

## La normativa in materia di accesso al pubblico impiego

**Governo Italiano**

**Presidenza Consiglio dei Ministri**

**Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione**

da mvillani il 20 Gennaio, 2010

Il rapporto di pubblico impiego è stato caratterizzato nel corso degli anni da un processo di riconduzione dei rapporti di lavoro sotto la disciplina del diritto privato. Con il decreto legislativo [n. 29 del 1993](#) si è realizzata, difatti, la prima fase del processo di privatizzazione del pubblico impiego, sulla base [dell'art. 2, comma 1](#), della legge delega n. 421 del 1992.

La cosiddetta seconda privatizzazione è avvenuta, invece, a seguito della legge delega n. 59 del 1997 ([art. 11, comma 4](#)), con i decreti legislativi [n.396/1997](#), e [nn. 80 e 387 del 1998](#).

Ciò ha generato effetti anche sulle norme relative alle modalità di accesso al lavoro pubblico, in seno alle quali si è attuata una vera e propria "deregulation". In particolare, con [l'art. 36 del D. Lgs 29/1993](#), così come integrato e modificato dal [D. Lgs. 80/1998](#), alle Amministrazioni è stata data la facoltà di superare gli schemi procedurali rigidi del [D.P.R. 487/1994](#) ("Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi") e del successivo [D.P.R. 693/1996](#) adottando procedure più snelle volte a garantire la selettività, la trasparenza e l'imparzialità delle selezioni.

Tutta la disciplina in materia è stata poi trasposta nel [D. Lgs. 165/2001](#), il Testo Unico sul Pubblico Impiego, nel quale sono confluite tutte le normative che, in maniera frastagliata, riguardavano l'accesso al lavoro nella P.A. con l'eliminazione conseguente di ogni riferimento al [D.P.R. 487/1994](#).

Da ultimo, il [D. Lgs. 150/2009](#) (recante "Attuazione della [legge 4 marzo 2009, n.15](#), in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni") ha introdotto una profonda riforma della disciplina del lavoro pubblico, all'insegna di alcuni fondamentali principi quali quelli di trasparenza, incremento dell'efficienza, premialità e selettività.

La normativa fondamentale vigente in tema di concorsi pubblici risulta pertanto attualmente rappresentata:

- [dall'art. art. 97](#) della Costituzione che sancisce l'obbligo di accedere agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni mediante concorso, salvo casi stabiliti dalla legge;
- [dall'art. 35](#) del [D. Lgs 165/2001](#) e sue successive modifiche, che prevede, tra l'altro, la pubblicità, la trasparenza, l'oggettività dei meccanismi di selezione, il decentramento quali principi essenziali delle procedure di reclutamento nelle Amministrazioni Pubbliche, compresi gli Enti Locali;
- [dagli artt. 28, 28 bis](#) (quest'ultimo inserito dall'[art.47](#) del [d.lgs. n. 150 del 2009](#)) del Testo Unico sul Pubblico Impiego, riguardanti la nuova disciplina per l'accesso alla qualifica di Dirigente di seconda e di prima fascia nelle Amministrazioni Pubbliche;
- [dall'art. 37](#) del [D. Lgs. 165/2001](#) che prevede la necessità dell'accertamento delle conoscenze informatiche e delle lingue straniere nei concorsi.

E' importante sottolineare come il [comma 5 bis](#) del suddetto [art. 35](#) stabilisca l'obbligo per i vincitori di concorso di permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni mentre il successivo [comma 5 ter](#), introdotto dall'articolo 3, comma 87 della Legge n. 244 del 2007 e modificato nel secondo periodo dall'[art. 51](#) del [D. Lgs n. 150 del 2009](#), fissa in 3 anni la vigenza delle graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche, facendo salvi i periodi inferiori previsti da leggi regionali. Lo stesso comma, inoltre, prevede attualmente la possibilità di territorializzare le procedure concorsuali stabilendo la possibilità da parte del bando di prevedere uno

specifico riferimento al luogo di residenza dei concorrenti quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento dei servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato

Alla normativa di base si vanno ad aggiungere ulteriori disposizioni quali:

- [l'art. 7 D. Lgs. 165/2001](#) che norma tra l'altro sulla parità e pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso al lavoro pubblico, nonché [l'art. 27](#) ("Divieti di discriminazione nell'accesso al lavoro") [D. Lgs. 198/2006](#) ("Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'articolo 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246")
- [gli artt. 38, 39 D. Lgs. 165/2001](#) rispettivamente sull' "Accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea" e sulle "Assunzioni obbligatorie delle categorie protette e tirocinio per portatori di handicap";
- [l'art.3 co. 6 e 7 della L. 127/1997](#) che prevede l'abolizione dei limiti di età per partecipare ai concorsi, salvo deroghe dettate da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione;
- [l'art. 20 della L. 104/1992](#) sulla partecipazione dei portatori di handicap ai concorsi pubblici e [l'art. 3 della L. 68/1999](#) sulle assunzioni obbligatorie dei portatori di handicap nelle Pubbliche Amministrazioni;
- [l'art. 52](#) ("Disciplina delle mansioni") del [D. Lgs. 165/2001](#), così come modificato dall'[art. 62 del D. Lgs. 150/2009](#);
- [l'art. 9 della L. 3/2003](#) ("Utilizzazione degli idonei dei concorsi pubblici");

Importante, alla luce della sopra citata "rivoluzione" in senso privatistico del rapporto di lavoro con la P. A., è la definizione della normativa di riferimento per i contratti a tempo determinato:

- [l'art. 36 del D. Lgs. 165/2001](#), a tal riguardo, come modificato dall'articolo 49 della legge n. 133 del 2008, rende alle Amministrazioni la facoltà, secondo le modalità stabilite, di avvalersi delle forme contrattuali di assunzione flessibile;
- [l'art. 19 dello stesso D. Lgs.](#), così come modificato da ultimo dal [D. Lgs. 150/2009](#), prevede la possibilità di conferire incarichi di funzioni dirigenziali a tempo determinato e con contratti di diritto privato.

Particolare rilievo assumono le Leggi Finanziarie governative, ai fini della programmazione e della realizzabilità delle assunzioni nel pubblico impiego sia a livello centrale che locale.

Sin dalle disposizioni [finanziarie 2003 e 2004](#), le politiche pubbliche di gestione delle risorse umane si sono orientate verso linee programmatiche e strategiche di contenimento della spesa. Anche le [leggi finanziarie 2005, 2006, 2007 e 2008](#) hanno seguito tale indirizzo. Si veda, infine, in tale ottica, [l'art. 66 del Decreto Legge 112/2008](#) ("Turn over") convertito, con modificazioni, in legge n. 133/2008, normativa che impone alle amministrazioni destinatarie di provvedere a rideterminare la programmazione triennale del fabbisogno di personale in relazione alle misure di razionalizzazione, di riduzione delle dotazioni organiche e di contenimento delle assunzioni previste dallo stesso Decreto.

Le politiche di finanza pubblica degli ultimi anni hanno poi dato rilievo all'istituto della mobilità. Prima dell'espletamento delle procedure concorsuali, sussiste, infatti, l'obbligo di esaminare le richieste di mobilità volontarie pervenute e di attuare le procedure di ufficio previste rispettivamente dagli [artt. 34 e 34 bis](#) del decreto legislativo 165 del 2001 secondo la modalità descritte nella [circolare dell'11 aprile 2005](#). [L'art. 29 bis](#) del T.U. in materia di pubblico impiego, così come introdotto dalla riforma di cui al [D. Lgs. 150/2009](#), disciplina inoltre la mobilità fra i diversi comparti di contrattazione del personale delle Pubbliche Amministrazioni.

La privatizzazione del pubblico impiego prima e le più recenti disposizioni finanziarie poi, hanno sortito, quindi, un grande effetto innovativo sui meccanismi concorsuali nella P.A.: questi devono rappresentare un

contesto imparziale di selezione dei candidati, in ogni caso impostato sulla programmazione degli accessi, sul contenimento della spesa e sulla valorizzazione delle risorse interne.

Nella pubblica dipendenza l'assunzione lavorativa andrebbe fatta mediante la procedura concorsuale (articolo 97 Costituzione – art.35 DLgs 165/2001) anche per incarichi a tempo determinato anche usufruendo di graduatorie di precedenti concorsi.

