviene sull'art. 1, comma 187, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006), riduce la spesa per contratti a tempo determinato o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa dal 40 al 35% di quella sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2003 dalle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, dalle agenzie, incluse le Agenzie fiscali di cui agli articoli 62, 63 e 64 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, e successive modificazioni, dagli enti pubblici non economici, dagli enti di ricerca, dalle università e dagli enti pubblici di cui all'articolo 70, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Analogamente accade per le autonomie regionali e locali le cui misure di riduzione della spesa del personale (art. 1, commi 557 e 562, legge finanziaria 2007) si riflettono anche sulle spese per il personale a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni, secondo quanto già previsto dall'art. 1, comma 198, legge finanziaria 2006. Si rinvia, inoltre, all'art. 1, comma 565, della richiamata legge finanziaria 2007 per quanto riguarda gli enti del Servizio sanitario locale.

## 2. Finalità della novella all'art. 36 del D.Lgs. 165 del 2001

Definire l'obiettivo perseguito dal legislatore con la modifica dell'art. 36 del Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, rappresenta la chiave di lettura principale per indagare sulla sua portata.

È utile sottolineare che l'art. 36 si applica a tutte le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come si evince anche dal suo contenuto che contempla disposizioni particolari anche per le autonomie e gli enti territoriali.

Come evidenziato, la norma non nasce dall'esigenza di attualizzare la disciplina del lavoro

flessibile in ragione delle evoluzioni economico - sociali dell'apparato amministrativo. Piuttosto la disposizione nasce come reazione al contesto storico caratterizzato dall'emergenza del fenomeno del precariato causato, come più volte ripetuto, dal degenerato uso del lavoro flessibile, utilizzato anche come strumento per eludere il principio costituzionale della concorsualità, che rappresenta la regola primaria in materia di accesso nella pubblica amministrazione, ricorrendo quindi a forme di reclutamento semplificate che non hanno dato sufficiente garanzia del rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

La sua genesi di disciplina correttiva di questo uso distorto della flessibilità spiega la rigidità del regime sancito ma rappresenta anche un elemento guida fondamentale per delineare i criteri e gli ambiti applicativi che ne derivano.

La necessità di correggere l'uso del lavoro flessibile era stata già avvertita dal legislatore anche con il decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4 dove, in sede di misure urgenti in materia di organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione, sono stati dettati, all'art. 4, principi generali di contenimento individuando soluzioni organizzative alternative nonché disposizioni importanti in materia di monitoraggio.

Stabilito che il fine primario sotteso alla norma di cui all'art. 3, comma 79, della legge 244/2007, è quello di evitare il ricostituirsi di illegittimità e di criticità gestionali, compito dell'interprete è quello di dare piena concretezza a questa volontà del legislatore attraverso una lettura coerente del testo riformulato, in una dimensione di salvaguardia dell'interesse pubblico primario e di garanzia del rispetto dei principi di buon andamento e continuità dell'azione amministrativa, non disgiunti da quelli di economicità ed efficienza; lettura necessaria secondo criteri di logica e coerenza anche alla luce di alcuni sacrifici imposti alla tecnica legislativa dalla specialità dell' iter parlamentare della manovra finanziaria che rendono di difficile comprensione alcuni passaggi normativi.

Con la presente circolare, tra l'altro, si chiarirà il significato di alcuni termini atecnici a cui il legislatore ha fatto ricorso, al fine di dare alla nuova disciplina un assetto sistematico e funzionale al corretto svolgimento dell'attività amministrativa.

3. La riaffermazione del modello standard di rapporto di lavoro

Il nuovo articolo 36 del decreto legislativo 165/2001 esordisce con l'espressione "Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato'" formulando un principio di carattere generale che riafferma il modello standard del rapporto di lavoro a tempo indeterminato che ha, tra l'altro, storicamente caratterizzato il pubblico impiego.

Il principio enunciato costituisce una linea guida anche per l'interpretazione della restante parte dell'articolo in quanto circoscrive, con l'avverbio "esclusivamente", il ricorso alle forme flessibili ad ipotesi residuali che sono rigidamente circostanziate.

Si rammenta che anche nel settore privato la legge 24 dicembre 2007, n. 247, modificando l'art. 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, ha riaffermato che il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato e che, pertanto, l'apposizione di un termine è consentita soltanto al ricorrere delle condizioni previste dal medesimo articolo.

