

*Il danno comunitario da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato: Cass. Sez. Lav. n. 27481/2014 del 30.12.2014*

Con la sentenza n. 27841 depositata il 30 dicembre 2014, per la prima volta la Corte di Cassazione afferma l'esistenza del "danno comunitario" e lo quantifica, in modo in verità riduttivo, quasi perdendo di vista che il risarcimento di tale danno deve essere adeguato e proporzionato al danno arrecato al lavoratore. Si tratta di una decisione del tutto innovativa, destinata a costituire un precedente storico; tale pronuncia sarà molto verosimilmente oggetto di attenta analisi da parte di giuristi italiani ed europei, dal momento che, nell'ambito di quella proficua circolazione di orientamenti giurisprudenziali ormai nota come dialogo fra le Corti, specifica e categorizza una nozione di danno individuata e descritta dalla Corte di Giustizia, in particolare nell'ordinanza C-50/13 "Papalia".

Nell'ordinanza Papalia la Corte di Giustizia (Ottava Sezione) si era pronunciata a seguito di domanda di pronuncia pregiudiziale formulata dal Tribunale di Aosta: nel procedimento principale, il giudice del rinvio era stato investito della questione relativa al risarcimento del danno che, secondo il ricorrente, era derivato per effetto del ricorso abusivo, da parte del Comune di Aosta, ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Il Tribunale di Aosta aveva evidenziato che un dipendente pubblico, assunto con una pluralità di contratti a termine illegittimi (per effetto dell'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato), non solo non aveva diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, atteso il divieto contenuto nell'art. 36 comma quinto del D. Lvo 165/2001, ma per effetto di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, non poteva ottenere dall'amministrazione pubblica il risarcimento del danno sofferto, in quanto lavoratore assunto con una successione illegittima di contratti a termine, qualora non avesse dedotto e dimostrato la concreta sussistenza di un danno; pertanto il Tribunale aveva chiesto alla Corte di Giustizia se fosse compatibile con l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE, un sistema normativo nazionale che consentisse il risarcimento del danno soltanto se il lavoratore avesse fornito la prova (anche indiziaria, ma comunque precisa) di aver dovuto rinunciare ad altre migliori occasioni di lavoro, ed essere stato pertanto danneggiato dal comportamento del datore di lavoro pubblico.

## *L'ordinanza Papalia e l'orientamento della CGUE in tema di contratti a termine nel pubblico impiego*

La Corte di Giustizia, con l'ordinanza Papalia, nel richiamare il proprio consolidato orientamento in tema di abusivo ricorso ad una successione di contratti a termine nel pubblico impiego<sup>1</sup>, ha ricordato dapprima che dall'accordo quadro<sup>2</sup> non deriva un obbligo per gli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato; pertanto una normativa nazionale, come quella italiana, che vieti in modo assoluto la conversione dei contratti di lavoro a termine, stipulati da datori di lavoro pubblici, in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, può essere considerata conforme all'accordo quadro, purchè preveda un'altra misura effettiva, idonea ad evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato<sup>3</sup>. La Corte di Giustizia ha rammentato che il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche per il caso in cui siano accertati abusi nel ricorso ai contratti a termine; spetta quindi alle autorità nazionali “adottare misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro”.<sup>4</sup>

In particolare, la Corte ha richiamato il principio di effettività, affermando che le modalità di adozione ed attuazione di misure finalizzate a scongiurare il ricorso abusivo ai contratti a termine ed a sanzionare l'eventuale violazione di tale divieto, devono essere, negli ordinamenti degli Stati membri, concrete, ossia non devono rendere “praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”.

Ciò posto, la Corte di Giustizia ha osservato che, secondo l'interpretazione dominante elaborata dalla Corte di Cassazione, un lavoratore assunto illegittimamente, nel settore pubblico, con una successione di contratti a termine, non potrebbe nemmeno ottenere il risarcimento del danno derivante dall'illegittimo comportamento del datore di lavoro pubblico, perché sarebbe costretto a fornire la prova della perdita di altre

---

<sup>1</sup> Sentenze *Adelener* C-212/04 punti da 91 a 105; *Marrosu e Sardino* C-53/04 punti da 44 a 57; *Vassallo* C-180/04, punti da 33 a 42; *Angelidaki e a.* C-378/07, punti 145 e da 182 a 190; ordinanze *Vassilakis e a.* C-364/07, punti da 118 a 137, *Koukou* C-519/08, punti da 82 a 91; *Lagoudakis* C-162/08, punto 11; *Affatato* C-3-10, punto 37.

<sup>2</sup> L'accordo quadro è, naturalmente, quello allegato alla Direttiva n. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, sul lavoro a tempo determinato, d'ora in poi “Accordo quadro”.

<sup>3</sup> Si vedano sentenze citate *Adelener e a.*, punto 91; *Marrosu e Sardino*, punto 47, *Angelidaki e a.*, punti 145 e 183, nonché le ordinanze *Vassilakis e a.*, punto 121, *Koukou*, punto 85, ed *Affatato*, punto 38.

