

Condizionalità eurounitaria per il divieto di conversione, nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano: la parola alla Corte di giustizia.*

di Michele De Luca **

SOMMARIO:

1.Pregiuizialità eurounitaria per i divieti nazionale di conversione: il caso italiano.

2.Misure alternative alla conversione nel pubblico impiego: quali risultano dalla sentenza investita dal rinvio pregiudiziale.

3.Segue: risarcimento del danno da *perdita di chance*.

4.Segue: la indennità forfettaria onnicomprensiva (di cui all'articolo 32, comma 5, legge 183 ,del 2010, c.d. *collegato lavoro*)..

5.Segue: declaratoria del contrasto con il diritto dell'Unione europea (in subordine).

***Il testo riproduce, con il corredo di note essenziali, l'intervento orale, per la parte privata, nella udienza della Corte di giustizia del 13 luglio 2017, nella causa C-419/16, Giuseppa Santoro/Comune di Valderice/Presidenza del Consiglio dei ministri, avente ad oggetto: *successione abusiva di contratti a termine nel pubblico impiego – Conseguenze*.**

****Codifensore della parte privata (insieme agli avvocati Ersilia De Nisco, Sergio Galleano, Vincenzo De Michele) nel giudizio dinanzi alla Corte di giustizia.**

1. *Condizionalità*, stabilita dal diritto dell'Unione europea, per *divieti di conversione* nel pubblico impiego, previsti dagli ordinamenti nazionali dei paesi membri: può essere sintetizzato, così, il tema d'indagine.

Si concentra, tuttavia, sull'ordinamento italiano, quale risulta dalla sentenza (15 marzo 2016, n. 5072) delle sezioni unite civili della Corte di cassazione italiana, direttamente investita dalla questione pregiudiziale.

Riguarda, pertanto, il *diritto vivente*, la giurisprudenza consolidata, cioè, delle *magistrature supreme*.

Né può essere trascurato che la Corte costituzionale italiana contrappone il *diritto vivente* alle *disposizioni* di legge – nella loro formulazione letterale – che risultano interpretate, appunto, dallo stesso *diritto vivente*.

E lo considera, inoltre, alternativo – rispetto alle *disposizioni* medesime – quale oggetto del giudizio di costituzionalità.¹

Palese ne risulta il rilievo.

Infatti lo stesso *diritto vivente* – la *giurisprudenza consolidata*, cioè – costituisce oggetto (anche) dello scrutinio di conformità degli ordinamenti nazionali – al diritto dell'Unione – non solo per l'*interpretazione conforme*, da parte dei giudici nazionali, ma anche per il giudizio della Corte di giustizia.

Pronunciando su questione pregiudiziale posta dalla Corte suprema danese, la Grande sezione della Corte di giustizia (sentenza 19 aprile 2016, in causa C-441/14, Dansk Industri, spec. punto 33) , infatti, ha di recente ribadito che *“l'esigenza di un'interpretazione conforme – al diritto dell'Unione, appunto – include l'obbligo, per i giudici nazionali, di modificare, se del caso, una giurisprudenza consolidata se questa si*

1 Sul *diritto vivente* – nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana – vedi, per tutti: Corte cost. n. 49 del 26 marzo 2015; n. 200 del 21 luglio 2016.

In dottrina: G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', Giustizia costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2012, 371 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, 285 ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, Giur. Cost., 1986, I, 1148; R.LENZI, G. NAVONE e G. PERLINGIERI, *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, a cura di PAGLIANTINI S., Giappichelli, Torino, 2011, pag. VIII-156,00; V.CARBONE., *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*. Corriere giur. 2011, 183; A. S. BRUNO e M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente - La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*; G. ALPA G., *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*. Sociologia dir. 2008, fasc. 3, 37V. V. SPEZIALE., *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, Giornale dir. Lav. Relazioni ind.2008, 613; S. CHIARLONI ed altri, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, Giur. It. 2009, I. 1599; S.EVANGELISTA e G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*. Foro it., V, 82; A.ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (Nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138). Giur. Cost. 2008, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, Giur. cost. 1984, I. 304; M. R. MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giust. Civ., 1995, I, 149

basa su un'interpretazione del diritto nazionale incompatibile con gli scopi di una direttiva (v., in tal senso, sentenza Centrosteeel, C-456/98, EU:C:2000:402, punto 17)”.

