Convegno

“Contratti flessibili e tutele possibili (il caso Sicilia)”

Palermo 20 giugno 2014

L’attuale disciplina del lavoro a termine nel pubblico impiego

di Sergio Galleano[[1]](#footnote-1)

\*

1. Il contratto a termine

Come è noto il contratto a termine è oggetto di acceso dibattito in questa stagione politica.

Causa di tutti i mali (l’eccessivo contenzioso e maggior produttore di precarietà) e, allo stesso tempo, presunto strumento di crescita del lavoro[[2]](#footnote-2), in un’ottica, forse sin troppo ottimistica, che prevede la “liberalizzazione” del mercato del lavoro quale supposta (e unica) condizione per il rilancio dell’economia.

Su questi punti, di rilevanza importante, si inseriscono i ripetuti interventi del legislatore, dal Decreto Legislativo 368/2001[[3]](#footnote-3), approvato in applicazione della Direttiva europea 1999/70, attraverso le sue numerose modifiche nel corso di questi 13 anni dalla sua approvazione, sino al noto “job acts” dell’attuale governo, che sembrerebbe, se non la panacea, quanto meno il primo passo per la modernizzazione del mercato del lavoro in Italia, al fine di portarlo ai “livelli europei”, invocati dall’attuale assetto governativo.

Vero? Falso?

Su questo punto, sul quale interverranno, nei limiti di questo convegno, i relatori che mi seguiranno, non aggiungo altro.

E ciò perché, accanto ai problemi che attanagliano la disciplina del contratto a termine, che riguardano soprattutto i lavoratori dipendenti da aziende private[[4]](#footnote-4), permane e va anzi aggravandosi quello che possiamo ormai definire il dramma del precariato pubblico, che vede nell’abuso del contratto a termine la regola, in palese violazione della normativa europea (e della stessa nazionale) sulla quale interverrà più diffusamente chi mi segue e che ha quale scopo proprio la prevenzione e la repressione di tale abuso.

2. Il contratto a termine nel pubblico impiego

Ma veniamo quindi al lavoro flessibile nel pubblico impiego.

L’accesso al lavoro nel settore pubblico è connaturato allo svolgimento di un pubblico concorso. Diversa è la situazione negli altri stati europei membri dell’Unione europea dove il concorso non è la regola inderogabile come nel nostro ordinamento[[5]](#footnote-5).

Questa particolarità italiana ha una sua spiegazione storica, a tutti nota, oltre a quella, ufficiale, del buon andamento della cosa pubblica[[6]](#footnote-6).

Nel lontano 1948, i nostri padri costituenti inserirono nella neonata Costituzione della repubblica italiana l’art. 97, secondo il quale *agli impieghi pubblici si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalle legge*.

La ragione di questa disposizione è riferibile al fatto che si voleva evitare che posti di lavoro legati a funzioni pubbliche fossero assegnate a soggetti al di fuori di procedure che garantiscono l’imparzialità, come il pubblico concorso. Questa regola travolge anche la possibilità di costituzione del rapporto (pubblico) in conseguenza di riconosciuta nullità del termine, poiché sarebbe stato sin troppo semplice, per il politico al potere, aggirare la norma sui concorsi facendo assumere il lavoratore con un contratto al quale viene apposto, *ad hoc*, un termine nullo che trasformerebbe il rapporto, con una semplice e veloce causa, in un posto sicuro a vita.

Se lo scopo iniziale della normativa era dunque anche nobile, resta che gli abusi in tema di apposizione del termine al contratto del lavoratore e soprattutto di suo reiterato utilizzo nel caso di assunzione presso una amministrazione pubblica, restavano – e restano, per certi versi - però senza sanzioni, salvo, come è detto nell’art. 36 del D.Lgs. 165/2001, il risarcimento del danno in favore dei lavoratori illegittimamente assunti (e che, come vedremo, il legislatore italiano vorrebbe fosse una sanzione del tutto teorica, come dimostrano le modifiche apportate con D.L. 101/2013). Senza contare che, alla fine, per un meccanismo perverso, il contratto a termine ha finito esso stesso a trasformarsi in strumento di ricatto, spesso politico, creando un esercito di precari da utilizzare a fini elettorali in ragione della incertezza del loro futuro lavorativo[[7]](#footnote-7).

