

Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni: il quadro della giurisprudenza Ue e nazionale

di Amos Andreoni e Andrea Allamprese

1. La giurisprudenza dell'Unione europea

Numerose sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea si sono occupate di discipline nazionali sui contratti di lavoro a tempo determinato. Da tale giurisprudenza emerge, in modo uniforme, la non necessità della previsione negli ordinamenti nazionali della sanzione della conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato illegittimo; nel contempo però si afferma, da un lato, la necessità della predisposizione di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" degli abusi del contratto a termine nonché l'esigenza del rispetto del principio di parità di trattamento, e, dall'altro lato, il divieto di *reformatio in pejus* della disciplina nazionale, essendo affermato l'obbligo del giudice nazionale di interpretazione della disciplina interna in conformità di tali principi.

A livello dell'Unione, dunque, la tutela sanzionatoria non impone allo Stato di adottare la misura della conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine abusivi (l'applicazione della clausola 5, n. 2, lett. b, dell'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva n. 1999/70 è infatti rimessa, per effetto dell'inciso «*se del caso*» che la precede, alla discrezionalità degli Stati membri), e può essere adottata anche un'altra misura idonea a reprimere gli abusi (e, soprattutto, a prevenirli con efficacia dissuasiva certa), come il risarcimento dei danni. Tuttavia, deve trattarsi in ogni caso di sanzione che deve avere carattere "effettivo, proporzionato e dissuasivo". Va poi ricordato che la clausola di non regresso (clausola 8, n. 3) dell'accordo quadro europeo suddetto consente allo Stato membro di modificare la propria normativa interna anche in senso peggiorativo per singoli settori o aspetti della normativa precedente, purché vi sia un motivato bilanciamento complessivo che garantisca sul piano generale il livello di tutela minimo previsto dall'accordo quadro medesimo, soprattutto sotto il profilo di idonee misure preventive degli abusi.

Con specifico riferimento al settore del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, si richiamano le seguenti sentenze della Corte di Giustizia:

– **La sentenza 9.11.2000, causa C-126/99, Vitari**, che ha affermato l'applicazione della legge n. 230/1962 - all'epoca vigente - anche ai contratti a termine stipulati in Italia dalle Istituzioni europee con gli agenti locali, affermando che la riqualificazione del rapporto è sanzione conforme al diritto dell'Unione alla luce della normativa generale e speciale del settore pubblico italiano.

– **La sentenza 9.9.2003, C-285/01, Burbaud**, la quale - in tema di forme assuntive diverse da concorso pubblico - ha ritenuto che l'imposizione del superamento del concorso di ammissione all'ENSP, volto a selezionare candidati non ancora qualificati, a cittadini di Stati membri già qualificati non è un provvedimento necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive, e in una fattispecie come quella di cui trattasi nella causa principale va oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive e non può quindi essere giustificata alla luce delle disposizioni del Trattato CE.

– **La sentenza 4.7.2006, C-212/4, Adeneler**, la quale ha ritenuto che l'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva n. 1999/70 osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare "fabbisogni permanenti e durevoli" del datore di lavoro e che devono essere considerati abusivi (v. punto 105, dispositivo 3); inoltre, secondo la sentenza, spetta alle autorità

nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (punto 95). Nella specie, la normativa nazionale (greca) è ritenuta incompatibile con la Direttiva 1999/70 non solo perché non prevede alcuna delle misure previste dalla clausola 5 per prevenire gli abusi derivanti da un'indebita utilizzazione dei contratti a termine, ma in quanto non contiene misure equivalenti che permettano, comunque, di evitare gli abusi.

– **La sentenza 7.9.2006, C-53/04, Marrosu e Sardino**, la quale ha affermato che l'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva n. 1999/70 dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti ed i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (v. punto 57 e dispositivo).

– **La sentenza 7.9.2006, C-180/04, Vassallo**, la quale ha ribadito la necessità che l'ordinamento preveda sanzioni, anche alternative alla tutela conservativa, idonee a soddisfare l'effetto utile delle prescrizioni comunitarie; tra queste viene espressamente menzionato il risarcimento del danno; si riconosce, per altro verso, la legittimità di un sistema nazionale che diversifica l'apparato sanzionatorio tra lavoro privato e lavoro pubblico.

– **La sentenza 23.4.2009, da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki**, che ha confermato i suddetti principi, con particolare riferimento ai poteri del giudice del rinvio di verificare l'effettività delle misure previste dalla disciplina nazionale al fine di attuare i principi dell'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva 1999/70; la Corte precisa che, se la clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro mira ad obbligare gli Stati membri a garantire nei rispettivi diritti nazionali l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, l'adozione della relativa normativa nazionale di trasposizione non può avere per effetto di compromettere l'efficacia della suddetta prevenzione, come derivante in precedenza da una "norma equivalente" ai sensi di detta clausola 5, n. 1. A tale riguardo, occorre in particolare che la situazione giuridica derivante dalle varie misure esistenti nel diritto nazionale sia sufficientemente precisa e chiara, di modo che i beneficiari siano messi in grado di conoscere la pienezza dei loro diritti e, se del caso, di avvalersene dinanzi ai giudici nazionali. Inoltre, il potere discrezionale conferito agli Stati dalla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro deve essere esercitato altresì nel rispetto del diritto comunitario, e, in particolare, dei principi generali di quest'ultimo nonché delle altre disposizioni dell'accordo quadro (punti 84 e 85). Precisa la Corte di Lussemburgo sul punto che: *"Nel caso di specie, le ricorrenti nel procedimento principale sostengono, in primo luogo, che le sanzioni di cui all'art. 7 del decreto presidenziale 164/2004 non possono essere considerate tali da avere un carattere efficace e dissuasivo. Infatti, da un lato, il pagamento di uno stipendio e di un'indennità di licenziamento previsto al n. 2 di tale disposizione non sarebbe affatto inteso a prevenire il ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, bensì costituirebbe la sanzione prevista dal diritto comune del lavoro. Dall'altro, le sanzioni penali e disciplinari di cui al n. 3 di detto art. 7 già esistevano, e, per di più, erano risultate totalmente inefficaci in Grecia. Inoltre, nella prassi, tali sanzioni non sarebbero state applicate a numerose categorie di lavoratori impiegati a tempo determinato, come quelli vincolati da contratti d'opera o da contratti di lavoro stipulati in base alla legge 2190/1994"* (punto 162). La sentenza si sofferma poi ampiamente sul divieto di *reformatio in pejus*, precisando che l'attuazione dell'accordo quadro a opera di una normativa nazionale non può comportare la riduzione della tutela in precedenza applicabile

nell'ordinamento giuridico interno ai lavoratori a tempo determinato ad un livello inferiore rispetto a quello determinato dalle disposizioni di tutela minima previste dall'accordo quadro medesimo.

