

Effetti collaterali della sentenza Sciotto: il TAR Lazio solleva in CGUE l'annoso problema della stabilizzazione dei ricercatori universitari

di Sergio Galleano<sup>1</sup>

## 1. La vicenda

Con una inaspettata ordinanza<sup>2</sup>, il TAR Lazio ha sollevato una questione pregiudiziale in un procedimento che riguarda un ricercatore universitario assunto presso l'Università di Roma 3 in qualità di dottore di ricerca in diritto amministrativo.

Terminato il percorso di tre anni del dottorato di ricerca, essendo risultato vincitore di apposito concorso pubblico bandito ai sensi dell'art. 24, comma 2, della l. n. 240 del 2010 (cd. legge Gelmini), veniva assunto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università "Roma Tre" in qualità di ricercatore, con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato ai sensi del comma 3, lett. a), del medesimo art. 24, di durata triennale.

Nel corso del contratto otteneva l'abilitazione scientifica nazionale di seconda fascia relativa al s.s.d. IUS/10 - Diritto amministrativo, vedendosi poi anche accogliere l'istanza di proroga biennale del contratto.

---

<sup>1</sup> Avvocato del foro di Milano.

<sup>2</sup> Tar Lazio, terza sezione, ord. 4336 del 3 aprile 2019, Pres. De Michele, est. Sinatra. Intendiamoci: il giudice amministrativo, come è ben noto, è tutt'altro che riluttante a sollevare questioni pregiudiziali, ma non risulta che lo abbia mai fatto in materia di lavoro, neppure negli anni scorsi, quando è stato investito di una lunga serie di contenziosi riguardanti il personale scolastico a seguito dell'approvazione della legge 107 del 2015 sulla buona scuola e la vicenda dei diplomati magistrali nel corso dei quali sono state sollevate più volte dalle parti questioni pregiudiziali, sempre disattese e poi risolte, dopo una prima serie di provvedimenti di accoglimento, con improvvise ed inaspettate (spesso incomprensibili, non solo sotto il profilo giuridico) pronunce di improvvisa chiusura e con una discussa sentenza dell'adunanza plenaria; sul punto v. V. De Michele: *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e la sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari siciliani: la tutela eurounitaria supplisce all'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti*, in *Europeanrights.eu*, 01.03.2018.

Approssimandosi la scadenza della proroga ha chiesto all'Università di essere stabilizzato ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. 75 del 2017 (cd. legge Madia<sup>3</sup>) ricevendone, come prevedibile, risposta negativa.

Il relativo provvedimento veniva così impugnato avanti al TAR, dove venivano svolte diverse domande consistenti sostanzialmente nella richiesta di ordinare la stabilizzazione ai sensi della legge Madia o comunque in applicazione della Direttiva UE n. 70 del 1999, declinata sotto diversi profili, con particolare riferimento alla normativa costituzionale ed eurounitaria.

In sede di decisione nel merito, il Tar ha sollevato tre questioni pregiudiziali nei seguenti termini:

*1) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una normativa nazionale, quale quella di cui agli articoli 29 comma II lettera d) e comma IV del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81 e 36 comma II e comma V del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, precluda per i ricercatori universitari assunti con contratto a tempo determinato di durata triennale, prorogabile per due anni, ai sensi dell'art. 24 comma III lettera a) della legge n. 240 del 2010, la successiva instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato;*

*2) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una normativa nazionale, quale quella di cui agli articoli 29 comma II lettera d) e comma IV del*

<sup>3</sup> Sulla legge Madia vedi E. Ales, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in M. Esposito e altri, *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2018; A. Garilli e altri, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo la riforma Madia*, Commentario Wolker Kluwer, Milano, 2018 e il fascicolo tematico *Il lavoro pubblico e la riforma Madia: organizzazione, gestione e valutazione*, su Riv. Giur. Lav., n. 3/2018, pagg. 403 e segg., con interventi di G. Nicosia, P. Saracini, C. Spinelli, L. Zoppoli, M. D'Onghia, S. Mainardi, L. Calà e V. Bavaro.

*decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81 e 36 comma II e comma V del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, sia applicata dai giudici nazionali dello Stato membro interessato in modo che il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è accordato alle persone assunte dall'amministrazione pubblica mediante un contratto di lavoro flessibile soggetto a normativa del lavoro di natura privatistica, ma non è riconosciuto, in generale, al personale assunto a tempo determinato da tale amministrazione in regime di diritto pubblico, non sussistendo (per effetto delle succitate disposizioni nazionali) un'altra misura efficace nell'ordinamento giuridico nazionale per sanzionare tali abusi nei confronti dei lavoratori;*

3) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 24, commi primo e terzo, della legge 30 dicembre 2010 n. 240, che prevede la stipulazione e la proroga, per complessivi cinque anni (tre anni con eventuale proroga per due anni), di contratti a tempo determinato fra ricercatori ed Università, subordinando la stipulazione a che essa avvenga "Nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, al fine di svolgere attività di ricerca, di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti", ed altresì subordinando la proroga alla "positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte", senza stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se la stipulazione e il rinnovo di siffatti contratti rispondano effettivamente ad un'esigenza reale, se essi siano idonei a conseguire l'obiettivo perseguito e siano necessari a tal fine, e comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti, non risultando così compatibile con lo scopo e l'effetto utile dell'accordo quadro".

## **b) la disciplina giuridica dei ricercatori universitari**

### 1. la normativa europea

La definizione di ricercatore, è stata definita da una raccomandazione della Commissione europea dell'11/3/2005 che ha portato all'approvazione della "Carta Europea dei Ricercatori e un Codice di Condotta per l'Assunzione dei Ricercatori", pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 5 marzo 2005<sup>4</sup>.

La Carta espressamente prevede, tra l'altro, nel capitolo dei "Principi generali e requisiti applicabili ai ricercatori", che: "Stabilità e continuità dell'impiego - I datori di lavoro e/o i finanziatori dovrebbero garantire che le prestazioni dei ricercatori non risentano dell'instabilità dei contratti di lavoro e dovrebbero pertanto impegnarsi nella misura del possibile a migliorare la stabilità delle condizioni di lavoro dei ricercatori, attuando e rispettando le condizioni stabilite nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio".

---

<sup>4</sup> Consultabile sul sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32005H0251>

La Carta prevede che si debbano introdurre e attuare nuovi strumenti per lo sviluppo della carriera dei ricercatori e prescrive la parità dei diritti tra i ricercatori a tempo determinato e a tempo indeterminato. La Carta è stata sottoscritta in Italia dalla Conferenza dei Rettori delle università italiane e dai presidenti degli enti di ricerca.

E' anche recepita nell'ordinamento italiano, essendo espressamente richiamata dalla legge 240/2010 (cfr. artt. 18 e 24). Ciò non di meno, nei fatti, la Carta non ha ancora trovato piena applicazione soprattutto per ragioni di ordine finanziario, a causa dei costi aggiuntivi che lo Stato dovrebbe affrontare per garantire a tutti i ricercatori la piena applicazione delle prescrizioni della Carta.

## 2) la normativa italiana

Il ruolo di ricercatore universitario è stato originariamente istituito con il decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382 (Riordinamento della docenza universitaria, relativa fascia di formazione nonché sperimentazione organizzativa e didattica).

La dotazione organica del ruolo dei ricercatori universitari è stata individuata inizialmente in 16.000 posti, di cui 4.000 da assegnare con concorsi liberi (art. 30 d.P.R. n. 382/1980).

I posti destinati a concorso libero erano da ripartire fra le facoltà delle varie Università secondo criteri di programmazione che tenessero conto delle esigenze funzionali dei corsi di laurea delle stesse facoltà, nonché dei posti assegnati in seguito ai giudizi di idoneità ove espletati.

La ripartizione veniva effettuata con decreto del Ministro della pubblica istruzione, sentito il Consiglio universitario nazionale. I ricercatori universitari, dopo tre anni dall'immissione in ruolo, erano sottoposti a un giudizio di conferma da parte di una commissione nazionale.

Se il giudizio era favorevole, il ricercatore veniva immesso nella fascia dei ricercatori confermati, che era compresa nella dotazione organica di cui al richiamato articolo 30 (art. 31 d.P.R. n. 382/1980).

I compiti dei ricercatori universitari a tempo indeterminato erano di tipo didattico-integrativo dei corsi di insegnamento ufficiali. Tra tali compiti erano espressamente "comprese le esercitazioni, la collaborazione con gli studenti nelle ricerche attinenti alle tesi di laurea e la partecipazione alla sperimentazione di nuove modalità di insegnamento ed alle connesse attività tutoriali" (art. 32 d.P.R. n. 382/1980).

I ricercatori erano poi chiamati ad adempiere a compiti di ricerca scientifica su temi di loro scelta, potendo altresì svolgere, oltre a limitati compiti didattici, cicli di lezioni interne ai corsi attivati e attività di seminario. I ricercatori universitari non facevano però parte del personale docente ed anzi l'art. 1 del d.P.R. n. 382/1980, che ne istituiva il ruolo, prevedeva espressamente che "Non [era] consentito [loro] il conferimento di incarichi di insegnamento". Questa norma è stata solo successivamente modificata, consentendo l'attribuzione ai ricercatori di affidamenti o supplenze, col consenso degli interessati (ex art. 12, co. 1, l. n. 341/90).