Per non parlare poi dei contratti finalizzati ai “lavori socialmente utili” (LSU, ASU, ecc., sui quali vi sarà una specifica relazione di Paolo Coppola), che in realtà “nascondono”, neanche tanto, la natura ordinaria dei relativi rapporti di lavoro, spesso finalizzati in modo esplicito alla copertura di posti di lavoro vacanti e pertanto, per utilizzare le espressioni della Corte di Giustizia europea, a sopperire ad esigenze “stabili e permanenti”.

Inutile ricordare che tale situazione è particolarmente accentuata nella regione Sicilia che oggi ci ospita, dove l’utilizzo dei contratti a termine e di quelli per lavori socialmente utili negli enti locali sono, grazie anche ad una commistione tra legislazione nazionale e regionale, di cui tratterà la specifica relazione di Lorenzo Maria Dentici, venuti a costituire una massa tale da creare un tessuto sociale di precarietà e di malsana gestione della cosa pubblica di dimensioni cui vanno sicuramente posti dei limiti.

Senza contare – e non certo da ultimo - il contrasto con la normativa europea che sarà approfondito, sotto diversi profili, da Vincenzo De Michele, da Giuseppe Bronzini e da Marcello Pacifico.

Sicché questo convegno – e la proposta di legge della Presidenza della Regione Sicilia per l’avvio di un possibile processo di stabilizzazione del precariato siciliano - pare un’ottima occasione per affrontare questioni che oltre all’interesse di natura giuridica, riguardano anche rilevi di non poco interesse sotto il profilo socio - economico.

Il compito di chi scrive, comunque, è di introdurre l’argomento, intervenendo in generale sul contratto a termine nel settore pubblico e pertanto a questo ci si atterrà.

Il problema dl precariato pubblico non si è posto seriamente (o, almeno, nessuno se l’è posto) sino all’approvazione della Direttiva CE 1999/70. Sino ad allora il principio dell’accesso al pubblico impiego tramite concorso non era mai stato messo in discussione, restando la sorte dei contratti stipulati al di fuori del sistema concorso relegato all’applicazione dell’art. 2126 del codice civile che prevede il cd. rapporto di fatto, con conseguente diritto alla retribuzione ed alla contribuzione per i periodi lavorati.

Diverso, ovviamente, è il caso di quei rapporti che, ai sensi dell’art. 35 del D.Lgs. 165/2001, art. 1 lett. b) prevedono l’assunzione *mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità:* in altri termini, si parla degli invalidi e delle categorie più basse.Per costoro, non essendo previsto il concorso, poteva – e può, a mio avviso – fondatamente presumersi la convertibilità del rapporto in caso di nullità del termine[[8]](#footnote-8).

La Direttiva 1999/70, tra le varie disposizioni, reca la Clausola n. 3, dove è stabilito che *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* (cd. “ragioni obbiettive” che giustificano l’apposizione di un termine al rapporto di lavoro).

La Direttiva reca anche la Clausola n. 5 la quale impone che, *per prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione con le parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e delle 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 specifiche di lavoratori, una o più misure relative a:*

*a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo di suddetti contratti o rapporti;*

*b) della durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*

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

Orbene, nel nostro ordinamento, prima con la legge 230/1962 e, ora, con il D.Lgs. 368/2001 (approvato, appunto, per recepire nel nostro ordinamento la Direttiva CE), in applicazione delle due Clausole ricordate, la misura applicabile è quella che prevede la conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in ipotesi di apposizione del termine al contratto individuale senza ragioni oggettive, il ché evita, conseguentemente, anche abusi nell’ipotesi di reiterazione dei contratti a termine, poiché ogni singolo contratto, anche successivo, deve contenere il motivo dell’assunzione, cosi rendendo controllabile l’esistenza effettiva dell’esigenza temporanea dichiarata dal datore di lavoro, sia al momento del sua stipulazione che nell’eventuale successivo giudizio nel corso del quale si contesti la sua legittimità.