– **L'ordinanza 1.10.2010, C-3/10, Affatato**, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Rossano. La Corte di Lussemburgo ha affermato quanto segue: *“A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato”* (punto 48). *“Analogamente a quanto già dichiarato dalla Corte nelle citate sentenze Marrosu e Sardino (punti 55 e 56), nonché Vassallo (punti 40 e 41), nei confronti dei provvedimenti previsti dal decreto n. 368/2001 nella sua versione originaria (v., altresì, ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 128), così come in quelle riguardanti altre disposizioni nazionali paragonabili (v. sentenza Angelidaki e a., cit., punto 188, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 90), una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza”* (punto 49).

Attenendosi ai principi testé enunciati, deve rilevarsi come la misura ripristinatoria del rapporto di lavoro sia certamente soddisfacente degli obblighi derivati dal diritto dell'Unione, determinando la definitiva eliminazione delle conseguenze dell'abuso: a fronte di un'esigenza stabile (e tale è normativamente da ritenersi un'esigenza lavorativa estrinsecatasi in violazione di norma di legge, con superamento del limite legale dei 36 mesi) vi è la costituzione di un rapporto di lavoro stabile, quindi elusione dell'abuso. Di contro la misura risarcitoria, difficilmente applicabile al caso di specie (non si tratterebbe di nullità del contratto o di svolgimento del rapporto al di fuori delle previsioni contrattuali, bensì di ipotesi non contemplata dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001) non assicura l'eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione.

– Nella **causa Jansen C-313/10** non vi è stata pronuncia della Corte, essendo stata la causa conciliata e cancellata dal ruolo; si richiamano peraltro le **conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen** del 15 settembre 2011 nella causa relativa ad una dipendente pubblica che si era vista nei gradi di giudizio precedenti accogliere la domanda di riqualificazione stabile dei tanti rapporti a termine successivi giustificati da ragioni oggettive sostitutive. L'Avv. generale esclude una differenziazione “ontologica” tra settore pubblico e settore privato ai fini dell'applicazione delle tutele preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70, così come esclude che ragioni di carattere “finanziario” e non legate alla natura specificamente temporanea del rapporto di lavoro, come quelle poste a fondamento della “legittimità” dell'assunzione a tempo determinato del ricorrente, compresa la proroga, possano costituire idonee ragioni oggettive nella nozione di cui alla predetta clausola 5, n. 1, lett. a). L'Avv. generale ricorda preliminarmente che, tanto dalla formulazione della Direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro, quanto dall'economia e dalla finalità di tali due atti risulta che le prescrizioni ivi contenute sono destinate ad applicarsi ai contratti a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri organismi del settore pubblico, così come a quelli conclusi con i datori di lavoro appartenenti al settore privato, affermando che *“la qualificazione giuridica del datore di lavoro, sia esso una persona di diritto privato o una persona di diritto pubblico, poco*

importi nell'ambito dell'applicazione della clausola in discussione". "Secondo il parere, un'interpretazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico potrebbe condurre ad un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale. Pertanto, sarebbe poco opportuno, alla luce dell'obiettivo del diritto dell'Unione relativo al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, autorizzare una distinzione tra il settore privato e il settore pubblico quanto alle ragioni obiettive di ricorrere a contratti a tempo determinato in successione, poiché la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri, come la Corte ha già messo in rilievo". "Inoltre, mi appare chiaro che i datori di lavoro del settore pubblico beneficino, in forza di una normativa come quella controversa nella causa principale, di un potere in grado di condurli ad abusare della conclusione di contratti a tempo determinato, in quanto, fissando le loro priorità di bilancio, tali datori di lavoro potrebbero preconstituirsì il motivo che giustifica il ricorso a tale forma di contratto autodispensandosi così dal rispetto di principi essenziali del diritto del lavoro. Orbene, tale rischio d'abuso ha una conseguenza tanto maggiore in quanto è stato osservato un netto aumento del ricorso ai dipendenti assunti a contratto, e non a dipendenti che fruiscono di contratti a tempo indeterminato o dello status di impiegato pubblico di ruolo, per sopperire ad esigenze del settore pubblico, e ciò non soltanto in Germania ma nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea". L'Avv. generale quindi, per quel che qui interessa, ha proposto alla Corte di risolvere nei seguenti termini le questioni pregiudiziali proposte dal Landesarbeitsgericht Köln: "1) La clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla Direttiva 1999/70/CE, dev'essere interpretata in maniera tale che, per valutare l'esistenza di una "ragione obiettiva" ai sensi di tale clausola, non sia escluso che un giudice nazionale possa tener conto del numero di contratti a tempo determinato che hanno preceduto il rinnovo del contratto da controllare, nonché dell'ampiezza del periodo durante il quale il dipendente era già in precedenza impiegato in base ad una successione di contratti a tempo determinato. 2) La clausola 5, punto 1, del detto accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che osta a che sia operata una differenziazione tra il settore pubblico e il settore privato quanto alla valutazione dell'esistenza di una "ragione obiettiva" ai sensi della menzionata clausola. 3) La clausola 5, punto 1, del citato accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che osta ad una normativa come quella controversa nella causa principale che si fonda su motivi di bilancio aventi un carattere troppo generico per soddisfare le esigenze definite dalla giurisprudenza della Corte relativa alle "ragioni obiettive" che giustificano il rinnovo di contratti a tempo determinato ai sensi di tale disposizione".

