



# La stabilizzazione del precariato pubblico: il diritto all'assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario

Tribunale di Trani, Sez. Lav., Ordinanza 2 marzo 2009 – Est. La Notte Chirone

*Procedure di stabilizzazione del precariato pubblico nel comparto degli enti locali - Art.1, commi 558 e 565, della legge n.296/2006 – Legislazione regionale concorrente ai sensi dell'art.117 Cost. – Legittimità costituzionale delle procedure di stabilizzazione del precariato pubblico – Sussiste sia nella legislazione statale che in quella regionale - Stabilizzazione dei precari nelle aziende sanitarie regionali – Art.30 Legge regionale del Puglia n.10/2007 – Inclusione della Dirigenza non apicale di primo livello dalle procedure di stabilizzazione – Difetto di giurisdizione del Giudice ordinario specializzato – Non sussiste – Diritto soggettivo a partecipare alle procedure di stabilizzazione – Sussiste, alle condizioni di legge – Discrezionalità dell'Ente pubblico che intende stabilizzare di escludere dalla selezione personale in esubero rispetto ai posti da ricoprire – Non sussiste – Discrezionalità della pubblica amministrazione di stabilizzare dalla graduatoria solo il personale destinato a ricoprire i posti vacanti – Sussiste solo se la P.A. fornisce la prova che i posti da ricoprire per esigenze permanenti non siano pari al numero dei soggetti da stabilizzare*

*(Legge n.296/2006, art.1, commi 519, 558 e 564; Legge regionale della Puglia n. 10/2007, art.30; Legge regionale della Puglia n. 40/2007, art.40; artt. 97 e 117 Cost.; D.Lgs. n.165/2001, art.63)*

**Il diritto all'assunzione a tempo indeterminato del Dirigente non apicale del Comparto sanità, attraverso le procedure di stabilizzazione del precariato pubblico disciplinate dalla legislazione nazionale e da quella regionale, appartiene alla competenza del Giudice ordinario specializzato e non del Giudice amministrativo, trattandosi di atti di gestione e non di procedure concorsuali. La pubblica amministrazione può non adottare la stabilizzazione del precariato pubblico, in mancanza di posti vacanti da ricoprire in pianta organica. Ma, se attiva le procedure di stabilizzazione, da un lato non può discrezionalmente limitare l'accesso alla selezione per l'assunzione, dall'altro, se intende stabilizzare solo il personale destinato a ricoprire i posti vacanti, deve fornire la prova rigorosa che i posti da ricoprire per esigenze permanenti e durature siano inferiori e non pari al numero dei soggetti da stabilizzare. Pertanto, sussistendo le condizioni di legge e in mancanza di prova del corretto e limitato esercizio del potere discrezionale della P.A., il giudice ordinario accoglie l'istanza cautelare del dipendente precario e ordina al datore di lavoro pubblico di inserirlo nel processo di stabilizzazione del rapporto da cui il lavoratore è stato escluso.**

(omissis) Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 23.1.2009 il dr. F. N., ha agito esponendo: Con delibera n. 210 dell' 11.03.2003 l' ASL gli conferiva, a mezzo contratto individuale di lavoro a tempo determinato, incarico a tempo determinato di Direttore dell' area gestione risorse finanziarie, di durata quinquennale, ai sensi del D. Lgs. 502/1992, art. 15 septies. Successivamente, tenuto conto dell' istituzione della sesta provincia pugliese, con delibera del 30.03.2007, n. 443, gli incarichi dirigenziali erano ridefiniti e, con delibera

n. 1661 del 29.11.2007, l' incarico al ricorrente veniva rinnovato fino al 30.04.2013.

Dovendosi procedere alla stabilizzazione del personale precario in servizio presso le pubbliche amministrazioni, l' ASL, dapprima provvedeva ad inserire il ricorrente quale beneficiario degli effetti della suddetta procedura, avviata con deliberazione n. 409/08, salvo poi escluderlo con la successiva delibera n. 1701/08 con cui si decideva di ridurre da tre ad uno il numero dei posti di dirigente amministrativo da stabilizzare, sulla base

della qualità apicale delle funzioni dirigenziali espletate dal ricorrente e, evidentemente, dagli altri esclusi.

Tutto ciò premesso, ritenuta la sussistenza del requisito del “periculum in mora” per il fatto che l’azienda resistente ha provveduto ad indire l’ avviso per la stabilizzazione del personale precario, con scadenza il 17.01.2009, dal quale il ricorrente era escluso, con il presente ricorso ex art. 700 c.p.c. l’istante, chiedeva accertarsi e dichiararsi il suo diritto a partecipare alla procedura di stabilizzazione dell’ ASL indetta con deliberazione n. 409 del 27.03.2008 e, per l’ effetto, dichiarare l’ illegittimità della deliberazione n. 1701 del 26.11.2008 della ASL con cui era stato escluso dal procedimento di stabilizzazione, ovvero adottare qualsiasi altro provvedimento ritenuto opportuno a soddisfare la richiesta di tutela cautelare avanzata.

Si costituiva l’ ASL, contestando l’ esistenza della giurisdizione dell’ AGO, nonché l’ insussistenza dei requisiti in fatto ed in diritto, per l’ accoglimento della domanda cautelare atteso che, ai sensi dell’ art. 3, comma 40, L. R., 40/07, dal processo di stabilizzazione va escluso il personale con funzioni apicali, come quelle dell’ odierno ricorrente.

Ciò premesso in fatto, in diritto, in merito all’ exceptio difetto di giurisdizione del Giudice adito, che merita di essere affrontata in via preliminare, si osserva quanto segue, facendo particolare riferimento alle prime pronunce sul punto, pur nella consapevolezza che non vi è sempre stata una chiave di lettura unitaria. La prima sentenza intervenuta sull’ importante tematica, non tenendo conto di quelle dei TAR che si sono pronunciate relativamente al personale militare non contrattualizzato, è la pronuncia del TAR Veneto, Sez. II, n. 3342 del 19 ottobre 2007, relativamente al personale del comparto degli enti locali, che stabilisce come la stabilizzazione del personale ai sensi dell’ articolo 1, comma 558, della L. 296/2006, costituisca una mera facoltà discrezionale per gli enti locali e non un obbligo, non sussistendo alcun diritto in capo all’ interessato ad ottenere la stabilizzazione, ma unicamente un’ aspettativa di mero fatto. Assai interessante poi la successiva pronuncia del TAR Lazio, Sez. III, quater n. 1239/07 del 14.11.07, la prima ad intervenire sulla problematica relativa alla giurisdizione in materia di stabilizzazione. Nel caso di specie i giudici hanno ritenuto che la controversia promossa contro l’ ISTAT per l’ annullamento, previa sospensione dell’ esclusione dalle procedure di stabilizzazione indette ai sensi dell’ art. 1 c. 519 della L. 296/2006, riguardando la gestione del rapporto di lavoro in atto, rientri nella competenza del giudice ordinario, così come definita dall’ art. 63 del D.Lgs. n. 165 del 2001, aderendo sostanzialmente al noto orientamento della Cass. Civ. SS.UU. n. 3188 del 14 febbraio 2007 e