E ove non sussistano ragioni obiettive l’ordinamento prevede al riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato che, come afferma la Corte costituzionale, costituisce la maggiore tutela che l’ordinamento può garantire al lavoratore in caso di abuso dell’istituto[[9]](#footnote-9).

Ora, tale misura, in forza della Clausola 2 della Direttiva, che dispone la non applicabilità della stessa a settori tra i quali non è ricompreso il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (ma anche della clausola 4 che impone la parità di trattamento tra tutti i lavoratori) avrebbe dovuto applicarsi anche ai dipendenti del settore pubblico[[10]](#footnote-10).

Lo Stato italiano ha ovviamente tentato di valorizzare la particolarità di tale settore, sostenendo che la disposizione di cui all’art. 97 Costituzione rappresenterebbe un principio superiore, di ordine generale, finalizzato al buon andamento ed all’imparzialità della Pubblica amministrazione, sicché la direttiva non avrebbe avuto poteri di intervenire in merito ai principi strutturali del nostro Stato, per di più cristallizzati nella carta fondamentale che stabilisce le regole prime dei rapporti sociali.

La conseguenza è stata che (sin da Corte costituzionale 89/2003[[11]](#footnote-11)) che essendo l’accesso al pubblico impiego possibile solo a seguito di concorso, non era applicabile la riqualificazione del rapporto.

Tale tesi, per la verità, trova smentita nelle sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione europea di Lussemburgo, che hanno ripetutamente affermato come *tutte le autorità degli Stati membri sono soggette all’obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni del diritto comunitario, anche quando tali autorità modificano la loro Costituzione (v. sentenze Francovich e a., C-6/90 e C-9/90., punto 32; 13 gennaio 2004, causa C‑453/00, Kühne&Heitz, Racc. pag. I‑837, punto 20, nonché causa C-397/01 Pfeiffer e a., punto 111[[12]](#footnote-12))*. Di conseguenza è venuto a mancare l’argomento principe a cui si era sempre appellato lo Stato Italiano[[13]](#footnote-13).

A questo punto si è posto il problema del precariato pubblico e dei conflitti con la Direttiva. Il Tribunale di Genova – Giudice Basilico - è stato il primo che ha sollevato la questione di compatibilità della normativa italiana in tema di lavoratori a termine con quella comunitaria. La Corte di Bruxelles si è pronunciata con la sentenza 7.9.2006 in causa C-53/04 (Morrosu e Sardino c/ Azienda ospedaliera S. Martino di Genova), con la quale ha affermato che, in linea di principio, l’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 non sarebbe in contrasto con la Direttiva, poiché, in luogo della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, prevede espressamente il diritto al risarcimento del danno in favore del lavoratore, misura questa che spettava al Giudice nazionale valutare se costituisse misura idonea ad evitare abusi nella reiterazione dei contratti a termine da parte delle Pubbliche amministrazioni.

La sentenza della Corte di Giustizia ha creato un momento di sbandamento nello Stato italiano, terrorizzato dal dover affrontare migliaia di cause di risarcimento per danni conseguenti a contratti a termine illegittimi. La reazione ha avuto, paradossalmente, effetti benefici, dando l’avvio ai processi di stabilizzazione che hanno caratterizzato gli anni 2007 e 2008[[14]](#footnote-14) e che hanno consentito di attenuare l’insorgere del contenzioso.

I processi di stabilizzazione, però, avviati dal governo Prodi dell’epoca, sono stati bloccati dal successivo Governo Berlusconi.

Sicché si è tornati alla situazione in cui l’unico rimedio sembrava essere il risarcimento del danno.