– La **sentenza 26.1.2012, C-586/10, Küçük**, resa - sulla scorta di analoghe conclusioni del medesimo Avv. generale da ultimo richiamato – in una causa ove la ricorrente aveva lavorato come dipendente presso un Land (quale assistente di cancelleria presso il segretariato della Sezione delle cause civili del Tribunale distrettuale di Colonia) per anni, in forza di tredici contratti di lavoro a tempo determinato; questi contratti a tempo determinato venivano conclusi a fronte di congedi temporanei (compresi i congedi parentali di educazione) e di congedi speciali fruiti da assistenti assunti a tempo indeterminato, ed erano diretti a garantire la sostituzione di questi ultimi. Secondo la ricorrente principale, i tredici contratti di lavoro a tempo determinato conclusi in successione e senza interruzione nell'arco di un periodo di undici anni non potrebbero in alcun caso riflettere un'esigenza temporanea di personale sostitutivo. La Corte di Giustizia ha ritenuto (punti 49 ss.) che il mero fatto che un'esigenza di personale sostitutivo possa essere soddisfatta attraverso la conclusione di contratti a tempo indeterminato non comporta che un datore di lavoro che decida di ricorrere a contratti a tempo determinato per far

fronte a carenze temporanee di organico, sebbene queste ultime si manifestino in modo ricorrente se non addirittura permanente, agisca abusivamente in violazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro europeo e della normativa nazionale che la recepisce. Secondo i giudici di Lussemburgo: *“l'esistenza di una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro europeo esclude, in linea di principio, l'esistenza di un abuso, a meno che un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato di cui trattasi riveli che le prestazioni richieste del lavoratore non corrispondono ad una mera esigenza temporanea”*, (punto 51). *“Inoltre, la Corte ha già osservato che la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro europeo non sancisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia (citare sentenze Adeneler e a., punto 91; Marrosu e Sardino, punto 47, nonché Angelidaki e a., punti 145 e 183)”* (punto 52). *“Si deve quindi risolvere la prima questione dichiarando che la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro europeo deve essere interpretata nel senso che l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola. Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola. Tuttavia, nella valutazione della questione se il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato sia giustificato da una ragione obiettiva siffatta, le autorità degli Stati membri, nell'ambito delle loro rispettive competenze, devono prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro”* (punto 56).

- La **sentenza 18.10.2012, da C-302/11 a C-305/11, Valenza**, che – nel risolvere le questioni pregiudiziali sollevate dal Consiglio di Stato in riferimento al combinato disposto delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro europeo – evidenzia al punto 34 che *“il semplice fatto che le ricorrenti nei procedimenti principali abbiano acquisito la qualità di lavoratrici a tempo indeterminato non esclude la possibilità per loro di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro (v. sentenza Rosado Santana, cit., punto 41, nonché, in tal senso, sentenza dell'8 marzo 2012, Huet, C-251/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 37)”*.

Precisa la Corte di Giustizia al punto 35, smentendo il collegamento proposto dal Consiglio di Stato tra le clausole 4 e 5 dell'accordo quadro, che *“nei procedimenti principali, le ricorrenti mirano essenzialmente, nella loro qualità di lavoratrici a tempo indeterminato, a mettere in discussione una differenza di trattamento applicata nel valutare l'anzianità e l'esperienza professionale pregresse ai fini di una procedura di assunzione al termine della quale esse sono divenute dipendenti di ruolo. Mentre i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratori a tempo indeterminato verrebbero presi in considerazione ai fini della determinazione dell'anzianità e dunque per la fissazione del livello della retribuzione, quelli effettuati in qualità di lavoratori a tempo determinato non lo sarebbero, senza che, a loro avviso, vengano esaminate la natura delle mansioni svolte e le caratteristiche inerenti a queste ultime. Poiché la discriminazione contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro, di cui le ricorrenti nei procedimenti principali si asseriscono vittime, riguarda i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratrici a tempo determinato, nessun rilievo presenta la circostanza che esse nel frattempo siano divenute lavoratrici a tempo indeterminato (v., in tal senso, sentenza Rosado Santana, cit.,*

punto 42)”.

Al successivo punto 69 la Corte di Lussemburgo smentisce l’interpretazione proposta dal Consiglio di Stato sulla già citata ordinanza *Affatato* della medesima Corte di Giustizia, che legittimerebbe il divieto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego nazionale (interpretazione proposta anche da Cass. 13.1.2012, n. 392): “*dato che la clausola 5 dell’accordo quadro è priva di rilevanza al riguardo, e che inoltre le ordinanze di rinvio non forniscono alcuna informazione concreta e precisa in merito ad un eventuale utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non vi è luogo – così come sostenuto dalle ricorrenti nei procedimenti principali – per pronunciarsi in merito all’interpretazione della clausola suddetta*”.

I giudici di Lussemburgo, rispondendo alle questioni sollevate dal Consiglio di Stato, concludono che “*la clausola 4 dell’accordo quadro, figurante quale allegato della Direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un’autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l’anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima autorità, come dipendente di ruolo nell’ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da «ragioni oggettive» ai sensi dei punti 1 e/o 4 della clausola di cui sopra. Il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere*”.

Dall’esposizione che precede emerge un contrasto - su diversi punti sopra indicati (dalla reiterazione dei contratti a termine anche per esigenze stabili o comunque oltre i 36 mesi, all’esclusione della conversione del rapporto nonostante l’insufficienza di altri rimedi idonei a prevenire l’abuso dei contratti a termine) – fra la disciplina legislativa italiana e la disciplina dell’Unione come interpretata dalla Corte di Giustizia (clausole 4 e 5 dell’accordo quadro europeo attuato dalla Direttiva 1999/70).

2. La giurisprudenza costituzionale.

La Corte Costituzionale si è occupata in più occasioni della legislazione relativa ai contratti a termine (per una esame analitico della relativa giurisprudenza si rimanda alla relazione n. 2 del 2011 dell’Ufficio del Massimario: www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaCivile/RelazioniCiv/RelazioniCiv.asp?ID=17) in termini difforni dagli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, con esclusione della conversione.

Con riferimento al lavoro pubblico, si segnala, per quel che in questa sede rileva, l’affermazione della legittimità dell’art. 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165/2001 (T.U. sul pubblico impiego), ritenendo, nella **sentenza n. 89 del 2003**, che il principio dell’accesso mediante concorso - enunciato dall’art. 97 Cost. a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell’amministrazione - rende palese la non omogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori di lavoro privati, sicché è giustificata la scelta del legislatore - cui spetta, nei limiti della ragionevolezza, individuare i casi eccezionali in cui il principio del concorso può essere derogato - di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo indeterminato prevista per i

lavoratori privati. Non è, pertanto, fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in riferimento agli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni.

La decisione n. 89/2003 nega, dunque, la riqualificazione dei rapporti nella vigenza della legge n. 230/1962 sulla base del divieto di conversione per violazione del principio del pubblico concorso, e ciò sebbene l'assunzione con concorso non fosse la regola per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (Ata) della Scuola, il cui reclutamento avveniva ed avviene esclusivamente sulla base delle graduatorie permanenti e di procedure selettive non concorsuali.