Tanto in teoria. In realtà, come è a tutti noto, l'attività di insegnamento è organicamente svolta, di fatto, anche dai ricercatori, attesa la carenza di docenti di ruolo nelle Università italiane.

La legge 4 novembre 2005, n. 230 (Art.1, comma 7) prevedeva la messa ad esaurimento del ruolo a partire dal 2013. La legge n. 240/10 (Art. 29, Comma 1) ha anticipato la messa ad esaurimento al 2011. La stessa legge, all'articolo 24, ha istituito la nuova figura del ricercatore a tempo determinato.

Come detto, pur non essendo considerati docenti, i ricercatori svolgono attività didattica fondamentale per il funzionamento degli atenei universitari<sup>5</sup>.

In luogo del ricercatore a tempo indeterminato, dunque, la Legge n. 240/10 ha istituito la figura del ricercatore a tempo determinato.

Si tratta dunque di contratti a termine, che le università possono stipulare al fine di svolgere attività di ricerca, di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti (Comma 1). I destinatari devono essere scelti mediante procedure pubbliche di selezione (Comma 2).

---

Marco Cattaneo, in un intervento sul proprio blog di Le Scienze del 23 marzo 2010, ha affermato «se un giorno i ricercatori delle università italiane incrociassero le braccia, non in assoluto, ma decidendo semplicemente di sospendere la didattica? Non è un'ipotesi peregrina, ma sarebbe un disastro. I ricercatori sono all'incirca il 40 per cento del corpo docente delle università italiane. Corpo docente, sì, perché tengono corsi, tanti corsi, spesso a costo zero per l'università, anche se percepiscono uno stipendio decisamente inferiore a quello degli associati (o se preferite "professori di seconda fascia"). In teoria, non sarebbe il loro mestiere...». Su Repubblica, blog scienze, del 1° agosto 2018, ha denunciato ancora che gran parte dei ricercatori italiani sono costretti a cercare lavoro all'estero a seguito della disciplina legislativa vigente che nega loro un minimo di stabilità e futuro lavorativo.

I contratti sono così distinti (Comma 3):

Tipologia A (RTDa - "junior"). Si tratta di contratti triennali prorogabili per soli due anni, per una sola volta, previa positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte. L'RTDa può essere a regime di tempo pieno o di tempo definito. Ai bandi possono partecipare candidati in possesso del titolo di Dottore di Ricerca o equivalente, conseguito in Italia o all'estero; non possono altresì partecipare candidati che abbiano già usufruito di analoghi contratti o assegni di ricerca per una durata complessiva, ivi compreso il contratto cui si concorre, superiore ai 12 anni anche non continuativi.

Tipologia B (RTDb - "senior"). Sono contratti triennali non rinnovabili, esclusivamente a regime di tempo pieno. I relativi bandi sono riservati a candidati che abbiano già usufruito per almeno tre anni di contratti di tipo A, ovvero per tre anni, anche cumulativamente e non consecutivamente, di contratti stipulati ex art. 1 comma 14 della legge 130/2005, assegni di ricerca ex art. 51 comma 6 della legge 449/1997, assegni di ricerca ex art. 22 della legge 240/2010, borse post-dottorato ex art. 4 della legge 398/1989, ovvero analoghi contratti, assegni o borse in atenei stranieri. Non possono invece partecipare candidati che abbiano già usufruito di contratti RTDa o assegni di ricerca per una durata complessiva, ivi compreso il contratto cui si concorre, superiore ai 12 anni anche non continuativi.

I ricercatori che fruiscono di contratto di tipo B, e che abbiano conseguito l'abilitazione scientifica nazionale (Articolo 16), verranno valutati da una Commissione appositamente nominata dall'Ateneo nel terzo anno di contratto, e, in caso di valutazione positiva, potranno essere inquadrati nel ruolo dei professori associati.

In seguito alla presentazione della riforma Gelmini, che prevedeva per l'università pubblica forti tagli dei fondi e nessun investimento, si diffondeva negli atenei pubblici italiani una mobilitazione che aveva come fulcro i ricercatori universitari.

Nonostante tali mobilitazioni e l'appoggio di gran parte del mondo accademico e dell'opinione pubblica, il Governo non accoglieva le richieste sostanziali dei ricercatori ed i tagli operati dalla riforma non lasciavano spazio ad interventi a favore della categoria.

### **3. il quadro giuridico della controversia**

E' indubbio che i ricercatori universitari siano a tutti gli effetti lavoratori subordinati ai quali si applica la disciplina delle direttive sociali europee e, segnatamente, la n. 70 del 1999 che ha quale scopo evitare gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine e i divieti di discriminazione tra lavoratori assunti a tempo indeterminato e lavoratori assunti a tempo determinato.

