

**Corte di cassazione, Ss.Uu., sentenza n. 5072/16. Incertezze, dubbi,
perplexità.**

La questione sottoposta all'esame delle Sezioni unite della Corte di cassazione (la sanzione per contratti a termine illegittimi stipulati dalla P.A.) è una delle più rilevanti per ordinamento interno, anche in ragione degli ingenti riflessi economici ad essa connessi.

Molteplici sono stati gli interventi sul tema della Corte di cassazione, con pronunce divergenti e, spesso, scarsamente intellegibili.

Il risarcimento del danno in *subiecta materia* risulta difficilmente configurabilità secondo i canoni del diritto civile comune (Cass., sent. n. 392/12)¹; tale difficoltà non rende però meno peculiare sostenere la necessità di concorso pubblico per un bagnino trimestrale, peraltro con conseguenze risarcitorie considerevoli, quali un danno pari a 12 mensilità in favore di un solo contratto a termine, prorogato, della durata complessiva di due mesi (Cass., sentenza n. 4417/12)².

Escludere categoricamente la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato dal novero delle sanzioni possibili obbliga ad ipotizzare il risarcimento del danno anche per i lavoratori assunti attraverso i processi di stabilizzazione del precariato pubblico succedentisi dalle leggi finanziarie n.296/2006 e n.244/2007 in poi³.

Ne panorama delle sentenze peculiari si distingue Cass. n. 18618 del 05/08/2013 che, a fronte della doglianza del lavoratore relativa alla mancata riassunzione con contratti a termine, stanti le medesime esigenze, afferma: *al Comune non era consentito stipulare più contratti a termine in sequenza con il medesimo lavoratore, pena l'esposizione alle sanzioni previste dall'art. 36 del*

¹ Pres.est. Vidiri. La sentenza viene definita strana e censurata da L. Menghini, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, cit. Il lavoratore Angileri che non ha ottenuto né riqualificazione del rapporto di lavoro né risarcimento del danno ha proposto il ricorso n. 44205/2012 alla Corte europea dei diritti dell'uomo, depositato tempestivamente il 12 luglio 2012; il giudizio è tuttora pendente.

² Cass., Sez. lav., Pres. Lamorgese, Est. Napoletano, sent. 20 marzo 2012, n.4417.

³ Da segnalarsi sul punto che tutte le sentenze della Corte costituzionale in tema di stabilizzazioni che, nel dichiarare incostituzionali le leggi regionali in materia di stabilizzazione (n. 215 e n. 293 del 2009, nonché n. 42 del 2011 e la n. 277 del 2013), per violazione del principio del pubblico concorso, non hanno in alcun modo verificato il rapporto tra art. 97, comma 3, della Costituzione con gli obblighi derivanti dal diritto dell'U.E. (direttiva 1999/70/Ce) e dunque il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (artt. 11 e 117 della Costituzione).

decreto legislativo 165 del 2001; la corte finisce così con il legittimare la avvenuta assunzione di lavoratore collocato successivamente al ricorrente nella medesima graduatoria, ammantando di legittimità una prassi che aggira gli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce; infatti essa è contraria ai principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza 26 gennaio 2012, C-586/10, Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen, punto 40 e già prima nella sentenza Angelidaki e, successivamente sempre ribaditi⁴: nella valutazione della presenza dell'abuso si deve tener conto non solo del numero di contratti con lo stesso lavoratore, ma anche con altri lavoratori per lo svolgimento della medesima attività.

La sentenza n. 19371/13⁵ della Corte di cassazione costituisce un tentativo di riconoscimento di danno effettivo, con applicazione diretta dell'art. 32, commi 5/7 della legge n. 183/10; si esamina la circostanza che la indennità risarcitoria si affianca alla conversione del contratto (non copre quindi la mancata conversione del rapporto di lavoro, lasciando così sfornito di tutela risarcitoria gran parte del danno) ed è prevista per il solo caso di conversione del contratto di lavoro, in sostituzione del lucro cessante. Non appare condivisibile, nei termini espressi, la affermazione secondo la quale *la distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata più volte rimarcata dalla giurisprudenza della C.G.U.E. (cfr., ex aliis, sentenza 1°.10.2010, causa C-3/10, Affatato)* posto che la C.g.u.e. ha indicato la mera possibilità, non già la necessità, di distinguere il regime sanzionatorio, senza peraltro mai spiegare in cosa consista il settore

⁴Cfr anche punto 102 della sentenza Masdcolo: *occorre a tal fine esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso, prendendo in considerazione, in particolare, **il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro**, al fine di escludere che contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (v., in tal senso, sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 40 e giurisprudenza ivi citata).*

⁵ Cass., Sez.lav., Pres. Lamorgese, Est. Manna, sentenza 21 agosto 2013, n.19371. La Suprema Corte ha cassato, con rinvio, la sentenza della Corte di appello di Roma che, su una fattispecie di contratti successivi stipulati tra il 1997 e il 2002 alle dipendenze di un'Azienda sanitaria locale, aveva dichiarato l'illegittimità dei contratti a termine, senza accogliere né la domanda di conversione né quella di risarcimento dei danni per perdita di *chance*. La Suprema Corte ha disposto il rinvio alla stessa Corte di appello in diversa composizione per la liquidazione del danno subito dal lavoratore per abusivo utilizzo di contratti a termine, applicando la "penale" sanzionatoria dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, ritenuta applicabile anche al pubblico impiego.

pubblico⁶ ed evidenziando che la conformità della normativa interna non era un dato acquisito, ma doveva essere oggetto di puntuale verifica.

Anche questa sentenza si caratterizza per il richiamo al principio del pubblico concorso, senza spiegare se, nel caso concreto, esso fosse necessario e fosse stato espletato. Se non era necessario, ovvero il concorso era stato espletato, il richiamo all'art. 97, comma 3, della Costituzione sarebbe erroneo e fuorviante mentre, nel caso opposto, il contratto era probabilmente da stimarsi contrario a principio fondamentale dell'Ordinamento, affetto perciò da nullità radicale e dunque non foriero di danno.