dichiarando conseguentemente inammissibile per difetto di giurisdizione il ricorso presentato. Anche il TAR Veneto, Sez. II, con sent. n. 3646 del 15/11/07, chiamato a pronunciarsi in merito all’ annullamento dell’ esecuzione delle graduatorie definitive e provvisorie di esclusione dalla selezione bandita dalla Regione Veneto, afferma che “il procedimento di formazione delle graduatorie per la stabilizzazione del personale precario, ai sensi delle richiamate disposizioni normative, non costituisce una procedura concorsuale in senso proprio, in quanto manca, rispetto agli aspiranti, non solo qualsiasi giudizio comparativo, ma anche qualsivoglia discrezionalità nella valutazione dei titoli di ammissione, ragion per cui le relative controversie non sono sottoposte alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell’ art. 63, IV comma del D.Lgs. n. 165/01, bensì a quella ordinaria”, dichiarando inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione. In senso conforme la successiva pronuncia n. 3643 del 15 novembre 2007 TAR Veneto della stessa sezione, che chiarisce altresì quale è il giudice competente a decidere in merito ai provvedimenti di inclusione e/o di esclusione dalla graduatoria per la stabilizzazione del personale precario. A ben vedere dunque queste pronunce chiariscono talune problematiche assai delicate, che riguardano la stabilizzazione con particolare riferimento alle procedure adottate dalle amministrazioni pubbliche e stabiliscono: in primo luogo che l’ Amministrazione, a norma del c. 558, non è tenuta ad effettuare le stabilizzazioni, atteso che prioritariamente stabilisce, nell’ ambito della programmazione triennale del fabbisogno, l’ opportunità di coprire i posti vacanti mediante stabilizzazione del personale precario, valutando se i contratti a termine sono stati utilizzati a copertura di esigenze strutturali e durature dell’ apparato amministrativo, ben potendo dunque a margine di tale valutazione anche decidere di non effettuare alcuna stabilizzazione; in secondo luogo che, effettuata la scelta delle amministrazioni di procedere alle stabilizzazioni, non sussiste alcuna discrezionalità in merito all’ ammissione dei soggetti aventi in possesso dei requisiti di cui al c. 558 della L. 296/06. Appare però evidente che, nel caso in cui il numero dei soggetti aventi i requisiti fosse superiore ai posti da coprire, l’ Ente, ammessi tutti gli aventi i requisiti, non potrà esimersi dal compiere una necessaria e successiva selezione attraverso la definizione di criteri che, quantunque ispirati al principio di buon andamento ed imparzialità dell’ azione amministrativa, non potranno che essere discrezionali.

Nella fattispecie in esame, non è affatto emerso, né l’ azienda resistente lo ha dedotto e/o provato, che i posti da coprire non siano pari al numero dei soggetti da stabilizzare, quindi non può ritenersi una ipotesi di proce-

dura di selezione e, come tale, soggetta all'individuazione di criteri discrezionali da parte della amministrazione precedente, e, va quindi ritenuta la giurisdizione del Giudice correttamente adito.

Passando all'esame del merito della domanda rilevato che l'art. 1 comma 519 della L. n. 296 del 27.12.06 (legge finanziaria per l'anno 2007) ha stabilito che: "Per l'anno 2007 una quota pari al 20 per cento del fondo di cui al comma 513 è destinata alla stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006 o che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della presente legge, che ne faccia istanza, purché sia stato assunto mediante procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge. Alle iniziative di stabilizzazione del personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse si provvede previo espletamento di prove selettive. Le amministrazioni continuano ad avvalersi del personale di cui al presente comma, e prioritariamente del personale di cui all'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 8 maggio 2001, n. 215, e successive modificazioni, in servizio al 31 dicembre 2006, nelle more della conclusione delle procedure di stabilizzazione.....";

rilevato che la successiva Direttiva Ministeriale 30.4.07 n. 7 ha chiarito che il legislatore è intervenuto con il comma 519 cit. con la finalità di sanare situazioni che si protraggono da lungo tempo e che hanno disatteso le norme che regolano il sistema di provvista di personale nelle pubbliche amministrazioni e creato diffuse aspettative nei dipendenti così assunti, anche in violazione dell'art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001. "Infatti, come già diffusamente sottolineato nella circolare n. 3 del 2006 del Ministro per la funzione pubblica, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato corrisponde alla necessità di fare fronte ad esigenze temporanee delle amministrazioni, mentre nelle situazioni oggetto della stabilizzazione prevista dalla legge finanziaria per l'anno 2007 di fatto si sono utilizzate tipologie di lavoro temporaneo per esigenze permanenti dell'amministrazione e non esternalizzate..". Il predetto provvedimento ha poi precisato che il comma in questione riguarda la stabilizzazione a domanda del personale non dirigenziale, assunto a tempo determinato, che sia: 1. in servizio da almeno tre anni, anche non continuativi, alla data di entrata in vigore della legge medesima, 2. o che maturi tre anni, anche dopo l'entrata in vigore della legge, in virtù di contratti stipulati prima del 29 settembre 2006, e 3. oppure non più in servizio

ma che abbia maturato il requisito dei tre anni di servizi, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore all'entrata in vigore della legge;

rilevato che in attuazione delle suddette disposizioni, la regione Puglia ha espresso la propria volontà di procedere alla stabilizzazione del personale precario in servizio presso le ASL e gli IRCCS pubblici, prevedendo, all'art. 30 della l. n. 10/07, che la Giunta Regionale deliberasse un piano per la suddetta stabilizzazione utilizzando i criteri e le indicazioni contenute nella legge finanziaria;

considerato che con deliberazione n. 1657 del 15.10.07 è stato adottato dalla regione il piano di stabilizzazione del suddetto personale precario il quale, nel prevedere che le ASL debbono provvedere ad emanare appositi avvisi di selezione ha precisato, per quanto qui interessa, con riferimento al requisito dell'anzianità di servizio, che possono essere ammessi alla procedura di stabilizzazione i dipendenti in servizio in possesso di: 1. un'anzianità di servizio di almeno tre anni anche non continuativi oppure 2. un'anzianità di almeno tre anni da conseguire nell'arco del quadriennio 2007-2010 oppure 3. un'anzianità di servizio di almeno tre anni anche non continuativa conseguita nel quinquennio anteriore alla data di adozione del provvedimento. Possono inoltre partecipare coloro che, pur non essendo in servizio alla data di adozione del provvedimento, abbiano svolto presso l'Azienda Sanitaria o l'IRCCS che bandiscono l'avviso, almeno un incarico a tempo determinato e che abbiano comunque maturato un'anzianità di servizio di almeno tre anni anche non continuativi nel quinquennio anteriore all'adozione della delibera in questione, anche presso altre Aziende Sanitarie ed IRCCS della Regione;

rilevato che la L. R. n. 40/07, ha stabilito che "gli IRCCS pubblici possono stabilizzare il personale precario (...) con le stesse procedure indicate nel presente comma, applicando quanto previsto dal comma 520 della l. 296/2006. Sono esclusi dal suddetto processo di stabilizzazione (...) "i dipendenti assunti a tempo determinato per la sostituzione del personale assente, con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, i dipendenti in aspettativa presso altre aziende sanitarie o IRCCS pubblici, il personale assunto a tempo determinato per l'attuazione di progetti oggetto di finanziamenti finalizzati e il personale con funzioni apicali", punto essenziale del ricorso in esame è quello di vedere se nel caso in esame, possa o meno ritenersi l'apicalità delle funzioni dirigenziali svolte dal ricorrente.

In proposito, occorre precisare che la dirigenza di primo livello è chiaramente "non escluso" dalla stabilizzazione come si evince dalla circolare esplicativa sulla stabilizzazione n.5 del 18/4/2008 del Ministero della

Funzione Pubblica (scongiurando qualsiasi equivoco di "interpretazione letterale" del termine "dirigente" menzionato nella legge). La sanità, infatti, è l'unico ambito della Pubblica Amministrazione in cui la dirigenza si articola su due livelli. L'art. 18 comma 2 bis del D.Lgs. 502 del 30/12/92 già prevedeva tale distinzione e, anche se contenuta in una norma transitoria, tale distinzione si è mantenuta negli anni ed è stata confermata da varie sentenze della Cassazione, dai vari CCNL che si sono siglati nel tempo, fino all'ultimo D.Lgs. n. 229/99 che elimina la dizione dirigente di primo livello ma mantiene distinte sia le funzioni che il trattamento economico tra dirigente di primo e secondo livello.

Il dirigente di primo livello, figura alla quale si ritiene possa rapportarsi quella ricoperta dall'odierno ricorrente, quindi, è definito tale solo per la sua alta qualificazione che gli consente di eseguire mansioni di alta specialità ma egli resta un dipendente subordinato che deve attenersi alle mansioni che gli vengono affidate dai superiori. La modalità di accesso a tale livello nella P.A. è basata sugli stessi criteri usati per le categorie del comparto non essendo tali incarichi basati su rapporti *intuitu personae*. Il dirigente di primo livello, quindi, non ha alcuna facoltà decisionale e manageriale ed è economicamente trattato con contratti lievemente superiori a quelli del comparto e molto distanti da quelli della dirigenza di secondo livello.