Si legge infatti nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea Haralambidis (10.09.14, C-170/13, EU:C:2014:2185) che:

*27 A tale proposito occorre ricordare che la nozione di «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE ha portata autonoma propria del diritto dell'Unione e non va interpretata restrittivamente (v., in particolare, sentenza Commissione/Paesi Bassi, C-542/09, EU:C:2012:346, punto 68).*

*28 Pertanto, dev'essere qualificato come «lavoratore» ai sensi dell'articolo 45 TFUE chiunque svolga attività reali ed effettive, ad esclusione di attività talmente ridotte da porsi come puramente marginali e accessorie. La caratteristica del rapporto di lavoro è data, secondo la giurisprudenza della Corte, dalla circostanza che una persona fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione (v. sentenze Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, punto 17, e Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, punto 30).*

*29 Ne consegue che il rapporto di subordinazione e il pagamento di una retribuzione formano gli elementi costitutivi di qualsiasi rapporto di lavoro dipendente, purché l'attività professionale in questione presenti un carattere reale ed effettivo.*

La clausola 5 della Direttiva UE, prevede che:

*Misure di prevenzione degli abusi (clausola 5)*

*1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*

*c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Tale direttiva si applica certamente al ricercatore universitario, poiché la Corte di giustizia UE, nella causa Samohano del 16 marzo 2014 (C-190/13, EU:C:2014:146), trattando il caso di docenti associati spagnoli, figura ben assimilabile ai ricercatori universitari, ha così precisato:

*57 Le sole circostanze che contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con docenti associati siano rinnovati al fine di rispondere ad un'esigenza ricorrente o permanente delle università nel settore, e che una tale esigenza potrebbe essere soddisfatta con la stipulazione di un contratto a tempo indeterminato non sono tuttavia idonee a escludere l'esistenza di una ragione obiettiva, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, qualora la natura dell'attività di insegnamento in parola e le caratteristiche ad essa inerenti possano giustificare, in tale contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato. Sebbene i contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con i docenti associati rispondano ad un'esigenza permanente delle università, dato che il docente associato assunto in forza di tale contratto a tempo determinato svolge compiti ben definiti rientranti nelle attività abituali dell'università, resta il fatto che l'esigenza di assumere docenti associati rimane temporanea poiché si presume che tali docenti riprendano la loro attività professionale a tempo pieno al termine del loro contratto (v., in tal senso, sentenza Küçük, cit., punti 38 et 50).*

*58 Per contro, contratti a tempo determinato quali quelli di cui al procedimento principale, non possono essere rinnovati per lo svolgimento in maniera permanente e durevole, seppure a tempo parziale, di compiti d'insegnamento che rientrano normalmente nell'attività del corpo docenti ordinario.*

*59 Spetta, pertanto, a tutte le autorità dello Stato membro interessato, compresi i giudici nazionali, garantire, nell'esercizio delle loro rispettive competenze, il rispetto della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, verificando concretamente che il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi conclusi con docenti associati intenda soddisfare esigenze provvisorie e che una disciplina come quella controversa nel procedimento principale non sia utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle università in materia di assunzione di personale docente (v., per analogia, citate sentenze Angelidaki e a., punto 106, e Küçük, punto 39).*

E' pacifico infatti che l'attività di ricerca, nelle università, è concettualmente connaturata con lo scopo istituzionale dell'istituzione e presenta quindi carattere necessario di continuità. Né, nel caso specifico, è stata addotta alcuna ragione oggettiva che giustificasse a apposizione del termine al contratto del ricercatore in causa, risultando anzi, dallo stesso impianto legislativo della legge 240 del 2010, che la figura del ricercatore universitario non fosse prevista in ragione dell'espletamento di specifici compiti provvisori o estranei alla normale attività accademica.

Nell'ordinamento interno, il d.lgs. n. 81 del 2015<sup>6</sup>, art. 19, comma 2, applicabile al momento dei fatti di cui è causa prevedeva che:

*2. Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi, e con l'eccezione delle attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2, la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per effetto di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale e indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, non può superare i trentasei mesi. (...). Qualora il limite dei trentasei mesi sia superato, per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento.*

E l'art. 29 del medesimo d.lgs. dispone che:

#### *Esclusioni e discipline specifiche*

*1. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente capo, in quanto già disciplinati da specifiche normative:*

*(...)*

*2. Sono, altresì, esclusi dal campo di applicazione del presente capo:*

*(...)*

*d) i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della legge 30 dicembre 2010, n. 240.*

*(...)*

---

<sup>6</sup> Che ha sostituito il d.lgs. 368 del 2001 che costituiva il recepimento della Direttiva n. 70 del 1999.