Un passo "laterale" è costituito dalla sentenza n. 27481/14 della Corte di cassazione. Vi è il condivisibile tentativo di configurare un danno comunque presente, in linea con i canoni di adeguatezza, effettività e dissuasività (ed energicità, indicato solo per l'Italia dalla C.g.u.e.); vi sono però due affermazioni non codivisibili. La Corte afferma che le cause Mascolo ed altri, pendenti in Corte di giustizia, non riguardavano il precariato pubblico in generale, mentre la causa Russo, ivi riunita, riguardava proprio il precariato in generale: in tal modo la Corte non ha atteso la pubblicazione della sentenza Mascolo che, peraltro, ha fornito relevantissime affermazioni in relazione al concetto di Stato/settore, di adeguatezza della misura sanzionatoria e di ulteriori questioni pregiudiziali su cui interrogare la Corte di giustizia.

Ancora non si comprende la affermazione che l'indennità risarcitoria di cui all'art. 32, comma 5, del collegato lavoro, costituiva un risarcimento troppo basso ai fini risarcitori di cui si tratta e liquidare poi la, più ridotta, indennità di cui alla l. 604/66. La affermazione non regge da un punto di vista logico, salvo a non ritenere che detta misura possa ritenersi applicabile per ogni contratto illegittimo:

⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-313/10, Jansen, presentate il 15 settembre 2011. Questi ha ritenuto che *solo 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 5 della direttiva 1999/70/Ce... il settore pubblico non dovrebbe rientrare nella nozione di «settori specifici» ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, poiché mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato... 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 membri, 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... la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri.*

era auspicabile maggiore chiarezza, tenuto conto che la sentenza gravata era resa dalla Corte di appello di Torino che riformava le sentenze risarcitorie del Tribunale di Aosta.

Detto Tribunale aveva ritenuto poi (si può ipotizzare proprio per tale ragione) di proporre questione interpretativa pregiudiziale alla C.g.u.e.⁷: la Corte di giustizia, vista la assoluta incertezza del criterio risarcitorio di cui al comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 come rappresentato correttamente dal Tribunale di Aosta⁸, ha dichiarato che il diritto dell'Unione osta all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001. Il Giudice europeo mostra di nutrire fieri dubbi circa la genuinità della difesa erariale⁹ che sosteneva la possibilità di provare per presunzioni l'esistenza del danno sofferto a causa dell'abusivo utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (punto 27 della sentenza della C.g.u.e)¹⁰. Infatti al punto 33, purtroppo ma comprensibilmente, si legge: *ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza...*

⁷ C.g.u.e., ordinanza 12 dicembre 2013, C-50/13, Papalia.

⁸ Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha formulato il seguente quesito: «*Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro.*».

⁹ Il punto 21 delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Papalia*, cit., costituisce la parte della difesa erariale, sull'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001, che sarà richiamata con diffidenza ai punti 27 e 33 dell'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia: «*21. Inoltre, la stessa Corte di Cassazione, al fine di non aggravare l'onere probatorio in capo al lavoratore che intenda ottenere il risarcimento del danno per l'abusiva reiterazione di contratti a termine, evidenzia come l'interessato possa ricorrere alla prova presuntiva: in sostanza, si richiede al ricorrente quantomeno l'allegazione di elementi precisi e concordanti che, non potendosi qualificare come prova piena, possano almeno fondare un convincimento induttivo sul pregiudizio ragionevolmente subito dal dipendente "abusato" con i contratti a termine reiterati. Non pare invero che l'onere della prova, così inteso, possa costituire un eccessivo aggravamento dell'esercizio del diritto tanto da renderlo in concreto di impossibile applicazione.*».

¹⁰ Il punto 27 dell'ordinanza *Papalia* fa riferimento alla denunciata (da parte del Governo italiano) esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: «*Il governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno.*».

La Corte conclude affermando che la direttiva 1999/70/Ce osta alla norma interna che prevede soltanto *il diritto di ottenere il risarcimento del danno...*, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in ragione delle modalità del risarcimento.

Mettere mano alla interpretazione del risarcimento del danno comportava e comporta la necessità, dopo la ordinanza Papalia, di interpretare il criterio risarcitorio in assoluta conformità al diritto dell'Unione.

Orbene appare violato il diritto dell'Unione ed in particolar modo quanto è chiaramente espresso dalla C.g.u.e. nella sentenza Impact¹¹ ove la stessa afferma (punto 76): *da una parte, se è vero, come la Corte ha sottolineato al punto 67 della citata sentenza Adeneler e a., a tenore del punto 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro, le parti firmatarie di quest'ultimo hanno considerato che «l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni obiettive è un modo di prevenire gli abusi», resta il fatto che la lettura patrocinata dalla Commissione equivarrebbe ad istituire una gerarchia tra le diverse misure di cui alla clausola 5, punto 1, del suddetto accordo quadro, mentre i termini stessi di tale disposizione indicano senza equivoco che le diverse misure prese in considerazione sono concepite come «equivalenti».* Dunque la equivalenza non riguarda solo le analoghe situazioni di diritto interno, ma anche le misure tra di loro e, posto che parte della misura è la sanzione, le sanzioni.

Ecco che allora la sanzione della trasformazione del contratto di lavoro, in uno con l'indennità risarcitoria di cui all'art. 32, comma 5, della l. 183/10, deve essere equivalente al risarcimento del danno di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. 165/01. Appare dunque dubbia la compatibilità eurounitaria del danno come configurato dalla Corte di cassazione, dato atto che nessuna posta risarcitoria copre la riqualificazione del contratto da tempo determinato ad indeterminato.