3. Sul risarcimento del danno di cui all’art. 36 D.Lgs. 165/2001 – insufficienza della sanzione.

A seguito della sentenza della Corte europea del 2006 il Tribunale di Genova si pronunciava in data 14.12.2006, individuando nella misura di 20 mensilità di retribuzione, mutuata da quella del risarcimento a seguito di licenziamento illegittimo prevista dall’art. 18 legge 300/70 (Statuto dei Lavoratori) il risarcimento dovuto al lavoratore ed idoneo a costituire misura preventiva disincentivante la violazione della Direttiva, mentre il Tribunale di Rossano, in una prima sentenza del 4.6.2007, individuava invece la misura del danno in 17 mensilità, calcolando il tempo mediamente necessario al reperimento di altra occupazione da parte del lavoratore.

Questa giurisprudenza, se da un lato trovava conferma (la sentenza del Tribunale di Genova è stata confermata dalla locale Corte di appello), dall’altro veniva contrastata da altre pronunce, confermate dalla nota sentenza 392/2010, relativa ad un lavoratore ASL (poi seguita dalla nota 10127/2010 nel settore scolastico) della Corte di Cassazione che, oltre a negare la riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato, affermava che il danno ex art. 36 D.Lgs. 165/2001 comportava l’obbligo del lavoratore di dimostrare l’esistenza in concreto del danno per lo svolgimento del rapporto a termine.

Dunque l’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 prevede che il danno risarcibile è quello derivante dalla prestazione di lavoro illegittima e non nella perdita del posto di lavoro. In altri termini, si legge in diverse decisioni di merito, il danno verrebbe riconosciuto *per aver lavorato e non già per non aver (più) lavorato*. E, come è agevole comprendere, non è immaginabile alcun danno (negato infatti al lavoratore dalla Cassazione) che derivi dall’avere operato a termine in favore di una pubblica amministrazione, al di fuori del diritto a percepire la retribuzione per i periodi lavorati.

Come si vede, quindi, il cerchio si chiude: la norma di cui all’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 è una norma in favore del solo Stato italiano. Impedisce la trasformazione del rapporto a termine in un rapporto a tempo indeterminato e prevede, in ipotesi di irregolare costituzione del rapporto a termine, un danno inesistente e, dunque, neppure un risarcimento a favore del lavoratore[[15]](#footnote-15).

Insomma, abusi senza sanzioni: se non un’istigazione a delinquere almeno un invito a trasgredire ed abusare con la garanzia dell’assoluta impunità, come spesso succede, quando il datore di lavoro è lo Stato stesso.

Ciò, almeno, ad avviso di chi scrive, sino al dicembre 2007, come ora andiamo ad esaminare.

4. L’art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001

Infatti, lo si è visto, la Direttiva CE, con la sua Clausola n. 5, impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure indicate al n. 1 per prevenire (e dunque dissuadere, anche i datori di lavoro pubblici) ad abusare dei contratti a termine.

Questo evidente contrasto ha comportato che il Tribunale di Rossano Calabro, che inizialmente si era pronunciato per il risarcimento del danno, nella nota ordinanza 14.12.2009, preso atto della confusione giurisprudenziale che si era venuta a creare, ha inevitabilmente dovuto investire della questione la Corte europea.

In tale ordinanza, viene accuratamente esaminata la disciplina del lavoro a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con particolar riferimento alla situazione dei lavori socialmente utili (LSU) e degli operatori della scuola (senza dimenticare le società pubbliche come Poste italiane), evidenziandone l’assoluta incompatibilità con la disciplina comunitaria da un lato e, dall’altro, l’assenza di strumenti del Giudice per sanzionare gli abusi che sono stati e vengono commessi proprio dallo Stato che dovrebbe garantire i cittadini e obbligare, sé stesso per primo, al rispetto della legalità.

Nell’ordinanza si pone anche il problema della applicabilità o meno dell’art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001, che era stato introdotto nel 2007, sempre a seguito delle sentenza Morrosu e Sardino della Corte europea e per completare il recepimento della Direttiva 1999/70 per quanto attiene le misure sanzionatorie di cui alla clausola 5.

