

**APPROFONDIMENTI DI ALCUNE TEMATICHE
INERENTI LA GESTIONE DEL PERSONALE**

Dr.ssa Maria De Lucia¹

¹ Tecnologo Istat - Direzione centrale del personale e servizi generali

INDICE

Premessa

Paragrafo 1. Il recesso nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato

- 1.1 Il recesso nella prima metà del periodo di prova
 - A) Il recesso per ciascuna delle parti contrattuali con l'osservanza del termine di preavviso
 - B) Il divieto di recesso per ciascuna delle parti contrattuali
 - C) Il divieto di recesso soltanto per l'Amministrazione
- 1.2 Il mancato superamento del periodo di prova
- 1.3 Il recesso: fruibilità delle ferie nel periodo di preavviso

Paragrafo 2. Il contratto di lavoro a tempo determinato

2.1 La nuova disciplina del contratto a tempo determinato - D.Lgs n. 368/01

- Premessa storica
 - a) Considerazioni generali in ordine al D.Lgs n. 368/01
 - b) Il sistema sanzionatorio dell'art. 5 D.Lgs n. 368/01
 - c) Gli aspetti applicativi del D.Lgs n. 368/01 in Istat

2.2. Il periodo di prova nel contratto a tempo determinato

Paragrafo 3. Sull'ammissibilità delle prove attitudinali nella procedura concorsuale

Paragrafo 4. La riammissione in servizio

Paragrafo 5. L'incarico dirigenziale esterno

Paragrafo 6. Il rimborso della tassa di iscrizione nell'albo professionale

Paragrafo 7. Il diritto alla corresponsione della indennità informatica

Paragrafo 8. Il procedimento disciplinare e l'arbitrato: legge 97/01 e CCNQ del 23 gennaio 2001

- 8.1 La disciplina prevista dalla legge 97/01: il procedimento disciplinare
- 8.2 Il CCNQ del 23 gennaio 2001: l'impugnazione delle sanzioni disciplinari

Premessa

Il presente lavoro trae origine da alcuni quesiti svolti nell'interesse della Direzione centrale del personale e servizi generali dell'Amministrazione ISTAT, relativi ad alcune tematiche inerenti la gestione del personale, divise in otto gruppi.

Gli approfondimenti hanno carattere eterogeneo ed attengono alle seguenti tematiche: il recesso nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, con particolare riguardo agli istituti del recesso nella prima metà del periodo di prova, del mancato superamento del periodo di prova e del godimento delle ferie durante il periodo di preavviso; il contratto a termine con particolare riferimento alla nuova disciplina del contratto a tempo determinato contenuta nel D.Lgs n. 368/01 e all'annullamento del contratto a tempo determinato; l'ammissibilità delle prove attitudinali nella procedura concorsuale; la riammissione in servizio; l'incarico dirigenziale esterno; il rimborso della tassa di iscrizione nell'albo professionale; il diritto alla corresponsione della indennità informatica; il procedimento disciplinare e l'arbitrato: legge n. 97/01 e CCNQ del 23 gennaio 2001.

Si precisa che tutti gli approfondimenti riguardano l'esame delle norme, delle quali è stata elaborata una interpretazione, prestando particolare attenzione agli aspetti applicativi all'interno dell'Amministrazione Istat.

Più precisamente, l'apporto fornito in relazione alle suddette tematiche è rappresentato da un approfondimento giuridico, quale ausilio per la soluzione di quesiti pervenuti alla Direzione in argomento.

Paragrafo 1.
**Il recesso nei rapporti di lavoro a tempo
indeterminato**

L'approfondimento ha tratto origine da alcuni quesiti originati dalla stessa Direzione del personale, relativi alla disciplina da applicare nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di recesso nella prima metà del periodo di prova, in caso di mancato superamento del periodo di prova ed in caso di godimento delle ferie durante il periodo di preavviso.

1.1 Il recesso nella prima metà del periodo di prova

La disciplina del recesso dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato durante il periodo di prova è contenuta, sia per i livelli professionali I/III, sia per i livelli professionali IV/X nell'art. 4, nonché per i ricercatori e tecnologi nell'art. 34, dei CCNL del comparto della ricerca relativi al quadriennio 1994/97, attualmente ancora vigenti, ai quali nel prosieguo si farà riferimento.

Secondo la lettera delle suddette disposizioni, decorsa la metà del periodo di prova, ciascuna delle parti può recedere liberamente dal rapporto di lavoro, senza vincolo di preavviso, con l'obbligo della motivazione soltanto in caso di recesso dell'Amministrazione.

La normativa nulla dispone per il caso in cui ciascuna delle parti voglia recedere durante la prima metà del periodo di prova; pertanto, si deve ricorrere all'interpretazione analogica.

Al riguardo, le interpretazioni proponibili sono le seguenti:

1. recesso per ciascuna delle parti contrattuali con l'osservanza del termine di preavviso;

2. divieto di recesso per ciascuna delle parti contrattuali;
3. divieto di recesso soltanto per l'Amministrazione.

A) Il recesso per ciascuna delle parti contrattuali con l'osservanza del termine di preavviso

Una prima interpretazione attiene al recesso concesso ad ambedue le parti contrattuali, con l'osservanza del termine di preavviso, derivante da una lettura *a contrario* degli artt. 4 e 34 dei CCNL, citati.

Infatti, le norme in esame dispongono una regolamentazione espressa solo per il periodo coincidente con la seconda metà della prova; il silenzio delle norme circa la disciplina da applicare nella prima metà del periodo di prova potrebbe significare che trova applicazione la disciplina generale.

Pertanto, le suddette norme potrebbero essere lette nel senso che la regolamentazione espressa rappresenterebbe l'intento di introdurre una disciplina differente rispetto a quella generale (si veda la disciplina della seconda metà del periodo di prova); mentre, l'assenza di una qualsiasi regolamentazione espressa rappresenterebbe l'intento di mantenere la disciplina generale (si veda la disciplina della prima metà del periodo di prova).

Ebbene, in base alla disciplina generale, contenuta nei CCNL, ciascuna delle parti può recedere dal rapporto di lavoro, osservando il termine di preavviso.

Tale termine, però, non sarebbe quello che si potrebbe definire "ordinario", contenuto nel CCNL in caso di licenziamento o di dimissioni, in quanto coinciderebbe quasi completamente, o addirittura, supererebbe la durata del periodo di prova.

Infatti, nel caso dei dipendenti inquadrati nei livelli I/III, il CCNL del comparto della ricerca prevede, agli artt. 22 (dirigenza amministrativa) e

51 (ricercatori e tecnologi), che fino a due anni di servizio il termine di preavviso debba essere, nel caso di licenziamento, di 8 mesi, ridotto di 1/4, pari a 2 mesi, nel caso di dimissioni.

Invece, nel caso dei dipendenti inquadrati nei livelli IV/X, il CCNL del comparto della ricerca prevede all'art. 19 che fino a 5 anni di servizio il termine di preavviso debba essere pari a 2 mesi, ridotto della metà per il caso di dimissioni.

Quindi, se si considerasse percorribile la strada del recesso con l'osservanza del termine di preavviso, non potendo trovare applicazione la disciplina del CCNL in materia di preavviso ordinario, l'Amministrazione avrebbe l'onere di introdurre un termine *ex novo*.

In tal caso, l'Amministrazione dovrebbe decidere se qualificarlo come termine fisso o variabile, in considerazione dell'effettiva durata del periodo di prova, secondo le regole del licenziamento o delle dimissioni, sopra esaminate.

Nel caso fosse qualificato come termine variabile opererebbe l'estensione analogica della disciplina prevista nel caso di termine ordinario di preavviso, il quale varia a seconda dell'anzianità del servizio maturata e dell'inquadramento nel livello professionale.

Altro profilo da valutare sarebbe l'individuazione della fonte normativa in cui introdurre tale termine di preavviso: essa potrebbe essere la contrattazione collettiva, ovvero il contratto individuale di lavoro.

Nel primo caso, le parti contrattuali dovrebbero introdurre una disciplina espressa; tuttavia, dato che lo stesso CCNL, nella disciplina del recesso nel periodo di prova non regola la fattispecie in esame, sarebbe da escludere la proponibilità della fonte della contrattazione collettiva.

Nel secondo caso, l'amministrazione pubblica dovrebbe inserire unilateralmente nel contratto individuale di lavoro un termine di preavviso, che si configurerebbe come condizione del contratto.

Inoltre, sempre per analogia con la disciplina generale del recesso contenuta nel CCNL, dovrebbe introdursi un termine di preavviso differenziato, a seconda che il recesso avvenga da parte dell'Amministrazione ovvero da parte del dipendente.

In particolare, il recesso dell'amministrazione pubblica dovrebbe essere motivato, come richiesto non solo dalla normativa generale, ma anche dalla disciplina in materia di recesso nel periodo di prova.

B) Il divieto di recesso per ciascuna delle parti contrattuali

Una seconda interpretazione attiene al divieto di recesso durante la prima metà del periodo di prova per entrambi le parti del contratto di lavoro.

La fattispecie si configurerebbe come divieto assoluto di recesso, giustificabile in considerazione dell'assenza totale di qualsiasi disciplina.

Pertanto, il silenzio della norma (artt. 4 e 34 CCNL citati) vorrebbe significare che il rapporto di lavoro non si può risolvere a prescindere da ogni volontà contraria delle parti contrattuali.

Ad ogni buon conto, è doveroso tenere presente le posizioni dei due contraenti, la pubblica amministrazione ed il dipendente.

Più precisamente, dal punto di vista della pubblica amministrazione il divieto assoluto di recesso per entrambe le parti contrattuali rappresenterebbe il vantaggio di una maggiore stabilità, sotto l'aspetto dell'organizzazione del lavoro, in relazione alle attitudini e capacità delle risorse umane disponibili, senza necessità di dover iniziare continuamente una nuova formazione con le nuove risorse assegnate.

In altri termini, la turnazione continua delle risorse umane non resterebbe indifferente alla pubblica amministrazione, in quanto, anche se solo potenzialmente, potrebbe causare ritardi nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Dal punto di vista del dipendente, viceversa, il divieto di recesso non risulterebbe avere una giustificazione logica, in quanto tutta la normativa del diritto del lavoro è ispirata al c.d. *favor lavoratoris*.

Invero, se una soluzione del genere fosse proponibile, consentirebbe alla pubblica amministrazione una facile elusione della norma.

Infatti, il dipendente potrebbe comunque non prestare la propria attività lavorativa, utilizzando altri istituti, che formalmente permetterebbero un'assenza giustificata (es. malattia), ma che in concreto rappresenterebbero l'intento del lavoratore di non voler prestare il proprio servizio all'interno dell'Amministrazione di appartenenza.

Pertanto, tale interpretazione restrittiva avrebbe come scopo soltanto quello di mantenere in vita un rapporto di lavoro destinato a cessare subito dopo il superamento della prima metà del periodo di prova, con la possibilità di nuocere alla stessa amministrazione pubblica, che avrebbe alle sue dipendenze un dipendente fantasma, che continuerebbe a ricoprire un posto nella pianta organica, senza possibilità di ricorrere all'utilizzo di altre risorse umane, stante il vincolo derivante dalla dotazione organica.

C) Il divieto di recesso soltanto per l'Amministrazione

Una terza interpretazione attiene al divieto di recesso durante la prima metà del periodo di prova soltanto per la pubblica amministrazione.

In tal caso, si configurerebbe un'ipotesi di divieto relativo di risoluzione del rapporto di lavoro, in quanto potrebbe recedere liberamente soltanto il lavoratore.

La *ratio* della norma risiederebbe nella peculiarità del rapporto di lavoro pubblico, per instaurare il quale è necessario il superamento di un concorso pubblico.

Infatti, nel pubblico impiego la selezione mediante concorso è disposta direttamente dall'art. 97 della Costituzione e si rende necessaria al fine di garantire la presenza di personale fornito di una preparazione specifica alla mansione da ricoprire, in quanto la pubblica amministrazione gestisce la *res publica*.

Quindi, la pubblica amministrazione, avendo selezionato mediante pubblico concorso il dipendente, ne ha riconosciuto di fatto una professionalità specifica, che non giustificerebbe il recesso a breve termine.

Di conseguenza, il periodo di prova, nel settore pubblico, ha la funzione di verificare se le capacità e le conoscenze del dipendente, già riconosciute in sede di svolgimento del concorso, siano effettivamente corrispondenti a quelle richieste per l'esecuzione della mansione assegnata al dipendente medesimo.

La disciplina da applicare nel caso in esame, in assenza di una regolamentazione espressa, potrebbe essere mutuata, in via analogica, da quella disposta nell'impiego privato, in quanto all'impiego pubblico, dopo la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs n. 165/01, si applicano le norme del lavoro privato, ad

eccezione delle materie per le quali vi sia una disciplina differente, in ragione della peculiarità del rapporto di lavoro pubblico.

Nel settore privato la norma che disciplina il recesso dal rapporto di lavoro è l'art. 2118 c.c., il quale a sua volta rinvia a quanto previsto nei CCNL.

Sono stati presi in esame i CCNL del settore dell'industria (metalmecchanica, chimica, edile), che per dimensione e struttura sono simili ad una pubblica amministrazione, nei quali è previsto espressamente che, per tutta la durata del periodo di prova, entrambe le parti contrattuali possono recedere, senza dover osservare i termini di preavviso, né l'obbligo della motivazione in caso di recesso del datore di lavoro.

Tuttavia, si deve far presente che il periodo di prova nei tre CCNL del settore privato esaminati ha una durata molto breve rispetto a quella prevista nella pubblica amministrazione.

La *ratio* della disciplina si potrebbe rinvenire nella circostanza che nell'impiego privato l'assunzione non avviene a seguito di selezione, mediante pubblico concorso, ma semplicemente mediante la presentazione del *curriculum vitae*, per il tramite delle c.d. agenzie per l'impiego (decreto legislativo n. 469/97).

Di conseguenza, se si dovesse ammettere l'applicazione in via analogica di tale disposizione anche nel pubblico impiego, si dovrebbe ammettere il libero recesso per ciascuna delle parti contrattuali nella prima metà del periodo di prova.

Tuttavia, è bene evidenziare che la necessità del periodo di prova all'inizio del rapporto di lavoro trova una giustificazione parzialmente differente fra settore privato e pubblico.

Infatti, nel settore privato la prova ha la funzione di svolgere una prima verifica delle capacità e delle conoscenze del lavoratore in

relazione alla mansione allo stesso assegnata; nel settore pubblico, viceversa, risponde alla logica del reclutamento di personale con maggiore preparazione professionale.

Si deve, inoltre, porre attenzione sul fatto che, nel settore pubblico vi è una disciplina differente fra prima metà del periodo di prova e seconda metà e tale circostanza discende direttamente dalla lettura della norma contrattuale²: questo induce a ritenere che in questa materia esiste una disciplina speciale per il settore pubblico.

Peraltro, nella seconda metà del periodo di prova il recesso dell'Amministrazione è libero soltanto dal vincolo del preavviso, ma non dalla necessità della motivazione, per cui si potrebbe parlare di recesso condizionato.

E', infatti, lo stesso art. 4 (ed art. 34 per i ricercatori e tecnologi) del CCNL del comparto della ricerca che non prevede la motivazione in caso di recesso del dipendente, mentre pone questo obbligo a carico della pubblica amministrazione.

In altri termini, deve sussistere in capo alla amministrazione pubblica non un qualsiasi motivo, ma un motivo legittimo alla risoluzione del rapporto di lavoro.

Più precisamente, il motivo dovrebbe attenersi al profilo squisitamente oggettivo del rapporto di lavoro e non anche a quello soggettivo, per il quale l'art. 2119 c.c. consente il recesso per giusta causa senza il rispetto dei termini di preavviso in qualunque momento, salvo la corresponsione dell'indennità per mancato preavviso.

²Gli artt. 4 e 34 del CCNL del comparto ricerca relativo al quadriennio 1994/97 del personale inquadrato nei livelli professionali I/III e IV/X disciplinano espressamente il recesso soltanto nella seconda metà del periodo di prova, disponendo il libero recesso per ciascuna delle parti.

Tale profilo oggettivo, poi, verrebbe accertato attraverso la prestazione lavorativa del dipendente e consisterebbe in un giudizio di merito sulla qualità del lavoro svolto.

Quindi, il recesso dovrebbe essere consentito solo al dipendente, in virtù del principio del *favor laboratoris* e per analogia con la disciplina del settore privato, in quanto l'Amministrazione difficilmente sarebbe in grado di valutare la qualità del lavoro del dipendente in un termine molto breve, pari a tre mesi, corrispondente alla metà del periodo di prova.

Tuttavia, sarebbe auspicabile che nei contratti individuali di lavoro venga introdotto un termine di preavviso variabile o fisso, a seconda che sia rapportato o meno all'effettiva durata del servizio prestato.

Pertanto, per le ragioni innanzi esposte, tale interpretazione sarebbe, a parere di chi scrive, da preferire.

1.2 Il mancato superamento del periodo di prova

La disciplina del mancato superamento del periodo di prova, nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è contenuta nell'art. 4, nonché per i ricercatori e tecnologi nell'art. 34, dei CCNL del comparto della ricerca relativi al quadriennio 1994/97 del personale inquadrato nei livelli professionali I/III e IV/X, attualmente vigenti, ai quali nel prosieguo si farà riferimento.

In passato, l'art. 10 del D.P.R. n. 3/57, successivamente disapplicato dai suddetti CCNL, disponeva che il dipendente durante il periodo di prova era sottoposto, da parte del dirigente del servizio, ad una valutazione di merito, che aveva contenuto discrezionale, in quanto atteneva alla verifica delle capacità professionali del dipendente neoassunto.