<sup>4</sup> Sentenze *Adelener e a.*, punto 94; *Marrosu e Sardino*, punto 51; *Vassallo*, punto 36; *Angelidaki e a.*, punto 158; ordinanze *Vassilakis e a.*, punto 125; *Koukou*, punto 64, e *Affatato*, punto 45.

opportunità di lavoro e del conseguente lucro cessante. Invero la Corte, dopo aver precisato che ai fini dell'accertamento dell'osservanza del principio di effettività è necessaria un'analisi del sistema delle norme nazionali<sup>5</sup>, e che spetta al giudice del rinvio stabilire se, ed in quale misura, le norme nazionali finalizzate a punire il ricorso abusivo ai contratti a termine, da parte della pubblica amministrazione, rispettino il principio di effettività ed equivalenza<sup>6</sup>, ha tuttavia ritenuto di dover fornire precisazioni “dirette a guidare il giudice nazionale nella sua decisione”. In concreto, con l'ordinanza Papalia la Corte ha stabilito che l'accordo quadro osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, che preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno derivato dall'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a termine, quando il diritto al risarcimento è subordinato all'obbligo, per il lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di lavoro, *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.*

---

<sup>5</sup>Per l'esattezza, al punto 29 dell'ordinanza Papalia, la Corte afferma, in base alla propria giurisprudenza, che *“accertare se una norma nazionale di procedura renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai cittadini dal diritto dell'Unione implica un'analisi, che tenga conto della collocazione della norma in questione nel complesso della procedura nonché dello svolgimento e delle particolarità che presenta quest'ultima nei diversi gradi di giudizio nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti di difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (v. sentenze del 21 febbraio 2008, Tele2 Telecommunication, C-426-05, Racc. pag. I-695, punto 55 e giurisprudenza ivi citata, nonché Pontin, cit., punto 47).”*

<sup>6</sup>Anche in questo passaggio la Corte di Giustizia richiama se stessa (ord. *Affatato*, punto 60), quasi che volesse mettersi al riparo da critiche o da rischi di deresponsabilizzazione rispetto alla questione che è chiamata a decidere. La precisazione è del tutto coerente con il consolidato orientamento della Corte, e con la sua notoria prudenza; la Corte ha ben presente il rischio di un'ingerenza nelle legislazioni degli Stati membri, ed il pericolo – cui la stessa formulazione di alcuni quesiti da parte dei giudici di rinvio la espone – di intrusione negli orientamenti interpretativi dei singoli Stati; con la conseguenza che, spesso, nelle pronunce della Corte di Giustizia si ritrova un'affermazione di principio del genere, tanto doverosa quanto scontata. Tuttavia, nel caso dell'ordinanza Papalia l'affermazione costituisce una sorta di premessa necessaria per le statuizioni successive, e per mettere, quindi, un punto fermo sulla necessaria applicazione dei principi della direttiva nell'ambito degli ordinamenti interni; in tal modo, l'ordinanza Papalia finisce per costituire il presupposto per un eventuale accertamento della violazione della normativa europea da parte del giudice nazionale, che si ostini a rendere non effettiva la tutela del lavoratore danneggiato dall'abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego, e si ostini a rendere molto complicato l'esercizio del diritto al risarcimento del danno derivato dall'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a termine. Può essere utile, a tal proposito, ricordare che recentemente la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU (sentenza *Dhabi* dell'8 aprile 2014), poiché in quel caso la Corte di Cassazione aveva ommesso di prendere in considerazione una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, formulata dal ricorrente, senza esporre in sentenza alcuna motivazione in ordine al diniego. Nel caso di specie, qualora la Corte di Cassazione non avesse recepito le indicazioni dell'ordinanza Papalia (ciò che era accaduto fino a quel momento: cfr. Cass. n. 27363/2014, depositata pochi giorni prima rispetto alla sentenza in commento) si sarebbe potuta, eventualmente, profilare una violazione dell'art. 6 § 1 della CEDU.

Così ricostruito il *dictum* della Corte di Giustizia nell'ordinanza Papalia, è necessario evidenziare che la Corte di Cassazione è stata posta nelle condizioni di dover prendere in considerazione la statuizione della CGUE e darne concreta applicazione a livello nazionale. La ricorrente aveva, infatti, lavorato alle dipendenze di un Ente pubblico – Regione Autonoma Valle d'Aosta - per ben sei anni e con 14 contratti a termine succedutisi senza soluzione di continuità; era indubbio che i ben 14 contratti di lavoro a termine fossero illegittimi, dal momento che le leggi regionali prevedevano la possibilità, per la Regione, di far ricorso ai contratti di lavoro a termine solo per far fronte ad esigenze straordinarie e temporanee, con un limite temporale di 9 mesi, ampiamente violato. Si trattava, quindi, di un “caso di scuola” in cui la ricorrente aveva chiesto, sin dal primo grado di giudizio, la trasformazione dei contratti di lavoro a termine in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ovvero il risarcimento del danno per l'abusivo ricorso ad una successione di contratti a termine, illegittimi in quanto stipulati in violazione della specifica normativa regionale.