Tale norma, dispone:

***Art. 5.****Scadenza del termine e sanzioni - Successione dei contratti*

*(…)*

*4-bis.  Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, 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; ai fini del suddetto computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato, pari a trentasei mesi, si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi dell'articolo*[*20*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000157897ART21',key:'61LX0000157897ART21',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*del*[*decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000157897',key:'61LX0000157897',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.**[(23)](javascript:LinkReplacer.scroll('23'))**[(30)](javascript:LinkReplacer.scroll('30'))*

*(…)*

*[(23)](javascript:LinkReplacer.scroll('23up')) Comma inserito dall'*[*art. 1, comma 40, lett. b), L. 24 dicembre 2007, n. 247*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000594094ART1',key:'61LX0000594094ART1',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, a decorrere dal 1° gennaio 2008; per l'applicazione di tale disposizione, vedi il*[*comma 43 del medesimo art. 1, L. 247/2007*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000594094ART1',key:'61LX0000594094ART1',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*. Successivamente, il presente comma è stato così modificato dall'*[*art. 21, comma 2, D.L. 25 giugno 2008, n. 112*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000607222ART57',key:'61LX0000607222ART57',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, convertito, con modificazioni, dalla*[*L. 6 agosto 2008, n. 133*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000609570ART0',key:'61LX0000609570ART0',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, dall'*[*art. 1, comma 9, lett. i), L. 28 giugno 2012, n. 92*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000771180ART13',key:'61LX0000771180ART13',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*e dall'*[*art. 1, comma 1, lett. b-quater), D.L. 20 marzo 2014, n. 34*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000797296ART16',key:'61LX0000797296ART16',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, convertito, con modificazioni, dalla*[*L. 16 maggio 2014, n. 78*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000799476ART0',key:'61LX0000799476ART0',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*; per l'applicazione di tale ultima disposizione vedi l'*[*art. 2-bis del medesimo D.L. n. 34/2014*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000797296ART41',key:'61LX0000797296ART41',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*.*

*(…)*

*[(30)](javascript:LinkReplacer.scroll('30up')) In deroga a quanto disposto dal presente comma vedi l’*[*art. 4, comma 4-bis, D.L. 21 maggio 2013, n. 54*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000784851ART16',key:'61LX0000784851ART16',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*, convertito, con modificazioni, dalla*[*L. 18 luglio 2013, n. 85*](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000787570ART0',key:'61LX0000787570ART0',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa',kind:''%7d))*.*

Il problema dunque era se tale norma potesse trovare applicazione anche nel pubblico impiego.

5. L’Ordinanza Affatato della Corte europea.

A seguito della ordinanza di rimessione, il procedimento aperto in Corte di giustizia a seguito dell’ordinanza del Tribunale di Rossano calabro (C-3/10) ha visto una decisione veloce.

Infatti l’Avvocatura dello Stato italiano nella memoria depositata nel procedimento, al punto 67, affermava:

*67. Infatti, da un lato, i commi 4-bis, 4-quater 4-quinquies e 4-sexies aggiunti all’art. 5 del decreto legislativo n. 368 del 2001 dalla legge n. 247 del 2007 hanno fissato ulteriori paletti per evitare la reiterazione di contratti a termine, stabilendo una durata massima al di là della quale il contratto si considera a tempo indeterminato e introducendo un diritto di precedenza di chi abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi nelle assunzioni a tempo indeterminato, dall’altro, l’art. 36, comma 5 del decreto legislativo n.165 del 2001, come modificato dal decreto-legge n. 112 del 2008 convertito dalla legge n. 133 del 2008 ha previsto, oltre al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e alla responsabilità per dolo e colpa grave dei dirigenti nei confronti dei quali l’amministrazione deve recuperare le somme erogate a tale titolo, anche due ulteriori conseguenze a carico dei predetti dirigenti, consistenti nell’impossibilità di rinnovo dell’incarico dirigenziale e nella considerazione della predetta violazione nell’ambito della valutazione dell’operato del dirigente medesimo. Inoltre, il comma 3 del predetto art. 36 come modificato dall’art. 17, comma 26 del decreto-legge n. 78 del 2009 convertito dalla legge n. 102 del 2009 prevede che “al dirigente responsabile di irregolarità nell’utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato”.*

L’affermazione qui, al di la della forse voluta ambiguità che contraddistingue il complesso della memoria ed il comportamento dello Stato italiano in materia, era chiarissima.