Lo stesso sistema assunzionale del settore pubblico previsto per gli anni 2008 e 2009, che contempla tra le procedure di reclutamento anche quella speciale della "stabilizzazione", esprime il suo carattere di norma di transizione in attesa di tornare ad un regime ordinario fondato sulla regola costituzionale del concorso pubblico, senza riserva di posti, per l'assunzione a tempo indeterminato.

Concluse le eventuali procedure speciali di stabilizzazione, la riaffermazione del modello tipico rappresenta un vincolo che deve indirizzare le pubbliche amministrazioni ad elaborare la loro programmazione triennale del fabbisogno in armonia con la tipologia standard prevista, a garanzia di un definitivo sradicamento del lavoro precario.

Il modello di assunzione a tempo indeterminato rappresenta poi lo strumento più coerente con le disposizioni che sono alla base dell'organizzazione delle pubbliche amministrazione Le amministrazioni determinano il proprio fabbisogno sulla base delle attività istituzionali che sono chiamate a svolgere. Detto fabbisogno si esprime attraverso la definizione delle dotazioni organiche. Le assunzioni a tempo indeterminato comportano 1"immissione in ruolo del personale e quindi la copertura della relativa pianta organica realizzando così un nesso virtuoso ed effettivo tra dipendenti in servizio e fabbisogno reale delle amministrazioni.

A ciò si aggiunga che il superamento graduale del divieto ad assumere, attraverso l'introduzione progressiva in tutti i settori della pubblica amministrazione del regime del turn-over, per sostituire il personale cessato nell'anno precedente, consentirà agli enti di programmare i propri fabbisogni in maniera ordinaria.

La flessibilità, infine, deve essere introdotta nella pubblica amministrazione innanzi tutto attraverso interventi sull'organizzazione, l'utilizzo dei sistemi informatici e soprattutto con la contrattualizzazione del rapporto di lavoro a cui occorre fare riferimento per addivenire ad una più efficiente organizzazione del lavoro.

È utile altresì evidenziare che il nuovo ordinamento professionale previsto in sede di contrattazione collettiva nazionale potrà rappresentare un valido strumento per favorire, anche mediante l'adozione di contratti collettivi integrativi rispondenti alle esigenze della singola amministrazione, meccanismi di flessibilità gestionale utilizzando al meglio le risorse interne di ruolo.

4. Forme contrattuali di lavoro flessibile utilizzabili a norma dell'art. 36 novellato.

La nuova formulazione dell'art. 36 sancisce che «Le pubbliche amministrazioni... non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui

rapporti di lavoro subordinato nell 'impresa», se non nel rispetto dei vincoli espressamente previste.

Ciò considerato e premesso che la flessibilità nella pubblica amministrazione non svolge il ruolo di incentivo alla crescita dei livelli occupazionali ma quello di migliorare la funzionalità dell'organizzazione l'interprete deve individuare le forme contrattuali di lavoro flessibile che risultano oggi applicabili, in quanto una lettura letterale potrebbe indurrebbe a dare alla disposizione una valenza assoluta.

Tenuto conto dell'incipit dell'articolo, che richiama il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e della volontà del legislatore di prevenire la formazione del precariato, la violazione delle norme sul concorso pubblico e sugli organici nonché l'ingerenza della politica nella gestione del personale, si ritiene che siano escluse dalle nuove limitazioni le forme di flessibilità compatibili con il lavoro a tempo indeterminato, e quindi applicabili:

il tempo parziale, che si sostanzia in un utilizzo flessibile della prestazione lavorativa e non del rapporto di lavoro, la cui durata del contratto rimane assolutamente neutrale rispetto alla tipologia prescelta di riduzione dell'orario o del periodo di lavoro. Resta, pertanto, fermo l'art. 10, del d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, recante "Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES" al fine dell'applicazione della disciplina del part-time ai pubblici dipendenti, fatte salve le disposizioni espressamente escluse, nonché la specifica normativa contrattuale in materia;

il telelavoro che si configura come un normale rapporto di lavoro subordinato, pienamente compatibile con la tipologia del tempo indeterminato, dove la flessibilità si esprime nella peculiarità della modifica del luogo di adempimento della prestazione lavorativa.

È esclusa dall'ambito della norma anche la disciplina del lavoro autonomo. Ciò per due ordini di ragioni.

Innanzitutto l'art. 36 disciplina storicamente le forme di lavoro flessibile che hanno comunque alla base un rapporto di lavoro subordinato, come confermato anche dalla sua collocazione nell'ambito di un Capo che è dedicato, tra le altre materie, all'accesso ed al fabbisogno di personale. Si può parlare di accesso solo nel caso in cui si intende procedere ad assunzione, concetto in stretta antitesi con il modello atipico di lavoro autonomo.