Peraltro già a monte configurare il danno di cui all'art 36, comma 5, quale danno sanzione appare erroneo, in assenza di supporto normativo in tal senso e tenuto conto che la predetta disposizione non regola solo la violazione delle

¹¹ Sentenza della Corte del 15 aprile 2008, procedimento C-268/06.

disposizioni normative concernenti i contratti a termine, bensì ogni ipotesi di contratto illegittimo.

È inesatto affermare (così invece la Corte interna) che all'accoglimento del ricorso si perveniva *in considerazione della sopravvenuta ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13, con la quale la C.G.U.E. ha esaminato la domanda di pronuncia pregiudiziale... dichiarando che "l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio,...osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione";* orbene non si tratta di un principio sopravvenuto. La C.g.u.e. ha sempre affermato i medesimi principi di cui alla ordinanza richiamata, tanto da decidere la causa Papalia nelle forme della ordinanza, prevista per la C.g.u.e. in ipotesi di *res clara* o *res interpretata*.

Ancora l'opzione interpretativa per la quale art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/01 imponga una *nozione di ... "danno comunitario" ovvero un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro*, crea non pochi problemi di diritto interno. Infatti, nella invarianza della disposizione applicabile, dunque del danno previsto, detta tipologia di nuovo "danno" di creazione *praetoria* andrebbe applicato anche vicende che nulla hanno a che vedere con la direttiva 1999/70/Ce (tutte le ipotesi di illegittimità del contratto di lavoro).

Vi è da convenire che, pur nella esiguità del criterio risarcitorio indicato in via tendenziale dalla Corte, nella quantificazione del danno si deve *tenere conto del*

numero dei contratti a termine, dell'intervallo di tempo intercorrente tra l'uno e l'altro contratto, della durata dei singoli contratti e della complessiva durata del periodo in cui vi è stata la reiterazione....si dovrà anche considerare il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (estensibile all'adempimento degli specifici obblighi di comportamento stabiliti dalla legge a carico della pubblica amministrazione, anche in ambito contrattuale), quale espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., che impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dalla esistenza di specifici obblighi contrattuali o di espresse previsioni di legge: con la conseguenza della risarcibilità del danno derivato dall'inadempimento dovuto ad una tale violazione.

Concluso il breve excursus relativo alle pronunce della Corte di cassazione in materia¹² possiamo passare all'esame della sentenza delle Ss.Uu. n. 5072/16 che appare definibile "a termine" perché contraria a propria precedente sentenza ed alla sentenza Mascolo della C.g.u.e., per cui con ogni probabilità il sistema delle Corti sarà in grado in breve di superarla, come accaduto con la sentenza 10127/13 (delle sezioni semplici).

La sentenza pone la parola fine (?) alla controversia iniziata presso il Tribunale di Genova dai signori Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino nel lontano maggio 2003, conclusa in primo grado dal Tribunale di Genova, dopo aver sollevato una questione pregiudiziale in Corte di giustizia. Solo una notazione: la C.g.u.e. afferma che dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale risulta che le *assunzioni sono state effettuate sulla base di una graduatoria redatta in esito ad una selezione pubblica, indetta nel 1998 dall'azienda ospedaliera per l'assunzione di personale a tempo determinato con la qualifica di «operatore tecnico cuoco», selezione alla quale i ricorrenti nella causa principale avevano partecipato con successo. Dunque ad avviso del Tribunale di Genova i ricorrenti sono stati assunti secondo la procedura di reclutamento legittima e normativamente prevista: la medesima procedura prevista per le assunzioni a tempo determinato ed indeterminato.*

¹² La sentenza "scolastica" della Corte di Cassazione n. 10127/13 è irrilevante stante il palese contrasto con la sentenza Mascolo della C.g.u.e..

Ecco che appare incomprensibile il riferimento della sentenza in commento al pubblico concorso (art 97, comma 3, della Costituzione) rimanendo all'interprete, tecnico del settore, un amletico dubbio: ma a quale concorso si fa riferimento? Sembra che Corte di cassazione abbia commesso un errore di fatto determinante. Tale errore la pone in contrasto con la C.g.u.e. (sentenza Mascolo) ove la stessa afferma che non è possibile opporre il pubblico concorso quando i lavoratori a termine ed a tempo indeterminato vengono assunti secondo le medesime modalità¹³.

Il principio appare analogo a quanto espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la Sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, punto 110¹⁴. Si tratta di una estensione di non poca importanza. Infatti la sentenza Burbaud atteneva alla estensione ed ai limiti del diritto di libera circolazione dei lavoratori, ovvero ad uno dei diritti fondamentali dell'Unione europea; la applicazione dei medesimi principi in altro settore era tutt'altro che scontata ed attende ancora di essere metabolizzata dalle S.s.U.u..

¹³ Punti 89 e 111:

89 *Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che dalle ordinanze di rinvio e dalle spiegazioni fornite in udienza risulta che, in forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, come prevista dalla legge n. 124/1999, l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze. L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo....*

111 *In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della presente sentenza, una normativa nazionale quale quella di cui ai procedimenti principali non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, **non è assolutamente ovvio** – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – **che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali.***

¹⁴ Punto 110: *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.*

La ricostruzione del quadro normativo è “attenta” e volta ad affermare che da sempre vi è il divieto di costituzione del rapporto di lavoro con la P.A. quando vi è assenza di concorso pubblico (ma sappiamo che i ricorrenti hanno espletato una procedura selettiva concorsuale). Si fa riferimento anche a disposizioni normative ben successive ai fatti di causa, del 1999/2002, fino a giungersi al d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81.

Si afferma che *“ancora più recentemente nel art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 sono stati introdotti due commi (cinque-ter e cinque-quater) dall’art. 4, comma 1,...D. L. 31 agosto 2013, n. 101,...che...fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato e del diritto al risarcimento del danno per il dipendente- hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato”*.