Il Tribunale, in parziale accoglimento della domanda della ricorrente, aveva condannato l'Ente pubblico al risarcimento del danno, nella misura di venti mensilità di retribuzione, respingendo nel contempo la domanda di conversione dei contratti a termine in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con una pubblica amministrazione.

Tuttavia la Corte di Appello di Torino, in accoglimento del gravame proposto dalla Regione Autonoma Valle d'Aosta, aveva respinto la domanda di risarcimento del danno, affermando che la lavoratrice non aveva fornito alcuna allegazione o deduzione relativa al danno patito, ed era da escludere che il danno fosse in re ipsa. La Corte di Appello aveva anche affermato che non era necessario attendere la decisione della Corte di Giustizia, sollecitata proprio con quesito formulato dal Tribunale di Aosta (e che ha poi dato luogo all'ordinanza Papalia), in quanto la domanda di pronuncia pregiudiziale muoveva dal presupposto dell'esistenza di un danno-sanzione, che invece, non esiste(va) nel nostro ordinamento, in quanto dal sistema delle fonti non era possibile rinvenire la previsione di un danno a titolo di mera responsabilità oggettiva, e quindi sfornito di qualsiasi prova positiva.

Orbene, la Corte di Cassazione è stata investita proprio di una serie di questioni che prendevano le mosse dall'interpretazione ed applicazione delle clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, così da giungere alla valutazione del principio di effettività con riferimento alla situazione in cui si trova il lavoratore assunto con

una pluralità di contratti a tempo determinato illegittimi, ed al risarcimento del danno cui ha diritto in base all'ordinamento europeo.

La sentenza in commento procede, con ordine logico del tutto coerente, ad esaminare in primo luogo la richiesta della ricorrente di avviare una procedura di rinvio pregiudiziale alla CGUE, escludendo di dover formulare alcuna domanda di pronuncia pregiudiziale. Invero, ad avviso della Corte di Cassazione, il divieto di conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, nel pubblico impiego (art. 36 D. Lgs 165/2001), non si pone in contrasto con le clausole di cui agli artt. 4 e 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro, né con il principio di uguaglianza e di non discriminazione: la Corte di Giustizia ha sempre riconosciuto il potere degli Stati membri di organizzare le proprie pubbliche amministrazioni, anche (e forse soprattutto) con riferimento alle modalità di reclutamento ed assunzione del personale; pertanto lo Stato italiano si è dotato di un sistema normativo di disciplina di reclutamento dei dipendenti pubblici, a partire dalla fondamentale norma dell'art. 97 Cost., secondo cui le assunzioni avvengono, di regola, mediante concorso pubblico. Pertanto, essendo la disciplina del reclutamento dei pubblici dipendenti una disciplina peculiare, che trova fondamento nella necessità di far ricorso (di regola, salvo eccezioni da disciplinare specificamente) al concorso pubblico per la selezione dei meritevoli, non può invocarsi né una violazione del principio di uguaglianza, né – di conseguenza – prospettarsi l'esistenza di una discriminazione, dal momento che, pur essendo soggetti ad una medesima disciplina, impiego pubblico e lavoro privato presentano differenze notevoli e decisive, proprio in ordine al sistema di reclutamento, e non danno, quindi, luogo a situazioni tra loro comparabili<sup>7</sup>. Del resto, sebbene l'accordo quadro e la direttiva siano applicabili anche ai rapporti di lavoro conclusi con le pubbliche amministrazioni, la clausola 5 punto 1 non sancisce l'obbligo degli Stati di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, e lascia agli Stati membri la facoltà di prendere in considerazione le esigenze particolari di specifici settori di attività e/o di specifiche categorie di lavoratori<sup>8</sup>, prevedendo un diverso tipo di deterrente in caso di abuso del ricorso ad una successione illegittima di contratti a termine nel pubblico impiego<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> In proposito, la sentenza in commento richiama le sentenze della *CGUE SCA Group Holding BV*, C-39/13 e cause riunite; e *FIFA*, C-205/11.

<sup>8</sup> la Corte di Cassazione cita in proposito *CGUE, Marrosu e Sardino*, C-53/04 e *Kucuk*, C-586/10

<sup>9</sup> Su tale punto, la giurisprudenza della CGUE è ormai consolidata: cfr. *Marrosu e Sardino* C-53/04; *Vassallo*, C-180/04; *Adelener e a.*, C-212/04; *Fiamingo*, C-363/13 e C-407/13 riunite, ord. Affatato, C-3/10. Si è in attesa di verificare cosa accadrà nello specifico settore dei cd. precari della scuola, dopo la sentenza Mascolo del 26 novembre 2014, C-22/13 e cause riunite da C-61/13 a C-63 13 e C-418/13, che però presenta

*La Corte di Cassazione ... cala l'ideale nel reale: il dictum dell'ordinanza Papalia va applicato dal giudice nazionale*

Ciò posto, dopo aver superato i primi due motivi del ricorso principale, tutti fondati su una presunta – ed inesistente – violazione della clausola 4 dell'Accordo quadro e di altre direttive<sup>10</sup> nonché sulla dedotta violazione di norme interne relative alle procedure con cui è possibile derogare al principio dell'accesso al lavoro pubblico mediante concorso, la Corte esamina ed accoglie i motivi di ricorso principale fondati sulla dedotta illegittimità dell'interpretazione accolta dalla Corte territoriale, secondo cui la domanda della lavoratrice, di risarcimento del danno da “illegittimo ricorso ad una successione di contratti a tempo determinato”, non poteva essere accolta per difetto di allegazioni in ordine al danno subito, danno che doveva sostanziarsi nella dimostrazione della perdita di altre e migliori occasioni di lavoro.