4. *Resta fermo quanto disposto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001*

A sua volta l'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 dispone, per quanto qui rileva, che:

*"Personale a tempo determinato o assunto con forme 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. *Le amministrazioni pubbliche possono stipulare contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, nonché avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, esclusivamente nei limiti e con le modalità in cui se ne preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche. Le amministrazioni pubbliche possono stipulare i contratti di cui al primo periodo del presente comma soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35. I contratti di lavoro subordinato a tempo determinato possono essere stipulati nel rispetto degli articoli 19 e seguenti del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, escluso il diritto di precedenza che si applica al solo personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto. (...). 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. (...)*

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. [\(221\)](#)*

(...)

*5-quater. I contratti di lavoro 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. [\(218\)](#) [\(221\)](#)*

Risulta quindi, da quanto sinora detto, che il ricercatore ricorrente, essendo stato impiegato a termine con due contratti e per una durata superiore a 36 mesi potesse in astratto avvalersi dell'art. 16 del d.lgs. 81 del 2015 e vedersi quindi trasformare il rapporto a tempo indeterminato.

A tale soluzione si opponevano però alcune norme:

- innanzi tutto, quale dipendente pubblico, ostava in generale il divieto di riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato, atteso il divieto dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001;
- inoltre l'art. 26 del d.lgs. 81 del 2015 espressamente disponeva la non applicazione del decreto stesso ai rapporti dei ricercatori universitari, regolati dalla legge 240 del 2010.

Nella disciplina giuridica così descritta si inserisce la legge Madia che prevede la possibilità per le pubbliche amministrazioni di stabilizzare il personale precario in via definitiva, completando il lungo iter iniziato con le leggi del Governo Prodi del 2006 e 2007 (avviato con le leggi finanziarie nn.296/2006 e 244/2007 dopo la prima sentenza della Corte di giustizia europea sul precariato italiano<sup>7</sup>), bloccato dal successivo governo Berlusconi (legge 133/2008), ripreso dal Governo Letta (legge 101/2013<sup>8</sup>), congelato da governo Renzi il quale ha poi approvato la legge delega n. 124 del 2015 che ha partorito la Madia<sup>9</sup>.

La legge Madia, della quale il ricorrente chiedeva al Tar l'applicazione, per quanto qui rileva, così dispone all'art. 20 comma 1:

*Superamento del precariato nelle pubbliche amministrazioni*

---

<sup>7</sup> Sentenza Cristiano Marrosu + 1 c/ Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate, C-53/04, EU:C:2006:517. Sul punto v. Alessandra Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di Giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2006, 6, 1623;

<sup>8</sup> Varata dopo il rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 207 del 2013 nella causa Napolitano che ha poi portato alla sentenza Mascolo del 26.11.2014 (C-22/13, EU:C:2014:2401), Corte giust. 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C418/13 Mascolo, Forni, Racca, Napolitano ed altri contro Miur, nonché C-63/13 Russo contro Comune di Napoli, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e GildaUnams nella causa Racca C-63/13, EU:C:2014:2124; P. Coppola, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in *europeanrights.eu*; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav. pubb. amm.*, 2014, 499 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015; id, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, ibidem, 11 novembre 2015; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot. giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 189 ss.;

<sup>9</sup> Così completando il percorso di stabilizzazione iniziato con la legge 107/2015 sulla scuola, percorso obbligato dopo la citata sentenza Mascolo.

1. *Le amministrazioni, al fine di superare il precariato, ridurre il ricorso ai contratti a termine e valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato, possono, nel triennio 2018-2020, in coerenza con il piano triennale dei fabbisogni di cui all'articolo 6, comma 2, e con l'indicazione della relativa copertura finanziaria, assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che possieda tutti i seguenti requisiti:*

a) *risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della [legge n. 124 del 2015](#) con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione o, in caso di amministrazioni comunali che esercitino funzioni in forma associata, anche presso le amministrazioni con servizi associati; <sup>(3)</sup>*

b) *sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;*

c) *abbia maturato, al 31 dicembre 2017, alle dipendenze dell'amministrazione di cui alla lettera a) che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.*

Vi è poi rilevanza la norma di cui all'art. 4 del detto d.lgs. 75 la quale ha previsto - introducendo il co. 6-bis all'art. 6 del d.lgs. n. 165/2001 - che "Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) delle istituzioni scolastiche ed educative statali ... e delle istituzioni universitarie ...".