Invero il comma 5-quarter, come introdotto, prevede: *“I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato”*.

È previsto dunque per i contratti a termine un meccanismo ostativo (comma 5-quarter) uguale a quello previsto dal comma 5, senza il solo risarcimento del danno. Si tratta di una disposizione che appare essere speciale, relativa alle sole ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed alle sue conseguenze, senza risarcimento del danno. Una diversa interpretazione appare essere *prima facie* contraria al dettato normativo: sostenere il contrario richiedeva da parte della Cassazione uno sforzo ermeneutico, cui aderire o discostarsi, e non una mera asserzione.

La residuale responsabilità erariale sembra inidonea a contrastare la illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro con la P.A., visto da un lato l'assenza di danno risarcibile e, dall'altro, la carenza di interesse alla mera azione dichiarativa della illegittimità del termine, peraltro già correttamente ritenuta inammissibile dalla Cassazione¹⁵: peraltro neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e ha costituito ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il comma 5-*quater* prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'articolo 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), con divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità *ex art.* 21, non può essere seriamente ritenuta compatibile la mancata erogazione della retribuzione di risultato con i tempi complessivi necessari per l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro: quando l'accertamento interverrà la retribuzione di risultato sarà già stata erogata.

Dalla ordinanza Papalia¹⁶ (ma anche dalla sentenza Mascolo di cui in appresso) emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure

¹⁵ Cass. Sent. n. 392/12: a fronte della doglianza per cui *la Corte di merito erroneamente aveva ommesso di pronunziarsi sulla domanda di mero accertamento della illegittimità del termine, tanto più se si considera che il primo giudice aveva dichiarato la legittimità dell'assunzione a tempo determinato, oltre ad affermare l'applicabilità del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36*, la Corte rileva che *a livello giurisprudenziale costituisce principio consolidato che l'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ. - con una disposizione che consente di distinguere fra le azioni di mera iattanza e quelle oggettivamente dirette a conseguire il bene della vita consistente nella rimozione dello stato di giuridica incertezza in ordine alla sussistenza di un determinato diritto - va identificato in una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente in ciò, che senza il processo e l'esercizio della giurisdizione, l'attore soffrirebbe un danno. Da ciò consegue che esso deve avere necessariamente carattere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano di una mera prospettazione soggettiva, assurgendo a giuridica ed oggettiva consistenza. Tale interesse resta invece escluso quando il giudizio risulti strumentale alla soluzione, soltanto in via di massima o accademica, di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche (cfr. in tali sensi: Cass. 23 novembre 2011 n. 24434 ed ancora per analoghe statuizioni: Cass. 23 dicembre 2009 n. 27151; Cass. 28 novembre 2008 n. 28405).*

¹⁶ Causa *Papalia* cit.. La **Commissione europea** ha concluso nelle osservazioni scritte depositate, in tale procedimento, il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «*deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il*

ostative: infatti in entrambe le pronunce la Corte di giustizia nel riportare, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostativa rilevante (il comma 5 dell'art. 36) **non ha riprodotto l'inciso relativo alla responsabilità dirigenziale**: evidentemente non ritiene detta previsione una misura ostativa. Appare essere dunque *ius receptum* (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative. Per la sentenza Mascolo solo il risarcimento del danno (effettivo, energico e dissuasivo) o la costituzione del rapporto di lavoro sono misure ostative.

Non sembra dunque conforme alla giurisprudenza eurounitaria “*dirsi che l'ordinamento giuridico prevede, nel complesso, “misure energiche” (come richiesto dalla corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, C-22 barra 13 s.s., Mascolo), fortemente dissuasive, per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato...*”. Non è corretto fare riferimento a *misure di contorno* perché le stesse non sono tali per la C.g.u.e.: dunque la affermazione *ciò a la piena compatibilità... della disciplina nazionale* anche sulla scorta della *disciplina di contorno* è erronea.

Difficilmente condivisibile è, nel complesso, l'analisi della direttiva 1999/70Ce e della giurisprudenza della Corte di giustizia

Si afferma che la direttiva è *una direttiva “obiettivo”, quindi non autoapplicativa*. L'affermazione è da un lato eccessiva e dall'altro riduttiva: tutte le direttive fissano un obiettivo, per cui in questo senso sono obiettivo. Tali fonti hanno lo scopo di riavvicinare le legislazioni degli Stati membri e sono ad essi rivolte, vincolandoli al raggiungimento dei risultati prefissi (si può parlare di un obbligo di risultato), così onerandoli ad adottare una normativa interna che sia rispettosa dei precetti delle direttive ed atta al raggiungimento dello scopo previsto¹⁷; ove poi si fosse voluto affermare che la direttiva non contiene

ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso».

¹⁷ cfr art. 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea: *la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi.*

disposizioni autoapplicative, in senso opposto basta fare riferimento alla Clausola 4.

La Clausola 3 della direttiva 1999/70/Ce non fissa le condizioni legittimanti l'assunzione a termine (così invece la Cassazione): essa contiene la definizione di contratto a termine¹⁸; è la Clausola 5 che fissa tali condizioni prevedendo, tra l'altro la possibilità della misura ostativa della causalità delle esigenze del rinnovo dei contratti¹⁹ e, dunque, del primo contratto, necessaria per valutare la causalità dei rinnovi. Dunque non solo gli artt. 4 e 5 del d.lgs. 368/01 soano in attuazione della Clausola 5, ma anche l'art. 1. Si tratta però di errori irrilevanti ai fini del decidere.

La cassazione afferma che la Clausola 5, nel porre le misure ostative necessarie ad impedire una illegittima reiterazione degli abusi è elastica, perché consente misure alternative equivalenti: ciò è vero, ma solo in sede di prima applicazione, ovvero se l'Ordinamento interno già contiene misure equivalenti²⁰, ma non è consentito prevedere successivamente misure diverse da quelle elencate.