L’evoluzione della normativa italiana, rivendicata, appunto, dall’Avvocatura, ha inserito diverse misure, tra loro del tutto conciliabili.

Da un lato, la nullità del termine comporta il diritto al risarcimento del danno e la responsabilità del dirigente (nel pubblico impiego, a differenza che nel privato, dove tale evenienza comporta, invece, la conversione).

Dall’altro, opera in ogni caso la norma di cui all’art. 5 comma 4 bis: ovvero quella della durata massima. Questa norma si applica a tutti i rapporti, privati e pubblici e prevede la conversione al superamento del 36° mese di rapporto.

In altri termini la legittimità dell’esclusione della conversione, nel sistema ricostruito avanti ai Giudici di Lussemburgo dall’Avvocatura italiana, è limitata alla nullità del termine e non alla durata complessiva dei rapporti (nel qual caso, infatti, si prescinde dalla legittimità o meno del termine stesso).

Del resto questa ricostruzione è esattamente quella fatta dalla Corte europea al punto 48 della Ordinanza Affatato, con espresso riferimento, appunto, alle affermazioni contenute nella memoria dell’Avvocatura:

*48 A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l’art. 5 del d. lgs. N. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l’art. 36, quinto comma, del d. lgs. N. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subìto a causa della violazione di norme imperative e all’obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all’amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l’impossibilità del rinnovo dell’incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.*

Come si vede, la Corte europea fa espresso richiamo alla modifica di cui all’art. 5 comma 4 bis con voluto riferimento al “ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico”.

Insomma, come si vede, non siamo certo noi ad avere letto male la ricostruzione fatta dallo Stato italiano o, comunque, non siamo certo i soli e, in ogni caso, siamo in buona compagnia.

Infatti, è significativo che il 16 aprile 2010 sia stata presentata alla Commissione Ue l’interrogazione scritta n. E-2354/10 della parlamentare europea Rita Borsellino, che segnalava che - all’epoca - in Italia esistevano più di 70.000 ausiliari tecnici amministravi (personale ATA) che si occupano a diverso titolo del funzionamento della scuola pubblica e che operavano da diversi anni con contratti a tempo determinato, reiterati negli anni, dando vita a una forma di precariato di lunga durata, senza che venissero riconosciuti a questa fascia di lavoratori gli stessi diritti derivanti dall'assunzione a tempo indeterminato.

Non è un caso che qualche giorno dopo il deposito delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa Affatato e attingendo evidentemente dalla stessa fonte, la Commissione europea, nel rispondere il 10 maggio 2010 all’interrogazione scritta, ne ha recepito le indicazioni, confermando l’applicazione dell’art. 5, comma 4-*bis*, D.lgs. n.368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine “successivi” di durata superiore a trentasei mesi con lo stesso datore di lavoro anche pubblico, con particolare riferimento alla scuola e al personale ATA.

6. Ulteriori conferme dell’applicabilità dell’art. 5 comma 4 bis.

Del resto, l’applicabilità al pubblico impiego della l’art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001 si ricava da altri elementi.

Si riporta di seguito il testo dell’art. 5 comma 4 bis D.Lgs. 368/2001, come modificato dal D.L. 25 giugno 2008 n. 112.

**4-bis.  Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, 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; ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi del** [**comma 1-bis dell’articolo 1 del presente decreto**](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000147802ART2',key:'61LX0000147802ART2',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa'%7d)) **e del comma 4 dell’**[**articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276**](javascript:kernel.go('bd',%7bmask:'main',opera:'61',id:'61LX0000157897ART21',key:'61LX0000157897ART21',%20callerTicket:%20'',%20userKey:%20'',_menu:'normativa'%7d))**, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l’assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.**

Il comma 4 ter della stessa legge prevede innanzi tutto espressamente un’ipotesi di esenzione dell’applicazione del comma 4 bis che non riguarda la P.A. (*attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963 n. 1525 …., nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle Organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative)*: il legislatore quindi, quando ha ritenuto di escludere l’applicazione della misura della conversione automatica per il decorso della durata massima lo ha fatto esplicitamente.