Inoltre, sempre la legge Madia, con l'art. 22, comma 16, ha modificato l'art. 3, comma 2, del d.lgs. 165 del 2001 nei seguenti termini:

"16. All'articolo [3, comma 2](#), del [decreto legislativo n. 165 del 2001](#), dopo le parole «ricercatori universitari» sono inserite le seguenti: « ...a tempo indeterminato o determinato ...»", così inserendo di fatto i ricercatori universitari tra i cd. dipendenti pubblici, intesi in contrapposizione a quelli contrattualizzati ex art. 2 del ridetto d.lgs. 165.

Secondo la difesa dell'Università (e del Miur e del Governo italiano, anch'essi chiamati in causa) tali ultime due norme vietavano espressamente l'applicabilità dell'art. 20 della legge Madia in quanto l'art. 22 inserendo i ricercatori nel novero dei dipendenti pubblici li sottraeva dalle procedure di stabilizzazione.

Ciò era indirettamente confermato dall'art. 6, comma 6 bis che, facendo salva la normativa che riguarda il reclutamento dei ricercatori, li avrebbe sottratti dal processo di formazione del piano triennale disciplinato dall'art. 6 e che forma la base per i processi di stabilizzazione degli enti interessati.

Se ne deduceva che il ricercatore ricorrente non poteva avvantaggiarsi del processo di stabilizzazione previsto dalla legge Madia, processo che, comunque, lo ricordiamo, era a discrezione dell'ente utilizzatore.

#### **4. L'ordinanza del Tar**

Sulla scorta di queste considerazioni, sostanzialmente analoghe a quelle fatte nell'ordinanza in commento il Tar Lazio rileva in primo luogo che occorre verificare se, nell'ordinamento pubblico, esista il principio *"alla conversione del rapporto di lavoro accordato alle persone assunte dall'amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto a normativa del lavoro di natura privatistica (mentre le norme sospettate di non essere compatibili con il diritto comunitario pongono un divieto di conservazione per i soggetti "in regime di diritto pubblico", nozione in cui occorre intendere ricompreso, oltre al rapporto non contrattualizzato di cui all'art. 3 comma II del decreto legislativo n. 165 del 2001 che fa capo al ricorrente, anche il lavoro pubblico contrattualizzato)"*<sup>10</sup>.

La risposta del Tar è positiva, posto che alle persone in forza a termine (o con contratti di tipo flessibile) assunte con concorso la legge Madia consente una chance di assunzione e ciò indipendentemente dal comma 1 (alla cui procedura può accedere il ricercatore assunto con una procedura concorsuale ai sensi della legge 240 del 2010) che al comma 2, posto che chi ha già superato la procedura concorsuale a maggior ragione può aspirare alla conversione.

Del resto la stessa Cassazione, con l'ordinanza 25728/201839 (poi confermata dalla successiva ordinanza 4952/2019 di un collegio in medesima composizione), aveva indicato in sede di rinvio, ai fini della valutazione della domanda di conversione del rapporto a tempo indeterminato, il superamento di un concorso, proprio per quel posto, quale elemento determinante per la decisione<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Ordinanza in commento, punto VII.8.

<sup>11</sup> Anche se la successiva ordinanza 8166/2019 pare rivedere questa apertura, peraltro affermando che: "inoltre, una diversa posizione che intendesse alterare quel quadro, sulla base di un'indiscriminata equazione tra illegittimità del termine e conversione a tempo indeterminato del rapporto, oltre a non risultare

Il tutto senza contare che tale diritto risulta invece pienamente riconosciuto alle identiche figure professionali dei ricercatori impiegati presso gli altri enti pubblici di ricerca (CNR, SANITA', ASI, INNAF, ecc.).

Del resto, aggiunge correttamente il Tar *"E' evidente che, per il diritto comunitario, risulta equivalente che la conservazione del rapporto di lavoro derivi dalla diretta conversione del contratto o da una procedura di stabilizzazione comunque disciplinata"*.

Ricordiamo infatti che la scelta dell'obbligo del concorso è una scelta del tutto italiana: non va infatti scordato che la Corte europea, nella sentenza Commissione c/ Italia del 26.10.2006 (in causa C-371/04), così si esprime :

*18. Dall'insieme di tale giurisprudenza si evince che il rifiuto di riconoscere l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga presso un'amministrazione pubblica di uno stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, con la motivazione che i detti cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato, non può essere ammesso dato che, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del settore pubblico in questo solo modo ....*

Sotto tal profilo, quindi, il Tar correttamente dubita, in primo luogo, della normativa che vieta la applicazione della legge Madia al caso dei ricercatori universitari.