Appare essere non in linea con l'ultima giurisprudenza della C.g.u.e. la affermazione per cui è *possibile una differenziazione che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, così coonestando la compatibilità comunitaria di discipline differenziate da quella, nell'ordinamento italiano, dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.*

¹⁸ Questo il testo. *Definizioni (clausola 3): 1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico. 2. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze. 3. In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali.*

¹⁹ *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;...

²⁰ C.g.u.e., sentenza 4 luglio 2006, procedimento C-212/04, Adeneler e a., punto 101.

La C.g.u.e., interrogata specificamente sul concetto di Stato (di diritto eurounitario e giammai interno, visto che la direttiva non rimanda al diritto interno), nella sentenza Mascolo non fa più riferimento al settore P.A. ma, nel caso di specie, al settore scuola.

La Corte di giustizia ha statuito la possibilità (non la necessità) di distinguere il regime sanzionatorio tra settore pubblico e privato, senza peraltro mai fornire indicazioni, in precedenza, sul concetto di settore pubblico²¹. Un primo segnale in tal senso è nel punto 69 della sentenza Mascolo: **la scuola è un settore, non la P.A.** La Corte afferma²² *che l'accordo quadro non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione e che, pertanto, è applicabile al personale assunto nel settore dell'insegnamento. Tale conclusione è avvalorata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, da cui si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione (sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 39).*

Dunque prendendo parzialmente posizione sul quesito posto dal Tribunale di Napoli circa quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati, la C.g.u.e., opta per un concetto merceologico di settore. Si tratta di una affermazione

²¹ La questione è stata oggetto delle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-313/10, Jansen, presentate il 15 settembre 2011. Questi ha ritenuto che *solo 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 5 della direttiva 1999/70/Ce... il settore pubblico non dovrebbe rientrare nella nozione di «settori specifici» ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, poiché mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato... 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 membri, 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... la portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle concezioni adottate nei vari Stati membri.*

²² Punti 69/71.

conforme alle le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa Jansen (C-313/10) c non è stata decisa dalla C.g.u.e. perché *il procedimento principale era divenuto privo di oggetto*²³. L'A.G., rilevato che le conseguenze dell'abuso per lo Stato possono essere diverse da quelle previste per i privati (trattamento differenziato), evidenzia che mai è stato chiarito cosa si intenda per Stato ovvero settore pubblico; lo stesso ricorda che *la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro autorizza chiaramente gli Stati membri a tener conto delle caratteristiche proprie a taluni settori, che sono inerenti alle attività specifiche*, ma nelle varie versioni linguistiche della clausola 5, punto 1, la dizione più corretta appare essere «determinati rami», e non «settori specifici» come nel testo italiano, e *tale terminologia rinvia più a suddivisioni professionali quali l'industria, l'industria automobilistica, la siderurgia, la banca, le assicurazioni, o ancora a mio parere la metallurgia, la navigazione, il commercio al dettaglio, la sanità, ecc., piuttosto che ad una ramificazione che permetta di opporre il settore privato e il settore pubblico...La nozione utilizzata in tale clausola 5 deve essere interpretata con riferimento ai criteri pertinenti del diritto del lavoro collettivo, sapendo che il concetto economico di «ramo» è in particolare utilizzato per determinare l'ambito di applicazione professionale di contratti collettivi di lavoro*. Non sembra dunque consentita una differenziazione delle misure ostative a fronte di mansioni perfettamente identiche che *possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato*.

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 membri, 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.

Al punto 118 della Sentenza Mascolo è affermato che *sebbene, certamente, uno Stato membro possa legittimamente, nell'attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, prendere in considerazione esigenze di un **settore specifico come quello dell'insegnamento...***

²³ C.g.u.e. ordinanza del Presidente della II Sezione della Corte del 25 ottobre 2011.

Dunque da detta sentenza della Corte di giustizia, in un ambito interpretativo rimesso alla sua esclusiva valutazione, si evince una interpretazione restrittiva del concetto di Stato, nel quale certamente rientrano le funzioni tipicamente essenziali dello stesso²⁴, ed ampliato, nel caso di specie, in relazione alle funzioni essenziali previste dal diritto interno (in questo senso la Sentenza della C.g.u.e. in commento²⁵) per cui una differenziazione delle misure sanzionatorie appare possibile solo in relazione a detti settori. La Corte di cassazione di contro fa riferimento ad una giurisprudenza della C.g.u.e. specificata dalla sentenza predetta ed in relazione alla quale, se nutrivà diverse opinioni, aveva l'obbligo di rinvio pregiudiziale, quale giudice di ultima istanza, ovvero di conformarsi al concetto di settore di cui alla sentenza Mascolo. Sarebbe apparso conforme se Corte di cassazione avesse verificato se il cuoco ospedaliero apparteneva al settore sanità (dunque con legittima previsione normativa di una sanzione giustificabilmente diversa) ovvero ristorazione (i pasti ospedalieri sono sovente dati in appalto esterno; in questo caso la differente sanzione rispetto a quella prevista ordinariamente con il settore privato era ingiustificata).

La Cassazione, affermando che la Clausola 5, quanto alle sanzioni, nulla dice²⁶ di tal chè appare ipotizzabile anche una sanzione anche solo amministrativa dimentica che la C.g.u.e. ha statuito che *quando una... utilizzazione abusiva abbia... avuto luogo, deve poter essere applicata una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario*. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni

²⁴ Di certo difesa, giustizia, polizia, funzionamento degli organi essenziali, esteri.