Il "vero" dirigente, nel comparto sanità, è il dirigente di secondo livello (detto apicale e definito in giurisprudenza "alter ego dell'imprenditore") che stabilisce con la Pubblica Amministrazione un tipo di rapporto fiduciario, equiparabile ad altre Funzioni Pubbliche (ad esempio i presidi delle scuole, art. 25 DLgs 165/01).

L'art. 1 comma 519 della legge finanziaria 2007 (quello principale che stabilisce i criteri per la stabilizzazione) e l'art. 3 comma 94 della legge finanziaria 2008 sono riferiti alle amministrazioni dello Stato (ministeri ecc.) in cui tutti i dirigenti hanno tipologie di contratto basate sull'art. 19 DLgs 165/01 con rapporti a forte connotazione fiduciaria. In tali norme sulla stabilizzazione, quindi, la dizione "non dirigenziale" non necessita di alcuna precisazione ma è chiaro che, nel caso del comparto sanità, dove la dirigenza è individuata dall'art. 26 DLgs 165/01 e dove la stabilizzazione è regolata dal comma 565 della finanziaria 2007, l'esclusione in questione si riferisce solo alla dirigenza apicale.

Questi aspetti sono chiaramente enunciati nella circolare esplicativa sulla stabilizzazione n.5 del 18/4/2008 del Ministero della Funzione Pubblica.

In tale documento si descrive in premessa la motivazione alla speciale deroga costituzionale che caratterizza tale processo (punto 1):

"Le disposizioni speciali in materia di stabilizzazione

dettate dalla legge 26 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007) derogando al principio costituzionale del concorso pubblico come modalità di accesso all'impiego nelle pubbliche amministrazioni, hanno segnato significativamente la normativa sul reclutamento ordinario del personale nelle amministrazioni pubbliche. Alla base dell'intervento vi è, come noto, la volontà del legislatore di porre rimedio alle situazioni irregolari determinatesi come effetto dell'utilizzo del lavoro flessibile per esigenze permanenti legate al fabbisogno ordinario, situazioni assimilate a forme di precariato ritenute poco compatibili con i principi che sono alla base dell'organizzazione e del funzionamento delle amministrazioni" (La Corte Costituzionale si è già espressa più volte legittimando tale deroga all'art. 97 quando essa viene esercitata in un ambito di non irragionevolezza - vedi ad esempio sentenza n. 274/2003 - massima 27892).

Al punto 5, invece, dove si delineano le categorie escluse il Ministero si dice:

"Come ripetutamente precisato tanto nella legge finanziaria 2007 quanto in quella del 2008, non si applica la stabilizzazione al personale dirigenziale. Le tipologie contrattuali a tempo determinato previste per dette categorie sono contenute in disposizioni speciali in cui prevale l'esigenza di una scelta fondata sull'intuitu personae ed accompagnata spesso dalla previsione di un contingente limitato di posti. Non si rinvergono in questo caso i presupposti di un utilizzo improprio del tempo determinato in quanto i rapporti si svolgono nel rispetto della normativa di riferimento senza determinare aspettative in capo agli interessati."

I contratti a tempo determinato di cui sono titolari i dirigenti di primo livello sono del tutto analoghi a quelli del comparto essendo basati sui CCNL e sul D.Lgs. n.368 del 2001 (che ha sostituito la legge n.230 del 1962), nel quadro del D.Lgs 165/01.

I ripetuti contratti a tempo determinato a cui si riferisce la norma sulla stabilizzazione, anche nel caso dei dirigenti di primo livello, sono stati utilizzati in maniera impropria per esigenze permanenti, legate al fabbisogno ordinario e, come riferisce la circolare esplicativa del ministero, in situazioni assimilate a forme di precariato ritenute poco compatibili con i principi che sono alla base dell'organizzazione e del funzionamento delle amministrazioni.

I contratti dei dirigenti di primo livello, inoltre, sono stati stipulati prevalentemente sulla base di normali procedure di natura concorsuale ed esulano totalmente da quelle tipologie contrattuali previste per le categorie dirigenziali escluse dalla legge dove si ritrovano disposizioni speciali in cui prevale un'esigenza di scelta fondata sull'*intuitu personae*.

Tale non esclusione dei dirigenti di primo livello della sanità si può, per analogia, evincere anche dal comma 565 della finanziaria 2007 (che è quello che si riferisce specificamente a tale comparto) che recita alla lettera c) punto 3):

"In tale ambito e nel rispetto dell'obiettivo di cui alla lettera a), può essere valutata la possibilità di trasformare le posizioni di lavoro già ricoperte da personale precario in posizioni di lavoro dipendente a tempo indeterminato. A tale fine le regioni nella definizione degli indirizzi di cui alla presente lettera possono nella loro autonomia far riferimento ai principi desumibili dalle disposizioni di cui ai commi da 513 a 543".

Come si può notare in tale comma si parla solo di "posizioni di lavoro già ricoperte da personale precario" non specificando come in tutti gli altri commi riguardanti la stabilizzazione della finanziaria la dicitura "non dirigenziale" e rimandando alla autonomia delle regioni la scelta dei riferimenti dei principi desumibili dai commi da 513 al 543.

Sulla base di tutte le considerazioni sopra esposte risulta chiaro che il processo di stabilizzazione per i dirigenti di primo livello del comparto sanità promosso dalla Regione Puglia rientra totalmente nei principi costituzionali, rispetta le competenze delle regioni e si articola entro gli ambiti e le possibilità offerte dalla norma nazionale.

D'altro canto, l'onere di provare l'apicalità delle funzioni dirigenziali del ricorrente, come innanzi precisata, spettava all'azienda resistente, ma ciò non è affatto emerso, sol che si consideri che, alla luce del contenuto della nota prot. 37226 dell'11.07.2008, la firma dei mandati di pagamento, compito primario dell'area affidata ad dr. N., era subordinata alla presenza di una distinta di accompagnamento sottoscritta dal direttore generale. A riguardo, particolarmente significativa diventa la nota 39439 sempre dell'11.07.2008, da cui emerge l'assoluto rigore con il quale il Direttore generale ha inteso la suddetta procedura inerente la distinta di pagamento.

In tale documento vi è una sorta di reclamo esposto nei

confronti dell'istituto di credito che, evidentemente, non aveva tenuto conto del requisito mancante della distinta di accompagnamento, ove si ribadisce che è necessario un "controllo tra mandati contenuti in distinta rispetto a quelli effettivamente pagati, atteso che, i mandati da spesare sono esclusivamente quelli presenti in distinta (unico documento che riporta la firma del direttore Generale).

Quindi, il ricorrente, mancava di autonomia di spesa che per chi dirige l'area gestione delle risorse finanziarie è un requisito essenziale ai fini della apicalità di tale funzione.

Quanto precede depone per l'accoglimento del ricorso, in considerazione dell'esistenza anche del requisito del periculum in mora che deriva dall'aver, l'azienda resistente, in esecuzione della deliberazione n. 1723 del 26.11.2008, indetto l'avviso per la stabilizzazione del personale precario alla dirigenza amministrativa con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dalla quale il ricorrente risulta essere escluso.

Consegue che, disapplicata la deliberazione n. 1701 del 26.11.2008 della ASL, con cui il ricorrente è stato escluso dal processo di stabilizzazione, lo stesso deve essere ammesso a partecipare alla procedura di stabilizzazione indetta dall'azienda resistente con deliberazione n. 409 del 27.03.2008.

Viste le peculiarità della materia ricorrono comunque opportuni motivi per compensare fra le parti le spese del presente procedimento. P.Q.M.

Il Tribunale di Trani, in composizione monocratica, decidendo il ricorso proposto in data 23.01.2009, dal dr. N.F., nei confronti dell'ASL, così provvede:

- Accoglie il ricorso e, per gli effetti, disapplicata la deliberazione n. 1701 del 26.11.2008 dell'ASL e ogni altro atto consequenziale, ordina all'azienda resistente di consentire a N.F. di partecipare alla procedura di stabilizzazione indetta dalla stessa azienda con deliberazione n. 409 del 27.03.2008;
- compensa le spese della fase cautelare.