---

come detto necessitata sulla base della disciplina Eurounitaria, finirebbe altresì, derogando senza presupposto all'art. 36 cit. ed alle citate norme (art. 6 e 35) che con esso fanno sistema, per interferire indebitamente anche con il principio di cui alla prima parte del comma 1 dell'art. 97, sulla base del quale l'organizzazione della Pubblica Amministrazione è destinata a muoversi solo secondo disposizioni di legge": e qui non vi è chi non veda che proprio dell'applicazione di una legge si sta parlando.

Si tratta, ci sembra, di una pronuncia chiara: anche la Corte europea nella sentenza Sciotto<sup>12</sup>, interrogata sulle misure che il giudice nazionale può applicare nell'ipotesi in cui in un settore (lì si parlava di Enti lirici, soggetti privati ai quali però si applica una disciplina limitativa per i contratti a termine con effetti pressoché identici a quelli pubblici) in cui l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine resta privo di sanzioni, la Corte di giustizia UE ha chiarito, come vedremo, che in mancanza di misura occorre procedere alla conversione in applicazione della clausola 4 della Direttiva.

La Corte di giustizia UE giunge a chiarire, come fa il Tar nell'ordinanza qui commentata, che la clausola 4 della direttiva n. 70 del 1999 riguarda anche le differenze di trattamento tra lavoratori a tempo determinato (che possono venire stabilizzati), non limitando la valutazione di comparabilità ai soli lavoratori a tempo indeterminato (come invece aveva fatto la Carratù<sup>13</sup> e come sembra avere ancora fatto la sentenza Rossato<sup>14</sup>).

In secondo luogo, osserva che manca, nel caso specifico, ogni tutela nei confronti del ricercatore abusato.

*Premesso che l'“(...) invero, l'unica misura efficace, alternativa alla conversione del rapporto, potrebbe in astratto essere costituita da un rimedio risarcitorio per equivalente, comprensivo, ai sensi dell'art. 1223 del codice civile, di danno emergente e lucro cessante (detrato l'aliunde perceptum) legato alla mancata instaurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>15</sup>”*

---

<sup>12</sup> Martina Sciotto c/ Fondazione del teatro dell'Opera di Roma, in causa C331/17, EU:C:2018:859, su cui vedi V. De Michele, La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta, Europeanrights.eu, 15.11.18

<sup>13</sup> Carmela Carratù c/ Poste italiane, sentenza del 12 dicembre 2013 in causa C361/12, EU:C:2013:830, su cui vedi V. De Michele, La sentenza “integrata” Carratù - Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari, europeanrights.eu, 16/01/2014.

<sup>14</sup> Fabio Rossato c/ Miur+1, 08.05.19, in causa C-494/17, EU:C:2019:387. Ma sul punto vedi la diversa analisi, più approfondita di quanto qui possa rilevare, di V. De Michele, in uscita su questo sito.

<sup>15</sup> Ordinanza in commento, punto VII.12

Questo però, come è noto, è escluso dall'art. 36 che del danno da abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato (o, in generale, flessibili) costituisce la fonte.

Ed infatti, viene esaminata la nota sentenza resa a sezioni unite n. 5072 del 2016<sup>16</sup> che ha individuato nell'omeopatico "danno comunitario", esentato dall'onere della prova dell'illecito, ma gravando il lavoratore di quella del danno "ulteriore" costituito dal perdita di chance.

*"Queste considerazioni" osserva il Tar, "sono pienamente condivisibili solo nella misura in cui esse sono espresse (come fa la costante giurisprudenza interna sviluppatasi sul punto) nell'ambito specifico della comparazione tra regime proprio del lavoro pubblico (regolato dall'art. 97 Cost. e del principio dell'accesso per concorso) e regime del lavoro privato, che non soggiace a tale regola"*<sup>17</sup>.

Ma il caso in esame sarebbe diverso, poiché la comparazione è qui fatta tra forme di impiego entrambe alle dipendenze di amministrazioni pubbliche e riguarda un accesso fondato sul superamento di un concorso e, dunque, pienamente rispettoso dell'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 (e dell'art. 97 Costituzione, aggiungiamo noi), concorso *"sulla cui assenza la Corte di Cassazione e la Corte Costituzionale hanno imperniato il proprio orientamento negatorio della possibile conversione del rapporto"*.

Paradossalmente, prosegue il Tar, la violazione di norme imperative sussiste, ma è legata proprio *"proprio alla avvenuta costituzione, tramite pubblico concorso, di un rapporto di lavoro a tempo determinato fuori dai casi in cui ciò sarebbe potuto avvenire"*.