²⁵ Punto 94: *Inoltre, va rilevato che, come risulta, in particolare, dall'ordinanza di rinvio nella causa C 418/13, **l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione** della Repubblica italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari. Orbene, non si può negare che tale adeguamento dipenda da un insieme di fattori, taluni dei quali possono, in una certa misura, essere difficilmente controllabili o prevedibili, quali, in particolare, i flussi migratori esterni ed interni o le scelte di indirizzi scolastici da parte degli scolari.*

²⁶ La Clausola 5 invero, pur senza imporla, indica espressamente la sanzione della riqualificazione a tempo indeterminato.

necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva²⁷.

Non si comprende come una mera sanzione amministrativa potrebbe cancellare le conseguenze dell'abuso che colpisce non la P.a. ma un lavoratore, con un versamento della sanzione, peraltro, in proprio favore.

La Corte di cassazione ricostruisce l'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/01 come ipotesi di responsabilità aggravata, rispetto alle altre di cui al medesimo decreto. La ricostruzione, del tutto irrilevante ai fini del decidere non spiega il testo della norma, dal quale l'interprete non può discostarsi.

La stessa prevede: *qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2* ovvero, visto il richiamo, *dalla scadenza del predetto termine*. La sanzione, a ben vedere, non opera sul contratto, ma sul rapporto, prevedendo la costituzione coattiva del rapporto di lavoro dalla data di superamento dei 36 mesi, non già dalla stipula del contratto che determina il superamento: è dunque previsto un effetto costitutivo *ex lege*; la norma si riferisce al rapporto di lavoro e non al contratto: la disposizione non prevede alcuna valutazione in ordine ai singoli contratti. La Cassazione afferma che la ratio della disposizione sia nel senso di una *fattispecie "aggravata"*, ma ratio non è norma e dunque non si può ritenere una illegittimità di alcun contratto: conseguenzialmente è impossibile far luogo al risarcimento del danno ex art. 36, comma 5.

Per supportare la interpretazione dell'art. 36, comma 5, la Cassazione fa riferimento alla sentenza n. 89/03 della Corte costituzionale, affermando la irrilevanza della questione interpretativa pregiudiziale sollevata dalla Consulta con l'ordinanza Napolitano²⁸, poi riunita dalla C.g.u.e. alla causa Mascolo,

²⁷ C.g.u.e., sentenza 4 luglio 2006, procedimento C-212/04, Adeneler e a., punto 102.

²⁸ Ordinanza n. 207 del 2013.

stante la specialità della disciplina ivi trattata (supplenze annuali). Dimentica però la Corte di legittimità che lì come qui si tratta di procedure di assunzione conformi a procedure di reclutamento previste da disposizioni normative, con la sola deviazione dallo schema legittimo che, in entrambi i casi, il reclutamento è stato effettuato per contratti a termine.

Che la diversità non sia ontologica, e che dunque vi sia una significativa contraddittorietà nell'orientamento delle stesse Ss.Uu. è evincibile dal confronto tra la sentenza 5072/16 e la sentenza 8078 del 21 aprile 2015 delle medesime Ss.Uu. che ha ritenuto, in materia di stabilizzazioni, che fosse soddisfatto il requisito normativamente imposto del pubblico concorso, per procedure selettive espletate per contratti a termine. Dunque per la sentenza 5072/16 una procedura selettiva conforme a norma, ma rivolta a selezione di personale a termine, viola l'art. 97 della Costituzione ai fini della assunzione a tempo indeterminato, mentre per la sentenza 8078/15 non vi è tale violazione: in entrambi i casi vi è questione di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Allora resta la domanda: ma a quale concorso fa riferimento la sentenza 5072? Quale è la differenza tra le procedure concorsuali delle due sentenze? Sembra nessuna.

In effetti, vista la confusione con riferimento a cosa costituisca pubblico concorso, appare opportuno richiamare la Ordinanza n. 1778 del 2011 delle Ss.Uu.. la Corte ricorda che *al riguardo, il termine "concorsuale" va inteso in senso restrittivo, dovendo identificarsi la procedura concorsuale esclusivamente in quella caratterizzata dall'emanazione di **un bando, dalla valutazione comparativa dei candidati e dalla compilazione finale di una graduatoria di merito, la cui approvazione, individuando i "vincitori", rappresenta l'atto terminale del procedimento preordinato alla selezione dei soggetti idonei.** Pacificamente, sono concorsuali **sia le procedure connotate dall'espletamento di prove, ma comunque libere nella modalità, purché la procedura concreti una selezione tra diversi aspiranti (Cass. S.u., n. 10374 del 2007); sia i concorsi per soli titoli (cfr. Cass. S.u., n. 1517 del 2006). Non concretano, perciò, procedure concorsuali le assunzioni in esito a procedimenti di diverso tipo: **assunzioni dirette, procedure di mera verifica di idoneità dei*****

soggetti da assumere, in quanto titolari di riserva o iscritti in apposita lista, giacché il possesso dei requisiti e l'idoneità si valutano in termini assoluti, senza originare una graduatoria di merito.

Il “concorso” pubblico si divide per l'Ordinamento interno in due fattispecie: vero e proprio concorso e selezione (prevista dall'art. 16 l. 56/87; sono assolutamente residuali le ipotesi di chiamata diretta senza alcuna selezione). Quest'ultima è prevista per *le Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici a carattere nazionale, e quelli che svolgono attività in una o più regioni, le province, i comuni e le unità sanitarie locali.* Essi effettuano le assunzioni dei lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo-funzionali per i quali non è richiesto il titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo, sulla base di selezioni effettuate tra gli iscritti nelle liste di collocamento ed in quelle di mobilità, che abbiano la professionalità eventualmente richiesta e i requisiti previsti per l'accesso al pubblico impiego. Essi sono avviati numericamente alla sezione secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste delle circoscrizioni territorialmente competenti... Gli avviamenti vengono effettuati sulla base delle graduatorie circoscrizionali...