Per riferimenti a recenti interventi della Corte Costituzionale su normative regionali sulla stabilizzazione dei precari vedi:

- **Corte Cost. 9.3.2012, n. 51**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 11, comma 1, legge reg. Molise 24.3.2011, n. 6, nella parte in cui disponeva la stabilizzazione di soggetti titolari di meri rapporti precari, senza previa fissazione di criteri selettivi di tipo concorsuale;
- **Corte Cost. 9.3.2012, n. 50**, che ha giudicato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 della legge reg. Umbria 30.3.2011, n. 4, nella parte in cui, stabilendo la proroga della legge reg. Umbria 23.2.2005 n. 16, implicherebbe anche l'applicazione dell'art. 6 di tale legge, il quale prevede che, per la copertura dei posti vacanti, il 50% dei posti disponibili della qualifica di dirigente è riservato ai dipendenti delle Aziende sanitarie regionali che bandiscono il relativo concorso;
- **Corte Cost. 13.4.2011, n. 127**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 23 della legge reg. Puglia 25.2.2010, n. 5, nella parte in cui, in deroga al principio del concorso pubblico, prevedeva l'automatica stabilizzazione di tutti i lavoratori a termine dell'ente regionale interessato, sebbene fosse previsto che gli stabilizzandi dovessero essere assunti a termine previa selezione pubblica, essendo il riferimento a qualsiasi selezione pubblica troppo generico per procedere alla stabilizzazione senza concorso;
- **Corte Cost. 1.4.2011, n. 108**, che ha dichiarato incostituzionali gli artt. 1, comma 3, 13, 15, commi 3 e 5, 16, commi 1 e 2, 17, comma 4 e 19, comma 3, legge reg. Calabria n. 8/2010, nella parte in cui prevedevano forme di stabilizzazione del personale ivi menzionato;
- **Corte Cost. 18.2.2011, n. 52**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 6, comma 2, legge reg. Toscana n. 85/2009 laddove prevedeva l'inquadramento del personale della fondazione ivi menzionata nei ruoli del servizio sanitario regionale previo superamento di un concorso riservato;
- **Corte Cost. 11.2.2011, n. 42**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, comma 40, legge reg. Puglia 31.12.2007, n. 40, nella parte in cui, in deroga al principio del concorso pubblico, prevedeva che, in relazione al triennio 2008-2010, le aziende sanitarie e gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (Irccs) pubblici, nel procedere a determinate condizioni alla stabilizzazione del personale del ruolo della dirigenza medico-veterinaria sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa con incarico a tempo determinato, non potessero indire ovvero proseguire procedure concorsuali ovvero utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti oggetto della stabilizzazione;
- **Corte Cost. 13.5.2010, n. 169**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 2 della legge reg. Liguria 18.2.2009, n. 3, nella parte in cui, in deroga al principio del concorso pubblico, consentiva l'indizione di un concorso riservato ad una specifica categoria di soggetti per un numero di posti pari alla metà di quelli previsti nella programmazione triennale delle assunzioni;

- **Corte Cost. 29.4.2010, n. 150**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 della legge reg. Puglia 23.12.2008, n. 45, nella parte in cui, senza l'espletamento di un pubblico concorso, prevedeva l'inquadramento a domanda nelle direzioni sanitarie di dirigenti medici che svolgono attività di staff presso direzioni generali;
- **Corte Cost. 29.4.2010, n. 149**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 7 della legge reg. Calabria 15.1.2009, n. 1, nella parte in cui, in deroga al principio del concorso pubblico, disponeva la stabilizzazione di medici incaricati dell'emergenza sanitaria che avessero maturato almeno cinque anni in regime di convenzione, di cui almeno tre in regime di emergenza, previo mero giudizio di idoneità;
- **Corte Cost. 13.11.2009, n. 293**, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4, commi 1, 2 e 4, legge reg. Veneto 26.6.2008, n. 3, nella parte in cui estendeva al personale dipendente dei gruppi consiliari, dei gabinetti e delle segreterie del presidente e dei componenti dell'ufficio di presidenza del consiglio regionale nonché del presidente, del vicepresidente e dei componenti della giunta regionale, la possibilità di ottenere la trasformazione delle posizioni di lavoro a tempo determinato in posizioni di lavoro dipendente a tempo indeterminato, mediante apposita procedura interamente riservata ovvero, nel caso di previo superamento di una selezione pubblica, senza individuare presupposti e criteri di selezione concorsuali.

3. La Giurisprudenza di legittimità.

Le sentenze pronunciate in materia di lavoro a termine dalla Sezione lavoro della Corte di Cassazione sono numerosissime; si evidenziano di seguito solo quelle che più interessano.

In materia di lavoro pubblico, vanno richiamate, tra le più recenti:

- **Cass. 22.4.2010, n. 9555**, secondo la quale *“Il rapporto fra l'INAIL ed i portieri addetti alla vigilanza e custodia di edifici di proprietà dell'Istituto, pur essendo di pubblico impiego, è disciplinato, nel suo contenuto, da un contratto collettivo di natura privatistica che lo sottrae all'operatività della disciplina pubblicistica di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 22, comma 8, del d.lgs. n. 80 del 1998, che esclude, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime, in quanto la natura dell'ente datore di lavoro non può ritenersi circostanza autonomamente sufficiente per escludere la conversione di contratti a tempo determinato, con termini nulli, in contratto a tempo indeterminato”*.

Sostiene la Cassazione, in linea con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, quando ci si occupa di modalità di accesso stabile alla pubblica amministrazione diverse dal concorso e, comunque, disciplinate da norme di legge, come nel caso di specie in cui le graduatorie dell'art. 16 della legge n. 56/1987 consentono il reclutamento sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, evidentemente non si può porre il limite costituzionale del divieto di conversione enunciato dalla Consulta.

Al di là di detto pronunciamento, giustificato nella produzione giurisprudenziale successiva dalla particolarità della fattispecie concreta, la giurisprudenza della Sezione lavoro della Cassazione è contraria alla conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato.

- **Cass. 15.6.2010, n. 14350**, che ha affermato che *“in materia di pubblico impiego, un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro*

a tempo determinato. Ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela del diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti".