## IL COMMENTO

*di Vincenzo De Michele*

Avvocato

---

***La vicenda processuale è molto complessa e particolarmente delicata, perché riguarda il controverso processo di stabilizzazione del precariato pubblico, peraltro con applicazione della disciplina nazionale delle due leggi finanziarie***

***per il 2007 e per il 2008, nonché della conseguente legislazione regionale per i rapporti di lavoro degli Enti territoriali, a decine di migliaia di posizioni di contratti a tempo determinato di lunga durata o più volte prorogati ai fini di***

**un'assunzione stabile. L'ordinanza del Tribunale di Trani, seppure in sede cautelare, affronta e risolve condivisibilmente molti nodi cruciali: la legittimità costituzionale delle procedure di stabilizzazione; la competenza del Giudice ordinario; la natura di diritto soggettivo dell'assunzione stabile nella P.A.; i limiti della discrezionalità del datore di lavoro pubblico rispetto alla procedura selettiva; l'inclusione nella stabilizzazione anche del personale precario Dirigente non apicale. Sullo sfondo, non evocata ma immanente, la normativa comunitaria sul contratto a tempo determinato e le sentenze della Corte di Giustizia, che hanno di fatto imposto all'Italia la stabilizzazione del precariato come adeguata misura sanzionatoria degli abusi delle pubbliche amministrazioni.**

### **La crisi del sistema giuridico interno tra conflitti di competenza, inefficienza del legislatore e precarietà delle regole**

E' stata già sottolineata<sup>1</sup> la crisi del nostro sistema giuridico e del processo del lavoro e rilevata la possibilità che, in una prospettiva di più ampio respiro in un quadro di regole e di tutele di diritto comunitario ed internazionale, si riesca a dare effettiva garanzia ai diritti fondamentali della persona. Dobbiamo ragionevolmente vergognarci, perché l'ordinamento giuridico italiano è agli ultimi posti nella graduatoria mondiale dei Paesi per qualità, equità e ragionevole durata del processo civile<sup>2</sup>. Dopo aver fatto il necessario esame di coscienza "giuridica" (se qualcosa è rimasto), si devono trovare le soluzioni per uscire dal guado e dalla melma di regole e controregole, conflitti di competenza, assenza di tutela effettiva dei diritti nei confronti degli abusi dello Stato, in cui gli interpreti interni sono costretti a muoversi.

La commentata ordinanza del Tribunale di Trani offre un'ottima soluzione ad un problema attuale, drammatico e molto controverso sia in dottrina che in giurisprudenza: la stabilizzazione del precariato pubblico. A costo di sembrare o di essere assertivi o presuntuosi, in

<sup>1</sup> Cfr. V. De Michele, *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, su questa Rivista, n.2, 2009, p. 145.

<sup>2</sup> Cfr. i dati forniti dalla Banca Mondiale nello studio *Doing business 2009*, elaborato per fornire indicazioni alle imprese sugli Stati in cui è più vantaggioso effettuare investimenti: l'Italia è ultima (la precede a molta distanza solo la Spagna al 54° posto) nel 2008 dei Paesi europei al 156° posto (era 155° nel 2007) su 181 (erano 178 i Paesi comparabili nel 2007), dopo Angola, Gabon, Guinea e São Tome, con tempi medi per processo civile di 1.210 giorni.

realtà il provvedimento cautelare propone l'unica ragionevole opzione interpretativa, adeguata e coerente rispetto alla disciplina comunitaria sul contratto a tempo determinato, come interpretata dalla Corte di Giustizia. A questo punto l'obiezione è immediata: che rapporto ci potrà mai essere tra la stabilizzazione del precariato pubblico interno e la Direttiva 1999/70/CE? Le procedure di stabilizzazione dei rapporti flessibili con la P.A. rappresentano solo una scelta "politica" del legislatore ordinario, a cominciare dalla legge finanziaria per il 2007, la legge n.296/2006. Falso, a meno che vogliamo ridurre il dibattito giuridico alle favole o a discussioni sul sesso degli angeli. La stabilizzazione del precariato pubblico è una misura straordinaria ed eccezionale che ci è stata imposta, di fatto, dall'Unione europea attraverso l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria, per sanare gli abusi commessi dalle pubbliche amministrazioni sui contratti a tempo determinato. E ci è stata imposta tenendo come esempio il caso della Grecia e la reazione dell'ordinamento ellenico, afflitto da fenomeni di precariato pubblico di uguale allarme sociale rispetto all'Italia.

D'altra parte, se Basilico<sup>3</sup>, nel proporre alla Corte di Giustizia la questione di pregiudizialità comunitaria dell'art.36, comma 2, D.Lgs. n.165/2001, fosse stato meno rispettoso della inconcludente sentenza n.89/2003<sup>4</sup> della Corte Costituzionale e, soprattutto, avesse sottolineato che la regola sospettata di contrasto con la normativa comunitaria non avesse mai funzionato come norma-sanzione, ma come norma-sbarramento per evitare ogni conseguenza risarcitoria per gli abusi delle pubbliche amministrazioni sui contratti a termine, la Corte di Lussemburgo si sarebbe trovata di fronte alla stessa situazione normativa di assenza di tutela effettiva, presente nel diritto ellenico, che poi avrebbe censurato con la sentenza della Grande Sezione "Adeneler"<sup>5</sup>. In questo caso, le cause "italiane" "Marrosu-

<sup>3</sup> Estensore della pregevole ordinanza del Tribunale di Genova del 21 gennaio 2004, causa C-53/04 "Marrosu-Sardino", su questa Rivista, 2004, 9, 885 e ss., con nota di C.A. Costantino.

<sup>4</sup> Su questa Rivista, n.9, 2003, p. 831 s., con nota di P. Sciortino, *Procedure concorsuali, violazione di legge, costituzione del rapporto di pubblico impiego*.

<sup>5</sup> Corte di Giustizia, sentenza 4 luglio 2006 nella causa C-212/04. In dottrina, v. L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 698; P. Alleva, *Presentazione*, *ivi*, 2007, I, 4; L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 2006, 610; L. Nannipieri, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5 d. lg. n. 368/2001 e 36 d. ls. n. 165/2001*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 744; M. Aimo, *Il contratto a termine alla prova*, in *Lav. dir.*, 2006, 462; G. Sottile, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pub-*

Sardino” e “Vassallo”<sup>6</sup>, proposte prima della questione di pregiudizialità comunitaria sul diritto greco, sarebbero state decise in momento antecedente o contestualmente a quella greca “Adeneler”.

Infatti, le diverse posizioni giurisprudenziali<sup>7</sup> che si sono susseguite dal settembre 2006 ad oggi dissimulano lo sforzo di evitare a tutti i costi la conseguenza delle due sentenze “italiane” della Corte di Giustizia “Marrosu-Sardino” e “Vassallo”: l’accertamento della inadeguatezza delle misure predisposte dall’ordinamento italiano a sanzionare gli abusi in tema di contratto a termine, e la disapplicazione delle stesse in favore della disciplina comune dettata dal D.Lgs. n.368/2001, costituita dalla riqualificazione in contratto a tempo indeterminato del rapporto a termine.

### **La tutela sanzionatoria e la riqualificazione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.**

Per evitare che lo Stato e i suoi amministratori incapassero nelle maglie di decine di migliaia di controversie di risarcimento dei danni per contratti a termine illegittimi, il legislatore ha avviato due processi di stabilizzazione dei rapporti flessibili con la p.a., con le due leggi finanziarie per il 2007 (n.296/2006) e per il 2008 (n. 244/2007), che hanno di fatto depotenziato la rigidità della Giurisprudenza costituzionale sull’art.97 Cost. e, per esigenze di giustizia sostanziale (il precariato nella p.a. era una situazione intollerabile per le dimensioni del fenomeno), i costi sopportati dallo Stato sono stati elevatissimi sia in termini economici che sotto il profilo della razionalità del sistema.

Per “stabilizzazione” si intende quel complesso norma-

---

blico e Corte di Giustizia Europea, in *Dir. lav. merc.*, 2007, 131.

<sup>6</sup> Corte di Giustizia, Sezione II, sentenze del 7 settembre 2006, cause Marrosu e Sardino C-53/04 e Vassallo C-180/04.