Nel caso Marrosu e Sardino, questi, cuochi, avevano lavorato alle dipendenze l'Azienda Ospedaliera Ospedale S, Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate ... con inquadramento nel livello B e qualifica di operatore tecnico cuoco ²⁹; per l'operatore tecnico cuoco (livello economico B super sulla scorta del CCNL) è previsto (art. 26 del d.p.r. 27.3.01 n. 220) il solo titolo della scuola dell'obbligo, in uno con *cinque anni di esperienza professionale acquisita nel corrispondente profilo professionale presso pubbliche amministrazioni o imprese private e possesso di specifici titoli e abilitazioni professionali o attestati di qualifica di mestieri necessari allo svolgimento dell'attività inerente il profilo professionale messo a concorso...*³⁰

²⁹ In corsivo la sentenza del Tribunale di Genova.

³⁰ Che tali fossero i requisiti anche prima del predetto d.p.r. risulta dall'allegato 1 al C.C.N.L. Sanità pubblica, personale non dirigente del 7.4.99: per l'accesso dall'esterno, *per l'operatore tecnico - cuoco – non in possesso del diploma di scuola alberghiera è richiesta un'anzianità di 3 anni di esperienza professionale nel profilo sottostante unitamente all'effettuazione di un corso di formazione definito a livello aziendale.*

Sembra dunque doversi concludere che, nel caso di specie, Marrosu e Sardino avessero effettuato una procedura selettiva che è per giurisprudenza pacifica concorsuale, come ricordato, a detta della C.g.u.e., dal Tribunale di Genova, ma poco importa. Ciò che importa è che i principi affermati dalla Cassazione valgono ove una procedura selettiva/concorsuale non è stata espletata; una diversa opzione interpretativa doveva essere ben più sviluppata dal Giudice di legittimità.

La Cassazione fa poi riferimento alla Sentenza n. 303/2011 della Corte costituzionale sulla indennità risarcitoria di cui all'art 32, comma 5, della l. 183/10, con una lettura che appare riduttiva. La Consulta aveva sottolineato *che l'indennità prevista dall'art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 va chiaramente ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario.* Nel caso di specie la Cassazione va a riconoscere quella parte della protezione che è accessoria, nelle parole della Consulta, alla vera protezione che è costituita dalla stabilizzazione, escludendo di contro quest'ultima e non ritenendo che il differente trattamento sia in alcun modo da compensarsi. Appare evidente il contrasto, ove si ricordi che il giudice delle leggi ha affermato che dopo la sentenza che converte il rapporto è *da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva.*

Diversamente opinando, la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata.

In ultimo da ricordarsi che, per la Consulta, l'art. 32, comma 5, non è applicabile allo Stato, per la semplice ragione che non è applicabile ad esso la conversione del contratto.

La sentenza della Cassazione prosegue con la ricostruzione dei provvedimenti della Corte di giustizia sul risarcimento del danno senza evidenziare la circostanza che la Ordinanza Papalia ha accertato la contrarietà dell'art. 36,

comma 5, del d.lgs. n. 165/01, come interpretato dalla stessa Cassazione, agli obblighi di appartenenza alla U.e., dimostrando di credere, malauguratamente, poco alle difese dello Stato italiano. Una messa in mora forte che richiedeva grande attenzione nella determinazione del criterio risarcitorio, tenuto conto di quanto affermato nella sentenza Mascolo “nominata”³¹ una sola volta dalla Cassazione.

Questa, attraverso una interpretazione “adeguatrice”, impossibile sulla scorta del dettato normativo interno, integra il danno di cui all’art. 1223 c.c.. Non di integrazione si tratta, ma di sentenza additiva, di competenza della Consulta; al più si poteva affermare la *vacatio legis* e la necessità di ricorso, a chiare lettere, alla analogia. Non vi era però spazio per una applicazione analogica dell’art. 32, comma 5, della l. n. 183/10, mancandone i presupposti: ne deriva il sospetto della creazione di un nuovo genere di interpolazione/integrazione della norma, di dubbia compatibilità ordinamentale interna.

Il criterio risarcitorio affermato è quello di cui all’art. 32, comma 5, della l. 183/10, ovvero una indennità tra 2.5 e 12 mensilità di retribuzione per tutti i rapporti intrattenuti (non per ciascun rapporto), oltre eventuali altri danni da provare specificamente e puntualmente, secondo gli ordinari canoni civilistici.

Ma sappiamo che provare altri danni è impossibile o eccessivamente difficile, per come accertato dalla Ordinanza Papalina della C.g.u.e., per cui tale parte del danno non può essere ritenuta attuazione della direttiva 1999/70/Ce. Resta come misura ostativa solo il danno tra 2.5 e 12 mensilità di retribuzione, anche per una intera vita da precario.

Nulla spetta, per la Cassazione, con riferimento alla mancata costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato perché le due situazioni sono incomparabili per il diritto interno e tale incomparabilità è corretta, ad avviso della Cassazione, per la C.g.u.e.. L’errore è nel termine di comparazione: alla C.g.u.e. si fa dire troppo. Il giudice europeo ha ripetutamente affermato solo che si può non costituire il rapporto di lavoro, non che non si devono comparare le

³¹ Nominata, non citata, non riportandosi in alcun passo della sentenza 5072/16 cosa la stessa specificamente ed innovativamente affermi.

due situazioni ed anzi ha affermato l'opposto, come ricordato, con la sentenza Impact (le diverse misure prese in considerazione sono concepite come «equivalenti»): la equivalenza non riguarda solo le analoghe situazioni di diritto interno, ma anche le misure ostative tra di loro e le sanzioni, posto che parte relevantissima della misura è costituita da queste. In ipotesi una misura con una sanzione di scarsissima incisività non può essere equivalente ad una misura accompagnata ad una sanzione molto efficace.