Data la natura di contratto esterno che caratterizza il lavoro autonomo il legislatore ha previsto per lo stesso una separata collocazione nell'ambito dell'art. 7, comma 6 e seguenti, dello stesso d.lgs 165/2001 che contempla le varie forme in cui esso può esprimersi che comprendono il conferimento di incarichi individuali con contratti di natura occasionale o coordinata e continuativa.

È importante definire la portata dell'art. 36 del d.lgs 165/2001, rispetto al contratto di formazione e lavoro che si configura come tipologia flessibile, a causa mista, nell'ambito di un rapporto che crea un vincolo di subordinazione a tempo determinato secondo la disciplina prevista dall'art. 3

del D.L. 30 ottobre 1984 n. 726, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, legge 19 dicembre 1984, n. 863, e dall'art. 16 del D.L. 16 maggio 1994 n. 299, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 19 luglio 1994, n. 451.

La risoluzione della problematica può essere posta sotto diversi punti di vista e conduce in ogni caso alla medesima conclusione che è quella di escludere l'applicabilità dell'art. 36 ai contratti di formazione e lavoro.

Fondandosi su un'interpretazione letterale che tenga conto del combinato disposto dell'articolo 36 del decreto legislativo 165/2001 e dell'art. 86, comma 9, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30", il contratto di formazione e lavoro rimarrebbe escluso dall'ambito della novella. Ciò in quanto l'art. 36 esclude l'applicabilità "delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" ed ai sensi del citato art. 86, comma 9, il contratto di formazione e lavoro non si applica più alle imprese in quanto trova applicazione esclusivamente nei confronti della pubblica amministrazione.

Detto orientamento risulterebbe, tra l'altro, in linea con la particolare attenzione riconosciuta dal legislatore, in sede di leggi finanziarie degli ultimi anni, che ha previsto disposizioni di favore volte alla conversione degli stessi contratti in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ritenendo che gli stessi fossero espressione di un modello di reclutamento di forza lavoro da promuovere maggiormente nel contesto delle modalità assunzionali speciali che si evolvono verso la stabilizzazione, senza dover attivare ulteriori procedure concorsuali pubbliche per la copertura dei posti a tempo indeterminato, sul presupposto che tali procedure sono già state svolte precedentemente alla stipulazione dei contratti di formazione e lavoro. Ciò in armonia con l'art. 8, comma 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 407 che, nel sancire che la "facoltà di assunzione mediante i contratti di formazione e lavoro non è esercitabile dai datori di lavoro che, al momento della richiesta di avviamento, risultino non avere mantenuto in servizio almeno il 60 per cento dei lavoratori il cui contratto di formazione e lavoro sia già venuto a scadere nei ventiquattro mesiprecedentF, ha inteso attribuire alla tipologia di che trattasi una vocazione chiaramente volta alla conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Vi è anche un'altra caratteristica che induce ad escludere l'applicabilità del nuovo art. 36 al contratto di formazione e lavoro. Essa è da collegare direttamente alla causa mista del contratto che associa alla prestazione lavorativa retribuita un obbligo di formazione per un numero minimo di ore che varia in ragione della finalità del contratto. I contratti volti all'acquisizione di professionalità intermedie devono prevedere obbligatoriamente almeno 80 ore di formazione in luogo della prestazione lavorativa, in un arco temporale non superiore ai ventiquattro mesi. Quelli volti all'acquisizione di professionalità elevate devono prevedere almeno centotrenta ore di formazione da effettuarsi in luogo della prestazione lavorativa, sempre nell'arco temporale dei ventiquattro mesi. La disciplina prevista per i contratti di formazione e lavoro è finalizzata a combinare in maniera equilibrata, secondo la professionalità da acquisire, i tempi della prestazione lavorativa con quelli della formazione, in armonia con la natura mista del contratto. Questo vale anche per il CFL ed. leggero che ha una durata dimezzata pari a 12 mesi. L'applicazione del limite temporale dettato dall'art. 36 o la causalità della stagionalità non si

concilierebbero con il connubio formazione e lavoro che è alla base della tipologia di contratto in questione. Si aggiunge, altresì, che il termine nel contratto di formazione e lavoro non è nella disponibilità delle parti, in quanto la durata dello stesso è fissata ex lege in maniera inderogabile.

È il caso di sottolineare, infine, che anche l'art. 10 del decreto legislativo 368/2001 esclude dal suo campo di applicazione i contratti di formazione e lavoro in ossequio alla specialità del rapporto che lo diversifica da quello a tempo determinato.