- **Cass. 13.1.2012, n. 392**, relativa ad una domanda proposta dal ricorrente volta a conseguire la trasformazione del suo rapporto di lavoro, instaurato con l'AUSL n. 9 di Trapani, in rapporto a tempo indeterminato. Nel caso di specie, il ricorrente aveva rilevato che per la figura professionale di centralinista presso l'azienda sanitaria non è previsto alcun concorso pubblico e quindi non vi è alcuna violazione di norma imperativa di legge ai sensi dell'art. 97, comma 3, Cost., trattandosi di assunzione che avviene, ai sensi degli artt. 35, comma 1, lett. a) e/o 36 del d.lgs. n. 165/2001, per mansioni e qualifiche medio-basse, con le modalità "uniche" di reclutamento "sia a tempo indeterminato che a tempo determinato previste dall'art. 16 della legge n. 56/1987, per cui non scatta il divieto di conversione previsto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 in caso di violazione di norme imperative di legge". La decisione è stata quindi così massimata: *"in tema di contratto a tempo determinato nel pubblico impiego privatizzato, la disciplina di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, pur escludendo, in caso di violazione di norme imperative in materia, la conversione in contratto a tempo indeterminato, introduce un proprio e specifico regime sanzionatorio con un'accentuata responsabilizzazione del dirigente pubblico e il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore e, pertanto, è speciale ed alternativa rispetto alla disciplina di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001, ma pur sempre adeguata alla Direttiva 1999/70, in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione"*.

- **Cass. 20.3.2012, n. 4417** (non massimata), che si è pronunciata nello stesso senso del precedente della Cassazione da ultimo richiamato;

La principale decisione in materia di lavoro pubblico a termine resa dalla Sezione lavoro della Cassazione riguarda però il personale precario della scuola. La sentenza di **Cass. 20.6.2012, n. 10127** risulta così massimata: *"La disciplina del reclutamento del personale a termine del settore scolastico, contenuta nel d.lgs. n. 297 del 1994, non è stata abrogata dal d.lgs. n. 368 del 2001, essendone disposta la salvezza dall'art. 70, comma 8, del d.lgs. n. 165 del 2001, che le attribuisce un connotato di specialità, ribadito dall'art. 9, comma 18, del d.l. n. 70 del 2011, conv. in legge n. 106 del 2011, tramite la conferma dell'esclusione della conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze. Lo speciale "corpus" normativo delle supplenze, integrato nel sistema di accesso ai ruoli ex art. 399 del d.lgs. n. 297 del 1994, modificato dall'art. 1 della legge n. 124 del 1999, consentendo la stipula dei contratti a termine solo per esigenze oggettive dell'attività scolastica, cui non fa riscontro alcun potere discrezionale dell'amministrazione, costituisce "norma equivalente" alle misure di cui alla Direttiva 1999/70 e, quindi, non si pone in contrasto con la Direttiva stessa, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che la reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, né il diritto al risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato, ai suoi danni, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza"*.

4. La giurisprudenza di merito.

La giurisprudenza di merito ha registrato numerose pronunce sia con riferimento al problema della sanzione applicabile al caso di illegittima apposizione del termine nel lavoro pubblico, sia in relazione al riconoscimento degli scatti di anzianità in favore dei lavoratori per il periodo di precariato svolto con le medesime mansioni.

Con riferimento al primo problema, la giurisprudenza nazionale è divisa. Secondo alcune

pronunce (cfr. Trib. Trani 18.6.2011, Trib. Napoli 16.6.2011, Trib. Livorno 25.1.2011, Trib. Milano 22.12.2010, Trib. Siena 27.9.2010, seppure con tesi diverse e variamente articolate), nessun ostacolo sembrerebbe frapporsi alla riqualificazione dei rapporti di lavoro a termine stipulati nel settore pubblico in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Il **Trib. di Napoli 16.6.2011** ha rilevato, in primo luogo, che la normativa speciale per il reclutamento dei collaboratori scolastici non prevede alcuna procedura concorsuale. Quando l'accesso all'impiego non avviene tramite concorso, ma mediante procedure selettive e regimi di reclutamento diversi, conformemente all'art. 97, comma 3, Cost., il richiamo all'art. 97 Cost., quale norma ostativa alla conversione, appare inconferente. In secondo luogo, la sentenza ritiene, in ogni caso, che la salvezza delle procedure di reclutamento prevista dalla disciplina speciale della scuola non è incompatibile con l'applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 165/2001, non essendo il superamento dei 36 mesi di lavoro un effetto automatico dell'applicazione delle procedure di reclutamento; se si accedesse all'opposta tesi, si dovrebbe concludere che, nello specifico ambito della scuola pubblica, non sarebbe prevista alcuna misura ostativa all'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine stipulati per il conferimento delle supplenze (fra quelle enumerate nella clausola 5, comma 1, Direttiva 1999/70).

Si ricorda comunque che, vertendosi in ambito di applicazione dell'ordinamento dell'Unione europea, il principio del pubblico concorso non può essere invocato *ex se*, ma tenuto conto dei limiti derivanti dagli obblighi di appartenenza: «*Al fine deve farsi specifico riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Ue, sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité. Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha rilevato come gli ostacoli all'applicazione del diritto della Ue (nel caso di specie, il diritto di libera circolazione) devono rispettare il principio di proporzionalità, ovvero si deve verificare che tale ostacolo non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito (v., in particolare, sentenza 11 luglio 2002, causa C-294/00, Gräbner, Racc. pag. I-6515, punto 39 e giurisprudenza ivi citata). La Corte ha proseguito precisando (punto 107): "Peraltro, la normativa francese prevede, entro determinate percentuali massime degli organici, un regime definito «di accesso esterno», che consente a taluni dipendenti di essere esonerati dal concorso di ammissione all'ENSP sulla base, in particolare, della loro esperienza nel pubblico impiego". Ha ancora proseguito ricordando che (punto 109): "l'esistenza di un tale regime mostra tuttavia che possono essere previsti metodi di assunzione, sotto forma di concorsi o sotto altra forma, meno restrittivi del concorso di ammissione all'ENSP, al fine di consentire segnatamente ai cittadini degli Stati membri, come la sig.ra Burbaud, di fare valere le proprie qualifiche specifiche". "Si deve, di conseguenza, considerare che l'imposizione del superamento del concorso di ammissione all'ENSP in una fattispecie come quella di cui trattasi nella causa principale va oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive e non può quindi essere giustificata alla luce delle disposizioni del Trattato"».*

Il Tribunale di Napoli ha quindi applicato in favore del lavoratore ricorrente la conversione e la condanna al pagamento dell'indennità *ex art. 32* della legge n. 183/2010 (cd. Collegato lavoro).