E' questo il punto veramente innovativo ed originale della sentenza. La Corte di Cassazione, con una pronuncia del tutto nuova, assume come fondamento della propria statuizione l'ordinanza Papalia della CGUE; afferma che a tale ordinanza occorre conformarsi, prevedendo, nell'ordinamento interno, un meccanismo atto a soddisfare i criteri dettati dalla Corte di Giustizia, ossia idoneo a garantire che, in assenza di sanzioni previste dall'Unione per fronteggiare l'abusivo ricorso ai contratti a termine, vengano adottate misure adeguate e proporzionate, che siano altresì siano sufficientemente effettive e dissuasive, allo scopo di garantire piena efficacia alle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La Corte, dopo aver ricordato che, in caso di divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, deve essere adottata dall'ordinamento interno una misura sanzionatoria alternativa, fonda la propria decisione sulla pronuncia della Corte di Giustizia, affermando che un risarcimento del danno, condizionato al rispetto del principio processuale dell'onere della prova del concreto danno subito, posto a carico del lavoratore, renderebbe praticamente impossibile, o comunque eccessivamente difficile per il lavoratore, l'esercizio del proprio diritto, con la conseguenza che egli rimarrebbe sfornito di tutela, pur avendo subito un danno dalla reiterazione illegittima di assunzioni a tempo determinato, e

---

profili del tutto peculiari. La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, si affretta a premettere che la vicenda oggetto del giudizio non ha alcuna attinenza con quella del precariato scolastico, lasciando in tal modo da parte il complesso nugolo di questioni che dovrà affrontare la Corte Costituzionale, dopo aver formulato la domanda di pronuncia pregiudiziale (con ordinanza del 3 luglio 2013, est. Mattarella), che, riunita alle altre, ha dato luogo proprio alla sentenza *Mascolo*.

<sup>10</sup> Direttive 2000/437CE; 2000/78/CE; 2006/54/CE

dall'assenza di una misura che gli consenta di conseguire la stabilizzazione nel posto di lavoro.

*Il danno comunitario: in re ipsa?*

La sentenza in commento prosegue, quindi, affermando l'esistenza del cd. "danno comunitario", che viene inquadrato nell'ambito dell'ordinamento nazionale<sup>11</sup> e deriva esclusivamente dalla violazione delle norme che stabiliscono i limiti del ricorso ai contratti di lavoro a termine da parte degli Enti pubblici, ciascuno secondo le specifiche norme che lo regolano. In sostanza, l'art. 36 comma 5 del Decreto Legislativo n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede che "il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative" deve essere interpretato, secondo la Corte di Cassazione ed in base al primato del diritto comunitario, nel senso che la nozione di danno da applicare deve essere quella di danno comunitario, senza necessità di allegazione e prova del concreto pregiudizio derivato al lavoratore, e con necessità di verificare che il risarcimento consista in una misura proporzionata, effettiva e dissuasiva. In altre parole, il danno deriva ex lege dalla violazione, da parte del datore di lavoro pubblico, delle norme che disciplinano il temporaneo (ed eccezionale) ricorso alle assunzioni a tempo determinato, ed è configurabile come una sorta di sanzione posta a carico del datore di lavoro per il suo comportamento illegittimo, dal momento che, in base al quadro normativo di riferimento, il danno del lavoratore deriva dalla semplice violazione delle norme disciplinanti gli specifici (ed eccezionali) casi in cui un'amministrazione pubblica può far ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato. In proposito, anche se non espressamente citate dalla Corte di Cassazione<sup>12</sup> nella sentenza in commento, devono richiamarsi una serie di passaggi motivazionali di alcune pronunce della CGUE, in cui il giudice europeo afferma che "come risulta dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro, così come dai punti 6 e 8 delle considerazioni generali di detto accordo quadro, infatti, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori, mentre soltanto in alcune circostanze i contratti a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro che dei lavoratori (sentenze *Adelener e a.*, punto 62, nonché *Fiamingo e a.*, punto 56)". Tale affermazione è

---

<sup>11</sup> Molte sono state le nozioni e tipologie di danno introdotte dalla giurisprudenza nazionale, e molti sono ormai i casi di risarcimento accordati in base ad una lettura costituzionalmente orientata delle norme in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, a partire dalla tutela aquiliana del credito, per passare al danno biologico ed al danno da perdita di chance

<sup>12</sup> La quale, nella sentenza in commento, opera continui riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia ed arricchisce la sentenza di numerose citazioni di sentenze ed ordinanze della CGUE.