L'esclusione del contratto di formazione e lavoro dall'ambito dell'art. 36 novellato comporta, nella sostanza, come già accennato, che di questa tipologia si va a privilegiare la sua vocazione di contratto che andrà verso la conversione al tempo indeterminato.

Ciò rende necessario sottolineare che le amministrazioni pubbliche che decidono di avvalersi della predetta tipologia di contratto, applicando i principi e le procedure di reclutamento di cui all'art. 35 del d.lgs 165/2001, possono farlo compatibilmente con il regime assunzionale vigente e con una corretta programmazione delle risorse necessarie alla conversione del rapporto a tempo indeterminato, atteso che come noto il contratto non può essere prorogato e deve essere convertito entro i ventiquattro mesi successivi alla sua scadenza. In particolare le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 523, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 dovranno tenere conto, in sede di utilizzo delle risorse disponibili da turn over, delle eventuali assunzioni a tempo indeterminato conseguenze di conversione di contratti di formazione e lavoro. Non potranno essere avviati contratti di formazione e lavoro se le amministrazioni non potranno garantirne la conversione con le risorse finanziarie previste dal regime assunzionale di settore, fermo restando la relativa procedura autorizzatorio.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il contratto di inserimento che si può applicare agli enti di ricerca.

Per quanto riguarda il contratto di somministrazione occorre evidenziare che, rispetto alla possibilità di applicare le limitazione temporali previste dall'art. 36 anche se relativamente all'utilizzazione del lavoratore somministrato, è intervenuto l'ordine del giorno del Senato, formulato in data 27 febbraio 2008, in sede di esame del disegno di legge di conversione del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, che è stato accolto dal Governo. In detto ordine del giorno è espresso l'orientamento che la disciplina dettata dall'art. 36 debba riguardare, in ossequio alla ratio sottesa, soltanto i contratti di lavoro stipulati alle dipendenze delle pubbliche amministrazione che sono gli unici sui quali possono insorgere aspettative di stabilizzazione per i lavoratori interessati. Poiché nei contratti di somministrazione il rapporto di lavoro si instaura tra agenzia e lavoratore, non si corre il rischio di innescare situazioni di precariato. Del resto, come evidenziato nell'ordine del giorno, le leggi finanziarie del 2007 e del 2008 non includono tra il personale destinatario di stabilizzazione i lavoratori somministrati.

Alla luce delle considerazioni svolte il Governo ha accolto l'interpretazione che l'art. 36 sia applicabile ai soli contratti di lavoro alle dirette dipendenze delle pubbliche amministrazione e quindi non applicabile ai contratti di servizio finalizzati alla somministrazione a tempo determinato.

L'ordine del giorno, pertanto, ribadisce la tesi interpretativa, in linea con l'art. 4, comma 2, del decreto legge 10 gennaio 2006, n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80, che aveva modificato il precedente testo dell'art. 36, della piena ammissibilità dell'utilizzo del lavoro somministrato da parte delle pubbliche amministrazioni, fermo restando il rigoroso rispetto da parte delle stesse dei vincoli di finanza pubblica, delle procedure e dell'obbligo di motivazione di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

E' buona regola di amministrazione, inoltre, accertarsi che il personale somministrato sia selezionato secondo criteri che garantiscano la qualità e la professionalità dello stesso e secondo procedure improntate ai principi di imparzialità e trasparenza.

5. Nuovo regime del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato

Ferme restando le procedure inderogabili di reclutamento indicate dalfart. 35 del d.lgs 165/2001, che sono alla base dell'accesso agli uffici pubblici, al fine di rafforzare la natura temporanea del rapporto a termine e di circoscriverne l'utilizzo, la nuova disciplina è stata costruita intorno alla durata limitata dello stesso che, salve le deroghe previste, non può superare i tre mesi. Rimane ferma la clausola generale individuata dal decreto legislativo 368/2001 circa le "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"' che possono determinare il ricorso al tempo determinato.

La proroga è ammessa soltanto fino al raggiungimento del limite massimo dei tre mesi, quindi è vietata nel caso in cui il contratto abbia già un termine iniziale pari al trimestre.

Il rinnovo si configura come stipula di un contratto a termine per lo svolgimento di una prestazione identica a quella oggetto del precedente contratto. La prestazione si considera identica ogni qual volta l'assunzione avvenga sulla base della medesima graduatoria concorsuale. Il divieto di rinnovo del contratto di cui al comma 2 dell'articolo 36 ha un carattere generale tenuto conto che alla conclusione del contratto le amministrazioni devono scorrere la graduatoria o, se necessario, avviare una nuova procedura concorsuale e non procedere al rinnovo di contratto con il medesimo lavoratore.