Tale materia attualmente non è regolamentata dalla normativa statale, in quanto forma oggetto della determinazione delle parti della contrattazione collettiva, le quali d'altro canto, non provvedono alcuna disciplina per il caso di mancato superamento del periodo di prova, in quanto dispongono soltanto che, decorso il periodo di prova senza che il rapporto di lavoro sia stato risolto da ciascuna delle parti, il dipendente si intende confermato in servizio.

E' del tutto assente, pertanto, la regolamentazione della procedura amministrativa da seguire nel caso di giudizio negativo sul periodo di prova, espresso dal dirigente della struttura di appartenenza del dipendente neoassunto.

Tuttavia, la disciplina potrebbe essere estrapolata dalla lettura a *contrario* della normativa contrattuale, che è identica nei due CCNL vigenti.

In primo luogo, dalla lettura della normativa contrattuale si evince che il dipendente si intende confermato in ruolo solo in caso di superamento del periodo di prova; di conseguenza, il mancato superamento del periodo di prova costituirebbe il presupposto per attivare la procedura del recesso da parte dell'Amministrazione.

In secondo luogo, la normativa contrattuale, così come formulata, farebbe ritenere che la risoluzione dal rapporto di lavoro debba avvenire nel periodo che precede il compimento della prova.

In tal senso farebbe ritenere l'espressione "decorso il periodo di prova senza che il rapporto di lavoro sia stato risolto".

Conferma di tale interpretazione viene fornita dalla disciplina contenuta nella contrattazione collettiva del settore dell'industria (metalmeccanici, edili e chimici), che risulta essere più esplicita al riguardo.

Tuttavia, la disciplina presente nel settore privato contiene una previsione espressa solo in relazione alla risoluzione del rapporto di lavoro, secondo cui il periodo di prova si intende superato nel caso in cui non si proceda a lettera di disdetta; non viene, però specificato quali termini di preavviso si devono osservare in caso di disdetta del rapporto di lavoro.

Dalla formulazione delle norme dei CCNL del comparto della ricerca, si evince che il recesso dell'Amministrazione debba avvenire nel periodo che precede il compimento della prova, in quanto, decorso il periodo di prova, il dipendente viene confermato in ruolo con effetto retroattivo al momento della assunzione.

Pertanto, il recesso dovrebbe avvenire nel secondo trimestre del periodo di prova, durante il quale ambedue le parti hanno facoltà di recedere liberamente.

Tuttavia, la norma contrattuale potrebbe essere interpretata nel senso che il recesso dell'Amministrazione debba avvenire dopo il compimento del periodo di prova, in caso di giudizio negativo del dirigente del servizio al quale è stato assegnato il dipendente.

In tal caso, l'Amministrazione dovrà osservare i termini del preavviso, che sono quelli ordinari di 2 mesi in caso di livelli IV/X e di 8 mesi in caso di livelli I/III, in quanto, sebbene non sia intervenuta alcuna conferma in servizio da parte dell'Amministrazione, il periodo di prova è decorso interamente.

Di conseguenza, se l'Amministrazione recede nel secondo trimestre del periodo di prova, prima della scadenza del termine dei sei mesi, il recesso è libero, mentre superati i sei mesi di prova, l'Amministrazione recedente dovrà osservare i termini ordinari del preavviso.

In ultimo, sotto l'aspetto retributivo, si rileva che, in caso di recesso per mancato superamento del periodo di prova, al dipendente viene corrisposta la retribuzione fino all'ultimo giorno di effettivo servizio, compresi i ratei di tredicesima mensilità, nonché la retribuzione corrispondente alle giornate di ferie maturate e non godute.

1.3 Il recesso: fruibilità delle ferie nel periodo di preavviso

L'approfondimento riguarda la fruibilità delle ferie nel periodo di preavviso, secondo la disciplina risultante dalle disposizioni del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1994/97, ancora vigente, del personale inquadrando nei livelli professionali I/III e IV/X, in caso di recesso del dipendente con rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

L'esame è stato ripartito in due sezioni: la prima concerne la disciplina vigente tra livelli professionali, anche alla luce dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01; la seconda concerne le disposizioni da applicare nel caso di recesso dell'Amministrazione o del dipendente.

Livelli professionali

I CCNL vigenti relativi al comparto della ricerca, prevedono una disciplina analoga per i livelli professionali IV/X e I/III, sebbene la norma sia formulata in modo diverso.

L'art. 19 del CCNL per i livelli professionali IV/X non disciplina l'ipotesi di concessione o di divieto del godimento delle ferie nel periodo del preavviso.

Tuttavia, la disciplina può essere desunta attraverso la lettura dell'art. 7, comma 15 del suddetto CCNL, in materia di ferie, secondo cui il pagamento sostitutivo è ammesso soltanto nel caso in cui le ferie non siano state fruite per esigenze di servizio, in presenza, quindi, di un ordine da parte del superiore gerarchico.

In modo simile, l'art. 22, comma 6 (per i dirigenti amministrativi), e l'art. 51, comma 6 (per i tecnologi e ricercatori), del CCNL dell'area

della dirigenza dispongono espressamente che durante il periodo di preavviso non possono essere concesse le ferie.

Tuttavia, il pagamento sostitutivo è possibile solo nel caso in cui il mancato godimento delle ferie sia stato impedito da esigenze di servizio, in base a quanto disposto dall'art. 7, comma 13 (per i dirigenti amministrativi), e dall'art. 38, comma 13 (per i tecnologi e ricercatori), del CCNL dell'area della dirigenza.

Quindi, per entrambi i CCNL del comparto della ricerca la normativa dispone il divieto assoluto delle ferie durante il periodo del preavviso; la *ratio* è da rinvenire nell'esigenza di garantire una continuità lavorativa, in modo tale che la cessazione dal rapporto di lavoro del dirigente non danneggi l'Amministrazione.

Tale interpretazione è avvalorata dalla stessa normativa in esame, nella parte in cui precisa che in caso di preavviso lavorato si dà luogo al pagamento sostitutivo delle ferie non godute.

Questo non sta a significare, però, che al dipendente che non ha ultimato le ferie nel periodo precedente il preavviso, pur perdendo il diritto al godimento in concreto è, comunque, riconosciuto un diritto sostitutivo, in funzione ristoratrice del mancato godimento in concreto delle ferie.

Infatti, bisogna tenere presente che la norma in esame pone come regola il divieto di godimento delle ferie durante il preavviso; il mancato godimento delle ferie non darebbe diritto alla monetizzazione delle ferie non godute, in quanto tale diritto, avendo natura sussidiaria ed eccezionale, viene riconosciuto solo per i casi espressamente previsti dal CCNL ed in presenza di un ordine espresso (scritto) del superiore gerarchico, che giustifichi un'esigenza di servizio.

Pertanto, dall'esame comparato delle disposizioni in materia di ferie e di preavviso in caso di recesso, si evince che la monetizzazione

non è un'attività vincolata della pubblica amministrazione, nel senso che la medesima procede al pagamento sostitutivo delle ferie non fruita *sic et simpliciter*, ma deve verificare in concreto il motivo per il quale dette ferie non sono state fruita in precedenza, in quanto la monetizzazione non è una facoltà concessa ai dipendenti, i quali possono rinunciare spontaneamente alla fruizione delle ferie e optare per il pagamento sostitutivo, ma è, al contrario, una norma che trova applicazione in casi eccezionali.

Infatti, le ferie rappresentano un recupero delle energie psicofisiche del dipendente; in quanto tali, esse costituiscono un diritto personale del dipendente, il quale decide quando fruirle.

Tuttavia, il diritto del dipendente al godimento delle ferie, pur presentandosi come diritto irrinunciabile, non è un diritto assoluto e, pertanto, deve essere temperato con le esigenze del servizio, previo accordo con il dirigente dell'Amministrazione di appartenenza.

Di conseguenza, il principio dell'irrinunciabilità delle ferie, deve temperarsi con la *ratio* dell'istituto del divieto di godimento delle ferie durante il preavviso, in base a quanto previsto dalla normativa generale in tale materia.

Al riguardo, l'art. 2109, comma 3, c.c. dispone che non può essere computato nelle ferie il periodo di preavviso indicato nell'art. 2118 c.c. (recesso dal contratto a tempo indeterminato): detta norma potrebbe essere interpretata nel senso che il *dies a quo* del periodo di preavviso decorre dopo il godimento delle ferie.

Pertanto, durante il periodo di preavviso non si possono fruire delle ferie; eventuali ferie maturate, dovranno essere fruita anche su iniziativa dell'Amministrazione (c.d. ferie d'ufficio), in considerazione della irrinunciabilità delle stesse, qualora non ricorrano esigenze di

servizio, ed il periodo di preavviso decorrerà solo successivamente al godimento delle stesse.

Sarebbe anche ipotizzabile, secondo una prassi in uso in Istat, che il dipendente dia un preavviso più ampio di quello contrattuale, comprensivo dei giorni di ferie, all'interno del quale le ferie possono essere fruito liberamente.

In tal modo, le ferie costituiscono un effetto interruttivo ovvero un termine iniziale nel primo caso, il cui *dies a quo* inizia successivamente alla fruizione delle ferie, secondo quanto previsto dalla disciplina codicistica, o un effetto sospensivo per il compimento del termine di preavviso, nel secondo caso.

Sarebbe, comunque, indispensabile che l'Amministrazione, nell'ipotesi in cui il dipendente presenti una richiesta di ferie durante il periodo di preavviso, ovvero non fruisca delle ferie e, cessato dal servizio, richieda il pagamento sostitutivo, accerti in concreto il motivo del mancato godimento delle ferie e, conseguentemente, corrisponda il pagamento sostitutivo solo nel caso in cui il mancato godimento delle ferie sia attribuibile ad esigenze di servizio.

La suddetta disciplina non sembra essere stata modificata dall'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01, che all'art. 25, comma 7, dispone che durante il periodo di preavviso non possono essere concesse ferie ed in caso di preavviso lavorato le ferie non godute sono monetizzate.

In particolare, la nuova formulazione della norma riprende integralmente l'art. 22 (o art. 51), comma 6, del CCNL vigente dell'area della dirigenza; valgono, pertanto, le medesime considerazioni di cui sopra.

Recesso ad iniziativa dell'Amministrazione o del dipendente

La disciplina della materia in esame contenuta sia nel codice civile sia nel CCNL non distingue fra recesso ad opera della pubblica amministrazione e recesso ad opera del dipendente.

La questione, invero, non è di scarso rilievo, se si considera che nel CCNL vigente sono previsti periodi differenti di preavviso a seconda che vi sia il recesso dell'Amministrazione ovvero il recesso da parte del dipendente.

In particolare, in base all'art. 19, per i livelli professionali IV/X ed agli artt. 22 e 51, per i livelli professionali I/III del CCNL citato, in caso di recesso da parte dell'Amministrazione il periodo di preavviso varia da 8 mesi fino a 12 mesi, in considerazione della maggiore anzianità di servizio del dipendente, per l'area della dirigenza, mentre per i livelli professionali IV/X il periodo di preavviso varia da 2 mesi fino a 4 mesi, sempre in considerazione della maggiore anzianità di servizio del dipendente.

In caso di recesso da parte del dipendente i termini sono ridotti di 1/3 per l'area della dirigenza e della metà per i livelli professionali IV/X.

L'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01, unifica i termini per tutti i livelli professionali e prevede, in caso di recesso da parte dell'Amministrazione, un preavviso variabile da 2 mesi fino a 4 mesi, in considerazione della maggiore anzianità di servizio del dipendente; i suddetti termini, in caso di recesso da parte del dipendente, sono ridotti della metà.

Risulta evidente che, in base alla disposizione vigente, il periodo di preavviso, in caso di recesso da parte dell'Amministrazione per l'area della dirigenza, è molto lungo, tanto che potrebbe comportare un mancato godimento dell'intero periodo delle ferie da parte del dipendente.

Tuttavia, sia nel CCNL vigente, sia nell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01, viene conferita ad entrambe le parti la possibilità di concordare la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro.

Tale disposizione consentirebbe il godimento delle ferie al dipendente che cesserà dal rapporto di lavoro, evitando di osservare i termini contrattuali, che, in qualche modo, obbligherebbero a monetizzare il preavviso lavorato, a causa della lunga durata dello stesso.

In conclusione, al dipendente, sia esso appartenente ai livelli professionali I/III o IV/X, non è consentito di fruire delle ferie durante il periodo del preavviso, né è consentito all'Amministrazione di porre d'ufficio il dipendente in ferie.

Gli unici rimedi prospettabili consisterebbero nel far decorrere in un momento successivo il periodo di preavviso, quale termine iniziale o effetto interruttivo ovvero nel libero godimento delle ferie in caso di preavviso più ampio, quale effetto sospensivo del termine in attesa del godimento delle ferie da parte del dipendente, contemperando gli interessi dell'Amministrazione e del dipendente medesimo.

Nel caso di impossibilità a posticipare il *dies a quo* del preavviso, il pagamento sostitutivo delle ferie maturate e non fruite, verrebbe corrisposto al dipendente, solo in presenza di esigenze di servizio, che abbiano impedito la fruizione delle ferie.

In ogni caso, tale soluzione andrebbe contemperata con la situazione in concreto del dipendente, al fine di verificare se procrastinare il *dies a quo* del preavviso possa nuocere all'interesse del medesimo, in considerazione della durata del preavviso.

Paragrafo 2.

Il contratto di lavoro a tempo determinato

L'approfondimento ha tratto origine dallo studio della nuova disciplina in materia di contratto a tempo determinato e da un quesito pervenuto dalla stessa Direzione del personale, relativo all'annullamento del contratto a tempo determinato per mancanza dei requisiti richiesti dal bando di selezione in capo ai candidati assunti.

2.1 La nuova disciplina del contratto a tempo determinato - D.Lgs n. 368/01

Premessa storica

Il contratto di lavoro a tempo determinato è una forma di contratto di lavoro subordinato normalmente a tempo pieno, con la possibilità di una configurazione del rapporto anche a tempo parziale.

La valenza che l'ordinamento giuridico italiano ha attribuito a tale forma di lavoro si è evoluta nel tempo fino ad arrivare alla disciplina contenuta nel D.Lgs n. 368/01, per meglio comprendere la quale, anche in relazione all'interpretazione elaborata, è bene ripercorrere brevemente i passaggi salienti che hanno condotto all'attuale formulazione della normativa.

Ebbene, nel periodo successivo alla abolizione della servitù della gleba, al fine di evitare nuove forme di servitù, il contratto di lavoro subordinato, relativamente al settore privato, era soltanto a tempo determinato (c.d. *locatio operarum*) e consisteva nell'"affitto" delle proprie energie lavorative in favore del datore di lavoro.

Tuttavia, tale regolamentazione del rapporto di lavoro si presentava priva di garanzie per i lavoratori, i quali, giuridicamente, a differenza di quello che era stato l'intento normativo originario, erano ancora meno tutelati.

Nasce, così, il concetto di lavoratore, quale parte debole del contratto di lavoro, in quanto costretto ad accettare passivamente le condizioni contrattuali stabilite dal datore di lavoro, unico detentore dei mezzi della produzione.

Ben presto sorge l'esigenza di una maggiore tutela del lavoratore, il quale, nell'ambito di una famiglia di tipo patriarcale, era l'unico membro della famiglia a lavorare e, pertanto, necessitava di un reddito fisso per sostenere la famiglia.

Non a caso, infatti, l'art. 36 Cost. dispone che la retribuzione deve essere sufficiente ad assicurare al lavoratore ed alla propria famiglia una esistenza libera e dignitosa.

Viene, pertanto, capovolta la logica in base alla quale il rapporto di lavoro viene regolamentato; il contratto di lavoro si presume a tempo indeterminato e pieno, nel più ampio rispetto della libertà delle forme relative alla conclusione del contratto (ad eccezione del pubblico impiego per il quale valgono regole differenti), al fine di garantire maggiore tutela al lavoratore; una diversa articolazione del contratto di lavoro, viceversa, deve risultare da atto scritto.

Tutta la normativa del settore privato successiva agli anni '20 dello scorso secolo, manifesta chiaramente lo sfavore del legislatore verso forme flessibili del rapporto di lavoro ed introduce una normativa molto rigorosa sin dalla fase dell'avviamento al lavoro dei lavoratori (si veda art. 14, legge n. 264/49, assunzione numerica del lavoratore ed art. 5, legge n. 112/35, che fa divieto ai datori di lavoro di assumere lavoratori non muniti di libretto di lavoro), nonché in materia di orario di lavoro

(regio decreto legge n. 692/23), al fine di evitare forme di sfruttamento dei lavoratori subordinati.

Successivamente, nel 1962 viene approvata la legge n. 230, che disciplina per la prima volta in modo organico il contratto di lavoro a tempo determinato.

L'art. 1 di detta legge, nell'individuazione del campo di applicazione, configura il contratto di lavoro a tempo determinato come "eccezione" al contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Resta, pertanto, la presunzione del contratto di lavoro a tempo indeterminato, con la possibilità di derogarvi in ipotesi tipiche, espressamente indicate nello stesso art. 1, per le quali l'apposizione del termine deve risultare da atto scritto.

Eventuali tentativi di elusione della normativa, che nell'ottica del legislatore costituiscono un ritorno ad una minore tutela del lavoratore, come era avvenuto in precedenza con la "*locatio operarum*", vengono sanzionati con la conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato fin dalla data della prima assunzione (art. 2, comma 2, legge 230/62), oltre che con una pena pecuniaria, a carico del datore di lavoro.

L'art. 10 della legge 230/62 rinvia a disposizioni successive di adeguamento dei contratti di lavoro a tempo determinato per il settore del pubblico impiego.