Anche il **Trib. di Siena 27.10.2010** ha ammesso la conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato. La decisione è sorretta da tre nuclei argomentativi diversi:

– l'abrogazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ad opera dell'art. 11 del d.lgs. n. 368/2001 (e ciò - si potrebbe osservare criticamente - sebbene il legislatore, successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 368, ha più volte confermato l'operatività del particolare regime sanzionatorio previsto per il pubblico impiego);

– l'affidamento ai CCNL del compito di “disciplinare la materia dei contratti a tempo

determinato” e la previsione da parte del contratto collettivo del comparto interessato che “*il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative*” (art. 40, CCNL per il comparto Scuola 2006/2009), sicché si può ben applicare nel caso di specie la sanzione della conversione, che è la sanzione generale prevista dalla normativa legale, cui la contrattazione collettiva essenzialmente rinvia;

– l’inadeguatezza dell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 a prevenire e, se del caso, a sanzionare l’utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti a tempo determinato successivi.

Il giudice ha pertanto ritenuto necessario procedere “*ad un deciso ripensamento della materia*”, disapplicando la norma speciale operante nel pubblico impiego perché “*debole e pertanto non conforme al diritto comunitario*”: non essendo possibile fornire un’interpretazione conforme del diritto interno alla luce della Direttiva dell’Ue - che impone agli Stati membri di adottare misure aventi carattere proporzionato, effettivo e dissuasivo con cui sanzionare l’utilizzo illegittimo di contratti a tempo determinato -, il giudice ha dunque dato applicazione diretta al principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato contenuto nella Direttiva 1999/70. Tale principio investe tutte le condizioni del rapporto di lavoro e quindi anche la vicenda estintiva: a tal proposito, il giudice ha richiamato l’art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell’Ue - alla quale il Trattato di Lisbona ha riconosciuto lo “*stesso valore giuridico dei trattati*” - secondo cui “*ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*”. Sulla base della convinzione che “*la scadenza del termine, illegittimamente apposto, non [sia] altro che un licenziamento programmato privo di giustificazione causale*”, il Tribunale di Siena ha dunque ritenuto di dover garantire la “*tutelabilità in forma specifica, ex art. 2058 cod. civ., del diritto del lavoratore a fronte di una vicenda risolutiva illegittima del rapporto*”.

Il **Trib. di Trani 18.6.2001** ha riconosciuto il diritto del lavoratore alla conversione del rapporto - non già per effetto dell’accertamento dell’illegittimità dei termini apposti ai suoi contratti di lavoro (perché, se così fosse stato, avrebbe avuto diritto solo al risarcimento del danno), ma per il fatto di aver prestato servizio per più di 36 mesi complessivi - e riconosce il risarcimento del danno per l’illegittimità dei primi contratti, applicando l’indennità onnicomprensiva ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010.

Nello stesso filone va poi ricordata la decisione di **Trib. Reggio Calabria 1.2.2012**. Ad avviso del Giudice, che pure rigetta la domanda di conversione (in quanto relativa al caso di due contratti a termine con durata inferiore ai 36 mesi) e rigetta la domanda di danno per mancata prova di quello che si ritiene essere solo l’interesse negativo simile a quello della responsabilità precontrattuale, “*non si può escludere l’abuso (...) per il sol fatto che gli incarichi siano stati attribuiti in conformità ad un sistema normativo che esclude spazi di discrezionalità in capo all’amministrazione scolastica. Infatti, la nozione di abuso, ai fini della questione in esame, va declinata in senso oggettivo e concreto, non in senso psicologico né formale/normativo. Per cui il carattere abusivo non è escluso per la sola mancanza di animus nocendi, di dolo, di negligenza, colpa. E non è escluso neanche dalla mera conformità ad una disciplina nazionale. Come statuito dalla Corte di Giustizia, la clausola 4 dell’accordo quadro va intesa nel senso che “osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro”. Al contrario – ha stabilito la Corte di Giustizia – la nozione di ragioni obiettive “esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall’esistenza di elementi concreti relativi in particolare all’attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio” (Adeneler; nel medesimo senso Angelidaki). Quindi la mera conformità alla normativa interna non può di per sé escludere la difformità del comportamento rispetto al diritto comunitario; il che appare*

indispensabile al fine di assicurare effettività al principio del primato del diritto comunitario rispetto a quello nazionale. Ove la mera osservanza del diritto interno potesse giustificare un comportamento difforme rispetto all'obiettivo perseguito dalla normativa comunitaria, il principio della prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello interno risulterebbe nella sostanza svuotato».

Altre pronunce (**Corte App. Perugia, 8.3.2011; Trib. Torino, 2.3.2011; Trib. Trieste, 28.5.2011; Trib. Genova, 24.5.2011; Corte App. Genova 9.11.2011; Corte App. Roma 13.3.2012; Trib. Pisa 21.3.2012**), invece, richiamando la sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale, ma anche le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* della Corte di Giustizia, pur prescindendo da quanto precisato nell'ordinanza *Affatato* e nella sentenza *Küçük* dalla stessa Corte di Lussemburgo, ritengono che nel settore pubblico continui ad operare il divieto di conversione di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, riconoscendo soltanto il diritto al risarcimento dei danni diversamente quantificato - dai vari giudici di merito - data la mancanza nella norma di uno specifico criterio di determinazione del pregiudizio economico.

E' interessante vedere come tali sentenze individuano le "sanzioni risarcitorie" dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Il **Tribunale di Genova 14.5.2007**, dovendo risolvere la medesima causa che aveva dato adito al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e che era sfociata nella sentenza del 7.9.2006 *Marrosu-Sardino*, ha commisurato il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità *ex art. 18*, comma 4, legge n. 300/1970, ante riforma del 2012) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità *ex art. 18*, comma 5, ante riforma del 2012).

Ad identica soluzione è pervenuto lo stesso Tribunale con **la sentenza 24.5.2011**; il Giudice, escludendo la conversione del rapporto, ha riconosciuto il diritto al risarcimento del danno ed agli scatti di anzianità.

Il **Trib. di Rossano Calabro, nella sentenza del 4.6.2007**, ha inteso "agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio", arrivando a quantificare un risarcimento a favore del lavoratore pari a 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre gli interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro.