Non ricorre l'ipotesi del rinnovo ma si ha una stipula ex novo di un contratto a termine per assunzioni scaturenti da procedure concorsuali diverse. Ciò è comunque ammissibile in ossequio al principio del libero accesso ai pubblici uffici sancito dall'art. 51 della Costituzione.

Rimangono in ogni caso fuori dalla nuova disciplina restrittiva dell'art. 36, fino alla scadenza del contratto, tutti i rapporti sorti anteriormente all'entrata in vigore della legge.

Per quanto riguarda i limiti temporali, si rimane altresì fuori dal contesto dell'articolo 36, ma anche del d.lgs. 368/2001, per i rapporti di lavoro a tempo determinato che fanno da ponte, nelle more dell'assunzione a tempo indeterminato, applicando le disposizioni speciali in materia di stabilizzazione. Si fa riferimento all'art. 1, comma 519, della legge 296/2006 e all'art. 3, commi 92 e 95, della legge 244/2007.

E' il caso poi di richiamare quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 36, secondo cui le amministrazioni possono utilizzare il medesimo lavoratore con una sola tipologia di contratto. I contratti che rilevano per l'unico utilizzo dettato dalla norma sono:

- il tempo determinato;

- il lavoro autonomo che nell'articolo 36 viene preso in considerazione solo per questo caso.

La disposizione tende ad evitare un fenomeno prima diffuso e frequente che era quello di utilizzare il medesimo lavoratore con diverse tipologie contrattuali. Questa forma di utilizzo della stessa persona mediante contratti diversificati ha favorito il consolidarsi di situazioni di precariato significative e radicate. Il legislatore si è preoccupato di prevenire il ripetersi di fattispecie di questo tipo che si tradurrebbero, nella realtà, in strumenti elusivi delle disposizioni restrittive dettate dall'art. 36.

La norma va anche intesa nel senso di evitare l'utilizzazione del medesimo soggetto come lavoratore somministrato definendo, al riguardo, opportune regole di selezione con l'Agenzia con la quale si stipula il contratto di somministrazione.

## 6. Le esigenze stagionali

Sempre nel rispetto del principio del concorso pubblico, il ricorso al tempo determinato per periodi anche superiori a tre mesi è previsto per esigenze stagionali, per la durata dell'attività lavorativa connessa all'esigenza medesima.

La stagionalità è disciplinata dal D.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525 che riporta un elenco delle attività a carattere stagionale di cui all'art. 1, comma secondo, lettera a), della legge 18 aprile 1962, n. 230, sulla vecchia disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato. Trattasi, tuttavia, di ipotesi sorte prevalentemente per il settore dell'agricoltura che non si adattano alle amministrazioni pubbliche, ad eccezione delle fattispecie coincidenti.

Le esigenze stagionali devono essere sempre ricondotte a "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" che determinano picchi lavorativi che si verificano in determinati e limitati periodi dell'anno, secondo una frequenza ciclica, che determinano l'intensificarsi dell'attività lavorativa, cui non sia possibile sopperire con il normale organico. Si tratta di un fabbisogno temporaneo superiore alla norma che, pur essendo espressione di un'attività tipica dell'ente, è destinato a rientrare una volta che è finito il picco lavorativo.

Le amministrazioni pubbliche, in relazione alle competenze assegnate, dovrebbero individuare, con atto formale (determina o deliberazione da parte dell'organo di vertice amministrativo), un elenco delle attività lavorative caratterizzate da un carattere stagionale affinché le assunzioni connesse siano anche adeguatamente e coerentemente previste in sede di programmazione triennale del fabbisogno.

7. Deroghe ai limiti temporali connesse ad esigenze di sostituzione di lavoratori assenti

Si può prescindere dai limiti temporali fissati dall'art. 36, ma nel rispetto dei principi di cui al d.lgs 368 del 2001, nei seguenti casi e secondo i differenti destinatari come di seguito specificato:

a) sostituzione per maternità (comma 1, art. 36) e purché il provvedimento di assunzione contenga l'indicazione del nominativo da sostituire. Detta disposizione ha come destinatari solo le autonomie territoriali. La formulazione autonomie richiama gli enti autonomi previsti dall'art. 114 della Costituzione che sono i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni, Il riferimento al territorio evoca però anche tutti gli altri enti autonomi per i quali il territorio, oltre che elemento delimitatore della sfera d'azione, si pone anche come elemento costitutivo dell'ente stesso. In particolare fari. 114 della Costituzione va integrato con quanto previsto dall'art. 2 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 e quindi vanno ricompresi tra le autonomie territoriali anche le comunità montane, le comunità isolane, le unioni di comuni ed i consorzi secondo le specifiche del comma 2 del medesimo articolo. Rimane dubbia la ragione della mancata estensione della deroga alle restanti amministrazioni pubbliche;

b) sostituzione di lavoratori assenti (comma 9, art. 36) e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto (maternità, malattia, aspettativa, comando) purché il provvedimento di assunzione contenga l'indicazione del nominativo da sostituire. Le causali alla base dell'assenza sono più ampie di quelle di cui al punto a), ma in questo caso i destinatari sono soltanto gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che abbiano una dotazione organica non superiore alle 15 unità. La ratio di un target di destinatari cosi ristretto poggia sul fatto che per amministrazioni di piccoli dimensioni maggiormente l'assenza di un lavoratore potrebbe comportare gravi disservizi a danni dell'utenza (si pensi agli effetti sulla cittadinanza di difficoltà operative sul fronte della polizia locale e amministrativa, dell'amministrazione generale, compreso il servizio elettorale, dell'anagrafe e stato civile, della nettezza urbana);

c) sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio, (comma 11, art. 36) prescindendo, quindi, dalla causale di assenza e contemplando anche l'ipotesi di cessazione del lavoratore tra i presupposti per l'applicazione della deroga. Detta deroga si applica solo agli enti del Servizio sanitario nazionale. La sostituzione, tuttavia, deve rendersi necessaria e non è automatica al verificarsi del presupposto. È prevista, infatti, soltanto nei casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza. Deve trattarsi non di mere esigenze correlate ai LEA, che normalmente sono garantiti dai servizi e dalle prestazioni del Servizio sanitario nazionale (come previsto dal DPCM 29 novembre 2001 ). Dette esigenze devono distinguersi per il carattere urgente ed indifferibile che può tra l'altro mutare a secondo dell'emergenza del momento e dei settori progettuali e di sviluppo intrapresi dal singole ente. Si riterrebbe opportuno un intervento delle Regioni al fine di dare indicazioni di dettaglio per favorire un'univoca interpretazione della norma atteso che le esigenze di programmazione necessitano una classificazione a monte delle casistiche che possono determinare il verificarsi delle condizioni poste alla base della deroga. È opportuno, inoltre, garantire sistemi di controllo da parte del collegio dei revisori.

Le Regioni potrebbero anche individuare più nel dettaglio le figure professionali destinatarie della disposizione. Il legislatore non ha ricompreso, infatti, nella deroga tutto il personale del Servizio sanitario nazionale ma soltanto il personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, il personale infermieristico ed il personale a supporto alle attività infermieristiche. In merito al personale medico infungibile che comprende gli specialisti previsti in una sola unità nelle dotazioni organiche l'esatta individuazione diventa di secondaria importanza considerando che su questo fronte soccorre anche il comma 7 dell'art. 36 che consente di derogare alle limitazioni temporali previste dalla norma ogni qual volta si conferiscono incarichi dirigenziali. Il riferimento al personale infermieristico fa ricomprendere anche quello di ostetricia in quanto è disciplinato unitariamente tanto dalla legge 10 agosto 2000, n. 251, quanto dal D.M. 29 marzo 2001 di definizione delle figure professionali. Restano esclusi dalla deroga le sostituzioni connesse con le assenze o le cessazioni del personale tecnico sanitario, tecnico della prevenzione e della riabilitazione. Per quanto riguarda il personale a supporto delle attività infermieristiche il riferimento è agli operatori socio sanitari. Ai fini dell'applicabilità della deroga il legislatore prevede il rispetto del vincolo finanziario del tetto di spesa per il personale fissato dall'art. 1, comma 565, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'aggregato di spesa del citato comma 565 si riferisce, infatti, anche alle spese per il personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, con contratto di collaborazione coordinata e continuativa, o che presta servizio con altre forme di rapporto di lavoro flessibile o con convenzioni.

Per quanto riguarda la disposizione dettata dal comma 8 per le aree marine protette citate e per il Parco nazionale dell'arcipelago della Maddalena, è una norma specifica e transitoria che dovrebbe stare, dal punto di vista della tecnica legislativa, fuori dall'art. 36.