Nel difetto dell'*interpretazione conforme*, da parte dei giudici nazionali, il *diritto vivente* – confligente con il diritto dell'Unione – costituisce, all'evidenza, oggetto del giudizio della Corte di giustizia.

1.1. Ora il *divieto nazionale di conversione* nel pubblico impiego – per ipotesi di successione *abusiva* di contratti a termine – è subordinato, dal diritto dell'Unione, alla *condizione* che siano contestualmente previste, negli ordinamenti nazionali, misure alternative alla conversione, che risultino conformi al diritto dell'Unione: *effettività, proporzionalità, efficacia dissuasiva ed equivalenza* si coniugano – in tale prospettiva – con l'imposizione, alla vittima dell'*abuso*, di un onere probatorio che non sia *impossibile* o *difficile*.

Nel difetto di misure alternative conformi al diritto dell'Unione – che ne costituiscono, appunto, la *condizione* – anche il *divieto nazionale di conversione*, pertanto, contrasta con il diritto dell'Unione.^{2 3}

L'ordinamento italiano – quale risulta dalla sentenza investita dalla questione pregiudiziale – non prevede, tuttavia, *misure alternative alla conversione*, conformi al diritto dell'Unione.

Ne consegue – per quanto si è detto – che contrasta, con il diritto dell'Unione, anche il *divieto di conversione* nel pubblico impiego, che è previsto dallo stesso ordinamento italiano.

2. Nella sentenza investita dal rinvio pregiudiziale, le sezioni unite non solo ribadiscono il divieto di *conversione* nel pubblico impiego, ma escludono, altresì, che la *misura alternativa* possa consistere nel risarcimento del “*danno da mancata conversione del rapporto e quindi da perdita del posto di lavoro*” .

² Sul punto, vedi, da ultime, Corte giustizia 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 41.

Nello stesso senso, tuttavia, vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 105; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 49; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 34, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 161 e 184.

³ Alla medesima conclusione perviene, in questo giudizio, la Commissione europea, laddove (punto 52 delle *osservazioni scritte*) si legge testualmente:

“52. In mancanza di tale alternativa efficace, l'accordo quadro osta a una normativa che vieta in maniera assoluta, nel settore pubblico, la trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, come la Corte ha chiaramente precisato in Adeneler”.

Lo ritengono incompatibile, infatti, con il *principio costituzionale* del pubblico concorso (articolo 97, comma 3, della costituzione italiana), sul quale si fonda lo stesso divieto di conversione.

Pertanto ipotizzano – quale *misura alternativa alla conversione*, vietata nel pubblico impiego – il risarcimento del danno da “*perdita di chance*”.

E intendono ,poi, la “*perdita di chance*”, appunto, “*nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell’illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore*”.

Ne riconoscono, tuttavia, la *difficoltà della prova*, che “*ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria*”, alla luce del “*monito della Corte di giustizia*” (ordinanza 12 dicembre 2013, in causa 50/13, Papalia).

E, proprio per ovviare alla *difficoltà della prova*, propongono – quale *misura alternativa alla conversione*, vietata nel pubblico impiego – la *indennità forfettaria onnicomprensiva* (di cui all’articolo 32, comma 5, legge 183 ,del 2010, c.d. *collegato lavoro*).

Si tratta, , bensì, di indennità diretta al risarcimento del danno da illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro nel settore privato.

Ma è prevista, tuttavia, “*nei casi di conversione*”, che – per quel che qui interessa – risulta vietata nel pubblico impiego.

Tanto basta per concludere che l’ordinamento italiano – quale risulta, appunto, dalla sentenza investita dal rinvio pregiudiziale – non prevede *misure alternative alla conversione* conformi al diritto dell’Unione.

Con la conseguenza che contrasta – con il diritto dell’Unione – anche il *divieto di conversione* nel pubblico impiego, che è previsto dallo stesso ordinamento italiano .

3. Per quanto riguarda il risarcimento del *danno da perdita di chance*, infatti, la *difficoltà della prova* è, da sola, sufficiente per escludere che possa costituire *misura alternativa alla conversione*, conforme al diritto dell’Unione: lo stabilisce, infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia, puntualmente richiamata dalle sezioni unite.⁴

⁴ E’ la stessa Corte di giustizia ad escludere (nell’ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C 50/13, Papalia) – come le sezioni unite sottolineano – che possa costituire misura alternativa alla conversione, conforme al diritto dell’Unione.