Inoltre il criterio risarcitorio affermato non costituisce la misura rispondente ai canoni di dissuasività, adeguatezza, proporzionalità e, per l'Italia, energicità richiesti. Per un solo contratto di devono liquidare 2,5 mensilità di retribuzione ed una vita di precarizzazione al massimo 12: dunque più si precarizza meno si è sanzionati. Una misura rivela inidonea sin dal primo contratto si affievolisce, invece di rafforzarsi, all'aumentare dell'abuso: la logica vorrebbe l'opposto.

Nel senso della insufficienza del criterio adoperato basta richiamare la sentenza n. 10070/13 della sezione Lavoro della Corte di cassazione. La stessa, nel ribadire l'accesso tramite pubblico concorso, ricorda che *la tutela del lavoratore dovrà invece avvenire mediante il "risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative". Il che è un modo per tutelare il lavoratore senza intaccare le finalità perseguite con la regola del concorso. L'impossibilità ("non può") di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è volta a tutelare le amministrazioni pubbliche sul piano finanziario (la tutela risarcitoria, in conformità alla giurisprudenza europea, dovrà essere incisiva, anche perché, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, essa non costituisce un mero completamento della tutela prioritaria di natura reintegratoria). Ciò che si tutela mediante lo strumento del concorso pubblico sono invece i valori costituzionali della imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione, nonché il diritto di "tutti" i cittadini ad accedere al lavoro pubblico, partecipando a selezioni basate sul merito.*

Non può che concordarsi con la lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 303/11 operata, con la sentenza 10070/13, dalla sezione Lavoro della Corte di cassazione.

Le Ss.Uu. dimenticano che vi è una pregiudiziale che aveva l'obbligo di proporre. Lo Stato italiano ha sostenuto innanzi la C.g.u.e. nella causa Affatato³² che in Italia, decorsi 36 mesi, il rapporto di lavoro con la P.a. diviene a tempo indeterminato in ragione della piena operatività anche verso di essa dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, che determina la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Anche la Commissione europea ha ritenuto, due mesi dopo l'ordinanza Affatato, che superati i 36 mesi fosse possibile costituire un rapporto di lavoro con la P.A.³³. Sulle conseguenze di tale dichiarazione resa alla Corte di giustizia è stata interrogata dal Tribunale di Napoli la C.g.u.e. (cfr. sentenza Mascolo) e la Corte ha ritenuto la stessa irrilevante perché il giudice interno aderiva a tale impostazione: la Corte di cassazione, giudice di ultima istanza, aveva il dovere, ex art. 267 del T.f.u.e.³⁴, vista la opposta interpretazione, di proporre identica pregiudiziale, ovvero di non prendere alcuna posizione con riferimento all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01.

In ultimo non possono sottacersi le conseguenze della interpretazione proposta dalle Ss.Uu.. Astrarre la riqualificazione del rapporto dal novero delle sanzioni comporta doversi ritenere la risarcibilità del danno per le centinaia di migliaia di lavoratori stabilizzati dalla P.a., oltre che per tutti quelli in forze.

Il lavoratore assunto a tempo determinato sarebbe stato assunto a tempo indeterminato se fosse stata bandita una selezione pubblica in tal senso: almeno in via indiziaria, per precariato massivo ultradecennale sembra sostenibile che

³² Ordinanza della Corte di giustizia (Sesta Sezione) del 1 ottobre 2010, C-3/10, Affatato. Sulla ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia v. W. Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass.avv.Stato*, 2011, 2 Sez., I, p.12-16; M. Borzaga, *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p.859-865.

³³ Risposta fornita, a seguito di una interrogazione scritta del Parlamentare europeo On. Rita Borsellino, dal Commissario europeo Laszlo Andor a nome della Commissione in data 10.5.10 (atto E-2354/10). <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2010-2354&language=IT>

³⁴Art 267 T.f.u.e.: 1. *La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.* 2. *Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.* 3. *Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.*

la P.a. aveva necessità di un lavoratore a tempo indeterminato³⁵. Il lavoratore aveva superato la relativa selezione, tanto da essere assunto per cui si paventa la risarcibilità del danno da perdita del posto di lavoro, con capitalizzazione delle retribuzioni e delle prestazioni previdenziali eventualmente non percepite, per tutta la aspettativa di vita.

Esiste invero un problema di compatibilità della riqualificazione del rapporto di lavoro con l'art. 97 della Costituzione, ma non con il comma 3, bensì con il comma 1. Bandita la medesima selezione, la presenza di un termine al contratto rende il posto meno appetibile, con conseguente minore partecipazione di concorrenti. È un problema di buon andamento sul quale è consentito intervenire al G.A., ma, stante la limitazione dei poteri del giudice ordinario, le possibilità di sostenere un diniego di costituzione sulla scorta di detta disposizione, sono ben più ridotte. Peraltro si tratta del medesimo vulnus al buon andamento insito nei processi di stabilizzazione, di cui alla sentenza delle Ss.Uu. 8078/15.

Conclusivamente, per chi fosse interessato ai fatti di cui alla sentenza delle Ss.Uu. in commento, dal contratto di assunzione, firmato in data 20.10.99, atto prot. n. 38612 del 25.1.99 della azienda Ospedaliera San Martino di Genova, risulta che *“con provvedimento n... è stata approvata la graduatoria della selezione pubblica a tempo determinato per titoli ed esami a n.° 7 posti di operatore tecnico cuoco e con provvedimento n....è stato conferito un incarico al.. (ndr. lavoratore), classificato al 12° posto della suddetta graduatoria”*.

Credo si possa affermare che vi fosse regolare concorso pubblico.

³⁵ Sono irrilevanti le ragioni di bilancio per giustificare il ricorso ad assunzioni a termine: ex plurimis sentenza Mascolo, punto 110. Deve peraltro ricordarsi che non esiste un bilancio pubblico di durata ultratriennale.