Questa norma di chiusura tiene conto della differente modalità di assunzione fra settore pubblico e privato; infatti, mentre nel settore privato si procedeva all'assunzione mediante avviamento, in un primo periodo, con richiesta numerica (legge n. 264/49), successivamente con richiesta nominativa (art. 25, legge n. 223/91) e, poi, con richiesta diretta (art. 9 bis, legge 608/96), nel settore pubblico si accede all'impiego mediante pubblico concorso, salvo eccezioni per le

assunzioni di personale da inquadrare in profili professionali corrispondenti alla *ex* carriera esecutiva e per le assunzioni obbligatorie.

L'esigenza di una norma di chiusura, invero, che prevedesse l'introduzione di una disciplina parzialmente differente risiede nella natura giuridica su cui poggiano il rapporto di lavoro pubblico e privato.

Al riguardo, è bene rammentare che i principi costituzionali, da cui derivano le due tipologie di rapporto di lavoro, sono contenuti nell'art. 41 Cost. (per il settore privato) e nell'art. 97 Cost. (per il settore pubblico).

Più precisamente, l'art. 41 Cost. dispone che l'iniziativa economica privata è libera; l'unico limite da rispettare consiste nel non svolgere iniziative economiche in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Il riferimento contenuto nella norma, invero, sebbene sia limitato all'attività di tipo imprenditoriale, individuale o societaria, e sebbene non contempli il settore privato per intero, è, comunque, esemplificativo della attività lavorativa del settore privato, seppure la stessa legge n. 230/62 escluda dal campo di applicazione alcune categorie di lavoratori privati, quali i lavoratori dell'agricoltura.

Ebbene, ai sensi del suddetto art. 41 Cost., l'imprenditore, quale detentore dei mezzi della produzione, può liberamente decidere di assumere il lavoratore che abbia determinate caratteristiche professionali, in quanto non è legato a nessun vincolo finanziario, essendo gestore del proprio denaro.

Nel settore pubblico, invece, il principio è capovolto, in quanto l'art. 97 Cost. prescrive il concorso, quale mezzo di accesso all'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, salvo qualche eccezione.

La motivazione della differente disciplina risiede nella peculiarità dell'amministrazione pubblica, che, come dice lo stesso termine, gestisce la "*res publica*", utilizzando denaro pubblico.

Non è, di conseguenza, possibile che l'accesso al pubblico impiego sia basato sulla chiamata diretta o nominativa o numerica, perché deve essere garantita la legalità e la trasparenza delle modalità di selezione del personale, in quanto, come già detto, la pubblica amministrazione utilizza denaro della collettività.

Da qui consegue la necessaria proceduralizzazione del reclutamento del personale, a partire sin dalle forme di pubblicità del bando di concorso, meglio specificate nel DPR n. 487/94, che regola l'intero *iter* procedurale delle assunzioni di personale di ruolo alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Deve considerarsi, inoltre, che l'esperimento della procedura concorsuale è previsto anche in attuazione ai principi, pure contenuti nello stesso art. 97 Cost., del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione nell'organizzazione degli uffici.

La procedura concorsuale, quindi, garantirebbe di selezionare personale con caratteristiche professionali accertate in sede concorsuale, rispondenti alle esigenze dell'Amministrazione.

Alla luce di queste doverose premesse, occorre adesso esaminare la nuova disciplina del contratto a tempo determinato, contenuta nel D.Lgs n. 368/01.

a) Considerazioni generali in ordine al D.Lgs n. 368/01

Il D.Lgs n. 368/01, emanato in attuazione della direttiva comunitaria 1999/70/CE, ha riordinato l'istituto del contratto di lavoro a tempo determinato, abrogando espressamente la legge n. 230/62, nonché tutte le disposizioni di legge incompatibili con la nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato e che non siano state espressamente richiamate.

Tale decreto legislativo non contiene una norma di raccordo con la disciplina prevista per il pubblico impiego; di conseguenza, è necessaria una interpretazione comparativa tra l'intera normativa sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di cui al D.Lgs n. 165/01 e la nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, di cui al suddetto D.Lgs n. 368/01.

Si deve, innanzitutto, osservare che il D.Lgs n. 368/01 non prevede un campo di applicazione della nuova disciplina; tuttavia, l'art. 10, nell'individuare le categorie di lavoratori escluse dall'applicazione di detta normativa, in quanto destinatari di specifiche normative o, comunque, esclusi in ragione della peculiarità dell'attività lavorativa, non contempla l'ipotesi del contratto a tempo determinato presso la pubblica amministrazione.

Tuttavia, non vi è dubbio che tale decreto legislativo si applichi al pubblico impiego, in quanto, ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs n. 165/01 al pubblico impiego si applica la disciplina del lavoro privato, salvo eccezioni.

Quindi, il D.Lgs n. 368/01 sostituisce la precedente legge n. 230/62, che era applicata al pubblico impiego, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 36 del D.Lgs n. 29/1993 (sostituito dal D.Lgs n.

165/01) e costituisce la nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato anche per le pubbliche amministrazioni.

Al riguardo, è doveroso evidenziare che le novità più significative della nuova disciplina attengono alla introduzione di alcuni istituti, che rappresentano il risultato dell'evoluzione della normativa in materia di lavoro (artt. 3, 6, 7, 8, 9 e 10).

Non viene, invece, modificata la struttura portante della previgente disciplina contenuta nella legge n. 230/62, in relazione ai casi in cui è possibile ricorrere al carattere della temporaneità della durata del contratto di lavoro (artt. 1 e 2), della proroga (art. 4), della scadenza del termine e della successione dei contratti (art. 5), già contenuta nell'art. 12 della legge n. 196/967.

In particolare, l'art. 1 della legge n. 230/62 corrisponde alle ipotesi individuate nei paralleli artt. 1, 2 e 10, comma 7, lett. d), nonché nell'art. 10, comma 4 del D.Lgs n. 368/01.

L'unica differenza tra le due disposizioni (art. 1 lett. a), b), c), e d) della legge n. 230/62 ed artt. 1 e 10, comma 7, lett. d) del D.Lgs n. 368/01) é di carattere terminologico, in quanto la legge n. 230/62 usa termini più precisi, individuando casi specifici, mentre il D.Lgs n. 368/01 consente l'applicazione anche a casi analoghi, come si può evincere dal seguente prospetto:

Legge n. 230 del 1962	Decreto legislativo n. 368 del 2001
Natura dell'attività (art. 1 lett. a)	Ragioni di carattere tecnico (art. 1)
Sostituzione dei lavoratori assenti (art. 1 lett. b)	Ragioni di carattere sostitutivo (art. 1)
Esecuzione di opere a carattere	Ragioni di carattere produttivo

straordinario e occasionale (art. 1 lett. c)	(art. 1)
Lavorazioni a fasi successive, per le quali non vi sia continuità di impiego nell'ambito dell'azienda (art. 1 lett. d)	Ragioni di carattere organizzativo (art. 1)
Assunzioni per specifici spettacoli o specifici programmi radiofonici e televisivi (art. 1 lett. e)	Idem (art. 10, comma 7, lett. d)
Assunzione presso aziende di trasporto aereo (art. 1 lett. f)	Idem (art. 2)
Stipulazione dei contratti di lavoro di durata non superiore a 5 anni con i dirigenti amministrativi e tecnici, i quali possono recedere trascorso un triennio e osservata la disposizione dell'art. 2118 c.c. (art. 4)	Idem non vengono più riportati i termini amministrativi e tecnici dopo la parola dirigenti (art. 10, comma 4)

L'applicazione del D.Lgs n. 368/01 al pubblico impiego non è integrale, in quanto alcune norme non sono riferibili allo stesso per la sua natura, come nel caso dell'art. 5, di cui di seguito verranno esaminate due tipi di interpretazione: la prima tendente all'esclusione della disciplina ivi contenuta nei confronti delle pubbliche amministrazioni e la seconda tendente all'applicazione.

b) Il sistema sanzionatorio dell'art. 5 D.Lgs n. 368/01

Il disposto dell'art. 5, relativo alla conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato *ab origine* o a decorrere dal diverso termine indicato nello stesso art. 5, quale sanzione in caso di prosecuzione del contratto oltre la scadenza (art. 5, comma 2) ovvero in caso di mancata osservanza dei termini di interruzione, qualora vi sia una nuova assunzione dello stesso lavoratore (art. 5, commi 3 e 4) pone problemi interpretativi.

In particolare, in base ad una interpretazione della norma, l'art. 5 non è applicabile nei confronti della pubblica amministrazione, sebbene il D.Lgs n. 368/01 non preveda deroghe espresse alla disciplina *de quo*.

In questi casi, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, la sanzione non comporterebbe in nessun caso la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in quanto l'art. 97 Cost. impedirebbe il verificarsi di un tale effetto.

Infatti, in base al principio della gerarchia delle fonti del diritto, la norma costituzionale è norma primaria e tutte le altre norme di rango inferiore devono essere ad essa conformi.

Pertanto, poiché l'art. 97 Cost. dispone che nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, non è possibile che costituisca valido titolo di accesso la prosecuzione del contratto di lavoro a tempo determinato oltre il termine di scadenza ovvero la mancata osservanza del termine (tra il primo contratto ed il successivo), in caso di nuovo contratto di lavoro a tempo determinato con lo stesso dipendente.

Se, al contrario, la norma fosse applicabile, si sarebbe verificata un'abrogazione implicita dell'art. 36, D.Lgs n. 165/01, concernente

forme flessibili di assunzione e di impiego di personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Di conseguenza, incomberebbe continuamente su ogni Amministrazione la "spada di Damocle", rappresentata dalla sanzione della conversione del contratto di lavoro, anche se la violazione sia stata causata da un comportamento doloso del dipendente, qualora abbia continuato a prestare servizio dopo la scadenza del contratto di lavoro.

In tal caso, l'eventuale dolo verrebbe accertato solo giudizialmente, con evidente aggravio dello svolgimento dell'attività amministrativa, ai danni dell'efficacia e dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Non deve, peraltro, trascurarsi che il D.Lgs n. 368/01 è in attuazione di una direttiva comunitaria, la quale, per consentire una propria applicazione alle diverse realtà normative dei Paesi comunitari, non ha distinto tra lavoro pubblico e lavoro privato (si veda il preambolo dell'allegato alla direttiva comunitaria 1999/70/CE).

Tuttavia, il D.Lgs n. 368/01 non prevede una norma di adeguamento per la disciplina nel settore pubblico, come era previsto nella previgente normativa (art. 10, legge n. 230/62); di conseguenza, l'opera di raccordo sull'applicabilità della nuova disciplina con le norme interne di ciascun Paese comunitario è lasciata all'attività dell'interprete.

Invero, tale previsione non era necessaria, in quanto il D.Lgs n. 368/01 non va ad incidere sulla normativa esistente in materia di accesso al pubblico impiego, contenuta nel D.Lgs n. 165/01, che reca norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ancora vigente, in quanto non rientra nelle disposizioni di legge incompatibili e non espressamente richiamate dal

D.Lgs n. 368/01, abrogate implicitamente dall'art. 11 dello stesso decreto legislativo, per tre ordini di motivi.

In primo luogo, le abrogazioni implicite devono riferirsi unicamente a disposizioni che concernono la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, dal cui novero è escluso il D.Lgs n. 165/01, il quale non disciplina direttamente la materia, ma si limita soltanto ad un richiamo della normativa vigente nel pubblico impiego in ordine al contratto di lavoro a tempo determinato.

In secondo luogo, il D.Lgs n. 165/01 si pone come legge quadro dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, in quanto disciplina in via esclusiva tale rapporto di lavoro, similmente al DPR n. 3/57, che costituiva il testo unico della disciplina del pubblico impiego, quando era configurato come stato giuridico.

Ebbene, sebbene il DPR n. 3/57, a seguito della diversa configurazione giuridica del rapporto di pubblico impiego, sia stato abrogato in parte, le abrogazioni sono intervenute per espressa disposizione normativa successiva, mai implicitamente per effetto di una legge successiva, in quanto costituiva una norma cardine della disciplina del pubblico impiego.

Di conseguenza, non si spiegherebbe come mai, nel caso di specie, il D.Lgs n. 165/01 sarebbe stato parzialmente abrogato da una norma successiva senza previsione espressa.

In terzo luogo, l'entrata in vigore del D.Lgs n. 368/01 non può avere introdotto una nuova modalità di accesso alle pubbliche amministrazioni, mediante la trasformazione *ipso iure* del contratto di lavoro a tempo indeterminato, perché si verificherebbe, ai sensi dell'art. 3 Cost., una ingiustificata parità di trattamento normativo fra lavoratori a

tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, ad eccezione del personale di livello dirigenziale per il quale vigono altre disposizioni.

Più precisamente, i primi verrebbero assunti a tempo determinato secondo le norme che regolano l'assunzione nel settore privato (ad esempio, in virtù di una selezione basata unicamente sul *curriculum vitae*, e solo raramente anche su di un colloquio) e, successivamente, per il solo effetto del sistema sanzionatorio vedrebbero trasformato il loro rapporto di lavoro a tempo indeterminato; i secondi, viceversa, continuerebbero ad essere previamente sottoposti a concorsi pubblici per essere assunti presso una pubblica amministrazione con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Né, d'altro canto, avrebbe rilievo argomentare che la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego abbia comportato una equiparazione *in toto* della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione a quella propria del settore privato, in quanto tale contrattualizzazione non ha riguardato la privatizzazione delle pubbliche amministrazioni, ma soltanto una diversa disciplina dello stesso rapporto di lavoro pubblico.

Pertanto, resta ancora oggi valida la diversa funzione degli artt. 41 e 97 Cost., per le ragioni innanzi esposte, e continua ad applicarsi l'art. 97 Cost. in materia di accesso al pubblico impiego.

Per tutto quello che precede si deve, al contrario, ritenere che l'art. 36 D.Lgs n. 165/01 continua ad essere in vigore nella sua composizione attuale (commi 1 e 2), con l'unica variante al comma 1 dei richiami delle disposizioni che disciplinano il contratto di lavoro a tempo determinato.

Pertanto, il suddetto art. 36 sarebbe così riscritto: il D.Lgs n. 368/01 si andrebbe a collocare al primo comma, al posto della legge n. 230/62 e dell'art. 23, legge n. 56/87 (espressamente abrogate dallo

stesso D.Lgs n. 368/01); il secondo comma continuerebbe a disporre la disciplina sanzionatoria derogatoria propria delle pubbliche amministrazioni, secondo cui la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori con contratto di lavoro a tempo determinato non può comportare la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in virtù del principio contenuto nell'art. 97 Cost.

Inoltre, in virtù del disposto dell'art. 36, comma 2, D.Lgs n. 165/01 è impedita la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il personale con contratto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Di conseguenza, non si applica al rapporto di lavoro pubblico a tempo determinato il sistema sanzionatorio, di cui all'art. 5, commi 2, 3, e 4, D.Lgs n. 368/01.

L'art. 36, comma 2, D.Lgs n. 165/01, tuttavia, fa salva la responsabilità della pubblica amministrazione a risarcire al lavoratore il danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e l'obbligo delle stesse amministrazioni di recuperare le somme pagate nei confronti dei dirigenti responsabili per dolo o colpa grave.

Infine, lo stesso art. 36, comma 1, D.Lgs n. 165/01 contiene un inciso, secondo il quale le amministrazioni pubbliche si avvalgono di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale "nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti" (*rectius* di cui all'articolo precedente), relativo al personale a tempo indeterminato.

Di conseguenza, il D.Lgs n. 368/01 verrebbe applicato in caso di contratto di lavoro a tempo determinato presso le pubbliche amministrazioni, ivi compresa la disciplina della durata massima del

contratto di lavoro, di cui agli artt. 4 e 10, comma 4 (*infra* sezione c), ad eccezione dell'art. 5, commi 2, 3 e 4.

L'art. 5, D.Lgs n. 368/01 consente un'ulteriore ipotesi interpretativa, sempre coordinata con il disposto dell'art. 97 Cost., nonché dell'art. 3 Cost.

Come innanzi detto, l'art. 97 Cost. dispone che l'accesso al pubblico impiego avviene mediante concorso, senza distinguere tra la disciplina del rapporto di lavoro instaurato con contratto a tempo determinato e quella del rapporto di lavoro instaurato con contratto a tempo indeterminato.

Di conseguenza, le pubbliche amministrazioni si possono avvalere della medesima procedura concorsuale per qualsiasi forma di reclutamento di personale, al fine di garantire non solo la trasparenza dell'attività amministrativa, ma anche la parità di trattamento normativo tra dipendenti a tempo determinato e dipendenti a tempo indeterminato (art. 3 Cost.).

Tale procedura concorsuale potrebbe essere quella prevista dal DPR n. 487/94, concorso per esami, o quella prevista per selezionare i contrattisti.

Una eventuale violazione delle disposizioni contenute nell'art. 5, D.Lgs n. 368/01 determinerebbe la conversione del rapporto di lavoro, mediante un provvedimento ricognitivo dell'Amministrazione di formalizzazione dell'avvenuta conversione, senza comportare, peraltro, alcuna discriminazione di trattamento normativo nei confronti del personale di ruolo, ovvero il risarcimento di un eventuale danno subito dai lavoratori con contratto di lavoro a tempo determinato o azioni di responsabilità verso i dirigenti.

In tal caso, l'art. 36, D.Lgs n. 165/01 verrebbe abrogato *in toto*, per effetto dell'art. 11, D.Lgs n. 368/01, in quanto incompatibile con la

nuova disciplina del contratto a tempo determinato e non espressamente richiamato.

Di conseguenza, l'Amministrazione, qualora intenda valersi di forme flessibili di lavoro oltre la scadenza del termine iniziale o successivamente prorogato, converte il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, semplicemente non osservando le disposizioni dell'art. 5, D.Lgs n. 368/01.