Ancor prima, tuttavia, il *danno da perdita di chance* – come prospettato dalle sezioni unite ⁵ – non pare la *conseguenza* della illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro.

Sembra, invece, *conseguenza* della omessa assunzione di lavoratore, che vi abbia diritto, all'esito di procedura selettiva.

Pertanto il risarcimento del danno – da *perdita di chance*, appunto – non è diretto al ristoro del danno da *successione abusiva* di contratti a termine nel pubblico impiego.

Come tale, non potrebbe costituire, in nessun caso, misura alternativa alla conversione vietata – nel pubblico impiego, appunto – anche a voler prescindere dalla *difficoltà della prova* (chiaramente ed univocamente addotta, tuttavia, allo stesso fine dalla Corte di giustizia e dalle sezioni unite).

La conclusione ora raggiunta è saldamente radicata – per quanto si detto – sulla *perdita di chance*, come *intesa* dalle sezioni unite, nella sentenza investita dal rinvio pregiudiziale.

Pare lucidamente esemplificata, tuttavia, in una sentenza successiva delle stesse sezioni unite (9 giugno 2017, n. 14432), che – nel dare seguito alla sentenza investita dal rinvio pregiudiziale – conferma, vieppiù, l'interpretazione che ne è stata proposta. ⁶

4. Per quanto riguarda, poi, la *indennità forfettaria onnicomprensiva* (di cui all'articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, cit.) – come è stato anticipato – risulta, bensì, diretta al risarcimento del danno da illegittima apposizione del termine al contratto individuale di lavoro nel settore privato.

Infatti il diritto al risarcimento del lavoratore, vittima dell'*abuso*, ne risulta "*subordinato all'obbligo (...) di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, (con) l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio (.....) dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione*".

⁵ Infatti la *perdita di chance* viene dalle sezioni unite intesa – testualmente – "*nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore*".

⁶ Decide, infatti, il caso di un lavoratore, che – dopo essere stato *abusivamente* assunto a tempo determinato – risulta escluso, altresì, dall'assunzione, all'esito di procedura selettiva non concorsuale (di cui all'articolo 16 della legge 22 febbraio 1987, n. 56).

Le sezioni unite, in questo caso, confermano il diritto del lavoratore – alla *indennità forfettaria* – per *abuso* nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Mentre il diritto al risarcimento del *danno da perdita di chance* viene posto in relazione con l'omessa assunzione del lavoratore, all'esito di procedura selettiva.

Coerentemente, il diritto al risarcimento del *danno da perdita di chance* viene negato per il fatto che il lavoratore – risultato *inidoneo* all'esito della stessa procedura selettiva – non aveva diritto all'assunzione..

Ma è prevista, tuttavia, “*nei casi di conversione*” che – per quel che qui interessa – risulta vietata nel pubblico impiego .

Tanto basta per escludere che la stessa indennità possa, da sola, costituire – nel pubblico impiego – *misura alternativa alla conversione vietata*, conforme al diritto dell’Unione.

Soccorre, tuttavia, un *precedente specifico* della Corte costituzionale italiana (sentenza 11 novembre 2011, n. 303).

Sembra, infatti, anticipare – per così dire – l’auspicata pronuncia della Corte di giustizia.

Chiamata a giudicare la legittimità costituzionale della disposizione istitutiva della stessa indennità forfettaria (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, cit., appunto) – sotto il profilo, tra l’altro, della violazione della direttiva comunitaria sul lavoro a tempo determinato (in relazione, tuttavia, all’articolo 117, 1° comma, della costituzione italiana) – la Corte costituzionale, infatti, esclude la *sussistenza* della violazione denunciata, in base al rilievo seguente:

“L’esigenza di misure di contrasto dell’abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive, (.....) risulta nella specie soddisfatta dalla sanzione più incisiva che l’ordinamento possa predisporre a tutela del posto di lavoro. Vale a dire dalla trasformazione del rapporto lavorativo da tempo determinato a tempo indeterminato, corroborata da un’indennità di ammontare certo”.

Ne risulta confermato, vieppiù, che la stessa indennità forfettaria non possa, da sola, costituire – nel pubblico impiego – *misura alternativa alla conversione vietata*, conforme al diritto dell’Unione.