contenuta, oltre che nelle sentenze *Adelener*, *Fiamingo* ed altre<sup>13</sup>, proprio nel punto 73 della sentenza *Mascolo*, C-22/13 e cause riunite; l'enunciato può essere considerato di fondamentale importanza, giacchè riconosce come nucleo fondativo della tutela dei lavoratori la stabilità dell'impiego, e quindi afferma il primato del rapporto di lavoro a tempo indeterminato sulle assunzioni a termine. Pertanto una delle ragioni per cui il giudice europeo ha insistito molto ed ha "sfondato il muro" dell'ordinamento nazionale, giungendo a verificare la non effettività del diritto al risarcimento del danno se collegato all'onere della prova del pregiudizio subito, è connessa al presupposto stesso dell'esistenza di un accordo quadro sul lavoro a tempo determinato: la normativa europea non avrebbe ragion d'essere se non si ricollegasse a principi fondamentali, quali quelli della dignità e della necessità di tutela della vita del lavoratore; a tal proposito, proprio il Consiglio dell'Unione Europea al considerando n. 3 di cui alla premessa alla direttiva 1999/70, ha testualmente affermato: "il punto 7 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori stabilisce, tra l'altro, che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori della Comunità europea". Ne consegue che ... è l'Europa che lo vuole: la stabilità dell'impiego è patrimonio essenziale del lavoratore europeo, ed a tale principio si può derogare solo in casi precisi e specifici, pena la sanzione a carico del datore di lavoro.

#### *Il meccanismo di inversione dell'onere della prova*

Nell'ultima parte della sentenza in commento, la Corte di Cassazione affronta la questione relativa al regime probatorio da applicare ai giudizi aventi ad oggetto il risarcimento del danno per abusiva reiterazione di contratti di lavoro a termine: il lavoratore ha facoltà di fare "ampio uso della prova presuntiva", fatto salvo il diritto del datore di lavoro pubblico di allegare e dimostrare che alcun danno è stato provocato alla sfera giuridico-patrimoniale del dipendente assunto con vari contratti a termine (e mai stabilizzato). La Corte di Cassazione richiama il meccanismo già previsto e sperimentato in tema di prova di discriminazioni, stabilito dall'art. 4 Legge n. 125 del 10 aprile 1991, intitolata *azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*. Ma certamente si possono richiamare altri esempi di inversione dell'onere della prova, primo tra tutti quello previsto dall'art. 5 della L. 604 del 1966, secondo cui l'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro; nonché quello, attenuato, di cui all'art. 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, di attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza

---

<sup>13</sup> Anche nelle sentenze *Kukuk* e *Marquez Samohano*.

e dall'origine etnica, secondo cui “il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, anche sulla base di dati statistici, elementi di fatto, in termini gravi, precisi e concordanti, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile”.

In sostanza, il meccanismo che secondo la Corte di Cassazione deve essere applicato implica, per il ricorrente, l'allegazione di fatti, sufficientemente gravi e precisi, idonei a fondare la presunzione dell'abusivo ricorso ai contratti a termine, spettando poi al datore di lavoro pubblico dimostrare che il ricorso ai contratti a termine è stato legittimo. La diretta conseguenza di tale pronuncia è che, anche nei giudizi in corso, si potrà fare innanzitutto ricorso al principio di non contestazione: laddove il ricorrente abbia dedotto l'esistenza di un'abusiva reiterazione di contratti a termine, se il datore di lavoro pubblico tace o non contesta specificamente l'affermazione contenuta in ricorso, l'esistenza dell'illegittimo comportamento datoriale rimarrà acclarata.

Tuttavia in quest'ultimo passaggio, probabilmente la Corte di Cassazione ha avuto una svista: a quel punto della motivazione, non era più necessario trattare l'argomento della prova dell'illegittimo comportamento datoriale (ossia dell'abusivo ricorso ai contratti a termine), quanto era invece indispensabile statuire circa il regime da applicare in tema di prova del danno, considerato che la prova del danno era proprio l'argomento principe, su cui ruotava tutto il grado di giudizio della cassazione. È utile a questo punto ricordare che la Corte di Appello di Torino aveva riaffermato il noto principio in tema di prova del danno, secondo cui chiunque deduca di aver subito un danno ha l'onere di allegare gli elementi di fatto da cui desumerne l'esistenza e la concreta incidenza sul patrimonio e sulla vita del danneggiato; e che il ricorso per cassazione, sia pur articolato in vari motivi di censura, verteva esclusivamente su tale aspetto, avendo la parte ricorrente dedotto – anche – l'inosservanza dei principi fissati dall'Ordinanza Papalia della CGUE.