8. Deroghe connesse con la tipologia dell'incarico

Vi sono alcune tipologie di incarichi conferiti a tempo determinato che, ad avviso del legislatore, rimangono esclusi dal nuovo regime descritto dall'art. 36, comma 1. Si tratta di quelli elencati al comma 7 che sorgono con contratti a tempo determinato relativi a:

1. uffici di diretta collaborazione del Ministro di cui all'art. 14, comma 2, del d.lgs 165/2001;

2. uffici posti alle dirette dipendenze del sindaco, del presidente della provincia, della Giunta o degli assessori (articolo 90 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267);

3. incarichi dirigenziali;

4. di preposizione ad organi di direzione, consultivi e di controllo delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi gli organismi operanti per le finalità di cui all'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144. Si tratta di contratti di lavoro che nascono intuitu personae o tenuto conto del contingente limitato appositamente assegnato, oppure, nel caso dei contratti di cui ai punti 1 e 2, in virtù di un rapporto fiduciario con il soggetto conferente. Per tutte le predette tipologie di

incarichi la natura speciale dei contratti ha fatto si che rimanessero esclusi dall'applicabilità della disciplina sulla stabilizzazione. Il rapporto ha una natura di per sé limitata nel tempo, in relazione alla durata del mandato politico nei primi due casi o, nei restanti casi, in ragione della scadenza prevista nel contratto che viene fissata in ragione degli obiettivi assegnati al dirigente (sia che trattasi di incarico di prima fascia che di incarico di seconda fascia). La specialità dell'incarico, la durata temporanea, il rapporto fiduciario sono elementi meritevoli che prevalgono sull'elemento contrattuale del termine escludendo la precarietà del rapporto e possibili aspettative di "stabilizzazione" da parte del personale interessato.

Pur in assenza di un esplicito riferimento nella norma, si ritiene che i punti 1. e 2. siano riferibili anche ai corrispondenti organi politici delle Regioni.

Sono da considerare compresi nel punto 3 ad esempio gli incarichi dirigenziali di cui all'art. 19, comma 6, del d.lgs 165/2001, quelli di cui all'art. 110, commi 1 e 2, del d.lgs 267/2000, quelli di cui all'art. 15-septies del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502

Sono da ricomprendere invece nel punto 4 (preposizione ad organi di direzione) i contratti di cui al citato articolo 110, commi 1 e 2, per gli enti in cui non è prevista la dirigenza.

9. La disciplina specifica delle supplenze nel settore scuola

Si ritiene di dover dedicare un approfondimento particolare alla tematica delle supplenze che trova una disciplina separata e speciale, nell'ambito dei rapporti di lavoro a tempo determinato, in ragione della necessità di garantire, attraverso la continuità didattica, il diritto costituzionale all'educazione, all'istruzione ed allo studio (art. 33 e 34 della Costituzione) e quindi la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo.

Sulla base di detti principi l'art. 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124 disciplina le supplenze per le scuole statali rimettendo ad un regolamento, adottato da ultimo con decreto del Ministro della Pubblica Istruzione del 13 giugno 2007, n. 131, la disciplina di dettaglio dei contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento delle supplenze medesime.

Fermo restando quanto sopra richiamato per le scuole statali, rimane la necessità di garantire il rispetto dei principi costituzionali anche per le scuole gestite dagli enti locali.

L'art. 33 della Costituzione, tra l'altro, prevede il principio di non discriminazione tra alunni di scuole statali e alunni di scuole paritarie tra cui rientrano anche quelle degli enti locali, così come previsto dall' art. 1, comma 2, della legge 10 marzo 2000, n. 62.

L'esigenza di garantire i livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione trova come necessario corollario il principio della garanzia costante del servizio e quindi della continuità educativa, valori espressi dall'ordinamento giuridico, oltre che in sede costituzionale, anche con il D.Lgs. 19 febbraio 2004, n. 59.

Anche in sede di CCNL del comparto Regioni ed autonomie locali, sottoscritto il 14 settembre 2000, particolare attenzione è stata rivolta all'attività didattica ed educativa nel contesto della disciplina dettata per il personale docente delle scuole materne e delle scuole gestite dagli enti locali e per il personale educativo degli asili nido. Nei casi di vacanza d'organico, di assenza degli insegnanti titolari per motivi di: salute maternità o per altre legittime cause, è previsto, infatti, che gli enti debbano garantire, attraverso l'istituto della supplenza o della sostituzione, le condizioni standard del servizio ed il rapporto educatore bambino.