---

<sup>16</sup> Cass., SS.UU., 15 marzo 2016, n. 5072, in Mass. Giur. lav., 2016, 590 ss., con nota adesiva di A. Vallebona e con nota critica di F. Putaturo Donati, PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario, ivi, 2016, 606 ss.; M. De Luca, Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione, in WP CSDL E "Massimo D'Antona".INT, n. 134/2017; Id., Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego, in questa Rivista, 2016, 1053 ss.; V. De Michele, Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia, in Labor, 2017, 4, 415-434. Cfr., in senso adesivo, Cass., SS.UU., sentenze 14 marzo 2016, nn. 4911, 4912, 4913 e 4914 senza motivazione e con rimando alla successiva sentenza n. 5072/ 2016; in termini, Cass., VI Sez. L, ordd. nn. 6632/2017 e successive sino ad oggi

<sup>17</sup> Ordinanza in commento, punto VII.13.

E' dunque la stessa ricostruzione del concetto di danno fatta dalla giurisprudenza di legittimità, che nega ogni proporzionalità al risarcimento nel caso specifico: *"Infatti, in applicazione dell'art. 36, il dipendente si trova privo del contratto di lavoro (che non viene convertito) e destinatario di un mero risarcimento<sup>18</sup>"* e ciò nonostante abbia acceduto a quel posto che ora gli viene negato in violazione della disciplina comunitaria attraverso la via ordinaria e normale prevista proprio dall'art. 97 della Costituzione e all'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 che di quella norma costituzionale vorrebbe costituire l'applicazione.

Ne conclude che nessuna misura pare prevista in un caso del genere.

Ed in questo caso, il Tar richiama la sentenza Sciotto che prevede come:

*"71 In ogni caso, come sostenuto dalla Commissione, poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.*

*72 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che la clausola 5 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore".*

---

<sup>18</sup> Ordinanza in commento, punto VII.16.

Il collegio prosegue quindi dubitando della compatibilità della disciplina legislativa dei ricercatori e, segnatamente dell'art. 34, commi 1 e 3 della legge 240 del 2010 individuando, come già si è cennato, la discrasia tra il disposto legislativo e la clausola 5 della Direttiva che richiede la presenza di ragioni obiettive e trasparenti che giustificino la costituzione di rapporti a termine.

Criteri oggettivi e trasparenti che non sussistono per le ragioni che si sono già esaminate nel presente commento e che la cui mancanza non è giustificata né giustificabile da ragioni finanziarie, come ha più volte chiarito la Corte di Giustizia dell'Unione<sup>19</sup>.

## **5. Conclusioni**

Traendo le fila di quanto sinora detto, possiamo concludere sulla rilevanza dell'ordinanza in commento, che getta una pietra nello stagno ormai formatosi intorno all'omologazione del dibattito giurisprudenziale sulle conseguenze dell'abuso in violazione della Direttiva UE n. 70 del 1999.

L'argomentare del Tar porta alla luce le contraddizioni sottese alla giurisprudenza di legittimità in tema di risarcimento del danno, a seguito della barocca ricostruzione effettuata dalla sentenza 5072 del 2016 delle sezioni unite, sulla quale si è adagiata anche la giurisprudenza di merito, soprattutto dopo che la Corte europea, sollecitata dal Tribunale di Trapani, aveva reso la ambigua sentenza Santoro<sup>20</sup> dell'8 marzo 2018 che, pur volendo affermare la necessità di un risarcimento adeguato e proporzionato, ha finito per consentire che in sede nazionale si avallasse una soluzione che viene smontata nell'ordinanza qui commentata.

Più si approfondisce questa vicenda più emerge in modo chiaro che l'unica soluzione in ipotesi di abuso è la riqualificazione dei rapporti, unico rimedio che ripristini il bene della vita che è stato leso da anni di insicurezza dovuti al comportamento di una pubblica amministrazione e di uno stato che, secondo la costituzione, doveva essere fondato sul lavoro e non sulla precarietà e sull'insicurezza.

---

<sup>19</sup> Sentenza mascolo, citata, punto 110.

<sup>20</sup> Sentenza Giuseppa Santoro c/ Comune di Valderice, C-494/16, EU:C:2018:166

Altro aspetto degno di nota è che i giudici nazionali proseguono nel colloquio con la giurisdizione europea, nonostante i moniti della Corte costituzionale<sup>21</sup> che ultimamente sembra però avere abbassato i toni<sup>22</sup>.

Speriamo che si vada verso rapporti collaborativi che facciano chiarezza: ce n'è davvero bisogno.

Sergio Galleano

Roma, 13 maggio 2019

---

<sup>21</sup> V., sul punto, G. Bronzini, La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?, in [questionegiustizia.it](http://questionegiustizia.it), 4 marzo 2019; S. Galleano, La saga infinita dei precari pubblici senza tutele: gli insegnanti di religione in Corte di giustizia EU, su questo sito, 1° marzo 2019.

<sup>22</sup> Si veda l'ordinanza 117 del 9 marzo 2019.