<sup>7</sup> V. Trib. Foggia (Est. Quitadamo), 6 novembre 2006, in *Lav. prev. oggi*, 2007, 2, 344 e ss., con nota di M. N. Bettini; Trib. Genova (Est. Basilico), 14 maggio 2007, in *Guid. Lav.*, 2007, 39, 37, commentata da R. Garofalo, *Quale risarcimento al dipendente pubblico per contratti a termine illegittimi*, su questa Rivista, 2007, n.11, p. 1097 ss., e da A. Miscione, *Conseguenze sul contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*, in *Mass. giur. lav.*, 2008; Trib. Rosano (Est. Coppola), sentenza 4 giugno 2007, su *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 906; App. Firenze, (Pres. est. Amato), sentenza 27 maggio 2008, inedita; Trib. Foggia (Est. Buonvino), sentenza del 17 ottobre 2008, inedita; App. Bari (Pres. Lucifò, Est. Nettis), sentenza 23 ottobre 2008, inedita; Trib. Reggio Emilia (Est. Strozzi), sentenza 18 aprile 2007, che addirittura disapplica la norma interna – art.36, comma 2, D.Lgs. n.165/2001 - per contrasto insanabile con la normativa comunitaria e dichiara la conversione dei contratti illegittimamente prorogati con l’ente pubblico (INAIL).

tivo attraverso il quale il legislatore consente che una Pubblica Amministrazione converta a tempo indeterminato i rapporti, variamente definibili come “precari” del proprio personale, determinando in questo modo la costituzione di rapporti di lavoro a durata indeterminata, secondo un meccanismo del tutto diverso da quello del concorso.

A fronte, infatti, della procedura concorsuale, richiesta dall’art. 97, comma 3, Cost. in quanto rispettosa dei principi dell’imparzialità e del buon andamento, la disciplina legislativa consente l’assunzione di soggetti già presenti alle dipendenze dell’Amministrazione, non assunti per il tramite delle procedure *ex art. 35*, e nei cui confronti viene operata una sorta di “sanatoria”<sup>8</sup> in considerazione della propria condizione di “precariato stabile”.

### **La prima stabilizzazione del precariato pubblico: la legge finanziaria per il 2007**

In particolare, con un unico abnorme articolo la legge n.296 del 27 dicembre 2006 (legge finanziaria per il 2007) ha previsto che le pubbliche amministrazioni possano procedere alla stabilizzazione del personale utilizzato con contratti di natura temporanea ma con riferimento a fabbisogni permanenti.

Il comma 519 dedicato allo Stato, ed il comma 558 dettato per gli Enti locali, dispongono la trasformazione dei contratti a tempo determinato in essere da almeno tre anni, anche non continuativi nell’arco dell’ultimo quinquennio in contratti a tempo indeterminato, relativamente ai rapporti privatizzati delle pubbliche amministrazioni, mentre in diverse altre norme sono sparse “immissioni in ruolo” del personale precario docente e tecnico-amministrativo della scuola e degli I.S.U.

Destinatario delle disposizioni dei commi 519 e 558 è il personale non dirigenziale, in servizio a tempo determinato da almeno tre anni, anche non continuativi, o che consegua tale requisito in virtù di contratti stipulati anteriormente alla data del 29 settembre 2006, ovvero che sia stato in servizio per almeno tre anni, anche non continuativi, nel quinquennio anteriore alla data di entrata in vigore della legge 27/12/2006 n. 296.

Dall’esame dei commi 519 e 558 emerge una bipartizione tra le casistiche possibili, in quanto all’ipotesi di contratto a tempo determinato perfezionato a seguito dell’avvenuta effettuazione di “procedure selettive di natura concorsuale o previste da norme di legge” si contrappone l’opposta possibilità, in cui si sia in pre-

---

<sup>8</sup> Sostiene condivisibilmente che la “stabilizzazione” sia una sanatoria, “ed in quanto tale una disposizione straordinaria ed eccezionale, finalizzata non a sanzionare comportamenti illegittimi, ma a sanarne gli effetti”, L. Olivieri, *Dal blocco delle assunzioni a tempo indeterminato, al blocco delle assunzioni a tempo determinato, tra stabilizzazioni, sanatorie e schizofrenie legislative*, in *Lexitalia.it*, 2007, 5.

senza di “personale assunto a tempo determinato mediante procedure diverse”.

Se, ad una prima lettura appare che la disciplina in tema di stabilizzazione è stata pensata dal legislatore proprio al fine di non incidere in maniera negativa sulla centralità del principio del pubblico concorso, analizzando nel dettaglio il contenuto delle procedure previste e il concreto intento applicativo delle parti sociali, si evince che la volontà del legislatore - che mal si concilia con l'espletamento di un pubblico concorso aperto all'esterno - è innegabilmente, la “stabilizzazione” del precariato<sup>9</sup>.

Analizzando i presupposti della stabilizzazione, colpisce la coincidenza del periodo dei tre anni nell'ultimo quinquennio, con il periodo di tre anni previsto dall'art. 4, comma 1, D.Lgs. n.368/2001 quale durata massima del contratto a termine<sup>10</sup>. I tre anni saranno poi ripresi dall'art.1, comma 40, della legge n.247/2007, che riformulerà dal 1° gennaio 2008 l'art.5 D.Lgs. n.368/2001, con l'aggiunta del comma 4-bis.

Da ciò si evince, dunque, che la *ratio* della disposizione sia quella di consentire la trasformazione in rapporti a tempo indeterminato dei rapporti a termine svoltisi in violazione della normativa “comune” del contratto a tempo determinato, con lo scopo di pervenire all'aggiramento del divieto di conversione fissato dal comma secondo dell'art. 36 del Testo Unico sul pubblico impiego.

### **La seconda stabilizzazione del precariato pubblico: la legge finanziaria per il 2008**

La vicenda della “stabilizzazione”, tra l'altro, non termina con la legge n. 296/2006, ma prosegue con la successiva legge finanziaria per il 2008 (art.3, commi 90-92, della legge 24 dicembre 2007, n.244).

Ad una prima lettura appare, innanzitutto, una lampante contraddizione tra l'inciso iniziale, che sottolinea la volontà del Legislatore di ribadire che l'accesso alle Pubbliche Amministrazioni avviene attraverso le procedure selettive di cui all'art. 35 D.Lgs. n.165/2001, e la concreta previsione di un ulteriore allargamento delle “maglie” della “stabilizzazione” introdotta dalla Finanziaria per il 2007, le cui disposizioni sono, non solo, fatte salve dalla nuova legge, ma ne viene esteso

<sup>9</sup> In realtà è la legge finanziaria nel suo complesso ad esprimere chiaramente il messaggio politico del nuovo esecutivo: «rafforzare la stabilità dei posti di lavoro mediante il ritorno al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato quale modello contrattuale standard di regolazione dei rapporti di lavoro». In tal senso, A. Pizzoferrato, *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella Finanziaria 2007*, in *Lav. Giur.*, 2007, 3, 221.

<sup>10</sup> S. Briguori, *Stabilizzazione del precariato*, op. cit., 15; coglie quest'aspetto anche R. Nobile, *La stabilizzazione negli enti locali*, op. cit., 27-28.

l'ambito di applicazione soggettivo ai lavoratori che conseguano i requisiti ivi previsti al 28 settembre 2007. Sembra, così, istituzionalizzarsi il ricorso alla “stabilizzazione”<sup>11</sup>, il che alimenta sempre più aspettative nei lavoratori “precari” delle Pubbliche Amministrazioni e finisce per assestare un colpo durissimo al già vacillante principio dell'accesso al pubblico impiego mediante concorso, in conseguenza però degli abusi ripetuti e irresponsabili commessi dallo Stato-amministrazione.

### **La stabilizzazione del precariato pubblico: diritto soggettivo alla riqualificazione del rapporto. Il caso greco**

Per affrontare seriamente la questione di compatibilità costituzionale della stabilizzazione del pubblico impiego, risolta in senso positivo dal Tribunale di Trani richiamando opportunamente la sentenza n. 274/2003 della Corte Costituzionale<sup>12</sup>

Il quadro interpretativo della Giurisprudenza comunitaria, sulle sanzioni idonee a reprimere gli abusi in materia di contratti di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione, si completa con gli altri due casi greci nella causa “Vassilakis”<sup>13</sup> e nelle cause riunite “Kyriaki Angelidaki”<sup>14</sup>.