Orbene, se si adotta un'interpretazione “teleologica” della sentenza in commento, ed avuto riguardo anche alla citazione dell'art. 4 della L. 125/1991 ad opera della Corte di Cassazione, si può ritenere che il giudice di legittimità abbia fatto riferimento al meccanismo della prova del danno per presunzioni, e non abbia invece, voluto statuire soltanto in ordine alla prova del comportamento illegittimo, ossia in merito alla prova del fatto produttivo del danno risarcibile<sup>14</sup>. Invero, dalla lettura della prima

---

<sup>14</sup> In proposito, si deve richiamare l'orientamento secondo cui oltre alla prova del comportamento *contra legem*, è necessaria anche la prova del danno, dal momento che anche il comportamento illegittimo potrebbe – in astratto – non aver provocato alcun danno. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 6572/2006, hanno affermato, anche in tema di demansionamento e dequalificazione, che dalla prova

parte della sentenza in commento, non sembra che la Corte di Appello di Torino avesse accertato l'inesistenza del comportamento illegittimo del datore di lavoro pubblico, il quale aveva fatto ricorso ad una successione di contratti a termine (ben 14) senza mai stabilizzare la ricorrente; la Corte territoriale, pur avendo riconosciuto l'illegittimità dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dal datore di lavoro pubblico<sup>15</sup> aveva invece negato il risarcimento sulla base della carenza di allegazione in ordine al danno patito. Del resto, proprio a pag. 7 della sentenza in commento, la Corte riassume il terzo motivo di ricorso, secondo cui “ si sostiene che la sentenza impugnata debba essere totalmente riformata nel punto relativo al risarcimento del danno patito, nel quale la Corte torinese, pur dando atto della illegittimità del comportamento della Regione Valle D'Aosta – consistito nella illegittima reiterazione di contratti a termine per un lunghissimo periodo di tempo - ha, tuttavia, annullato la condanna al risarcimento del danno emessa dal primo Giudice per mancato assolvimento dell'onere della relativa prova da parte della dipendente”. Quindi, in coerenza con i motivi di ricorso e con il thema decidendum, si può ritenere che la Corte di Cassazione abbia voluto riferire il principio enunciato alla prova del danno, e non solo alla prova del fatto produttivo del danno.

### *L'entità del risarcimento*

La parte più delicata – e meno agevole – della sentenza in commento è proprio quella relativa alla quantificazione del danno.

La Corte dapprima afferma che l'entità del risarcimento deve rispondere ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività, in modo da funzionare come deterrente al ricorso abusivo ai contratti di lavoro a termine da parte della pubblica amministrazione, configurando il danno come “danno – sanzione”; ma poi sembra perdere di vista il principio affermato, andando a quantificare, o meglio, ad indicare ai giudici di merito, come parametro per la liquidazione del danno, la misura del risarcimento in quella prevista dall'art. 8 della L. 604/1966 per il caso di licenziamento illegittimo nelle ipotesi non coperte dalla cd. tutela reale, in modo da quantificare il risarcimento in una somma compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Per dare indicazioni ancora più specifiche, la

---

dell'inadempimento contrattuale non deriva automaticamente il diritto al risarcimento del danno, dal momento che è necessaria una specifica allegazione del danno subito, anche se la prova può essere raggiunta con l'allegazione di fatti gravi precisi e concordanti, ossia per presunzioni. Tale orientamento è stato criticato, ma non si è mai giunti all'affermazione secondo cui una volta dimostrato l'inadempimento, o l'esistenza di una condotta illecita, si abbia per dimostrato anche il danno patito.

<sup>15</sup> A pag. 1 della sentenza in commento la Corte di Cassazione sintetizza il percorso motivazionale della Corte di Appello di Torino (App. Torino n. 2058/2013 del 3.4.2013)

Corte esclude che si possa trarre un parametro di quantificazione dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010, trattandosi di un sistema indennitario di carattere riduttivo (poiché omnicomprensivo) che risulta inadatto a costituire valido risarcimento del danno in questione; ed elimina anche ogni dubbio circa l'applicabilità dell'art. 18 L. 300/1970, dal momento che tale norma prevede un criterio applicabile ad ipotesi che non hanno alcuna attinenza con il lavoro pubblico.

Senonché, ad avviso di chi scrive, la Corte di Cassazione dimentica di enunciare le ragioni per cui si dovrebbe far ricorso al criterio dettato dall'art. 8 della L. 604/1966: si preoccupa di esporre le ragioni per cui non si dovrebbe prendere a parametro né l'art. 32 comma 5° della L. 183/2010, né l'art. 18 della L. 300/1970 ed in particolare l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro, ma non spiega perché andrebbe invece bene, come parametro di quantificazione, un'indennità compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità di retribuzione.

La Corte sembra, inoltre, dimenticare i criteri dettati dall'ordinanza Papalia ed enunciati proprio nella pagina precedente: i canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività. Anche a voler assumere come parametro il massimo indicato dall'art. 8 della l. 604/1966, non si può dire che sei mensilità di retribuzione costituiscano un risarcimento adeguato, proporzionato, e dissuasivo, proprio nell'ipotesi oggetto di quel giudizio, in cui la ricorrente aveva dovuto sottoscrivere ben 14 contratti di lavoro a termine nell'arco di sei anni, per poter lavorare. Il che dimostra, in modo esemplare, che quel parametro non è adatto, o meglio risulta riduttivo, non proporzionato, e non dissuasivo. A tale ultimo proposito, si osserva che l'art. 36 comma 2° ultima parte del D. Lgs 165/2001 prevede l'obbligo delle amministrazioni pubbliche di recuperare, nei confronti dei dirigenti resisi responsabili del ricorso ad una successione illegittima di contratti di lavoro a termine, le somme pagate al lavoratore a titolo di risarcimento del danno; tuttavia la funzione deterrente di tale meccanismo di recupero viene meno, o viene comunque depotenziata, da una quantificazione del risarcimento "al ribasso".