Tuttavia, è bene sottolineare che, probabilmente, verrebbe completamente disatteso l'intento del legislatore, che con il D.Lgs n. 368/01 non ha inteso equiparare la forma del contratto di lavoro a tempo determinato con quella del lavoro a tempo indeterminato, ma ha avuto come scopo principale la previsione di una tutela più rafforzata in particolare nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, quale parte debole del contratto di lavoro.

Infatti, tale decreto legislativo ha introdotto una disciplina molto restrittiva del contratto di lavoro a tempo determinato, quale risulta sia dalle ipotesi in cui si può ricorrere a tale forma di contratto, che sono espressamente individuate (artt. 1, 2 e 10, comma 7, lett. d), sia dalla durata massima di tale contratto di lavoro, che è stata ridotta a tre anni³ (mentre in passato per il comparto della ricerca era di cinque anni), comprensiva della proroga ammissibile una sola volta e richiesta per ragioni oggettive, nonché per la stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato e con il consenso del lavoratore.

³ E', comunque, possibile, in base ad una lettura *a contrario* dell'art. 4, D.Lgs n. 368/01, che la durata del contratto di lavoro a tempo determinato sia superiore a tre anni.

c) Gli aspetti applicativi del D.Lgs n. 368/01 in Istat

In base alla nuova normativa, la disciplina del contratto a tempo determinato è configurata nel modo seguente:

- a) **ipotesi** in cui è ammesso stipulare il contratto a termine:
 1. esigenze di carattere tecnico
 2. esigenze di carattere produttivo
 3. esigenze di carattere organizzativo
 4. esigenze di carattere sostitutivo
- b) la **durata** del primo contratto di lavoro può essere inferiore a tre anni; in tal caso la durata massima è di 3 anni; qualora la durata del primo contratto è superiore a tre anni, non può essere prorogato;
- c) la **proroga**:
 1. è ammessa una sola volta, a condizione che la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni
 2. vi devono essere ragioni oggettive
 3. deve riferirsi alla stessa attività
 4. è necessario il consenso del lavoratore
- d) costituisce **riassunzione** sia il mutamento dell'attività (intendendosi per tale il mutamento dei progetti), sia il mutamento di livello; in tal caso, si deve rispettare il termine di interruzione del rapporto di lavoro di 20 giorni, se il contratto precedente è di durata superiore a 6 mesi.

Con riferimento al punto c), preme sottolineare ulteriormente, dal momento che il limite massimo della durata del contratto di lavoro a tempo determinato è di tre anni, che una eventuale proroga è ammessa soltanto se la durata iniziale risulti inferiore a tale limite (invalicabile) e

per una sola volta; ciò sta a significare che se la durata iniziale è di un anno e la proroga è di un altro anno, non è ammissibile una ulteriore proroga fino al compimento del triennio.

La compatibilità con le disposizioni contrattuali:

a) Considerazioni di carattere generale

L'art. 11, comma 1, D.Lgs n. 368/01 contempla, oltre alle abrogazioni espresse, ulteriori abrogazioni, che possiamo definire implicite, in quanto non espressamente individuate.

L'abrogazione implicita, invero, riguarda, secondo la lettera della norma, "tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo".

Di conseguenza, la normativa contrattuale attuale (art. 23, DPR n. 171/91, per livelli I/III ed art. 15 del CCNL 1994/97, per i livelli IV/X), che costituisce la disciplina di riferimento per i contratti a tempo determinato stipulati dall'Istituto, in attesa della sottoscrizione del nuovo CCNL del comparto della ricerca, deve ritenersi abrogata per non essere stata espressamente richiamata.

Secondo dette disposizioni l'Istituto poteva fare ricorso a tali forme contrattuali di lavoro, entro percentuali ben definite dagli stessi CCNL in relazione alla dotazione organica (10%), unicamente per lo svolgimento di programmi di ricerca e per la gestione di infrastrutture tecniche complesse.

Del resto, non si può ritenere che la previgente normativa continua ad essere vigente, nemmeno facendo riferimento all'art. 2, comma 2, D.Lgs n. 165/01, in quanto l'eventuale deroga alla disciplina generale di una materia è consentita soltanto quando ricorrono le seguenti condizioni:

- a. che la materia sia regolata soltanto per il pubblico impiego;

- b. che la stessa normativa non escluda espressamente la deroga;
- c. che i contratti collettivi siano successivi al decreto legislativo medesimo.

Tali condizioni non sussistono nel caso di specie, essenzialmente in quanto il D.Lgs n. 368/01 non è limitato al pubblico impiego.

Né si può affermare la sopravvivenza delle disposizioni contrattuali del comparto della ricerca attraverso l'art. 11, comma 2, D.Lgs n. 368/01, secondo cui resta la disciplina contenuta nei CCNL, in quanto, da una parte, la norma fa riferimento a CCNL stipulati ai sensi della legge n. 56/87, nonché vigenti alla data di entrata in vigore e, dall'altra parte, la disciplina contenuta in detti CCNL resta efficace fino alla scadenza dei medesimi CCNL, la quale, nel caso del CCNL del comparto della ricerca attualmente applicato è già avvenuta nel 1997.

b) I contratti ex art. 11 D.Lgs n. 19/99

Un altro caso di compatibilità si pone fra la disciplina contenuta nel D.Lgs n. 368/01 e la disciplina contenuta nell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01.

L'art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL di comparto per il quadriennio 1998/01, dispone che la disciplina generale per le assunzioni a tempo determinato è contenuta nelle disposizioni vigenti, ivi comprese quelle relative ai contratti, di cui al D.Lgs n. 19/99, che reca norme inerenti al CNR.

Secondo una lettura dell'art. 20, quindi, sembrerebbe che il D.Lgs n. 19/99 estenda a tutti gli enti di ricerca e, quindi, anche all'Istat, la possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato, ai sensi dell'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 19/99, secondo cui i ricercatori e coloro che svolgono attività tecnologica (profilo di tecnologi e collaboratori enti

di ricerca), possono stipulare contratti della durata non superiore a 3 anni, rinnovabili una sola volta.

In base all'art. 11, comma 3, lett. a) del D.Lgs n. 19/99, le assunzioni di ricercatori e tecnologi sono effettuate sulla base di un regolamento dell'ente di ricerca, tenendo conto dei criteri dello stesso decreto legislativo, secondo i quali l'ente di ricerca può:

- a) stipulare contratti a termine per esigenze temporanee connesse ad attività programmate;
- b) stipulare contratti di lavoro per attività di ricerca scientifica e tecnologica, di durata non superiore a 3 anni, rinnovabili una sola volta.

La norma non dispone se vi debba essere l'interruzione del rapporto di lavoro tra i due contratti; tuttavia, sarebbe opportuno, in base al D.Lgs n. 368/01, prevedere una interruzione, in quanto trattasi di regola generale.

Circa il termine di permanenza massima in Istituto dei contrattisti inquadrabili nelle ipotesi *sub b)*, si rinvia a quanto verrà specificato *infra* riguardo alla riassunzione.

Resterebbe, tuttavia, priva di limiti temporali l'ipotesi *sub a)*, che sembrerebbe riferirsi a situazioni di tipo eccezionale, per consentire l'effettivo svolgimento di attività programmate.

Pertanto, si potrebbe ritenere che per la natura di tali contratti collegati alla temporaneità della situazione, potrebbero essere stipulati solo contratti di durata inferiore al triennio.

Inoltre, sarebbe opportuno non ammettere rinnovi, non solo perché la norma non dispone espressamente la possibilità del rinnovo, come accade per l'ipotesi *sub b)*, ma soprattutto perché si tratta di esigenze temporanee per svolgere attività programmate.

Bisogna porre attenzione alle attività che possono svolgere tali contrattisti, in quanto in base alla formulazione della norma sarebbero ammissibili anche attività di tipo istituzionale, in quanto la norma fa riferimento per le ipotesi *sub a)* e per le ipotesi *sub b)* ad attività di ricerca e tecnologiche, che sono attività tipiche di un ente di ricerca.

Infatti, la necessità di assumere personale in presenza di attività programmate, può derivare anche da impossibilità di assumere personale a tempo indeterminato, ad esempio a causa di vincoli derivanti dalle leggi (spesso dalla legge finanziaria).

Con riferimento ai profili professionali si ritiene che non vi siano preclusioni per nessuna tipologia, in assenza di espressa indicazione della disposizione in esame.

L'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 19/99, così come formulato, non risulta essere incompatibile con la disciplina contenuta nel D.Lgs n. 368/01.

Tuttavia, non è pacifica l'applicabilità del suddetto art. 11, comma 3 all'interno del comparto della ricerca, in quanto, qualora la norma fosse interpretata in senso restrittivo, i contratti di cui al D.Lgs n. 19/99 sarebbero unicamente quelli che può stipulare il CNR, al quale detto decreto legislativo si riferisce.

Di conseguenza, questo ulteriore canale di assunzione a tempo determinato continuerebbe a restare esclusivo del CNR; ma, se così fosse, sarebbe stato del tutto superfluo richiamare tale disciplina nel CCNL di comparto, considerato che il D.Lgs n. 19/99 è stato emanato appositamente per il CNR.

Si potrebbe anche ritenere che il richiamo del decreto legislativo sia in senso enfatico per sottolineare che il medesimo continua a trovare applicazione; tuttavia, tale affermazione risulterebbe tautologica, essendo la legge vigente fino a che non venga abrogata

espressamente o implicitamente per effetto di una nuova legge e non a seguito di un nuovo contratto collettivo.

Sembrerebbe, inoltre, che tale tesi non potrebbe essere acclarata nemmeno ai sensi dell'art. 2, comma 2, D.Lgs n. 165/01, secondo cui i contratti collettivi possono derogare a disposizioni di legge che si applichino ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, perché, sebbene il D.Lgs n. 19/99 si applica soltanto ai dipendenti di un ente pubblico, il CCNL non dispone norme in deroga, ma al contrario, è confermativo della disciplina vigente.

Pertanto, si potrebbe ritenere che l'espressione contenuta nell'art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01, "contratti di cui al D.Lgs n. 19/99" sia riferita a tutti gli enti di ricerca, in quanto l'intento delle parti contrattuali è stato nel senso di voler estendere al comparto della ricerca la disciplina del CNR.

Invero, una riflessione ulteriore merita la terminologia utilizzata nell'art. 20, citato, secondo cui ai fini delle assunzioni a tempo determinato si rinvia alle disposizioni relative ai contratti di cui al D.Lgs n. 19/99.

Come si può notare, la terminologia utilizzata è alquanto generica, perché costringe il lettore ad un'attività ermeneutica dell'intero D.Lgs n. 19/99 per estrapolare la disposizione in materia di assunzioni a tempo determinato, che è contenuta nell'art. 11, comma 3, lett. a).

Quello che si vuole mettere in evidenza è che non è immediato il riferimento normativo; tuttavia, il riferimento è all'art. 11 del D.Lgs n. 19/99, che è l'unica norma relativa al personale, non venendo in rilievo altri articoli del medesimo decreto legislativo.

In ogni caso, è bene sottolineare che in altre disposizioni dell'ipotesi di accordo del CCNL di comparto il riferimento all'art. 11 del

D.Lgs n. 19/99 è espresso (*cf.* art. 63 dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca in materia di assunzioni a tempo indeterminato di ricercatori e tecnologi).

Al riguardo, si potrebbe ritenere che il riferimento espresso all'art. 11 si è reso necessario, in quanto l'art. 63 si pone quale fonte normativa esclusiva di regolamentazione dell'accesso al III livello di ricercatore e tecnologo; viceversa, nel caso di assunzioni a tempo determinato si pone come fonte normativa ulteriore di regolamentazione di tali assunzioni, essendo in tal senso l'espressione "ivi comprese".

Pertanto, ai sensi dell'art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL di comparto sembrerebbe che le assunzioni sono effettuate sulla base delle disposizioni vigenti e sulla base del D.Lgs n. 19/99.

Invero, l'espressione "disposizioni vigenti" è il frutto di una sintesi di una precedente formulazione dell'art. 20, nella quale le disposizioni vigenti erano esplicitate nella legge n. 230/62 (oggi D.Lgs n. 368/01) e nella trascrizione dell'art. 23 del DPR n. 171/91, stabilendo il limite massimo per ogni contrattista di permanenza in Istituto nella misura di 5 anni.

La mancata espressa menzione di tali disposizioni comporta che per disposizioni vigenti siano da intendersi unicamente quelle contenute nel D.Lgs n. 368/01 e, relativamente ai ricercatori, tecnologi e collaboratori enti di ricerca, quelle contenute nell'art. 11 del D.Lgs n. 19/99, qualora si acceda alla tesi della applicazione di tale norma al comparto della ricerca.

Resta, viceversa, abrogata la disciplina contenuta nell'art. 23 DPR n. 171/91, che non potrà ritenersi come disposizione vigente (dopo la sottoscrizione del nuovo CCNL del comparto della ricerca), perché sin dalla bozza non era semplicemente richiamata come disposizione vigente, ma si era reso necessario trascriverla nel testo contrattuale.

I limiti percentuali

Una considerazione specifica merita il problema del limite percentuale del personale a tempo determinato rispetto alla dotazione organica, già previsto dalla disciplina contrattuale di comparto (10%).

L'art. 10, comma 7, D.Lgs n. 368/01 rinvia la definizione dei limiti quantitativi ai CCNL comparativamente più rappresentativi; tuttavia, non risulta che allo stato attuale l'ipotesi di accordo del CCNL di comparto preveda limiti quantitativi.

Pertanto, in assenza di limiti predefiniti (il CCNL vigente è in scadenza; il CCNL *in itinere* non vi fa alcun cenno per scelta o per omissione) sarebbe opportuno sia prevedere, comunque, un limite percentuale, soprattutto quando si utilizzano fondi del bilancio ordinario, sia continuare ad assumere personale a tempo determinato in riferimento a singoli progetti finanziati, anche se non vi è un espresso riferimento nella nuova disciplina in tal senso.

A tal proposito, va rammentato che la pubblica amministrazione per svolgere l'attività istituzionale (che è un'attività pubblica e non privata) deve avvalersi in via ordinaria di personale a tempo indeterminato; infatti, la nuova disciplina, nel consentire il ricorso ai contratti a tempo determinato, individua sempre le ipotesi in cui ciò è possibile.

Peraltro, se fosse consentito in via ordinaria lo svolgimento dell'attività istituzionale anche con personale con contratto di lavoro a tempo determinato, non sarebbe stata necessaria l'individuazione delle ipotesi in cui vi si può fare ricorso.

Invero, l'utilizzo di personale a tempo determinato per svolgere attività istituzionale è ammesso solo per far fronte ad attività programmate in presenza di "blocchi" delle assunzioni a tempo indeterminato disposte mediante legge (spesso con legge finanziaria).

Tuttavia, non deve trascurarsi il fatto che i lavoratori a tempo determinato non sono equiparati, dalla disciplina in esame, ai dipendenti di ruolo, in quanto nei loro confronti non matura né l'anzianità di servizio (per una eventuale progressione di carriera), né l'anzianità ai fini della progressione delle fasce stipendiali, per i livelli I/III (per la quale sono richiesti 5 anni).

In particolare, la norma in esame non introduce una equiparazione dell'intero trattamento normativo ed economico fra dipendenti a tempo indeterminato e dipendenti a tempo determinato, neanche in relazione alle modalità di accesso al pubblico impiego, né potrebbe interpretarsi in senso contrario dalla lettura dell'art. 6 D.Lgs n. 368/01.

Conseguentemente, non è ipotizzabile ritenere che il D.Lgs n. 368/01 abbia liberalizzato per la pubblica amministrazione l'assunzione di personale a termine, in quanto se così fosse, la disciplina ivi contenuta risulterebbe del tutto carente.

La proroga

L'art. 4 del D.Lgs n. 368/01 dispone che la proroga del contratto di lavoro è ammessa una sola volta e solo nel caso di durata inferiore a tre anni del contratto medesimo, per svolgere la stessa attività del primo contratto.

Si pone il problema della disciplina della proroga per i contratti in essere, per i quali non viene disposto nulla, in quanto l'art. 11, comma 3 non fa salva l'intera disciplina previgente in relazione alla durata massima del contratto di lavoro a tempo determinato, ovvero alla proroga, ma solo quella parte della disciplina, che si riferisce ai contratti già stipulati e fino al compimento del termine, che costituisce la naturale scadenza del contratto di lavoro a tempo determinato.

Di conseguenza, la disciplina della proroga è regolata dalle norme dell'art. 4, D.Lgs n. 368/01 e non dalla previgente normativa.

Pertanto, la proroga, per la sua natura giuridica, non può essere ammessa per i contratti di durata superiore a tre anni, anche se i contratti di lavoro in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina contengano clausole espresse in tal senso.

Infatti, la proroga consiste nella prosecuzione del contratto in essere senza soluzione di continuità, dopo la scadenza; essa è un'aspettativa e non in un diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto di lavoro ed è subordinata, in base alla nuova disciplina, alla sussistenza di esigenze oggettive dell'Amministrazione, riferite alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato.

Tuttavia, è opportuno osservare che la norma non dispone nulla in ordine alla durata della proroga, ponendo solo il limite complessivo invalicabile rappresentato dal compimento del triennio.

Al riguardo, si rileva che la proroga non deve essere tale da porsi a completamento del periodo mancante per il raggiungimento del triennio, ma deve tenere conto della natura del contratto a termine; di conseguenza, non si può ritenere che un contratto originario di durata pari o inferiore all'anno possa essere prorogato per due anni, in quanto è opportuno che ci sia una certa proporzione tra la durata del primo contratto e la durata del contratto prorogato.