Occorre poi considerare che il legislatore, contestualmente alla modifica dell’art. 5, con l’introduzione del comma 4 bis, ha contemporaneamente modificato l’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 con la legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, disponendo il divieto assoluto di procedere alla stipula ed al rinnovo di contratti a termine.

Il testo, come modificato dalla ricordata norma di legge (art. 3 comma 79) era il seguente:

*1. Le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali. Il provvedimento di assunzione deve contenere l’indicazione del nominativo della persona da sostituire.*

*2. In nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l’utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.*

*3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l’assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.*

*4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 non possono essere derogate dalla contrattazione collettiva.….*

*6. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l’obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. Le amministrazioni pubbliche che operano in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione.*

*7. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano agli uffici di cui all’articolo 14, comma 2, del presente decreto, nonché agli uffici di cui all’*[*articolo 90 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267*](http://www.bosettiegatti.com/info/norme/statali/2000_0267.htm#090)*. Sono altresì esclusi i contratti relativi agli incarichi dirigenziali ed alla preposizione ad organi di direzione, consultivi e di controllo delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi gli organismi operanti per le finalità di cui all’articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144.*

*8. … ….*

*9. Gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che comunque abbiano una dotazione organica non superiore alle quindici unità possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.*

*10. Gli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, al personale infermieristico ed al personale di porto alle attività infermieristiche, possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio limitatamente ai casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza, compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa di personale dall’articolo 1, comma 565, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.*

*11. Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell’Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. Gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell’articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L’utilizzazione dei lavoratori, con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento.*

Come si vede, la modifica operata dal legislatore del 2007 all’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 non può che essere interpretata in connessione con l’introduzione dell’art. 5 comma 4 bis.

La versione dell’art. 36 dell’epoca era infatti collegata all’introduzione del limite dei 36 mesi (e della conseguente conversione); diversamente non avrebbe avuto senso che venisse improvvisamente vietata la stipulazione di contratti a termine, salvo che per esigenze eccezionali, e venisse altresì introdotto il divieto della loro proroga e, in particolare, della reiterazione dell’assunzione, sotto qualsiasi forma flessibile, dello stesso lavoratore.

Il collegamento tra le due norme è poi ancor più chiaro dove si consideri che con il D.L. 112 del 2008, il comma 3 dell’art. 36 è stato sostituito con il seguente:

*3. Al fine di evitare abusi nell’utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni, nell’ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza e non possono ricorrere all’utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell’arco dell’ultimo quinquennio.*

Infine, con la (ulteriore) modifica operata sull’art. 36 da parte dell’art. 17 L. 109/2009, è stato inserito il comma 5 bis allo stesso art. 36 che recita:

*5-bis. Le disposizioni previste dall’articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all’articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto.*

Dunque, nel coordinamento tra l’art. 5 del D.Lgs. 368/2001 e l’art. 36 del D.Lgs. 165/2001, il legislatore ha escluso unicamente la operatività di alcune delle disposizioni dell’art. 5 D.Lgs. 368/01, tra le quali non figura il comma 4 bis che risulta quindi pienamente applicabile al pubblico impiego.

L’applicabilità è poi confermata dai successivi interventi legislativi.

L’art. 1 del D.Lgs. 124/1999, come modificato dal D.L. 134/09, convertito con modificazioni dalla legge di conversione 167/2009, dispone che:

*I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall’articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni.*

Pare evidente che le regole per la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato nel settore scuola vengono dettate dal legislatore del 2009 al solo scopo di evitare l’applicazione dell’art. 5 comma 4 bis.

Se così non fosse la norma si presenterebbe del tutto inutile, ove si volesse ritenere che il divieto di conversione, anche in caso si superamento dei 36 mesi, fosse comunque già stato vietato dall’art. 36 del D.Lgs. 165/2001.