Il **Trib. di Foggia, nella sentenza 17.10.2008**, in fattispecie di successione di contratti a termine abusivi in materia di pubblico impiego, ha ritenuto inapplicabile la sanzione prevista dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, in presenza del regime sanzionatorio specifico per la pubblica amministrazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, con la condanna dell'Amministrazione pubblica resistente al pagamento di venti mensilità in applicazione analogica dell'art. 18 della legge n. 300/1970.

La **Corte d'appello di Genova, nella sentenza 9.1.2009**, ha affermato che dall'accertata nullità del termine apposto ad un contratto stipulato con una pubblica amministrazione non può derivare la conversione in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; a norma dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, il lavoratore acquisisce il diritto al risarcimento del danno subito, il quale deve essere quantificato sulla base del disposto dell'art. 18, commi 4 e 5, della legge n. 300/1970 in materia di licenziamento invalido (ante riforma del 2012), istituito attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione.

La **Corte d'appello di Catanzaro, nella sentenza 1.4.2010** ha applicato il meccanismo sanzionatorio dell'art. 8 della legge n. 604/1966, commisurando il risarcimento ad un importo compreso tra un minimo di due mensilità e mezzo ed un massimo di sei.

Il **Trib. di Trapani, nella sentenza 30.1.2007**, ha disposto la corresponsione della retribuzione spettante per il periodo compreso tra la messa in mora dell'amministrazione e la

pronuncia giurisdizionale.

Il **Trib. di Catania, nella sentenza 6.12.2006**, ha disposto la corresponsione del trattamento retributivo non erogato nei periodi di intervallo tra i vari contratti a termine intercorsi con l'amministrazione senza soluzione di continuità.

La **Corte d'appello di Milano, nella sentenza 15.5.2001**, esclude la configurabilità di un abuso da parte dell'amministrazione scolastica nella reiterazione dei rapporti a termine, e quindi di un danno risarcibile, essendo questi consentiti dalla normativa nazionale per esigenze specifiche del sistema scolastico.

La **Corte d'appello di Roma, nella sentenza 9.3.2012**, ha evidenziato che l'attribuzione di incarichi di insegnamento a termine nella scuola può ricollegarsi ad esigenze permanenti, atteso che *“attraverso il conferimento della supplenza annuale per la copertura dei posti di insegnamento o tecnici, già compresi nella pianta organica ma vacanti perché privi di titolare, l'amministrazione scolastica soddisfa un'esigenza che, sebbene oggettiva, non è connotata dal carattere della temporaneità, atteso che già la sola inclusione nel cosiddetto organico di diritto rende evidente la natura permanente dell'esigenza medesima. Da ciò discende che l'art. 4, comma 1, della legge 124/1999 si pone sicuramente in contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro europeo, se interpretato nel senso di consentire senza alcuna limitazione, né di carattere oggettivo né temporale, il ricorso reiterato al contratto a termine, finalizzato ad assicurare la copertura dei posti della pianta organica che, invece, l'amministrazione avrebbe dovuto e potuto coprire con personale immesso in via definitiva in ruolo secondo i meccanismi previsti dagli artt. 399 ss. per il personale docente e per il personale tecnico dall'art. 554 del T.U.”*.

Secondo questa pronuncia, però, ciò non implica, in difetto di applicazione diretta della suddetta clausola 5 dell'accordo quadro, la conversione del rapporto ove la sanzione risarcitoria sia adeguata, e tale - secondo la pronuncia in discorso - è la condanna al pagamento di 18 mensilità retributive (specie se confrontata con l'indennità *ex art. 32* della legge n. 183/2010, applicabile in favore del lavoratore a termine nel settore privato).

Sull'indennità *ex art. 32* della legge n. 183/2010, all'esito di Corte Cost. n. 303 del 2011, si veda pure **Trib. Napoli 13.6.2012**, che ha sollevato la pregiudiziale interpretativa davanti alla Corte di Giustizia *ex art. 267* Trattato sul funzionamento dell'Ue.

Tra le sentenze successive alla pronuncia della **Corte di Cassazione n. 10127 del 20.6.2012**, e perciò meritevoli di particolare segnalazione, ricordiamo, anzitutto, quella del **Trib. de L'Aquila 27.6.2012**; secondo i giudici, una lettura costituzionalmente orientata (art. 117, comma 1, Cost.) del diritto al risarcimento del danno previsto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 impone di individuare un parametro equitativo adeguato per punire l'abusivo ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato da parte delle pubbliche amministrazioni scolastiche, nella misura di venti mensilità di retribuzione, che si ottengono sommando le cinque mensilità pari alla misura minima prevista dal comma 4 dell'art. 18, della legge n. 300/1970 (ante riforma del 2012), e le quindici mensilità corrispondenti all'indennità sostitutiva della reintegra prevista dal comma 5 dell'art. 18.

Viene poi in rilievo l'**ordinanza 15 gennaio 2013 con cui il Tribunale di Napoli** ha sollevato presso la Corte di Giustizia questioni di pregiudizialità concernenti il problema del precariato nel settore della Scuola pubblica, riproponendo e integrando nella controversia di lavoro *Racca c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca* istanze interpretative già sollevate dallo stesso Giudice presso il Tribunale di Rossano con ordinanza iscritta al n. C-3/10 (tali istanze sono state poi definite dalla Corte di Giustizia con la citata ordinanza *Affatato*).

La vertenza ha riguardato una precaria della scuola appartenente al personale docente ed inserita nella graduatoria permanente ad esaurimento della provincia di Napoli che, avendo prestato servizio alle dipendenze del MIUR con reiterati contratti a tempo determinato per supplenze destinate a coprire posti vacanti in organico di diritto o di fatto o supplenze

temporanee, ha adito il Tribunale di Napoli richiedendo che il suo rapporto di lavoro, essendosi protratto per più di 36 mesi in mansioni equivalenti fosse considerato a tempo indeterminato a far tempo dal trentaseiesimo mese ovvero dal 9 febbraio 2011 ai sensi dell'art. 5, comma 4-bis e comma 2 del d.lgs. n. 368/2001, ma anche secondo la previsione dello stesso art. 5, commi 3 e/o 4, dello stesso decreto legislativo. La lavoratrice ha chiesto altresì il riconoscimento del diritto a che il servizio espletato a tempo determinato fosse computato ai fini dell'anzianità di servizio e del conseguente riconoscimento degli scatti stipendiali, come se si trattasse di un unico rapporto di lavoro senza soluzione di continuità con lo stesso datore di lavoro pubblico, così come previsto dalla clausola 4 dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70.