Più precisamente, sarebbe conforme allo spirito della nuova disciplina che il contratto prorogato non sia di durata superiore al primo contratto, in quanto l'art. 4 del D.Lgs n. 368/01 dispone come regola che la proroga è ammessa una sola volta; il limite del triennio si riferisce unicamente a quei contratti di lavoro, rari, di lunga durata, i quali, se prorogati, potrebbero superare il triennio.

Infatti, nel settore privato è frequente che i contratti di lavoro a tempo determinato abbiano durata molto breve, anche inferiore all'anno.

Quindi, nell'esame della nuova disciplina, bisognerebbe distaccarsi dalla logica che ha governato in precedenza la materia del rapporto di lavoro a tempo determinato, per evitare che la nuova disciplina si trasformi in un adattamento alla prassi esistente.

Peraltro, trattandosi della medesima attività, sarebbe contraddittorio che la proroga abbia una durata maggiore del primo contratto, dato che si pone a completamento della stessa attività.

Pertanto, sarebbe opportuno che la proroga non sia di durata superiore alla durata del contratto originario, anche se tale limite, contenuto nella legge n. 230/62, non è stato espressamente ripreso dalla nuova normativa.

La riassunzione

Il D.Lgs n. 368/01 non introduce un termine massimo di permanenza del lavoratore a tempo determinato alle dipendenze dello stesso datore di lavoro, per cui si potrebbe ritenere che è possibile riassumere più volte, in assenza di vincoli espressamente previsti dalla legge.

Tuttavia, tale termine deve essere estrapolato dall'esame della normativa vigente per le considerazioni di seguito svolte.

Innanzitutto, si nutre qualche perplessità circa la possibilità che l'Amministrazione possa riassumere con contratto a tempo determinato i lavoratori che abbiano già concluso il triennio, dando inizio in tal modo ad un nuovo ciclo triennale senza limite temporale al numero delle riassunzioni, perché ciò rappresenterebbe una elusione della *ratio* della normativa del lavoro a tempo determinato, consolidatasi negli anni; così

operando, si verificherebbe, infatti, una diminuzione della tutela giuridica accordata al lavoratore subordinato a termine.

Infatti, ammettere tale possibilità significherebbe investire l'amministrazione pubblica della potestà (stante l'assenza di particolari vincoli nella legislazione vigente) di riassumere o meno la stessa persona che abbia già lavorato per tre anni con la stessa Amministrazione, senza alcun obbligo di motivare tale decisione a fronte, invece, di un preciso obbligo in tal senso, nel caso di recesso, per i dipendenti di ruolo, che avviene, come è noto, mediante un provvedimento motivato e con il rispetto dei termini del preavviso.

Peraltro, non si deve trascurare che tutta la normativa relativa alle forme flessibili di lavoro è ispirata ad incrementare l'occupazione giovanile, in attesa di un inserimento più stabile nel mondo del lavoro.

In secondo luogo, anche in presenza di un'interpretazione più permissiva, sarebbe buona norma di cautela evitare più riassunzioni senza limiti temporali; è ipotizzabile, infatti, che ciò potrebbe costituire il presupposto di un eventuale contenzioso, soprattutto se si considera sia il fatto che il rapporto di lavoro a tempo determinato continua ad avere un carattere di eccezionalità, sia il fatto che possono verificarsi ipotesi, neanche tanto infrequenti, in cui i dipendenti con contratto a tempo determinato abbiano svolto di fatto l'attività istituzionale.

In via di ulteriore cautela, anche a voler perseguire l'ipotesi delle riassunzioni ripetute con la stessa persona, sarebbe, comunque, opportuno farle precedere sempre da nuovi contratti e utilizzare procedure di selezione conformi a quelle previste per l'assunzione di personale a tempo indeterminato, a parità di livello professionale.

Del resto, la clausola n. 5 dell'allegato accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della stessa direttiva comunitaria n. 1999/70/CE, che è parte integrante della stessa, stabilisce che "per prevenire gli

abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti gli stati membri ... dovranno introdurre ... una o più misure relative alla durata massima e al numero dei rinnovi dei suddetti contratti".

Tali limiti sono contenuti anche nella normativa nazionale, deducibili attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 19/99, emanato per riordinare l'assetto organizzativo del CNR.

Tale norma, che dispone norme relative al personale anche assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca per il quadriennio 1998/2001, secondo una lettura della stessa, è stata estesa a tutti gli enti di ricerca, all'interno dei quali è presente anche l'Istat.

Qualora questa disciplina venisse acclarata, i ricercatori e coloro che svolgono attività tecnologica (profilo di tecnologi e collaboratori enti di ricerca), possono stipulare contratti della durata non superiore a 3 anni, rinnovabili una sola volta.

Come si può notare, la durata massima del primo contratto non deve eccedere i 3 anni; il rinnovo è ammesso una sola volta, ma non viene specificata la durata massima di permanenza del lavoratore alle dipendenze dell'Amministrazione.

Ai fini dell'individuazione del termine massimo di permanenza in Istituto dei contrattisti, si potrebbe sostenere che tale termine sia pari a sei anni, come di seguito ripartiti: tre anni relativi al primo contratto (comprensivo di eventuali proroghe) e tre anni relativi al rinnovo, il quale, ai sensi dell'art. 11, comma 3 D.Lgs n. 19/99, è possibile per una durata non superiore alla durata del primo contratto, che non può superare tre anni.

La norma si riferisce ai ricercatori e a coloro che svolgono attività tecnologica (profilo di tecnologi e collaboratori enti di ricerca), ai quali i contratti di lavoro a tempo determinato dell'Istituto sono diretti.

Quindi, il termine massimo di permanenza alle dipendenze dell'Istituto sarebbe deducibile da una norma contrattuale (art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1998/01), che rinvia ad una disposizione legislativa (art. 11, comma 3, D.Lgs n. 19/99).

La conversione del contratto a tempo indeterminato

L'art. 5, comma 3, D.Lgs n. 368/01 dispone che la mancata interruzione del rapporto di lavoro per un periodo non inferiore a 20 giorni, in caso di contratto di lavoro di durata superiore a sei mesi, prima di procedere alla riassunzione del lavoratore è sanzionata con la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In effetti, tale sanzione non può trovare applicazione nei confronti della pubblica amministrazione, in quanto, come già chiarito, l'art. 97 Cost. sancisce in maniera inequivocabile che l'accesso nei ruoli della pubblica amministrazione avviene mediante superamento di apposito concorso.

Di conseguenza, in attuazione al disposto costituzionale e in deroga alla disciplina generale del contratto a tempo determinato, l'art. 36, comma 2, D.Lgs n. 165/01 dispone che la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori comporta per l'Amministrazione soltanto l'obbligo del risarcimento del danno in favore del dipendente.

Peraltro, la conversione del contratto di lavoro era già contenuta nell'art. 2 della previgente legge n. 230/62 (così come modificato

dall'art. 12 della legge n. 196/97) e non risultava essere in contrasto con la possibilità per la pubblica amministrazione di avvalersi di forme flessibili di assunzione, in quanto non comportava la conversione del contratto di lavoro.

Il personale dirigenziale

Una disposizione parzialmente diversa del rapporto di lavoro a tempo determinato è contenuta nell'art. 10, comma 4 per il personale di livello dirigenziale, per il quale la disciplina non muta rispetto a quanto già disposto dall'art. 4 della legge n. 230/62, in quanto espressamente esclusi dal campo di applicazione della nuova disciplina, salvo l'applicazione degli artt. 6 (relativo al principio di non discriminazione) e 8 (relativo ai criteri di computo).

Di conseguenza, la durata massima del contratto di lavoro a tempo determinato è di cinque anni, con possibilità di recedere, decorso il primo triennio, osservando i termini di preavviso, di cui all'art. 2118 c.c.

Anche nei confronti dei dirigenti, quindi, trova applicazione l'art. 28, D.Lgs n. 165/01, secondo cui l'accesso alla dirigenza di ruolo nelle amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente mediante concorso per esami.

Quanto al termine "dirigenti", si ritiene che sia comprensivo dei dirigenti generali e non, sia amministrativi sia tecnici; qualche dubbio si pone per i ricercatori e tecnologi, che, ai sensi dell'art. 11, comma 4, lett. d) della legge n. 59/97 sono tenuti distinti dai dirigenti.

Circa le ragioni per le quali possono essere assunti, si rileva che l'art. 10, comma 4, D.Lgs n. 368/01 non fornisce indicazioni; in ogni caso, si ritiene che deve trattarsi di attività straordinarie.

Al riguardo, si evidenzia che all'interno del regolamento dell'Istituto, approvato con DPCM del 1 agosto 2000, vi è l'art. 7, comma 9, secondo cui è ammesso ricorrere a strutture transitorie per svolgere specifici progetti, configurando tali strutture come centri di responsabilità.

La disciplina transitoria

L'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 368/01 detta la disciplina transitoria per i contratti di lavoro esistenti al tempo dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

E' doveroso sottolineare che la norma in esame è molto sintetica e non contempla i diversi casi che potrebbero configurarsi; infatti, la norma recita: "I contratti di lavoro a tempo determinato definiti in attuazione della normativa previgente continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza".

Pertanto, mediante lettura *a contrario* dell'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 368/01, si evince che la nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato è applicabile a decorrere dalla stipulazione dei nuovi contratti individuali di lavoro, con le seguenti precisazioni.

Nel periodo transitorio l'art. 15 del CCNL di comparto 1994/97 e l'art. 23 del DPR n. 171/91, che contengono la vecchia disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato in Istat, continuano a trovare applicazione soltanto per i dipendenti il cui contratto di lavoro a tempo determinato era sin dall'inizio della durata di 5 anni o, sebbene siano stati superati i tre anni, la proroga sia intervenuta prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

In questo secondo caso, però, il contratto cessa i suoi effetti con il compimento del termine prorogato, a prescindere dal raggiungimento del quinquennio; in altri termini, se il contratto di lavoro a tempo

determinato aveva una durata iniziale di tre anni, successivamente prorogata di un anno (per un totale di quattro anni), non verrebbe ulteriormente prorogata fino al raggiungimento del quinquennio, in virtù del disposto dell'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 368/01.

Più precisamente, in base ad una interpretazione letterale di tale disposizione, sembrerebbe che sono sottoposti alla normativa previgente solo i contratti individuali già stipulati alla data di entrata in vigore del D.Lgs 368/01 (24 ottobre 2001); infatti, viene usato il termine "continuano", il che fa intendere che già prima del 24 ottobre 2001 tali contratti dispiegavano i loro effetti.

Tuttavia, la stessa norma dispone anche che i contratti che continuano a dispiegare i loro effetti sono quelli definiti in attuazione della normativa previgente; pertanto, non è necessario che gli stessi siano stati anche sottoscritti.

Quindi, il riferimento alla previgente disciplina opera non solo nei confronti dei contratti stipulati, ma anche di quelli definiti e non ancora resi esecutivi alla data di entrata in vigore del D.Lgs 368/01.

Ebbene, la definizione dei contratti individuali coincide con l'adozione della deliberazione dell'Amministrazione con cui si forma la lista dei candidati idonei, secondo la procedura seguita in Istat; la stipulazione e il conseguente dispiegamento di effetti del contratto individuale dopo l'entrata in vigore del DLgs 368/01 non incide sulla disciplina applicabile, in quanto la sottoscrizione del contratto rappresenta solo l'ultima fase di una fattispecie complessa.

Infatti, nella pubblica amministrazione la conclusione del contratto di lavoro è preceduta da una procedura complessa, che potremmo definire a formazione progressiva, che inizia con l'indizione del bando di selezione pubblica, con cui si stabiliscono gli elementi essenziali del contratto di lavoro che verrà stipulato al termine della procedura con i

candidati selezionati (invito ad offrire), prosegue con la valutazione delle domande di selezione e dei relativi *curricula* (offerta a contrarre) da parte della Commissione esaminatrice e con la successiva scelta di alcuni candidati mediante la deliberazione (proposta contrattuale), con cui si forma la lista dei candidati idonei e si conclude con la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro (accettazione).

Di conseguenza, con la definizione della fase della proposta da parte della pubblica amministrazione, la c.d. trattativa precontrattuale si considera terminata, in quanto gli elementi del contratto di lavoro non sono oggetto di ulteriore modifica, al pari di una opzione, nella quale una parte rimane vincolata alla propria dichiarazione e l'altra ha la facoltà di accettare o meno (art. 1331 c.c.).

D'altro canto, la pubblica amministrazione non può modificare gli elementi del contratto, perché si configurerebbe una disparità di trattamento verso gli altri candidati e non verrebbe garantita l'imparzialità dell'attività amministrativa; né tali elementi del contratto potrebbero essere modificati dal candidato selezionato, neanche con il consenso dell'Amministrazione, in quanto egli non ha potere contrattuale di trattativa, poiché sottoscrive il contratto individuale di lavoro per adesione.

Infatti, il candidato, partecipando al bando di selezione, accetta le clausole indicate nel bando medesimo, definite unilateralmente dalla pubblica amministrazione, quali condizioni generali di contratto e che, successivamente, qualora verrà assunto, confluiranno nel contratto individuale di lavoro.

Pertanto, la sottoscrizione del contratto rappresenta l'atto formale di dispiegamento degli effetti di un contratto definito in precedenza.

Di conseguenza, la normativa da applicare ai contratti di lavoro a tempo determinato per la fase transitoria, ai sensi dell'art. 11, comma 3,

D.Lgs n. 368/01 va individuata tenuto conto del momento in cui è stata adottata la deliberazione con cui si forma la lista dei candidati idonei.

In particolare, la normativa previgente della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato si applica sia ai contratti già sottoscritti alla data del 24 ottobre 2001, sia ai contratti sottoscritti successivamente a tale data, ma definiti prima; viceversa, la nuova disciplina si applica a tutti i contratti definiti a decorrere dal 24 ottobre 2001.

Esemplificazione di alcuni casi

Le ipotesi esemplificative, che rilevano ai sensi dell'art. 11, comma 3, D.Lgs n. 368/01, sono le seguenti:

- I. I contratti a tempo determinato della durata iniziale di 5 anni al momento dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 368/01, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza e non sono sottoposti alla nuova disciplina;
- II. I contratti a tempo determinato della durata iniziale di tre anni e prorogati al momento dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 368/01, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza della proroga e non possono essere ulteriormente prorogati;
- III. I contratti a tempo determinato della durata di tre anni, in scadenza, soggiacciono alla previgente disciplina fino alla scadenza del termine e cessano gli effetti; non possono beneficiare di proroghe oltre il triennio, in quanto sono sottoposti integralmente alla nuova disciplina;

- IV. In caso di nuove assunzioni o di assunzioni dello stesso personale a tempo determinato, il cui contratto abbia una durata non superiore al triennio, si applica la disciplina dell'art. 4, D.Lgs n. 368/01, per cui il termine massimo di durata del contratto di lavoro a tempo determinato è di tre anni;

- V. Ai dirigenti assunti con contratto di lavoro a tempo determinato non si applica la nuova disciplina, in quanto espressamente esclusi dal campo di applicazione della medesima (art. 10, comma 4); i contratti possono prevedere una durata massima di cinque anni, con possibilità di recedere, concessa ai dirigenti, decorso il primo triennio, con l'osservanza dei termini di preavviso, di cui all'art. 2118 c.c.;

- VI. I contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art. 11, D.Lgs n. 19/99 sono compatibili con la disciplina del D.Lgs n. 368/01.

2.2. Il periodo di prova nel contratto a tempo determinato

L'approfondimento attiene alla disciplina da applicare nel caso in cui il candidato assunto con contratto di lavoro a tempo determinato non sia in possesso dei requisiti richiesti nel bando di selezione.

A tal proposito, si osserva che per l'approfondimento si è fatto riferimento alle fonti normative che disciplinano il contratto di lavoro a tempo determinato, che sono sia di tipo legislativo, sia di tipo contrattuale; in relazione a questa ultima fonte, si è inteso prendere quale riferimento l'art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio normativo 1998/01, in quanto di prossima sottoscrizione.

Tale norma non dispone una disciplina specifica per la fattispecie in esame; tuttavia, viene detto esplicitamente che restano ferme le disposizioni vigenti in materia di assunzione a tempo determinato, contenute nel codice civile e nelle leggi speciali.

Sono stati, di conseguenza, esaminati gli istituti relativi al recesso dal contratto di lavoro a tempo determinato, ai fini dell'individuazione della fattispecie concreta.

Al riguardo, l'art. 2119 c.c., dispone che ciascuna delle parti contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo determinato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, neanche provvisoria, del lavoro (c.d. giusta causa di recesso).

La giusta causa, secondo la giurisprudenza maggioritaria, attiene alla mancanza dell'elemento fiduciario fra le parti contrattuali; tale aspetto, però, non si riferisce al possesso dei requisiti.

E' stato esaminato, quindi, il D.Lgs n. 368/01, che, nel disciplinare il contratto di lavoro a tempo determinato, individua, come unica ipotesi

di cessazione del rapporto di lavoro, la scadenza naturale del termine; una risoluzione anticipata del rapporto di lavoro comporterebbe l'accertamento dell'eventuale danno subito da parte dell'altro contraente.

Tale decreto legislativo contiene una sola eccezione nell'art. 10, comma 4, secondo il quale i dirigenti possono essere assunti con contratto di lavoro a tempo determinato per una durata non superiore a cinque anni, con possibilità di recesso da parte degli stessi decorso un triennio, rispettando il termine di preavviso.

Anche tale disposizione normativa, tuttavia, non fornisce alcun ausilio alla individuazione della fattispecie in esame.

Si deve, al riguardo, tenere presente che l'Istat stipula, previa selezione pubblica, contratti a termine per esigenze temporanee connesse a specifiche attività programmate, ovvero ad attività di ricerca scientifica e tecnologica.