Nella causa “Vassilakis”<sup>15</sup> i 23 ricorrenti sono stati “affittati” (si tratta cioè di una situazione di interposizione illecita di manodopera *ratione temporis* con la pubblica amministrazione) da parte del Comune di Kerkyra (la italiana Corfù) tra il 1994 e il 1996 per eseguire va-

<sup>11</sup> In questo senso si muove B. Lanzillotta, *Tra manager e precari, al pettine i veri nodi della Finanziaria*, *www.loccidentale.it*, 14 novembre 2007.

<sup>12</sup> E la Circolare esplicativa sulla stabilizzazione n.5 del 18 aprile 2008 del Ministero della Funzione Pubblica. Ma in senso contrario e in aperta violazione dell'art.10 del Trattato UE e del riparto delle competenze, v. Corte Cost., sentenza n.89/2003, cit.;

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, Sezione III, ordinanza 12 giugno 2008, in causa C-364/07. L'Avvocato generale è sempre J.Kokott, anche se ha proposto conclusioni solo orali per la scelta della Corte di adottare la soluzione dell'ordinanza su questioni già risolte in precedenza.

<sup>14</sup> Le identiche questioni di pregiudizialità nelle cause riunite, in attesa della decisione della Corte di Giustizia (Sezione III) con conclusioni precisate dall'Avvocato generale Kokott il 4 dicembre 2008, sono state sollevate dal Tribunale monocratico di Retimno (Grecia) con tre ordinanze dell'8 agosto 2007 per le cause C-378/07, C-379/07 e C-380/07 (pubblicate su G.U.C.E. n. C 269 del 10 novembre 2007, pp.24-27).

<sup>15</sup> L'ordinanza di pregiudizialità comunitaria del Tribunale monocratico di Corfù è del 2 agosto 2007, pubblicata su G.U.U.E. n. C 247 del 20 ottobre 2007, pp.12-13, causa C-364/07.

ri compiti, compresa la manutenzione e la riparazione. I contratti sono stati rinnovati senza soluzione di continuità, in guisa che tutti i principali attori non avevano mai smesso di lavorare per il Comune, dal momento della loro assunzione. I lavoratori a termine, a distanza di quasi dieci anni dalla definitiva scadenza dei rispettivi rapporti, ritengono che i loro contratti successivi a tempo determinato siano diventati dei contratti a tempo indeterminato, che hanno coperto bisogni permanenti e durevoli del Comune di Corfù. Pertanto, hanno chiesto al loro datore di lavoro pubblico di riconsiderare in questo senso la natura delle loro relazioni di lavoro. L'Ente pubblico rifiuta di riqualificare i contratti di lavoro successivi, atteso che i lavori per la realizzazione dei quali essi sono stati impiegati sarebbero terminati e che la durata convenuta dei detti contratti sarebbe scaduta. Di conseguenza, davanti al rifiuto del Comune di Corfù, hanno adito il Tribunale ordinario con atto giudiziale del 26 aprile 2004, per ottenere la riqualificazione dei loro contratti di lavoro sulla base dell'art. 8, n.3, della legge n.2112/1920, interpretata alla luce dell'accordo quadro. Contestualmente, in seguito all'entrata in vigore del decreto presidenziale n.164/2004, i lavoratori hanno anche avviato la procedura amministrativa di stabilizzazione dei contratti di lavoro successivi a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 11 dello stesso D.P.R.<sup>16</sup> Il comitato amministrativo del Dipartimento di Corfù, con provvedimento del 25 novembre 2004, ha valutato che i lavoratori rispettassero le condizioni per l'applicazione dell'art.11 D.P.R. n.164/2004 e, dunque, ha trasmesso con parere positivo la pratica di stabilizzazione all'ASEP (l'Autorità amministrativa indipendente addetta alla selezione del personale pubblico e alla verifica finale dei requisiti per la stabilizzazione), per la trasformazione dei loro contratti in contratti a tempo indeterminato. Appare evidente che il parere positivo sia stato fortemente condizionato dal fatto che il Comune di Corfù era parte resistente nel giudizio ordinario per la conversione dei rapporti a tempo indeterminato, dal momento che, *stricto iure*, i lavoratori precari non avevano i requisiti per la stabilizzazione dei rapporti, secondo la specifica previsione dell'art.11 D.P.R. 164/2004. E infatti l'ASEP rigetta l'istanza di riqualificazione dei contratti, ritenendo che

non fossero rispettate le condizioni per la stabilizzazione dei rapporti a termine, dal momento che «dalla [loro] prima conclusione nel 1996 e nel 1997, non vi era alcun rinnovo». I lavoratori hanno presentato ricorso contro la decisione di rigetto della ASEP davanti al tribunale amministrativo. Singolare è il fatto che, come riferito nell'ordinanza "Vassilakis", i 23 ricorrenti precisino che la domanda di annullamento del provvedimento ASEP non sia stata ancora esaminata né al momento della proposizione della questione di pregiudizialità (agosto 2007) né al momento della decisione della Corte di Giustizia (giugno 2008), esprimendo però una chiara aspettativa di fondatezza del ricorso giurisdizionario amministrativo.

In tali circostanze, il Tribunale monocratico di Corfù ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte, tra le altre, le seguenti due questioni pregiudiziali attinenti la riqualificazione dei contratti a tempo determinato, di cui la prima è identica a quella già proposta alla Grande Sezione nella causa "Adeneller":

1- «se il divieto di cui all'art. 21 della legge 2190/1994 di convertire in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato - che sono conclusi a tempo determinato per coprire esigenze eccezionali o stagionali del datore di lavoro, ma in realtà finalizzate a coprire esigenze permanenti e durevoli - è compatibile con il principio di effettività del diritto comunitario e con l'obiettivo della clausola 5, nn. 1 e 2, nonché della clausola 1 dell'accordo quadro, parte integrante della direttiva 1999/70/CE»;

2- «il fatto che, in forza di una disposizione nazionale, adottata in applicazione della direttiva 1999/70/CE, una autorità amministrativa indipendente [ASEP] è responsabile, in ultima analisi, per valutare se i contratti a tempo determinato possono essere convertiti in contratti a tempo indeterminato, è compatibile con il principio di effettività del diritto comunitario e con l'obiettivo della clausola 5, nn. 1 e 2, nonché della clausola 1 dell'accordo-quadro?».

Sulla prima questione, i ricorrenti nella causa principale hanno sostenuto che gli abusi della pubblica amministrazione nella gestione dei contratti flessibili possa essere sanzionato in base all'art. 8, n.3, della legge n.2112/1920. Il Giudice greco remittente ha osservato, infatti, che l'Areios Pagos (la Corte di Cassazione ellenica), nella sua decisione n.18/2006, ha inizialmente ritenuto ammissibile, in virtù della predetta disposizione, la conversione dei contratti a tempo determinato in contratti tempo indeterminato e che ciò costituiva una misura legale equivalente volta a prevenire gli abusi, ai sensi della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro. Dopo l'ordinanza di pregiudizialità comunitaria e prima che

<sup>16</sup> Ricorda molto la situazione italiana, con l'infelice norma dell'art.63 D.Lgs. 165/2001, che consente per le assunzioni a tempo indeterminato la possibilità della doppia tutela giurisdizionale sull'atto amministrativo davanti al T.A.R. e sul diritto davanti al Giudice del lavoro (si pensi alla situazione dello scorrimento della graduatoria degli idonei in una procedura concorsuale; e, appunto, alla stabilizzazione del precariato pubblico).

la Corte di Giustizia decidesse sulla questione, la Giurisprudenza di legittimità greca ha cambiato radicalmente orientamento (mal comune) nelle sentenze nn. 19 e 20/2007<sup>17</sup>.