Inoltre, anche l'art. 8 della l. 604/1966 prevede un indennizzo, anche in tal caso omnicomprensivo, del pregiudizio subito dal lavoratore per il licenziamento illegittimo; detto indennizzo è alternativo alla riassunzione, e ciò significa che la perdita del posto di lavoro viene sostituita da un'indennità quantificata in modo forfettario. Si è molto discusso circa la differenza tra risarcimento del danno ed indennizzo<sup>16</sup>, ed anche con riferimento a tale aspetto la Corte sembra aver adottato

---

<sup>16</sup> Per una disamina delle differenze tra risarcimento del danno ed indennizzo, nel licenziamento ed in caso di conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cfr. L. Giasanti, "I limiti del risarcimento del danno tra licenziamento e nullità del termine" in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, Ediesse, 2014, n. 4, pagg. 595 e ss.

una soluzione *tranchant*, priva di un concreto substrato motivazionale. Non solo, ma il riferimento all'art. 8 L. 604/1966, norma che prevede un indennizzo nel caso di licenziamento nel settore del rapporto di lavoro privato, risulta anche contraddittorio, visto che l'indennizzo di cui all'art. 32 L. 183/2010 viene ritenuto dalla stessa Corte di Cassazione, non adeguato, e considerato che non sembra coerente escludere dapprima l'applicabilità di norme che disciplinano, rispettivamente, la nullità del termine apposto al contratto di lavoro ed il licenziamento (art. 18 L. 300/1970), nel settore dei contratti di lavoro tra privati, per poi prendere a parametro un'altra norma, anch'essa applicabile solo ai rapporti di lavoro privato.

Ma il motivo principale, per cui la soluzione adottata dalla Corte non convince, è che l'art. 8 della L. 604/1966 prevede e disciplina l'indennizzo per la perdita del posto di lavoro a causa del licenziamento, mentre nel caso di specie si è di fronte non ad una risoluzione di un rapporto di lavoro per volontà del datore di lavoro, bensì alla perdita di un'occasione di lavoro concreta, tanto più probabile e concreta quanti sono stati i contratti a termine stipulati tra il lavoratore ed il datore di lavoro pubblico, e tanto più estesa quanti sono stati gli anni di lavoro prestati alle dipendenze dell'amministrazione pubblica. Del resto, la stessa Corte di Cassazione ha presente che la situazione del lavoratore non assunto con contratto a tempo indeterminato è ben diversa da quella del lavoratore licenziato, tenuto conto che esclude l'applicazione dell'art. 18 l. 300/1970.

Ne consegue che deve essere ricercato un criterio di quantificazione del danno, diverso da quello indicato dalla Corte di Cassazione.

Orbene, se il danno è danno da perdita di occasione di lavoro, il riferimento più coerente potrebbe essere al danno da perdita di chance. Nel caso in esame l'occasione di lavoro è concreta, in quanto se l'amministrazione avesse bandito un concorso per l'assunzione della lavoratrice a tempo indeterminato, quest'ultima avrebbe avuto buone probabilità di superare la selezione concorsuale con esito positivo, tenuto conto che, per ben sei anni, la sua prestazione lavorativa è risultata adeguata alle esigenze dell'amministrazione datrice di lavoro. Pertanto la ricorrente, nel caso esaminato dalla Corte, molto verosimilmente aveva le caratteristiche per essere stabilizzata, qualora l'amministrazione avesse indetto una selezione per l'assunzione a tempo indeterminato; il comportamento illegittimo dell'amministrazione ha impedito la partecipazione della ricorrente ad una selezione, all'esito della quale avrebbe avuto concrete possibilità di essere assunta a tempo indeterminato, in considerazione delle caratteristiche professionali possedute dalla lavoratrice, che, con un giudizio a posteriori, sarebbero risultate certamente rispondenti al profilo professionale di cui il datore di lavoro pubblico aveva bisogno per affidare quelle

funzioni, dal momento che la lavoratrice le ha ricoperte per ben sei anni, ed è stata chiamata per 14 volte a svolgerle. Ne consegue che il risarcimento del danno, da perdita di chance di lavoro, andrebbe a ristorare la lavoratrice per il mancato conseguimento del beneficio della stabilità dell'impiego, quest'ultimo inteso come elemento portante della tutela dei lavoratori, secondo le indicazioni contenute nel preambolo all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Del resto, l'elaborazione giurisprudenziale in tema di danno da perdita di chance, inteso come perdita di una concreta ed attuale occasione di lavoro, è già abbastanza avanzata, a livello nazionale<sup>17</sup>. In particolare, il danno patrimoniale da perdita di chance consiste, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente<sup>18</sup>, nella concreta ed effettiva occasione persa di conseguire un determinato bene; non è un'aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di valutazione economica autonoma.