La selezione del personale a termine avviene di norma non sulla base di prove concorsuali tipiche per il pubblico impiego (scritti e colloquio), ma sulla base della valutazione del *curriculum vitae*, cui talvolta fa seguito il colloquio; la successiva assunzione si basa sul presupposto che i candidati siano in possesso di una preparazione professionale tale da consentire all'Istituto di far fronte alle esigenze temporanee, non fronteggiabili con il personale già in forza presso l'Istituto.

Viene, pertanto, riconosciuta una professionalità a priori, che prescinde dalla verifica in concreto dei requisiti che i candidati hanno dichiarato di possedere, anche se dopo l'assunzione una formazione, sebbene di breve durata, viene, comunque, prevista.

In assenza di una specifica norma che regolamenti la fattispecie, si rende doveroso avere a riguardo la disciplina generale in materia di

contratto, piuttosto che in materia di rapporto di lavoro, in considerazione del fatto che i contratti di lavoro a termine presso l'Istituto non hanno una durata ridotta, ma molto spesso si protraggono per la durata massima prevista dal CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1994/97, ancora vigente, pari a 5 anni, ridotti a 3 anni dal D.Lgs n. 368/01.

Si deve considerare, inoltre, che l'Istituto fa un uso frequente di tali forme di contratti, soprattutto per far fronte a lavori commissionati e finanziati dall'esterno, alle operazioni censuarie, incidendo in modo consistente sulla percentuale del personale in forza.

Ebbene, ai fini della configurazione della fattispecie in esame, le ipotesi contenute nella disciplina generale in materia di contratti che possono venire in rilievo sono quelle della risoluzione del contratto per inadempimento (art. 1454 c.c.) e dell'annullamento dal contratto per errore nella qualità della persona (art. 1429 n. 3 c.c.).

L'ipotesi di inadempimento sarebbe da ricondurre al caso di chi, sebbene abbia le competenze specifiche, non esegua esattamente il contratto.

L'ipotesi dell'errore nella qualità personale attiene al caso in cui il dipendente, pur avendo dato esecuzione al contratto di lavoro, abbia dimostrato di non avere le capacità e le qualità che venivano richieste dal bando di selezione, che, essendo basato spesso solo sui titoli, non ha consentito un accertamento in concreto preventivo da parte dell'Istituto.

L'art. 1429 c.c. dispone che l'errore ha rilevanza giuridica, qualora sia essenziale e riconoscibile dall'altro contraente.

La riconoscibilità fa riferimento alla possibilità rilevare l'errore quale risulta in relazione alla qualità dei contraenti, utilizzando la normale diligenza.

L'essenzialità, invece, è relativa alla qualità della persona, che è stata determinante del consenso; ciò sta a significare che l'Istituto ha selezionato un candidato piuttosto che un altro per il possesso di determinate qualità dichiarate nel *curriculum vitae*.

Infatti, l'esecuzione dei progetti per i quali vengono assunti i dipendenti hanno scadenze fisse e non permettono all'Istituto di avere personale privo di una preparazione professionale adeguata, requisito, peraltro, richiesto dall'art. 23, del DPR n. 171/91, recante la disciplina del contratto a tempo determinato fino al 31 dicembre 2001, data di validità del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio normativo 1998/01, ad oggi non ancora sottoscritto, in quanto l'art. 20 fa salve le disposizioni normative vigenti.

Tuttavia, ammettere l'annullamento del contratto sarebbe contrario al principio del *favor laboratoris*, comunemente accettato nell'ambito del diritto del lavoro.

Pertanto, a ben guardare, è lo stesso art. 20 dell'ipotesi di accordo del CCNL, sopra citato, a fornire elementi di riflessione, nella parte in cui dispone che al personale con contratto a tempo determinato si applica il trattamento normativo del personale a tempo indeterminato.

Questa disposizione permette di estendere l'istituto del periodo di prova, caratterizzato dal libero recesso, anche al contratto a tempo determinato, sebbene ammettere il periodo di prova, nel caso di personale assunto, ai sensi del suddetto art. 23, contrasterebbe con il requisito dell'esperienza professionale che i contrattisti devono già possedere prima dell'ingresso in Istat e, per questo, sarebbe più opportuno che vi fosse il recesso con preavviso, al fine di consentire ai medesimi di cercare un'altra occupazione.

Nel caso in cui si decidesse di introdurre il periodo di prova, sarebbe opportuno inserire una menzione espressa sia nel bando di

selezione, sia nel contratto individuale di lavoro che verrà sottoscritto dall'assumendo, mediante una clausola specificamente sottoscritta, in quanto relativa a condizioni di maggior sfavore per il contrattista (clausola vessatoria).

Il periodo di prova sarebbe, quindi, subordinato alla verifica delle competenze che i candidati hanno dichiarato di possedere, mediante una valutazione espressa dal responsabile del progetto, da effettuarsi immediatamente dopo l'inizio dell'attività lavorativa.

La verifica costituisce presupposto per attivare la procedura di recesso, che non opera *ipso iure*, in quanto l'Istituto potrebbe anche non avvalersi di tale facoltà.

La decisione nel merito attiene alla discrezionalità amministrativa; deve, comunque, tenersi conto che in base ai principi di efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa, l'Istituto dovrebbe procedere al recesso dal contratto, anche perché il personale privo di idonea preparazione professionale non consente all'Amministrazione di raggiungere gli obiettivi programmati, causando un danno economico all'Amministrazione medesima, con conseguente esercizio dell'azione di regresso nei confronti dei dirigenti responsabili.

Quanto alla durata del periodo di prova, si potrebbe prevedere una durata uguale per tutti i contratti, oppure variabile, in quanto proporzionata alla durata del singolo contratto.

Quindi, al personale a tempo determinato si introdurrebbe l'istituto del periodo di prova, tipico del personale a tempo indeterminato, anche nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale, di cui all'art. 3 della Cost., del trattamento normativo fra le due tipologie di lavoratori.

Infatti, se sono sottoposti a valutazione dell'attività lavorativa e delle capacità professionali i dipendenti a tempo indeterminato, i quali vengono assunti nei ruoli dell'Istituto a seguito di superamento di

specifico concorso pubblico, nel corso del quale è stato accertato il possesso di determinati requisiti professionali, ascrivibili al profilo e livello nel quale il candidato andrà a collocarsi dopo l'assunzione, a maggior ragione deve ammettersi una valutazione delle capacità professionali dei dipendenti a tempo determinato, per i quali l'Istituto non le ha accertate preventivamente, poiché di norma vengono selezionati soltanto sulla base della valutazione dei titoli e, solo raramente, anche del colloquio.

Tali considerazioni valgono ancora di più dopo l'entrata in vigore del D.Lgs n. 368/01, ai sensi del quale non viene richiesta una particolare esperienza professionale del contrattista, il quale molto spesso si trova alla prima esperienza lavorativa ed il contratto a tempo determinato rappresenta un modo per5 introdursi nel mondo del lavoro.

Paragrafo 3.

Sull'ammissibilità delle prove attitudinali nella procedura concorsuale

L'approfondimento ha tratto origine da un quesito pervenuto dal Dipartimento del personale, relativo all'ammissibilità dell'espletamento di prove selettive successivamente allo svolgimento delle prove concorsuali.

In via preliminare, si rileva che l'ordinamento giuridico italiano disciplina in modo puntuale tutta la procedura relativa al reclutamento del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in considerazione della peculiarità della gestione della *res publica*, che, in quanto tale, non consente di gestire in maniera libera (come accade nell'impresa privata) l'attività amministrativa, ma necessita di una regolamentazione imparziale, in modo tale da non lasciare alcuno spazio a forme di arbitrio.

Peraltro, la stessa discrezionalità della pubblica amministrazione ha sempre un fondamento giuridico, che conferisce legittimità alle scelte discrezionali, restando esclusa qualsiasi discrezionalità che esuli dalla prescrizione normativa.

Di questi principi, che trovano applicazione nello svolgimento di tutta l'attività amministrativa, deve tenersi conto nel caso di reclutamento di personale.

In particolare, l'art. 97 Cost. dispone un principio generale, secondo cui l'unica modalità di accesso nel pubblico impiego è costituita dal concorso (salvo le ipotesi di assunzione obbligatoria, ai sensi della legge n. 68/99, e di assunzione diretta per profili professionali appartenenti alla ex carriera esecutiva, ai sensi della legge

n. 608/96); la disciplina delle singole fasi procedurali del reclutamento di personale viene demandata, invece, alla legislazione ordinaria.

L'art. 35, comma 3, lett. a) del D.Lgs n. 165/01, recante norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dispone che nella procedura di reclutamento del personale si possono utilizzare forme di preselezione, al solo fine di garantire l'imparzialità, l'economicità e la celerità dell'espletamento.

Il ricorso a tali forme preselettive, tuttavia, è lasciato alla discrezionalità della stessa pubblica amministrazione, in quanto la norma precisa "ove è opportuno".

Pertanto, si desume che la preselezione non costituisce lo strumento principale di reclutamento del personale, in quanto non è configurata come obbligatoria, ma è lasciata alla libera determinazione di ciascuna pubblica amministrazione.

Il DPR n. 487 del 1994, recante norme in materia di accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni, ammette il ricorso anche a prove selettive o preselettive, ai sensi dell'art. 7, comma 2 bis; esse consistono nella somministrazione di test ai partecipanti al concorso, al fine di ridurre l'elevato numero dei partecipanti medesimi, in quanto tali test, come previsto dagli stessi bandi di concorso, non hanno alcun riflesso sulla votazione complessiva che la Commissione esaminatrice andrà ad assegnare a ciascun candidato.

Infatti, ai sensi del successivo comma 3, il punteggio finale assegnato a ciascun partecipante al concorso è dato dalla somma della votazione conseguita nel colloquio e della media dei voti conseguiti nelle prove scritte.

Si deve tenere presente, inoltre, che l'utilizzo di tali forme di preselezione è solo eventuale, in quanto la norma recita "Le prove di

esame possono (e non devono) essere precedute da forme di preselezione".

La norma, però, nulla dispone in ordine al contenuto della preselezione, riservandolo all'autonoma determinazione di ciascuna pubblica amministrazione.

Al riguardo, si fa presente che in alcuni bandi di concorso sono previste prove preselettive in via facoltativa oppure in via obbligatoria, contenenti quesiti attinenti alle prove scritte ovvero quesiti psico-attitudinali.

In ogni caso, dalla stessa lettera della norma risulta evidente che la preselezione precede sempre lo svolgimento delle prove concorsuali.

In riferimento all'altra ipotesi di selezione, l'art. 1 del DPR n. 487/94 dispone che l'assunzione agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni avviene per concorso pubblico o per selezione mediante lo svolgimento di prove volte all'accertamento dei requisiti del profilo professionale richiesto nel bando.

Come si può facilmente notare, l'utilizzo di forme di selezione attiene unicamente, in relazione al contenuto, all'accertamento del grado di professionalità; viceversa, nessuna indicazione è contenuta circa l'utilizzo di prove selettive di tipo attitudinali.

Inoltre, dalla lettera della norma risulta chiaramente che la prova selettiva è alternativa rispetto a quella concorsuale ed attiene all'espletamento della procedura del reclutamento di personale.

Anche in questo secondo caso, la selezione è relativa alla fase che precede l'assunzione, in quanto dall'esame sistematico dell'intero DPR n. 487/94, si evince che la sequenza delle fasi concorsuali, così come articolato nello stesso decreto, è tale che le prove selettive sono ammesse unicamente nella fase iniziale della procedura del reclutamento.

A conferma di quanto detto, l'art. 17 del decreto in esame non fa riferimento ad ulteriori prove selettive, in quanto dispone soltanto che i candidati dichiarati vincitori sono invitati a prendere servizio, sotto riserva di accertamento dei requisiti prescritti per la nomina e sono assunti nel profilo professionale per il quale risultano essere vincitori.

Anche a voler introdurre i test nella fase successiva all'assunzione si è dell'avviso che tali test non potranno mai essere tendenti a risolvere il costituendo rapporto di lavoro, in quanto colui che è risultato vincitore di pubblico concorso ha un interesse, giuridicamente tutelato, alla nomina in servizio per l'area per cui ha concorso e per la quale l'Amministrazione ha accertato il possesso di determinate conoscenze specifiche di settore.

Inoltre, l'art. 2, comma 1, del decreto considerato, tra i requisiti generali richiesti ai candidati indica unicamente la idoneità fisica, mentre nessun riferimento è contenuto riguardo alla idoneità attitudinale.

Invero, il successivo comma 2 dispone che per l'ammissione a particolari profili professionali gli ordinamenti delle singole amministrazioni possono prescrivere ulteriori requisiti, pur sempre tendenti ad accertare il grado di preparazione professionale dei partecipanti al concorso.

Questa norma, infatti, va coordinata con quanto previsto dall'art. 7, comma 2, il quale dispone che soltanto per l'accesso alle qualifiche funzionali di livello inferiore al settimo (equivalente al VI livello professionale degli enti di ricerca) i bandi di concorso possono stabilire che le prove consistano in test bilanciati da risolvere in un tempo predeterminato ovvero in prove pratiche attitudinali tendenti ad accertare la maturità e la professionalità dei candidati con riferimento alle attività che i medesimi sono chiamati a svolgere.

Diversa è la finalità nel caso di test attitudinali previsti dai bandi di concorso delle forze armate, in cui il ricorso a prove attitudinali è obbligatorio e coincide con la fase iniziale della procedura di reclutamento e mai con la fase dell'assunzione dei vincitori, per le medesime ragioni esposte innanzi.

Tali prove attitudinali mirano a valutare il potenziale e la capacità di ragionamento astratto dei concorrenti, in considerazione della peculiarità del lavoro che i vincitori del concorso andranno a svolgere, consistente nel maneggio di armi da fuoco.

Quindi, da tutto quello che precede, si evince che in nessuna ipotesi considerata sono ammesse selezioni che seguono le ordinarie prove concorsuali, cui subordinare l'assunzione, per cui è doveroso porsi un dubbio di legittimità in relazione alla introduzione di test attitudinali successivamente all'espletamento delle prove concorsuali.

In ultima analisi, si deve considerare che i concorsi pubblici per l'assunzione di personale sono solitamente specifici per area, in quanto vengono banditi a seguito di una ricognizione sulla carenza in organico di determinate figure professionali.

Di conseguenza, si potrebbe prospettare l'utilizzo di test selettivi successivamente allo svolgimento delle prove concorsuali unicamente allo scopo di individuare l'area di assegnazione del neo assunto, nel caso in cui il bando di concorso non abbia previsto un'area specifica.

Inoltre, se si riterrà opportuno introdurre tali test attitudinali si deve tener conto che tale evenienza dovrà essere espressamente prevista nel bando di concorso, per esigenze di trasparenza dell'attività amministrativa, con l'indicazione del momento in cui somministrarli ai candidati.

In sintesi è bene tenere presente, qualora si voglia somministrare i test attitudinali dopo lo svolgimento delle prove concorsuali, le seguenti indicazioni:

- individuazione del momento in cui somministrare i test (prima o dopo la firma del contratto);
- espressa previsione nel bando di concorso della sottoposizione dei vincitori a prove attitudinali successive allo svolgimento delle prove concorsuali;
- adozione di un disciplinare da parte dell'Amministrazione in materia di test attitudinali.

Paragrafo 4.

La riammissione in servizio

L'approfondimento ha tratto origine da alcune richieste pervenute presso la Direzione del personale relativa alla riammissione in servizio.

Al riguardo, si premette che tale istituto è utilizzabile solo da parte di ex dipendenti che abbiano fatto parte dei ruoli dell'Istituto, a prescindere dalla modalità di accesso degli stessi (concorso, chiamata diretta o obbligatoria, mobilità esterna).

L'istruttoria relativa alla riammissione in servizio si compone di più fasi, strutturate come segue: ricostruzione della carriera, esame dei criteri guida stabiliti dall'Amministrazione, esame giuridico.

Ricostruzione della carriera

La prima fase attiene alla ricostruzione della carriera, che consiste nell'esame del fascicolo personale del dipendente cessato, al fine di verificare se la posizione dello stesso sia compatibile con una eventuale riammissione.

In via preliminare, si accerta se il dipendente cessato sia stato di ruolo, se il livello professionale rivestito corrisponda all'attuale inquadramento del personale, ovvero se è necessario procedere ad una equiparazione tabellare con l'inquadramento esistente in precedenza, in quanto, come è noto, con il DPR n. 171/91 il personale dell'Istituto, transitato nel comparto degli enti di ricerca, è stato inquadrato in nuovi profili professionali.

Successivamente si procede all'accertamento della vacanza del posto in organico, che risulta essere la *condicio sine qua non* per la prosecuzione dell'ulteriore istruttoria, in quanto, l'assenza di

disponibilità in organico preclude ogni ulteriore valutazione e definisce il procedimento (art. 132 DPR n. 3/57).

In caso di vacanza in organico, si analizza il comportamento del dipendente sotto il profilo dell'opportunità di una eventuale riammissione, esaminando la causa di cessazione del rapporto di lavoro, se nota, i procedimenti disciplinari a carico dello stesso sia conclusi prima della cessazione del rapporto di lavoro, sia avviati al momento della cessazione del rapporto di lavoro, i quali impediscono la riammissione.

Criteri guida

La seconda fase attiene all'esame dei criteri che furono a suo tempo espressi dalla Commissione Centrale del Personale nel verbale del 21 febbraio 1989, rielaborati successivamente in un disciplinare, di cui l'Amministrazione tiene conto in caso di riammissione in servizio, i quali attengono a valutazioni di merito.

Esame giuridico

La riammissione in servizio è disciplinata dall'art. 132 del DPR n. 3 del 1957, recante disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, al quale rinviano i CCNL del comparto della ricerca del personale inquadrato nel livello professionale I/III e IV/X, relativi al quadriennio 1994/97, ancora vigenti.