Sulla seconda questione concernente il processo di stabilizzazione, lo stesso Comune di Corfù (più che parte resistente, sembra essere intervenuto *ad adiuvandum* rispetto alla posizione dei lavoratori precari) ha affermato che il coinvolgimento dell'ASEP nella procedura ha provocato una **confusione nella giurisprudenza greca, per quanto riguarda l'autorità giurisdizionale competente a risolvere le controversie relative alla tutela dei lavoratori contro gli abusi derivanti dall'utilizzo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Per la prima volta, i tribunali civili si sarebbero visti contestare la loro competenza sulle controversie relative a tali questioni.**

**La risposta della Corte di Giustizia nell'ordinanza "Vassilakis".**

La risposta della Corte di Giustizia con l'**ordinanza "Vassilakis"** del 12 giugno 2008 è molto chiara sul piano sistematico dell'applicazione delle misure "possibili" idonee a reprimere gli abusi commessi dalle pubbliche amministrazioni, collegando sul piano interpretativo la scelta della conversione a tempo indeterminato (i contratti abusivi riguardavano tutti il periodo dal 1994 al 1996, cioè prima del D.P.R. 81/2003 e delle successive modifiche legislative) con la diversa opzione della stabilizzazione prevista dall'art.11 D.P.R. 164/2004. Infatti, conclude la Corte sulla questione della conversione, in circostanze come quelle di cui alla causa principale, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, nei limiti in cui l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non sembra comportare, nel settore di cui trattasi, altre misure effettive per evitare e, se del caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, esso osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, avendo avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi. Spetta tuttavia al giudice del rinvio, in base all'obbligo di interpretazione conforme ad esso incombente, verificare se il suo ordinamento giuridico interno non comporti queste altre misure effettive (cfr. n.4 delle conclusioni). In buona sostanza, il primo orientamento della Cassazione greca favorevole

alla conversione in base alla legge 2112/1920 (con efficacia *ex tunc*) è confermato, salvo che il Giudice interno non ritenga di dover propendere sul piano interpretativo sulla "identica" (ma con efficacia *ex nunc*)<sup>18</sup> sanzione della stabilizzazione del precariato pubblico prevista dall'art.11 D.P.R. 164/2004. Infatti, quest'ultima misura, pur non applicabile alla fattispecie di causa, viene legittimata dalla risposta alla seconda questione, dal momento che la Corte ritiene che «il principio dell'effetto utile del diritto comunitario e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non ostano, in via di principio, a una disposizione nazionale secondo la quale un'autorità amministrativa indipendente è competente ad eventualmente riqualificare contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato. Spetta tuttavia al giudice del rinvio vegliare a che sia garantito il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza.» (n. 5 delle conclusioni). A tal proposito, l'ordinanza "Vassilakis" fornisce precise indicazioni orientative al Giudice del rinvio. La Corte di Giustizia ricorda che, secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una regolamentazione comunitaria nella materia delle controversie e delle denunce derivanti dall'applicazione dell'accordo quadro (clausola 8, n.5), appartiene all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e regolare le modalità procedurali dei ricorsi destinati ad assicurare la salvaguardia dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario<sup>19</sup> (punto 141). Pertanto, spetta alle autorità nazionali adottare le misure opportune per garantire la piena efficacia delle misure adottate in attuazione dell'accordo quadro. Tuttavia, le modalità di attuazione di queste norme, che rientrano nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale nazionale, devono essere conformi ai principi di equità e di efficacia (punto 143). Sotto tali ultimi profili, se l'affidare all'ASEP, cioè ad un'Autorità amministrativa indipendente la valutazione di riqualificazione dei contratti a termine prevista dall'art.11 D.P.R. 164/2004, non contrasta con il diritto comunitario, la tutela giurisdizionale effettiva contro i provvedimenti dell'ASEP può essere delibata solo dal Giudice nazionale, tenendo conto del fatto che l'effettività dei diritti va collegata alla diversità degli strumenti utilizzabili

<sup>18</sup> Del resto, differenziare tra efficacia *ex tunc* ed efficacia *ex nunc* in materia di riqualificazione è esercizio sistematico inutile, applicandosi il principio di non discriminazione e, quindi, il riconoscimento pieno di tutti i diritti del lavoratore precario sin dal primo rapporto a termine.

<sup>19</sup> Sentenza "Impact", punto 44.

<sup>17</sup> Ordinanza "Vassilakis", punto 133.

sul piano giurisdizionale, perché il Tribunale amministrativo ha solo il potere di annullare l'atto, il Giudice ordinario, invece, può direttamente riqualificare il rapporto di lavoro e considerarlo a tempo indeterminato (punto 147). La scelta, dunque, spetta al Tribunale remittente, che potrà, evidentemente, riqualificare i rapporti a termine abusivi in contratti a tempo indeterminato o ai sensi della legge 2112/1920 o utilizzando in via interpretativa la misura equivalente dell'art.11 D.P.R. 164/2004.

Ogni diversa valutazione (aspettativa, facoltà, interesse legittimo) di una misura sanzionatoria che rientra nel campo di applicazione della normativa comunitaria in materia di contratto a tempo determinato, come interpretata dalla Corte di Giustizia, configura una violazione manifesta del diritto sopranazionale ai sensi dell'art.10 Trattato UE, anche se dovesse ispirarsi ai soliti principi ermeneutici di pseudoderivazione costituzionale, in relazione ai quali è sempre opportuno ricordare che il testo integrale dell'art.97, comma 3, Cost. è il seguente: «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.». Naturalmente, quelli della stabilizzazione del precariato con accesso al pubblico impiego a tempo indeterminato sono casi stabiliti dalla legge, nel rispetto della disciplina comunitaria antiabusiva.

### 11.1.3 La stabilizzazione del precariato pubblico nella Giurisprudenza amministrativa

A questo punto si rende opportuno un rapido esame dei primi interventi giurisprudenziali in materia.

La prima sentenza intervenuta sulla tematica della stabilizzazione è la pronuncia del TAR Veneto<sup>20</sup> che, relativamente al personale del comparto degli enti locali, ha ritenuto che la stabilizzazione del personale ai sensi dell'art. 1, comma 558, della legge n.296/06 costituisce «una mera facoltà discrezionale per gli enti locali e non un obbligo, non sussistendo alcun diritto in capo all'interessato ad ottenere la stabilizzazione, ma unicamente un'aspettativa di mero fatto.».

Successivamente, il T.A.R. Lazio<sup>21</sup>, intervenendo sulla problematica relativa alla giurisdizione in materia di stabilizzazione, in linea con il noto orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte n.3188 del 14 febbraio 2007, ha invece valutato che la controversia promossa contro l'ISTAT per l'annullamento, previa sospensione dell'esclusione dalle procedure indette per la stabilizzazione indette ai sensi dell'art.1, comma 519 della legge 296/2006, riguardando la gestione del rapporto di lavoro in atto, rientri nella competenza del giu-

dice ordinario, ex art. 63 D.Lgs. 165/01.

Anche il T.A.R. Veneto<sup>22</sup>, chiamato a pronunciarsi in merito all'annullamento dell'esecuzione della graduatorie definitive e provvisorie di esclusione dalla selezione bandita dalla Regione Veneto, ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione, sulla base delle seguenti argomentazioni: «il procedimento di formazione delle graduatorie per la stabilizzazione del personale precario, ai sensi delle richiamate disposizioni normative, non costituisce una procedura concorsuale in senso proprio, in quanto manca, rispetto agli aspiranti, non solo qualsiasi giudizio comparativo, ma anche qualsivoglia discrezionalità nella valutazione dei titoli di ammissione, ragion per cui le relative controversie non sono sottoposte alla giurisdizione amministrativa ai sensi dell'art. 63, IV comma del D.Lgs. n. 165/01, bensì a quella ordinaria.».

La successiva pronuncia n. 3643 del 15 novembre 2007 T.A.R. Veneto, in senso conforme, chiarisce altresì il procedimento di formazione delle graduatorie per la stabilizzazione del personale precario «non costituisce infatti una procedura concorsuale in senso proprio, in quanto manca, rispetto agli aspiranti, non solo qualsiasi giudizio comparativo, ma anche qualsivoglia discrezionalità nella valutazione dei titoli di ammissione.».