Ma può concorrere, tuttavia, ad integrare una *misura alternativa alla conversione* – conforme al diritto dell’Unione, appunto – solo se si accompagna al risarcimento del “*danno da mancata conversione del rapporto e quindi da perdita del posto di lavoro*”, che – nel pubblico impiego – sostituisce la *conversione vietata*.

Per la liquidazione equitativa dello stesso danno, poi, pare condivisibile la conclusione raggiunta dalla Commissione europea ⁷ : il risarcimento, tuttavia, va integrato – per quanto si è detto – dalla indennità forfettaria.

Tanto basta per confermare l’anticipata conclusione.

⁷ Quindici mensilità, appunto.

Il *divieto di conversione* nel pubblico impiego – previsto dall'ordinamento italiano – all'evidenza, contrasta con il diritto dell'Unione.

Nello stesso ordinamento – quale risulta dalla sentenza investita dalla questione pregiudiziale – non sono, infatti, previste misure alternative alla conversione – conformi al diritto dell'Unione – che costituiscono, per quanto si è detto, la *condizione* del divieto.⁸

Potrei fermarmi qui.

Invero l'auspicata declaratoria di contrasto, con il diritto dell'Unione, per il *divieto di conversione* nel pubblico impiego – che è previsto dall'ordinamento italiano – pare la *giusta* conclusione del lungo contenzioso sul *preariato pubblico*.⁹

E la sentenza investita dalla questione pregiudiziale – il *diritto vivente*, cioè – offre alla Corte di giustizia l'occasione per dare attuazione effettiva ad un principio costantemente enunciato: la *condizionalità eurounitaria*, appunto, per i *divieti nazionali di conversione* nel pubblico impiego.

5. Solo un eccesso di scrupolo defensionale, tuttavia, mi impone di considerare, in estremo subordine, l'ipotesi denegata – quanto improbabile – che la Corte di giustizia possa non pervenire all'auspicata declaratoria di contrasto – con il diritto dell'Unione – per il divieto di conversione nel pubblico impiego, previsto dall'ordinamento italiano..

In tale ipotesi – denegata, appunto, quanto improbabile – la Corte dovrebbe, comunque, accertare e dichiarare – quantomeno – che l'ordinamento dell'Unione *osta* alle *misure alternative alla conversione* nel pubblico impiego, che – per l'ipotesi di *successione abusiva* di contratti a termine – sono previste dall'ordinamento italiano, quale risulta dalla sentenza delle sezioni unite, direttamente investita dalla questione pregiudiziale.

⁸ La conclusione raggiunta prescinde dallo scrutinio circa la sua *compatibilità* con il *principio costituzionale* del pubblico concorso (articolo 97, comma 3, della costituzione italiana)

Da un lato, infatti, il *primato* del diritto dell'Unione ne comporta la *prevalenza* rispetto alle fonti — anche costituzionali — degli ordinamenti nazionali degli Stati membri.

Dall'altro, il *principio costituzionale* del pubblico concorso preclude, bensì, l'assunzione di impiegati pubblici, che non siano selezionati all'esito di procedura concorsuale.

Mentre non preclude che lo stesso posto di lavoro pubblico – ancorché non accessibile, *in natura*, senza previa selezione concorsuale – possa costituire, tuttaia, il parametro per il calcolo dell'*equivalente della conversione*.

⁹ Sul quale, la Corte di giustizia ha già avuto occasione di intervenire con *giuste decisioni*.

Coerenti “*precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione*”¹⁰ potrebbero contribuire, in questo caso, a scongiurare il rischio che i giudici italiani – per *conformarsi* alla sentenza delle sezioni unite, investita dal rinvio pregiudiziale – continuino a produrre una giurisprudenza parimenti confliggente con il diritto dell’Unione.¹¹

Lussemburgo, 13 luglio 2017.

Avvocato Michele De Luca

¹⁰ In conformità con la propria giurisprudenza consolidata: vedi, da ultima, l’ordinanza Papalia ed, *ivi*, richiami di precedenti, al punto 31.

¹¹ Il rischio paventato sembra trovare conferma nella recentissima sentenza delle sezioni unite (n.14432 del 9 giugno 2017, che – in pendenza di questo giudizio (ed in prossimità della sua conclusione) – dà *seguito* alla sentenza investita dalla questione pregiudiziale.