La norma dispone che l'impiegato cessato dal servizio per dimissioni può essere riammesso, anche nel caso in cui la cessazione dal rapporto di lavoro sia da ricondurre alla dispensa dal servizio per motivi di salute, purché lo stato di salute, da accertare con apposita valutazione medica, si sia ristabilito, in modo che il dipendente possa garantire il regolare svolgimento del lavoro.

E', invece, esclusa la possibilità di riammissione nel caso in cui la cessazione dal servizio è avvenuta in applicazione di disposizioni di carattere transitorio o speciale.

La riammissione in servizio di un dipendente cessato è un procedimento amministrativo, avviato ad impulso della parte interessata; inoltre, essendo considerata al pari di una nuova assunzione, al dipendente riammesso dovrebbe applicarsi tutta la normativa in materia di assunzioni del pubblico impiego, salvo eccezioni derivanti dalla peculiare posizione ricoperta dall'ex dipendente.

Di conseguenza, al fine di verificare il possesso dei requisiti accertati in sede di concorso, qualora sia intercorso un periodo di tempo ampio fra la data di cessazione dal servizio e la richiesta di riammissione, si ritiene di dover sottoporre il dipendente riammesso ad un nuovo periodo di prova, con termini ridotti della metà, pari a quelli previsti dalla contrattazione collettiva nel caso in cui siano dichiarati vincitori di un concorso pubblico i dipendenti in servizio.

Sotto l'aspetto procedurale, sarebbe opportuno valutare, dato che la riammissione viene parificata ad una nuova assunzione, se la pubblica amministrazione debba acquisire nuovamente la documentazione di rito, che viene richiesta agli assumendi dalle vigenti disposizioni di legge in materia di assunzioni nel pubblico impiego (quali la certificazione medica), ad eccezione della documentazione prodotta al tempo della prima assunzione, non suscettibile di modificazione nel corso del tempo (ad es. il certificato attestante il titolo di studio).

Ai sensi della suddetta norma, all'ex dipendente riammesso in servizio viene assegnato il livello professionale corrispondente a quello ricoperto al momento della cessazione dal servizio ed una nuova matricola, con decorrenza di anzianità nella qualifica dalla data di decorrenza della riammissione.

La norma in esame, tuttavia, esclude il computo degli anni di servizio pregressi nel ruolo, ai fini dell'acquisizione della anzianità di servizio utile per un'eventuale progressione di carriera.

Il periodo di servizio prestato prima della riammissione, ai sensi dell'art. 13 del D.P.R. n. 411 del 1976, è valutato unicamente agli effetti del trattamento di quiescenza e di previdenza, subordinato, peraltro, alle norme ed alle condizioni previste dai regolamenti dei singoli enti.

Al riguardo, l'art. 3 dei suddetti CCNL del comparto della ricerca, dispone che, in caso di riammissione, sia instaurato un nuovo rapporto di lavoro con la salvaguardia del livello e del profilo acquisiti, nonché della corrispondente retribuzione, ivi compresa la progressione economica.

In tal senso è anche la giurisprudenza di merito, che ammette la possibilità che l'Amministrazione valuti l'anzianità di servizio maturata dal dipendente riammesso nel periodo precedente la cessazione dal rapporto di lavoro, anche se solo ai fini economici, in quanto l'art. 132 del D.P.R. n. 3 del 1957, nel disporre la perdita di anzianità pregressa, non ha scopo sanzionatorio nei confronti del dipendente riammesso, ma mira alla salvaguardia delle posizioni giuridiche di carriera acquisite *medio tempore* dagli altri impiegati (*TAR Toscana sentenza del 29 gennaio 2001*).

La pubblica amministrazione gode di un potere ampiamente discrezionale in sede di riammissione, il quale, secondo la giurisprudenza di legittimità, ha riguardo sia al comportamento tenuto dal dipendente durante il periodo di lavoro, così come risultante dal fascicolo personale (osservanza dei doveri d'ufficio, attaccamento al lavoro, qualità morali, prestigio), sia al *curriculum vitae*, per verificare le capacità culturali e professionali.

Tuttavia, pur in presenza di questi elementi, la pubblica amministrazione dovrà tenere conto della correttezza del comportamento del dipendente, il quale potrebbe dimettersi per accettare, poi, un contratto di lavoro a tempo determinato, di livello professionale superiore presso lo stesso ente o altro ente e chiedere il reingresso alla scadenza del contratto medesimo.

In sede di valutazione, la pubblica amministrazione accerterà l'esigenza di disporre di tale professionalità nell'ambito della nuova organizzazione del lavoro dell'Istituto, relazionandola a quella che lo stesso ha sviluppato negli anni di interruzione del servizio dall'Istituto.

Inoltre, la pubblica amministrazione deve procedere al confronto tra il livello professionale che l'ex dipendente rivestiva all'atto della cessazione ed il livello professionale nel quale il medesimo verrebbe collocato all'atto della riammissione, nel caso in cui il dipendente sia cessato antecedentemente alla transizione dell'Istituto nel comparto della ricerca e l'inquadramento esistente al momento della cessazione non sia corrispondente con quello attuale.

Di conseguenza, la riammissione non può essere configurata come attività vincolante della pubblica amministrazione e non può far sorgere in capo al dipendente alcun diritto alla riammissione.

In realtà, la posizione del dipendente può essere qualificata come interesse legittimo, in quanto, sebbene secondo l'attuale qualificazione del pubblico impiego il rapporto di lavoro è contrattualizzato e non vi sono interessi legittimi, la riammissione è equiparata dal legislatore a nuova assunzione, in relazione alla quale continua a sussistere la posizione potestativa della pubblica amministrazione.

La riammissione, infatti, va ad incidere sul potere organizzativo della pubblica amministrazione; non a caso, proprio in virtù della equiparazione tra riammissione e nuova assunzione, sotto il profilo

della spesa, l'Amministrazione dovrà avere riguardo alle disponibilità di bilancio.

Pertanto, configurandosi come interesse legittimo, la riammissione in servizio non è soggetta ai termini decadenziali o prescrizionali dei diritti soggettivi, per cui, la domanda può essere presentata, anche a distanza di molti anni dalla cessazione dal servizio, anche se il CCNL del comparto ministeri prevede un termine prescrizionale di 5 anni per la presentazione delle relative domande.

Paragrafo 5.

L'incarico dirigenziale esterno

L'approfondimento ha tratto origine da una richiesta pervenuta presso la Direzione del personale relativa alla qualificazione giuridica della posizione del dirigente che, pur restando nei ruoli dell'Istituto, accetti un incarico dirigenziale a tempo determinato conferito da parte di un organismo sovranazionale; al riguardo, sono state elaborate le seguenti soluzioni: aspettativa, comando e una forma mista.

Aspettativa

Secondo la prima soluzione elaborata, la posizione giuridica del dirigente potrebbe essere configurata come aspettativa, per giustificare la quale si rende necessario fare ricorso all'interpretazione analogica dei diversi istituti coinvolti, di cui all'art. 19 del D.Lgs 165/01, all'art. 4 (per i dirigenti amministrativi) ed all'art. 34 (per i ricercatori e tecnologi) del CCNL dell'area della dirigenza del comparto della ricerca vigente, relativo al quadriennio 1994/97, in quanto la fattispecie non è espressamente disciplinata da nessuna fonte normativa.

L'art. 19, commi 2 e 6, del D.Lgs n. 165 del 2001 prevede che gli incarichi dirigenziali, per dirigenti appartenenti alla prima e seconda fascia, possono essere conferiti anche con contratto a tempo determinato della durata variabile da due a sette anni, con possibilità di rinnovo.

La suddetta norma prevede che, durante lo svolgimento dell'incarico, il dirigente sia collocato in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio.

Tuttavia, il citato art. 19 non sarebbe applicabile ai dirigenti dell'Istituto, in quanto contempla unicamente il caso in cui i dirigenti

delle amministrazioni dello Stato, appartenenti al ruolo unico della dirigenza, assumano incarichi presso altri organismi interni, con esclusione di incarichi da svolgere presso organismi sovranazionali.

I suddetti artt. 4 e 34, comma 9, del CCNL della dirigenza comparto della ricerca, disciplinano unicamente l'ipotesi dell'aspettativa per svolgere il periodo di prova presso un'altra amministrazione pubblica ovvero presso altro Stato dell'Unione Europea ovvero istituzione dell'Unione Europea.

Le norme di cui innanzi, pertanto, così come formulate, sebbene ammettano la possibilità di utilizzare l'aspettativa per lavorare presso una istituzione dell'Unione Europea (come nel caso di specie), invero, sembrano limitare l'ambito di applicazione alla sola ipotesi di lavoro a tempo indeterminato; di conseguenza, verrebbe esclusa l'ipotesi di lavoro a tempo determinato, conferito, per di più, con incarico e non a seguito di superamento di concorso.

Pertanto, l'ammissibilità dell'aspettativa dovrebbe giustificarsi in base al combinato disposto degli artt. 4 e 34, comma 9, del CCNL citato, che disciplinano l'ipotesi di aspettativa per superamento di un altro concorso anche presso istituzioni dell'Unione Europea, e dell'art. 19 del D.Lgs n. 165 del 2001, che ammette l'ipotesi dell'aspettativa per svolgimento di incarichi dirigenziali, anche se limitatamente ai dirigenti amministrativi e agli organismi interni.

Si rileva, al riguardo, che è in atto una evoluzione ermeneutica, a partire dall'approvazione del Trattato dell'Unione Europea, che favorisce l'equiparazione giuridica delle istituzioni comunitarie a quelle interne; rimarrebbe, però, da individuare l'Ente che dovrebbe versare i contributi previdenziali ed assistenziali.

Comando

In base alla seconda soluzione elaborata, la posizione giuridica del dirigente potrebbe essere configurata come distacco o comando, unicamente ai sensi dell'art. 37 del CCNL della dirigenza comparto della ricerca citato, secondo il quale vengono favorite la collaborazione fra l'Istituto e gli altri enti pubblici e privati, ma anche fra l'Istituto e le istituzioni internazionali relative a progetti di ricerca, compatibilmente con la programmazione della ricerca di tali enti ed istituzioni.

La norma, invero, richiede che l'attività che il dipendente andrà a svolgere possa costituire un arricchimento professionale e che vi sia un interesse per l'Istituto, in quanto le attività devono essere inerenti a quella istituzionale.

E' stata adottata sulla materia una decisione (26 luglio 1988) dalla Commissione dell'Unione Europea relativa alla possibilità di distacco presso la stessa Commissione.

In essa emerge chiaramente che deve esserci un interesse dell'Amministrazione di appartenenza del dipendente all'attività che il dipendente andrà a svolgere e che devono essere state stipulate delle convenzioni fra l'Ente di provenienza e l'Ente presso cui il dipendente presterà servizio.

Il distacco può avere una durata da tre mesi a tre anni, durante i quali la retribuzione resta a carico dell'Ente di provenienza del dipendente per tutta la durata del distacco, che provvederà anche alla conservazione dell'anzianità di servizio e al versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi, in quanto il dirigente in tale periodo non muta il livello professionale.

Infatti, la decisione della Commissione, di cui sopra, prevede che l'Amministrazione di provenienza mandi un certificato attestante che il

funzionario per la parte della sicurezza sociale resti a carico dell'Amministrazione di appartenenza per tutto il periodo del distacco.

L'applicabilità del comando sarebbe ammissibile nel caso in cui il dirigente fosse retribuito dall'Amministrazione di appartenenza e non nel caso in cui il medesimo fosse retribuito dall'organismo sovranazionale.

Forma mista

Secondo la terza soluzione elaborata, la posizione giuridica del dirigente potrebbe essere configurata come ipotesi mista fra aspettativa e comando, in base alla quale il dipendente verrebbe retribuito dall'Ente presso cui presta l'attività lavorativa e per la durata dello stesso, mentre resterebbero a carico dell'Istituto il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, con recupero della quota a carico del dipendente al suo rientro.

Il fondamento giuridico di tale soluzione è rinvenibile nella legge n. 1114 del 1962, che prevede in favore degli impiegati civili di ruolo dello Stato la possibilità di assumere un impiego presso enti o organismi internazionali; in tale evenienza, il dirigente è collocato fuori ruolo ed è tenuto a versare all'Amministrazione di appartenenza i contributi previdenziali ed assistenziali, di cui all'art. 57 del D.P.R. n. 3 del 1957.

Tale disciplina troverebbe applicazione per i dirigenti Istat solo in via analogica, in quanto i medesimi non sono dipendenti dello Stato, ma ad essi sono equiparati, essendo l'Istat ente pubblico.

Si deve tenere presente, però, che in questo caso si applicherebbe una forma ibrida della normativa, in quanto il riconoscimento dell'anzianità di servizio al dirigente non spetterebbe *ex lege* (come nel caso dell'aspettativa), ma opererebbe una estensione

della normativa maggiormente favorevole allo stesso, in virtù del principio del *favor laboratoris*.

Paragrafo 6.
**Il rimborso della tassa di iscrizione nell'albo
professionale**

L'approfondimento ha tratto origine da una richiesta pervenuta presso la Direzione del personale relativa alla individuazione del soggetto competente al pagamento della quota di iscrizione all'Ordine professionale per lo svolgimento di attività istituzionale, per la quale è prescritta l'iscrizione al relativo albo.

Più precisamente, il caso di specie riguarda l'iscrizione all'albo professionale degli ingegneri per la realizzazione di lavori pubblici, disciplinato dall'art. 17 della legge n. 109/94 (c.d. legge Merloni), modificato dall'art. 5 sexies del D.L. 101 del 1995, convertito nella legge n. 216 del 1995 (c.d. Merloni bis), secondo cui la firma dei progetti redatti dagli uffici delle amministrazioni pubbliche compete ai dipendenti abilitati all'esercizio della professione e per i quali è necessaria l'iscrizione al relativo albo professionale, con l'onere dell'iscrizione a carico dell'Amministrazione di appartenenza dei dipendenti medesimi.

Al riguardo, si è osservato che secondo l'art. 17, citato, così come modificato dalla legge Merloni bis, l'iscrizione all'albo professionale costituisce la *condicio sine qua non*, affinché l'Amministrazione possa utilizzare risorse interne per la firma dei progetti, senza il ricorso a soggetti esterni, realizzando, in tal modo, un risparmio di spesa.

Tuttavia, dalla lettera della norma, sin dalla precedente formulazione, si evinceva che l'iscrizione all'albo non era requisito essenziale o esclusivo, in quanto l'art. 17 prevedeva anche la possibilità che i progetti potessero essere firmati da dipendenti in possesso della sola abilitazione professionale, purché ciò fosse consentito da specifiche previsioni di legge.

Successivamente, la disciplina contenuta nell'art. 17 è stata ulteriormente modificata dalla legge n. 415 del 1998 (c.d. Merloni ter), secondo cui non è richiesta più l'iscrizione all'albo professionale per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni che firmano i progetti, in quanto è sufficiente il possesso dell'abilitazione professionale.

La nuova formulazione della norma ha riguardo ad una differente individuazione dei soggetti competenti a redigere i progetti.

Infatti, sotto la precedente formulazione della norma, i progetti erano redatti con assoluta priorità dagli uffici tecnici delle Amministrazioni, per le quali l'iscrizione all'Ordine professionale dei dipendenti che firmavano rappresentava un obbligo derivante direttamente dalla legge (art. 17, comma 1, legge n. 109/94).

La legge n. 415/98, viceversa, ha riscritto completamente l'art. 17 della legge n. 109/94, eliminando il riferimento alla preferenza della redazione dei progetti da parte di personale interno alla stessa pubblica amministrazione.

Infatti, il comma 1 dell'art. 17 dispone che i progetti sono redatti anche da soggetti esterni all'Amministrazione destinataria dell'opera, sebbene in esecuzione di programmi triennali, di cui è responsabile il dirigente competente, al quale, viceversa, è richiesta soltanto la firma dei progetti, in funzione di controllo interno prima dell'esecuzione dell'opera.

Di conseguenza, secondo la disciplina in vigore, l'iscrizione all'albo professionale è un onere del dipendente, in quanto, ai fini dell'attività amministrativa, è sufficiente il solo possesso dell'abilitazione professionale, mentre non è più necessario per la pubblica amministrazione l'iscrizione all'Ordine professionale dei dipendenti che firmano i progetti e, conseguentemente, non grava più sulla stessa Amministrazione il relativo onere di pagamento.

Paragrafo 7.

Il diritto alla corresponsione della indennità informatica

L'approfondimento ha tratto origine da alcune richieste pervenute presso la Direzione del personale relative alla corresponsione dell'indennità informatica ai dipendenti di prima nomina.

In via preliminare è stato rilevato che l'indennità informatica è un elemento accessorio della retribuzione, erogato ai dipendenti appartenenti ai livelli professionali IV/X, in presenza di una prestazione lavorativa che comporta l'uso delle attrezzature informatiche, secondo quanto disposto dall'art. 43, comma 2, lett. b) del CCNL del comparto della ricerca relativo al quadriennio 1994/97, ancora vigente, del personale inquadrato nei livelli professionali IV/X.

Tale indennità non viene erogata ope legis al momento dell'assunzione, in quanto ciò costituisce una facoltà dell'Amministrazione, la quale dispone il pagamento solo a seguito della richiesta del dirigente del servizio, il quale previamente verifica in concreto se il dipendente usa le attrezzature informatiche ed in quale misura.

Il diritto alla corresponsione dell'indennità informatica, quindi, sorge in capo ai dipendenti solo a seguito dell'adozione del provvedimento dell'Amministrazione che autorizza all'erogazione.

Le richieste pervenute alla Direzione centrale del personale, viceversa, prospettano la possibilità di far retroagire gli effetti del provvedimento di concessione dell'indennità in argomento.