Le suesposte decisioni (che non si collocano certamente in un'ottica comunitaria ma si limitano a valutare la regolamentazione nazionale del "fenomeno"), analizzando le problematiche che riguardano la stabilizzazione con particolare riferimento alle procedure adottate dalle amministrazioni pubbliche, hanno precisato, in primo luogo, che l'Amministrazione, a norma del comma 558, non è tenuta ad effettuare le stabilizzazioni, atteso che prioritariamente stabilisce, nell'ambito della programmazione triennale del fabbisogno, l'opportunità di coprire i posti vacanti mediante stabilizzazione del personale precario, valutando se i contratti a termine sono stati utilizzati a copertura di esigenze strutturali e durature dell'apparato amministrativo, ben potendo dunque a margine di tale valutazione anche decidere di non effettuare alcuna stabilizzazione; in secondo luogo, che, effettuata la scelta delle amministrazioni di procedere alle stabilizzazioni, non sussiste alcuna discrezionalità in merito all'ammissione dei soggetti aventi in possesso dei requisiti di cui al comma 558 dell'art.1 della legge n.296/2006.

Dalla giurisprudenza amministrativa è giunta, altresì, una sentenza del TAR Puglia<sup>23</sup> sui rapporti tra stabilizzazione e procedure concorsuali ex art. 35 D.Lgs. n. 165/01 che, affrontando la questione del rapporto tra stabilizzazione e diritto allo scorrimento di dipendenti

<sup>20</sup> TAR Veneto, Sez. III, sentenza 9 ottobre 2007, n.3342.

<sup>21</sup> TAR Lazio, Sez. III quater, sentenza 14 novembre 2007, n.1239.

<sup>22</sup> TAR Veneto, Sez. II, sentenza 15 novembre 2007, n.3646.

<sup>23</sup> TAR Puglia – Sede di Lecce, Sez. III, 19 gennaio 2008, n. 125.

idonei collocati nelle graduatorie concorsuali, assume particolare rilievo in quanto rappresenta una sintesi di tutto il dibattito originatosi dopo la finanziaria del 2007.

Nel caso sottoposto ai giudici amministrativi i ricorrenti, tutti dipendenti a tempo determinato dell'A.S.L. di Brindisi e inseriti, quali idonei non vincitori, nella graduatoria della Azienda sanitaria per il reclutamento di 75 infermieri professionali, hanno impugnato la deliberazione della Giunta Regionale pugliese di approvazione del piano di stabilizzazione di lavoratori "precari" già in servizio presso le ASL della Regione chiedendo l'annullamento della deliberazione della Giunta Regionale di stabilizzazione, nella parte in cui vietava alle AA.SS.LL. di procedere alla loro assunzione, senza tener conto invece della validità delle graduatorie effetto del bando indetto ai sensi dell'art. 9 della L. 207/1985, che impone agli enti del Servizio Sanitario Nazionale, di utilizzare le graduatorie concorsuali nel biennio successivo alla loro approvazione, con conseguente riconoscimento del diritto allo scorrimento delle medesime.

I ricorrenti evidenziavano un ingiustificato favore per i lavoratori "precari" anche non in servizio, a danno del personale inserito in graduatorie concorsuali ancora valide, che può essere assunto solo a tempo determinato e nell'ambito di progetti specifici autorizzati dalla Regione.

Il TAR Puglia, pur rigettando il ricorso, in primo luogo offre nella pronuncia una peculiare ricostruzione del danno dei ricorrenti qualificato come "danno da *chance*".

Quanto alla richiesta avanzata dai ricorrenti, consistente nella priorità dello scorrimento delle graduatorie, con conseguente individuazione del personale idoneo già utilmente collocato, i giudici amministrativi fondano il rigetto sulla base della discrezionalità di "tipo politica" del legislatore nazionale, che ha invece l'effetto di privilegiare talune categorie di lavoratori, sostenendo altresì che la norma specifica prevista dalla legge n.296/2006 introdotto un privilegio delle procedure di stabilizzazione di lavoratori precari, a detrimento dello scorrimento delle graduatorie concorsuali ancora valide ed efficaci nonché dell'indizione di nuovi concorsi.

In merito poi alla partecipazione alla procedura di stabilizzazione di soggetti che non hanno attualmente in corso un rapporto di lavoro a tempo determinato con le ASL o gli altri enti del SSN, il Collegio ritiene che «non è di per sé illegittima l'inclusione, in tale novero, in quanto la stabilizzazione ben può riguardare soggetti che hanno svolto un periodo minimo di servizio in un certo arco temporale, anche se essi non avevano in corso un rapporto di lavoro al momento dell'adozione della deliberazione, essendo l'obiettivo di fondo l'eliminazione soprattutto del c.d. precariato storico.». Quanto poi alla asserita violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministra-

zione tutelati nell'art. 97 della Costituzione, il T.A.R. Puglia sostiene che tale scelta di privilegio a favore dei lavoratori precari sia ragionevole, essendo essa il frutto di una ponderazione fra molteplici interessi, aventi tutta rilevanza costituzionale e dunque compatibili tra loro. In questo contesto, i giudici amministrativi affrontano altresì il tema della legittimità della stabilizzazione in relazione al principio del concorso per l'accesso al pubblico impiego previsto dall'art. 97 della Costituzione, affermando che tale principio non è assoluto e che ben può essere derogato in presenza di situazioni particolari, tra cui senz'altro va compresa l'esigenza di eliminare o attenuare il fenomeno del precariato. Inoltre il Collegio sostiene che il contrasto con la regola costituzionale del concorso pubblico nel caso di specie non sussiste, atteso che «i soggetti potenziali della stabilizzazione cui si rivolge il bando di concorso, hanno comunque svolto attività lavorativa per periodi significativi, e sono già in possesso di adeguata professionalità e sono stati assunti a seguito del superamento di procedure lato sensu selettive.». E' ben strano che sia stato il Giudice amministrativo (incompetente) e non il Giudice ordinario (competente sul diritto all'assunzione ex art.63 D.Lgs. n.165/2001<sup>24</sup>) a cogliere esattamente natura e portata del processo di stabilizzazione del precariato pubblico, misura suggerita dalla Corte di Giustizia e a cui l'ordinamento interno non può sottrarsi, se non al superiore prezzo di far scoprire l'amara realtà che, nonostante tutti gli ammonimenti e tutte le critiche, gli abusi delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti flessibili non prevedono alcuna sanzione specifica se non quelle ordinarie contenute nel D.Lgs. n.368/2001 e applicate alle imprese private e quella "speciale" della stabilizzazione introdotta dalle due leggi finanziarie per il 2007 e per il 2008.

In conclusione, la stabilizzazione del precariato pubblico non consiste in una violazione del principio del pubblico concorso, poiché, essendo di matrice legislativa, ben può essere considerata come un'ulteriore manifestazione della possibilità che la Costituzione riconosce alla legge ordinaria di derogare all'art. 97, comma 3, Cost..

L'anomalia della fattispecie in esame in rapporto alla flessibilità di cui all'art. 36, comma 2, D.Lgs.

<sup>24</sup> Sulla competenza del Giudice ordinario sui processi di stabilizzazione del precariato, v. Cass., SS.UU., ordinanza 9 febbraio 2009, n.3051; nonché Trib. Trani (Est. La Notte Chirone), ordinanza del 2 marzo 2009, su *Lav.giur.*, 2009, n.4 (con nota di V. De Michele, *La stabilizzazione del precariato pubblico: il diritto soggettivo all'assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario*, con cui il Giudice pugliese in sede cautelare ha ordinato alla Azienda sanitaria di consentire al lavoratore, Dirigente non apicale, di partecipare alla procedura di stabilizzazione, da cui era stato escluso.

165/2001, è data dal fatto che essa si configura come conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato di una precisa tipologia di contratti di lavoro che non sono suscettibili di trasformazione. Detta anomalia, inoltre, si giustifica in ragione della natura transitoria della misura (e della sua compatibilità con il diritto comunitario), finalizzata alla soluzione di problemati-

che di ampio rilievo, quali sono quelle sul lavoro precario nel pubblico impiego, tali da comportare un'eccezionale deviazione rispetto alla normativa generale.