L'ordinanza del Tribunale di Napoli, articolata in sette quesiti, è divisa in cinque parti. La prima riguarda l'interpretazione della normativa interna, anche contrattuale collettiva, della Scuola, che - in un'ottica di coerenza con la disciplina della Direttiva n. 1999/70 - comporta la necessaria smentita della più volte citata sentenza della Cassazione n. 10127/2012. La seconda parte riguarda l'ambito di applicazione della Direttiva n. 1999/70 ed il concetto di Stato e di pubblico dipendente, richiamando le già ricordate approfondite considerazioni dell'Avvocato generale finlandese presso la Corte di giustizia, N. Jääskinen, nella **causa Jansen C-313/10**. La terza parte concerne la valutazione delle affermazioni a suo tempo fatte dall'Avvocatura dello Stato italiano nella già citata causa *Affatato*. La quarta attiene alla violazione del principio di eguaglianza di cui alla clausola 4 della Direttiva n. 1999/70, immediatamente applicabile negli Stati membri. La parte finale concerne l'inedita lettura della Direttiva n. 1991/533 sull'obbligo di indicare gli elementi essenziali del contratto di lavoro e, tra essi, la durata prevedibile del contratto o rapporto di lavoro, obbligo che si ritiene possa essere considerato violato nel caso del precariato scolastico italiano, anche con riferimento ai continui interventi del legislatore attraverso norme interpretative con effetto retroattivo, con la conseguenza - stigmatizzata anche dalla Corte dei Conti - di indurre la giurisprudenza di merito a preferire in via analogica (cioè senza espressa norma di legge) la costosa sanzione del risarcimento dei danni (nell'ordine di miliardi di euro) a quella contabilmente neutra della stabilizzazione di rapporti a termine - per esigenze "permanenti" - di lavoratori che ogni anno vengono richiamati in servizio in base a graduatorie concorsuali.

Con la sentenza del **30 gennaio 2013 la Corte d'Appello di Ancona** ha dichiarato inapplicabile alla fattispecie in esame (conducente di autobus sottoposto a varie assunzioni a termine seguite da proroghe, per un totale di 30 mesi) la disciplina dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 così escludendo la conversione in un unico rapporto a tempo indeterminato; nella specie si controverte sulla natura pubblica o mista della società datrice di lavoro; la Corte - sul presupposto della natura interamente pubblica della società datrice di lavoro - ha dichiarato applicabile alla fattispecie la regola del reclutamento del personale sancita dall'art. 18 della legge n. 133/2008 e di conseguenza l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 che, al comma 5, parte prima, è tassativo nel disporre il divieto assoluto di conversione.

Infine, il **Tribunale di Trapani, nella sentenza 27 febbraio 2013**, ha riconosciuto ad un docente precario di Educazione fisica - destinatario dal 2005 di ripetuti contratti a tempo determinato su posti vacanti in organico - un risarcimento di 150 mila euro a compenso delle ferie non retribuite (perché il rapporto di lavoro a termine, cessando con la fine delle lezioni, non consente di fruire del periodo di sospensione feriale per il necessario recupero delle energie psico-fisiche del lavoratore), nonché per gli aumenti dello stipendio che avrebbe maturato in tutto il periodo in cui ha prestato servizio tramite contratti a tempo determinato. Il giudice di Trapani ha ritenuto inapplicabile la sanzione prevista dall'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, in presenza del regime sanzionatorio specifico per la pubblica amministrazione di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, optando per il rimedio risarcitorio al fine di sanzionare l'abuso del termine da parte dell'amministrazione interessata.

5. Brevi conclusioni

Sul tema dei contratti a tempo determinato pendono due procedure di infrazione a carico dell'Italia. La Commissione europea ha aperto – a breve distanza dalla prima procedura (n. 2010/2045 sul computo dei lavoratori a tempo determinato *ex art. 8* del d.lgs. n. 368/2001) – una seconda procedura di infrazione (la n. 2010/2124) nei confronti dell'Italia per il non corretto recepimento della Direttiva 1999/70 in riferimento all'art. 4, comma 14-bis, della legge n. 124/1999, nel testo introdotto in sede di conversione del d.l. n. 134/2009. La Commissione, con l'invio della lettera di messa in mora il 14 marzo 2011, ha ritenuto che la prassi di impiegare personale Ata nella scuola pubblica per mezzo di una successione di contratti a tempo determinato, senza misure atte a prevenirne l'abuso, non rispetta gli obblighi della clausola 5 dell'accordo quadro europeo.

Ove non si ammettesse la conversione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, l'abuso del termine non avrebbe di fatto alcuna sanzione dissuasiva, in quanto il risarcimento del danno non riguarderebbe la mancata prosecuzione del rapporto per la scadenza del termine, ma solo il diverso danno eventualmente subito nel passato (compenso delle ferie non retribuite e non fruito, aumenti dello stipendio, ecc.).

D'altra parte il rispetto del principio di non discriminazione (ora ribadito dall'art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234) sospinge verso la riqualificazione del rapporto, in quanto misura già applicata a favore degli agenti locali assunti con contratto a termine presso le Istituzioni europee operanti in Italia (Corte di Giustizia, 9.11.2000, *Vitari*, cit.), nonché a favore dei lettori universitari (Corte di Giustizia 26.6.2001, cit.). Si rammenta che il divieto contenuto nella clausola 4, comma 1, dell'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva n. 1999/70 è stato ritenuto dai giudici di Lussemburgo incondizionato e sufficientemente preciso, tale da non richiedere atti di trasposizione interna della Direttiva, vincolante per tutti i datori di lavoro (pubblici) (Corte di Giustizia, ord. 11.11.2010, *Vino*, punto 55; Corte di Giustizia, 15.4.2008, causa C-268/06, *Impact*, punti 65 e 68).

Se così non fosse, se dunque l'unico rimedio dovesse essere il risarcimento del danno, si aprirebbe un contenzioso di massa (come del resto già si sta aprendo) con effetti dirompenti e con pericolose ricadute sulla finanza pubblica (vedi, da ultimo, la decisione del Tribunale di Trapani del 27 febbraio 2013): una condanna a venti mensilità per ciascun lavoratore precario costerebbe molto di più di una stabilizzazione (a fronte di effettive e durature esigenze di servizio e di una prova concorsuale di accesso al rapporto a termine, già superata).