Al riguardo, sotto l'aspetto squisitamente giuridico si rileva che gli effetti degli atti amministrativi non possono retroagire, se non in casi

eccezionali espressamente previsti dalla legge o altrimenti giustificati, nei quali non è contemplato il caso in esame.

Di conseguenza, la corresponsione dell'indennità informatica non si può far retroagire al tempo dell'assunzione, in quanto verrebbe eluso palesemente il momento della verifica da parte del dirigente, che funge da presupposto per il riconoscimento, successivamente, del diritto.

Peraltro, non sarebbe, comunque, giustificabile la retroazione degli effetti del provvedimento di concessione dell'indennità in parola, in quanto ciò presupporrebbe l'esistenza in capo all'avente titolo di un diritto esercitabile.

Inoltre, se in capo agli aventi titolo esistesse il diritto all'indennità informatica sin dal momento dell'assunzione, esso sarebbe impedito dal compimento della decadenza, che comporta l'impedimento all'esercizio di un diritto, in quanto le richieste sono pervenute dopo vari mesi dalla data di assunzione.

Sotto l'aspetto contabile, invece, si deve considerare che l'art. 43, citato, prevede che l'importo dell'indennità informatica grava su apposito fondo definito in modo preventivo annualmente, in sede di formazione del bilancio; una eventuale variazione comporterebbe la necessità di reperire le risorse economiche finanziatrici.

Di conseguenza, nel caso di specie, in assenza di una previsione in questi termini, il provvedimento di concessione dell'indennità informatica, nonché l'erogazione della stessa, ha effetto dal momento dell'adozione, anche al fine di consentire la previsione in bilancio delle risorse da destinare a tale scopo.

Paragrafo 8.

Il procedimento disciplinare e l'arbitrato: legge 97/01 e CCNQ del 23 gennaio 2001

L'approfondimento ha tratto origine da un quesito pervenuto dalla stessa Direzione del personale, relativo alle novità introdotte dalla legge n. 97/01 in materia di procedimento disciplinare, riferibile solo ai livelli professionali IV/X, per espressa previsione del CCNL del comparto della ricerca, relativo al quadriennio 1994/97, ancora vigente, ed alla disciplina delle impugnazioni delle sanzioni disciplinari contenuta nel CCNQ sottoscritto in data 23 gennaio 2001.

8.1 La disciplina prevista dalla legge 97/01: il procedimento disciplinare

La legge n. 97/01 introduce alcune ipotesi di delitti commessi da pubblici ufficiali, in presenza dei quali la pubblica amministrazione⁴ deve tenere alcuni comportamenti, esemplificati nei seguenti casi:

a) **in pendenza di giudizio penale**, dopo il rinvio a giudizio, l'Amministrazione:

1. trasferisce il dipendente ad altro ufficio, con attribuzione di funzioni corrispondenti per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera a quelle svolte in precedenza e può disporre contestualmente la sospensione dal servizio; il decreto che dispone il giudizio è comunicato all'Amministrazione;

⁴ I delitti sono: peculato (art. 314 c.p.), concussione (art. 317 c.p.), corruzione per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.), corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319 ter c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.) ed il reato di cui all'art. 3 della legge n. 1383/41.

2. può trasferire il dipendente di sede o attribuirgli un incarico differente, se l'organizzazione dell'amministrazione lo consente e può disporre contestualmente la sospensione dal servizio, in presenza di evidenti motivi di opportunità, in considerazione del discredito che l'Amministrazione potrebbe ricevere dalla permanenza; il decreto che dispone il giudizio è comunicato all'Amministrazione;
3. in via residuale, mette il dipendente in aspettativa o a disposizione, con diritto al trattamento economico in godimento, ad eccezione degli emolumenti connessi alle presenze in servizio, quando non si può attuare il trasferimento d'ufficio del medesimo in ragione della qualifica rivestita o per obiettivi motivi organizzativi; il decreto che dispone il giudizio è comunicato all'Amministrazione.

b) **emessa la sentenza di condanna, anche non definitiva**, l'Amministrazione sospende dal servizio il dipendente riconosciuto colpevole, anche se la pena è sottoposta a sospensione condizionale; tale sospensione perde efficacia se per il fatto è stata pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, se è decorso il periodo pari a quello di prescrizione del reato.

c) **emessa la sentenza di proscioglimento o di assoluzione, anche non definitiva, o in caso di decorso di 5 anni** dall'adozione dei provvedimenti di cui ai punti precedenti, i medesimi perdono efficacia e l'Amministrazione adotta i provvedimenti consequenziali, sentito l'interessato nei 10 giorni successivi alla comunicazione della sentenza, sempre che, durante i 5 anni, non sia intervenuta una sentenza penale di condanna definitiva o che il dipendente voglia restare nel nuovo ufficio; è possibile che l'Amministrazione per

obiettive e motivate ragioni non riassegni il dipendente all'ufficio originariamente coperto, se ciò sia di pregiudizio alla funzionalità di quest'ultimo.

Viene introdotta nell'art. 19 c.p. l'estinzione del rapporto di impiego, quale pena accessoria, a seguito di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni.

Invero, tale pena non ha carattere generale, ma trova applicazione soltanto per i delitti in esame, in quanto espressamente indicati nell'art. 32 *quinqiens* c.p.

L'art. 5 della legge n. 97/01 prevede un cumulo di pene accessorie⁵, in quanto accanto all'estinzione del rapporto di lavoro il giudice dispone, a seconda dei casi, la interdizione dai pubblici uffici per almeno 5 anni o l'interdizione temporanea, ai sensi rispettivamente degli artt. 29 e 31 c.p.

Più precisamente, l'art. 29 c.p. (richiamato dall'at. 5 della legge n. 97/01) disciplina l'interdizione perpetua, ridotta ad almeno 5 anni, per il caso di delitti con condanna non inferiore a tre anni di reclusione.

Per comminare tale pena accessoria è sufficiente il solo dato oggettivo della durata della reclusione, senza la necessità di ulteriori elementi.

Viceversa, l'interdizione temporanea dai pubblici uffici, ai sensi dell'art. 31 c.p., consegue nel caso di delitti commessi con l'abuso dei poteri o con la violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio, con possibilità per il giudice di stabilire in concreto la durata della pena⁶.

⁵ A tale conclusione porta il termine "altresì" utilizzato dall'art. 5 della legge 97/01.

⁶ L'abuso o la violazione dei doveri costituiscono circostanze aggravanti comuni del delitto, ai sensi dell'art. 61 c.p.

Invero, l'art. 29 c.p. dispone l'interdizione perpetua dai pubblici uffici per il caso della condanna all'ergastolo o alla reclusione non inferiore a 5 anni; mentre nel caso di reclusione non inferiore a tre anni, la pena accessoria è di 5 anni.

Pertanto, si è ritenuto, considerando che la norma disciplina espressamente il caso della reclusione che duri almeno tre anni, che il caso in esame rientrasse in questa fattispecie e non in quella generale dell'interdizione perpetua, anche in considerazione del divieto di estensione analogica nel diritto penale.

Di conseguenza, la differenza fra le due fattispecie potrebbe essere configurata in questi termini: quando ricorre l'abuso dei poteri o la violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o ad un pubblico servizio la pena accessoria da comminare è quella temporanea; mentre, quando non vi è stato l'abuso o la violazione dei doveri, la pena accessoria da comminare è quella di 5 anni, che si presenta come fissa nella durata, senza discrezionalità per il giudice di ridurla o di determinarla diversamente.

Se l'estinzione del rapporto di impiego non è stata pronunciata dal giudice, come pena accessoria, essa potrà essere pronunciata da parte della pubblica amministrazione, qualora vi sia una sentenza penale irrevocabile di condanna, anche se la pena è condizionalmente sospesa, a conclusione del procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare deve avere inizio o, comunque, proseguire nel termine di 90 giorni dalla comunicazione della sentenza all'Amministrazione; deve concludersi entro 180 giorni dal suo inizio o proseguimento, salvo il disposto dell'art. 653 c.p.p.; il CCNL può prevedere termini diversi.

Si precisa che la norma non fa riferimento a determinati tipi di reato, per cui trova applicazione per qualsiasi reato commesso dal dipendente.

Più precisamente, ciò che la norma cambia sono i termini del procedimento disciplinare, nel caso in cui il procedimento medesimo è iniziato a seguito di fatti penalmente rilevanti.

In tal caso, ai sensi dell'art. 22, comma 8, del CCNL relativo al quadriennio 1994/97 del personale inquadrato nei livelli professionali IV/X, il procedimento disciplinare viene sospeso se vi è connessione con il procedimento penale.

Secondo i CCNL i termini per l'inizio del procedimento disciplinare, a seguito di sentenza penale definitiva di condanna, sono di 20 giorni dalla data di conoscenza della sentenza, mentre è riattivato entro il termine di 180 giorni; nulla è disposto per il termine finale, per cui si mutua il termine previsto in caso di procedimento disciplinare senza rilevanza penale, che è di 120 giorni.

Con la nuova disciplina introdotta dall'art. 5 della legge n. 97/01 il termine di inizio o di prosecuzione del procedimento è di 90 giorni e si sostituisce a quello di 20 giorni (di inizio) o 180 giorni (di riattivazione) esistente nel CCNL.

L'art. 5 prevede come termine finale 180 giorni decorrenti dal momento dell'inizio o della prosecuzione del procedimento disciplinare, ma consente una deroga da parte dei CCNL; nel caso del CCNL del comparto della ricerca, non essendo previsto alcun termine finale, si può considerare operativo quello della legge n. 97/01, per cui il termine finale è di 180 giorni e non più di 120 giorni.

Di conseguenza, con la nuova disciplina vengono accorpati i termini per l'avvio o la prosecuzione del procedimento disciplinare; i termini per la conclusione, invece, sono stati aumentati.

L'art. 653 c.p.p. dispone che la sentenza penale irrevocabile, pronunciata senza dibattimento, ha efficacia di giudicato⁷ nel giudizio di responsabilità disciplinare per il medesimo illecito non più solo in presenza di sentenze di assoluzione, ma anche in caso di sentenze di condanna ed in caso di sentenze che dichiarino che il fatto non costituisce illecito penale.

In tal caso, nel procedimento disciplinare l'istruttoria consiste nel verificare se vi è connessione fra la sentenza penale e l'illecito disciplinare.

Nel caso di sentenza penale patteggiata, l'Amministrazione dovrà procedere ad una istruttoria più ampia, perché nel patteggiare il giudice si sofferma sulla pena, piuttosto che sulla parte istruttoria.

Anche l'art. 652 c.p.p., è stato modificato, per cui adesso la norma dispone che la sentenza penale irrevocabile di assoluzione, pronunciata a seguito di dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo promosso dal danneggiato o nell'interesse dello stesso, salvo che il danneggiato abbia esercitato l'azione in sede civile.

Nel caso di condanna per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione è prevista la confisca dei beni immobili del dipendente condannato, che sono acquisiti al patrimonio disponibile del comune nel cui territorio si trovano.

E' possibile anche che, contro il dipendente condannato, vi sia il procedimento di responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei conti.

⁷ L'efficacia di giudicato è relativa all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso.

8. 2 Il CCNQ del 23 gennaio 2001: l'impugnazione delle sanzioni disciplinari

Il contratto collettivo nazionale quadro, approvato in via sperimentale ed entrato in vigore il 31 gennaio 2001 per la durata di due anni, contiene la disciplina delle impugnazioni dinanzi all'arbitro unico delle controversie del pubblico impiego; in particolare, l'art. 6 disciplina le impugnazioni avverso le sanzioni disciplinari.

Per tutta la durata del suddetto CCNQ resta sospesa la procedura prevista dall'art. 55, comma 7 del D.Lgs 165/01.

Tale accordo prevede che le sanzioni disciplinari possono essere impugunate mediante richiesta di conciliazione ed arbitrato davanti al collegio arbitrale di cui all'art. 59, comma 8, D.Lgs n. 29/1993 (oggi art. 55 del D.Lgs n. 165/01) o, in via alternativa, davanti all'arbitro unico di cui all'accordo quadro medesimo, ferma restando la via giurisdizionale.

E' prevista l'istituzione presso l'ARAN di una cabina di regia con compiti formativi per garantire la preparazione degli arbitri.

L'arbitro unico viene scelto dalle parti all'interno di liste regionali, contenenti categorie determinate:

1. docenti universitari e ricercatori confermati di diritto del lavoro e relazioni industriali;
2. liberi professionisti con una esperienza di contenzioso del lavoro non inferiore a cinque anni;
3. esperti di metodi di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro che abbiano superato le prove conclusive di corsi di formazione programmati dalla cabina di regia;
4. ex magistrati con esperienza almeno quinquennale come giudici del lavoro.

La Direzione Regionale del lavoro, presso cui è costituita una camera arbitrale stabile, ha la tenuta della lista degli arbitri articolata, se possibile, per comparti o aree.

Gli arbitri da includere nella lista sono scelti dalla cabina di regia, in base a criteri che ne garantiscono l'assoluta imparzialità ed indipendenza.

Resta la facoltatività del ricorso a tale forma di giustizia, che richiede sempre la manifestazione del consenso a compromettere la controversia agli arbitri, che si comunica mediante lettera raccomandata a.r. contenente la sommaria prospettazione dei fatti e delle ragioni a fondamento della pretesa.

Entro i successivi 10 giorni le parti designano l'arbitro; in caso di mancato accordo sulla designazione dell'arbitro si può ricorrere al sorteggio oppure al dipendente è data la possibilità di rinunciare all'espletamento di tale procedura.

La scelta di compromettere la controversia all'arbitro è vincolante per l'Amministrazione, a meno che non si tratti di sanzioni attinenti alla risoluzione del rapporto di lavoro.

La sanzione resta sospesa fino alla definizione della controversia, eccetto che non sia stata fatta la rinuncia all'espletamento della procedura arbitrale.

Il procedimento si può svolgere presso la camera arbitrale ovvero presso l'Amministrazione cui appartiene il dipendente, che, in tal caso, provvederà alle attività di segreteria.

L'arbitro è tenuto obbligatoriamente ad espletare il tentativo di conciliazione delle parti, che è preceduto dal deposito della memoria difensiva dell'Amministrazione con le difese in fatto ed in diritto, unitamente alla documentazione contenente la completa esposizione dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione produce gli stessi effetti della conciliazione di cui all'art. 69 D.Lgs n. 29/1993 (oggi art. 65 del D.Lgs n. 165/01) ed è possibile attivarlo anche dopo aver espletato la procedura di cui allo stesso art. 69 (oggi art. 65).

Se la conciliazione riesce, si redige processo verbale ai sensi e per gli effetti dell'art. 411, commi 1 e 3, c.p.c.; se la conciliazione non riesce l'arbitro formula una proposta e se non accettata, fissa l'udienza per la trattazione contenziosa.

Nel caso vi sia una questione pregiudiziale, concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione della clausola di un contratto o accordo collettivo nazionale, si sospende il procedimento; se le parti non dichiarano per iscritto entro 10 giorni l'intenzione di rimettere la questione all'arbitro e di accettarne in via definitiva la decisione, il procedimento si estingue e di questo l'arbitro dà immediata comunicazione alla camera arbitrale stabile.

Le parti possono farsi assistere da esperti di fiducia e nella fase istruttoria l'arbitro può sentire i testi e disporre l'esibizione di documenti.

Il lodo è sottoscritto entro 60 giorni dalla data della prima udienza di trattazione, salvo proroga di 30 giorni consentita dalle parti, ed è comunicato alle parti entro 10 giorni dalla sottoscrizione, mediante raccomandata con avviso di ricevimento.

La parte soccombente è tenuta alla corresponsione delle indennità spettanti all'arbitro, determinate dalla cabina di regia; nulla è dovuto all'arbitro in caso di inosservanza a lui imputabile dei termini suddetti, nonché in caso di inadempienza degli obblighi di comunicazione alla camera arbitrale degli atti del procedimento, una volta esaurito o estinto il procedimento.

Nel giudicare gli arbitri sono tenuti all'osservanza delle norme inderogabili contenute nella legge e nel CCNQ in esame.

APPROFONDIMENTI DI ALCUNE TEMATICHE INERENTI LA GESTIONE DEL PERSONALE - SINTESI

Il presente lavoro trae origine da alcuni quesiti svolti nell'interesse della Direzione centrale del personale e servizi generali dell'Amministrazione ISTAT, relativi ad alcune tematiche inerenti la gestione del personale, divise in otto gruppi.

Gli approfondimenti hanno carattere eterogeneo ed attengono alle seguenti tematiche: il recesso nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, con particolare riguardo agli istituti del recesso nella prima metà del periodo di prova, del mancato superamento del periodo di prova e del godimento delle ferie durante il periodo di preavviso; il contratto a termine con particolare riferimento alla nuova disciplina del contratto a tempo determinato contenuta nel D.Lgs n. 368/01 e all'annullamento del contratto a tempo determinato; l'ammissibilità delle prove attitudinali nella procedura concorsuale; la riammissione in servizio; l'incarico dirigenziale esterno; il rimborso della tassa di iscrizione nell'albo professionale; il diritto alla corresponsione della indennità informatica; il procedimento disciplinare e l'arbitrato: legge n. 97/01 e CCNQ del 23 gennaio 2001.

Si precisa che tutti gli approfondimenti riguardano l'esame delle norme, delle quali è stata elaborata una interpretazione, prestando particolare attenzione agli aspetti applicativi all'interno dell'Amministrazione Istat.

Più precisamente, l'apporto fornito in relazione alle suddette tematiche è rappresentato da un approfondimento giuridico, quale ausilio per la soluzione di quesiti pervenuti alla Direzione in argomento.

Dr.ssa Maria De Lucia¹

¹ Tecnologo Istat - Direzione centrale del personale e servizi generali