Né potrebbe sostenersi, ancora in base ai noti principi sull'onere della prova, che il lavoratore non assunto stabilmente sia soggetto all'onere di provare l'effettiva esistenza del danno da perdita di chance, in quanto le caratteristiche della fattispecie concreta, come valorizzate dalla stessa Corte di Cassazione nella sentenza in esame (numero dei contratti a termine, intervallo tra l'uno e l'altro contratto, durata dei singoli contratti ed arco di tempo in cui vi è stata la reiterazione dei contratti a termine), la violazione di specifiche disposizioni che limitano il ricorso ai contratti a termine nell'impiego pubblico contrattualizzato, nonché l'idoneità del lavoratore (oggettivamente dimostrata ex post dalla reiterazione dei contratti) a rispondere alle esigenze del datore di lavoro pubblico, fanno sì che il quadro probatorio della chance perduta sia completo, e non vi sia necessità di dimostrare nient'altro, così da soddisfare anche le indicazioni contenute nell'ordinanza Papalia.

Pertanto il danno da risarcire potrebbe essere quantificato in una percentuale della

---

<sup>17</sup> Cass. Sez. Lav. n. 5119/2010, secondo cui *in tema di procedure concorsuali di selezione del personale, il potere discrezionale del datore di lavoro incontra il limite della necessità che lo stesso fornisca, in conformità ai criteri precostituiti nel bando e, comunque, alla buona fede e correttezza, adeguata ed effettiva motivazione delle operazioni valutative e comparative connesse alla selezione effettuata e, in difetto di tali elementi, il danno che al lavoratore può derivare per perdita di "chance" va risarcito sulla base del tasso di probabilità che egli aveva di risultare vincitore, qualora la selezione tra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto e trasparente. Spetta al giudice il concreto apprezzamento di ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo che, per inerire alla necessità e correttezza della valutazione comparativa dei titoli del lavoratore escluso e di quelli utilmente selezionati, appaia a tale fine funzionale e coerente. (Nella specie, la Corte ha ritenuto inadeguato il criterio meramente statistico della proporzione tra il numero dei posti messi a concorso e il numero dei concorrenti che precedevano il ricorrente in graduatoria, adottato dalla corte territoriale per determinare il danno da perdita di "chance", in assenza di ogni riferimento alla valutazione comparativa dei titoli dei candidati).* In tal caso la Corte di Cassazione ha statuito su una vicenda diversa, ma che può considerarsi analoga; cfr. anche Cass. n. 1715/2009 e Cass. n. 3415/2012 ; Cass. 22376/2012 sulla nozione di perdita di chance.

<sup>18</sup> Cass. Sez. Lav. n. 18207/2014 (Rv 632367); cfr. anche Cass. n. 16877/2008 (Rv 603883)

retribuzione che il lavoratore avrebbe percepito se fosse stato assunto stabilmente, nel periodo successivo alla cessazione del contratto di lavoro a termine. La percentuale della retribuzione, fino ad un massimo del 40% o 50%, potrebbe essere stabilita tenendo presente il numero dei contratti a termine, l'intervallo intercorrente tra l'uno e l'altro contratto, la durata dei singoli contratti ed il tempo in cui, complessivamente, il lavoratore è stato alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Infine, si potrebbe limitare l'entità del risarcimento ad un periodo di tre anni di retribuzioni, facendo leva sull'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in applicazione dell'art. 1227 comma secondo cod. civ., "in tema di risarcimento del danno, cui è tenuto il datore di lavoro in conseguenza del licenziamento illegittimo e con riferimento alla limitazione dello stesso ex art. 1227, secondo comma c.c., il lavoratore licenziato senza giusta causa ha il dovere di collocare sul mercato la propria attività lavorativa per ridurre il pregiudizio subito<sup>19</sup>". Ciò significa, *mutatis mutandis*, che dopo aver appreso di non poter essere assunto con contratto a tempo indeterminato il lavoratore ha l'onere di ricollocarsi sul mercato, e di cercare una concreta, nuova, possibilità di lavoro, che potrebbe ragionevolmente trovare nell'arco di tempo stabilito dalla giurisprudenza, ossia nell'arco di tre anni. Con la conseguenza che l'entità del risarcimento del danno da perdita di occasione di lavoro stabile (alle dipendenze dell'amministrazione pubblica che ha assunto il lavoratore con una pluralità di contratti a termine) potrebbe essere limitata ad una percentuale della retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore nel corso dei rapporti a termine, moltiplicata per 36 mesi, ossia per tre anni. L'entità di tale risarcimento potrebbe essere adeguata, proporzionata, ed anche sufficientemente dissuasiva, così da costituire un efficace deterrente per le amministrazioni pubbliche, ed in particolare per quei funzionari che, in violazione di specifiche normative, facciano illegittimo ricorso alle assunzioni a tempo determinato.

Linda D'Ancona

---

<sup>19</sup> Cass. Sez Lav. n. 16076/2012.