#### **DLgs 165/2001 Art. 35. Reclutamento del personale.**

1. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro:

- a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno;
- b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità.

2. Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere. Per il coniuge superstite e per i figli del personale delle Forze armate, delle Forze dell'ordine, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della Polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio, nonché delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla legge 13 agosto 1980, n. 466, e successive modificazioni ed integrazioni, tali assunzioni avvengono per chiamata diretta nominativa.

3. Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

4. Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base della programmazione triennale del fabbisogno di personale deliberata ai sensi dell'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni ed integrazioni. Per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, le agenzie, ivi compresa l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, gli enti pubblici non economici e gli enti di ricerca, con organico superiore alle 200 unità, l'avvio delle procedure concorsuali è subordinato all'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, da adottare su proposta del Ministro per la funzione pubblica di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.

4-bis. L'avvio delle procedure concorsuali mediante l'emanazione di apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità, inclusi i contratti di formazione e lavoro, e tiene conto degli aspetti finanziari, nonché dei criteri previsti dall'articolo 36.

5-bis. I vincitori dei concorsi devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni. La presente disposizione costituisce norma non derogabile dai contratti collettivi.

5-ter. Le graduatorie dei concorsi per il reclutamento del personale presso le amministrazioni pubbliche rimangono vigenti per un termine di tre anni dalla data di pubblicazione. Sono fatti salvi i periodi di vigenza

inferiori previsti da leggi regionali. Il principio della parità di condizioni per l'accesso ai pubblici uffici è garantito, mediante specifiche disposizioni del bando, con riferimento al luogo di residenza dei concorrenti, quando tale requisito sia strumentale all'assolvimento di servizi altrimenti non attuabili o almeno non attuabili con identico risultato.

6. Ai fini delle assunzioni di personale presso la Presidenza del Consiglio dei ministri e le amministrazioni che esercitano competenze istituzionali in materia di difesa e sicurezza dello Stato, di polizia, di giustizia ordinaria, amministrativa, contabile e di difesa in giudizio dello Stato, si applica il disposto di cui all'articolo 26 della legge 1° febbraio 1989, n. 53, e successive modificazioni ed integrazioni.

7. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi degli enti locali disciplina le dotazioni organiche, le modalità di assunzione agli impieghi, i requisiti di accesso e le procedure concorsuali, nel rispetto dei principi fissati dai commi precedenti.

### **Art. 36. Utilizzo di contratti di lavoro flessibile**

1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla di cui all'articolo 70 del decreto legislativo n. 276/2003, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla all'articolo 70 del medesimo decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali. Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato. È consentita l'applicazione dell'articolo 3, comma 61, terzo periodo, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, ferma restando la salvaguardia della posizione occupata nella graduatoria dai vincitori e dagli idonei per le assunzioni a tempo indeterminato. <sup>(2)</sup>

3. Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. <sup>(3)</sup>

4. Le amministrazioni pubbliche comunicano, nell'ambito del rapporto di cui al precedente comma 3, anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili <sup>(4)</sup>.

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I

dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

5-bis. Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto. <sup>(5)</sup>

5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. <sup>(6)</sup>

5-quater. I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato. <sup>(6)</sup>

*(1) Articolo così sostituito dall'art. 49, L. 6 agosto 2008, n. 133.*

*(2) Comma così modificato dall'art. 17, co. 26 lett. a), L. 3 agosto 2009, n. 102 e, successivamente, così modificato dall'art. 4, comma 1, lett. c), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.*

*(3) Comma così modificato dall'art. 17, co. 26 lett. b), L. 3 agosto 2009, n. 102 e, successivamente, così modificato dall'art. 4, comma 1, lett. c), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.*

*(4) Comma così modificato dall'art. 17, co. 26 lett. c), L. 3 agosto 2009, n. 102*

*(5) Comma aggiunto dall'art. 17, co. 26, lett. d), L. 3 agosto 2009, n. 102*

*(6) Comma aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. b), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125.*

Per l'art.7 del DLgs 165/2001 per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;

b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;

c) **la prestazione deve essere di natura temporanea** e altamente qualificata; **non è ammesso il rinnovo**; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico; <sup>(2)</sup>

d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.

Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti. Il secondo periodo dell'articolo 1, comma 9, del decreto-legge 12 luglio 2004, n. 168 convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2004, n. 191, è soppresso. Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater. <sup>(3)</sup>

**Vedi anche:**

**Corte di Cassazione sezioni unite**

**sentenza numero 5072 del 1 dicembre 2015 depositata il 15 marzo 2016**

Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato, in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a

tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione, il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dal [D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165](#), art. 36, comma 5, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui alla [L. 4 novembre 2010, n. 183](#), art. 32, comma 5, e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella [L. 15 luglio 1966, n. 604](#), art. 8.

È questo il principio di diritto elaborato dalle Sezioni Unite in materia di illecito ricorso al contratto a tempo determinato.

La questione di fondo, posta dalla fattispecie che ha occasionato il giudizio della Suprema Corte, è relativa alle legittimità della normativa interna preclusiva della costituzione del rapporto a tempo indeterminato per i contratti a termine abusivi alle dipendenze di una pubblica amministrazione.

La questione controversa, osservano le Sezioni Unite, chiama in causa la normativa del lavoro a tempo determinato alle dipendenze di enti pubblici non economici nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, *“la quale, pur articolata in varie disposizioni mutate nel tempo, si è mossa costantemente lungo una direttrice di fondo segnata dall'esigenza costituzionale di conformità al canone espresso dall'art. 97 Cost., u.c., che prescrive che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge”*.

Rimane però che la reazione dell'ordinamento giuridico all'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato è, nel lavoro pubblico contrattualizzato, differenziata rispetto a quella nel rapporto di lavoro privato, dove è prevista la conversione del rapporto, oltre al risarcimento del danno.

Quindi vi è una disciplina differenziata tra pubblico e privato che pone un problema di compatibilità sia, nell'ordinamento interno, con il principio di eguaglianza, sia nell'ordinamento sovranazionale, con la disciplina comunitaria. La questione, nei suoi due profili, è stata risolta rispettivamente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e da quella della Corte di giustizia.

In particolare, per la Corte costituzionale (sent. 27 marzo 2003, n. 89) la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di quelle disposizioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio è giustificata dal fatto che il principio dell'accesso mediante concorso rende non omogeneo il rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori privati.

Ciò posto, prosegue la Corte, occorre esaminare - per misurare il grado di effettività della tutela del lavoratore - il profilo del risarcimento del danno in caso di illegittimo o abusivo ricorso al contratto a termine.

Il danno non si sostanzia nella perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato perchè una tale prospettiva non c'è mai stata: in effetti, se la pubblica amministrazione non avesse fatto illegittimo ricorso al contratto a termine, non per questo il lavoratore sarebbe stato assunto a tempo indeterminato senza concorso pubblico.

Il lavoratore che subisce l'illegittima apposizione del termine o, più in particolare, l'abuso della successione di contratti a termine rimane, invero, confinato in una situazione di precarizzazione e perde la chance di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato.

Ma non può escludersi che una prolungata precarizzazione per anni possa aver inflitto al lavoratore un pregiudizio che va anche al di là della mera perdita di chance di un'occupazione migliore.

In ogni caso l'onere probatorio di tale danno grava interamente sul lavoratore.

Occorre allora, conclude la Suprema Corte, un'operazione di integrazione delle normativa in via interpretativa, orientata alla conformità comunitaria, che valga a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile: in caso di abuso nella reiterazione dei contratti a termine *“occorre anche una disciplina concretamente dissuasiva che abbia, per il dipendente, la valenza di una disciplina agevolativa e di favore, la quale però non può essere ricercata nell'ambito della fattispecie del licenziamento illegittimo, perchè questa implica la illegittima perdita di un posto di lavoro a*

*tempo indeterminato, mentre la fattispecie in esame, all'opposto, esclude in radice che ci sia il mancato conseguimento di un posto di lavoro a tempo indeterminato stante la preclusione nascente dall'obbligo del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego".*

La fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua, è invece quella della cit. [L. n. 183 del 2010](#), art. 32, comma 5, che prevede che "il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8" (in tal senso già Cass. 21 agosto 2013, n. 19371).

In sostanza, il lavoratore è esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo.

(nota di Giuseppina Mattiello in Altatalex)