Gli enti locali, tenuto conto dell'autonomia organizzativa loro propria e delle peculiarità dei propri ordinamenti, possono ispirarsi alla disciplina prevista dal citato D.M. 13 giugno 2007, n. 131 per quanto riguarda la durata dei contratti a tempo determinato connessi con la supplenza e, in sede di regolamento da adottare ai sensi dell'art. 89 del d.lgs 18 agosto 2000, n. 267, possono prevedere disposizioni speciali per le supplenze che garantiscano la continuità dei servizi. Tale scelta non compromette l'autonomia richiamata, né la specificità dei regimi legislativi e contrattuali vigenti perché non comporta alcuna estensione delle discipline dettate per le scuole statali e riferite a quello specifico contesto organizzativo. Restano, pertanto, ferme le peculiarità organizzative del settore enti locali, nonché quelle in materia di accesso all'insegnamento né viene meno l'esigenza di disporre in conformità ai principi costituzionali sopra richiamanti, ed all'esigenza, comunque, di rispettare i principi generali di buon andamento e di corretto utilizzo delle tipologie di lavoro flessibile.

10. Norma generale di deroga sulUutilizzo dei contratti a tempo determinato in ragione del finanziamento dei contratti

Per alcune attività l'utilizzo di rapporti di lavoro flessibile rappresenta lo strumento più appropriato ed efficiente per lo svolgimento delle stesse in ragione del loro carattere temporaneo, mutevole e soggetto ad una continuo aggiornamento per rimanere al passo con i tempi.

Si tratta, generalmente, di attività che non corrispondono ad un bisogno permanente dell'ente ma a progetti ben determinati e vengono svolte, pertanto, con personale non di ruolo ed in assenza, nella maggior parte dei casi, anche di posti in dotazione organica.

I rapporti di lavoro per lo svolgimento dei compiti che ne derivano trovano un finanziamento esterno che rafforza la necessità di ricorre ad una tipologia di lavoro flessibile. E fatta salva, in ogni caso, la necessità di ricorrere a procedure ad evidenza pubblica a garanzia del rispetto dei principi costituzionali preordinati allo svolgimento di qualunque funzione amministrativa.

La disposizione del comma 11 dell'art. 36 prevede, così, che le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile, intesi sempre secondo il regime ordinario del contratto a tempo determinato, per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Rientrano nella fattispecie anche le ipotesi che prevedono un cofinanziamento da parte delle amministrazioni o i casi in cui il finanziamento esterno giunga attraverso l'intermediazione di un altro soggetto

pubblico, quale ad esempio la regione. Questa disposizione ha una portata generale per tutte le amministrazioni pubbliche data la finalità di consentire la partecipazione ai programmi finanziati dall'Unione europea.

Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile, intesi anche qui secondò il regime ordinario dei contratti a tempo determinato, per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. La disposizione ha una portata più circoscritta in termini di destinatari della disposizione ma contempla finanziamenti di provenienza diversa.

Gli enti del Servizio sanitario nazionale, infine, possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile, nei termini sopra indicati, per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. Si tratta di finanziamenti comunitari, privati o ai sensi dell'articolo YI-bis del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502.

L'utilizzazione dei lavoratori, con i quali sono stipulati detti contratti, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. Altra sanzione prevista in caso di violazione delle medesime è la nullità del provvedimento inteso come atto amministrativo propedeutico all'avvio del progetto con conseguente nullità degli atti successivi e quindi dei relativi contratti di lavoro, salvo il diritto dei lavoratori al risarcimento del danno.

Si ritiene che le amministrazioni sopra elencate, al fine di rendere trasparente l'utilizzo dei finanziamenti anche in connessione al ricorso di tipologie di lavoro flessibile, debbano prevedere in relazione ad ogni progettò un elenco analitico del personale utilizzato, della tipologia del rapporto, della durata, del trattamento economico corrisposto, nonché dei compiti assegnati con chiara evidenziazione del loro nesso con gli obiettivi del progetto.

Si invitano le amministrazioni ad una valutazione attenta della necessità di stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato ed al rispetto delle disposizioni contenute nell'articolo 36, come novellato dalla legge finanziaria per l'anno 2008.

In particolare si richiama l'attenzione sulle responsabilità e le sanzioni che il comma 6 del medesimo articolo riconduce alle scelte dei dirigenti e delle amministrazioni.

Ciò considerato si richiamano gli organi di controllo interno, i servizi ispettivi e gli ispettorati deputati al controllo a verificare periodicamente e comunque nell'ambito delle proprie competenze l'applicazione dei principi e delle disposizioni richiamate con la presente circolare.