Ma se ancora risultasse qualche dubbio sul punto, è sufficiente leggere l’art. 2, comma 6, del D.L. 225/2010, relativo alla disciplina degli addetti agli uffici immigrazione, che dispone:

*Per garantire l’operatività degli sportelli unici per l’immigrazione nei compiti di accoglienza e integrazione e degli uffici immigrazione delle Questure nel completamento delle procedure di emersione del lavoro irregolare, il Ministero dell’interno, in deroga alla normativa vigente, è autorizzato a rinnovare per un anno i contratti di lavoro di cui all’articolo 1, comma 1, dell’ordinanza del Presidente del Consiglio 29 marzo 2007, n. 3576. Ai fini di cui al presente comma non si applica quanto stabilito dall’articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall’articolo 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e dall’articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. Agli oneri derivanti dal presente comma, pari a 19,1 milioni di euro per l’anno 2011, si provvede ai sensi dell’articolo 3.*

Ed infine (ma certamente ci sarà sfuggita qualche altra norma) l’ennesimo, intervento nel settore scuola, costituito dall’art. 9, comma 18, del D.L. n. 70 del 13.7.2011:

*18. All’art. 10 del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: “4 bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all’art. 40, comma 1 della legge 27 dicembre 1997 n. 449, e successive modificazioni, all’art. 4, comma 14 bis, della legge 3 maggio 1999 n. 124 e all’art. 6, comma 5, del Decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, sono altresì esclusi dall’applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l’art. 5 comma 4 bis del presente decreto.*

Ora, chiunque comprende come la necessità di precisare, dopo avere disposto l’inapplicabilità *tout court* di tutto il D.Lgs. 368/2001 al settore scuola che “in ogni caso” non si applica l’art. 5 comma 4 bis, non fa altro che confermare che una cosa è l’ipotesi generale di divieto di conversione conseguente all’illegittimità del termine apposto al contratto, altra è quella prevista dall’art. 5 comma 4 bis.

Tale ultima norma, infatti, come già si è rilevato, prescinde dalla validità o meno del – o dei – contratti a termine e, dunque, è ipotesi che opera su un piano diverso dal divieto di conversione dell’art. 36 del D.Lgs. 165/2001 che, invece, lega il divieto alla *violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori da parte della pubblica amministrazione*.

Nel solco di tali inequivocabili provvedimenti si inseriscono ulteriori comportamenti dello Stato italiano e della sua amministrazione che pare opportuno sottolineare.

Rilevanti sono, innanzi tutto, la fattispecie delle Agenzie dei segretari comunali[[16]](#footnote-16): in quel settore infatti, su specifica indicazione della Funzione pubblica, in data 21.12.2009 le parti sociali raggiungevano un accordo ai sensi, appunto, dell’art. 5 comma 4 bis del Decreto legislativo 368/2001, autorizzando la proroga dei contratti in corso con gli assunti a termine in deroga, a loro dire, della previsione della trasformazione automatica del contratto a tempo indeterminato, proroga dei contratti in effetti poi concordata individualmente.

A loro dire, si specificava, perché in realtà, l’”accordo” è di dubbia validità al fine indicato, ma la questione non è qui rilevante.

Interessa, invece, che la ricognizione del quadro legislativo fatta dalla Amministrazione statale, come risultante dalla citata nota 21.12.2009, e dalle parti sociali è chiarissima: l’art. 5 comma 4 bis si applica *de plano* ai rapporti di lavoro pubblici, con la conseguenza che, per evitare la conversione automatica del rapporto occorre una specifica deroga da parte della contrattazione collettiva.

A ciò si aggiunge il Comune di Milano, il quale ha stipulato nel febbraio 2012 un accordo sindacale (peraltro siglato da una sola delle tre OO.SS. maggiormente rappresentative, unitamente ad un piccolo sindacato autonomo) in applicazione di un’intesa quadro raggiunta nel dicembre 2011. Accordo con il quale, in applicazione della prima parte dell’art. 5 comma 4 bis del decreto legislativo 368/2001, si dispone che i 36 mesi previsti dalla norma per la trasformazione automatica del rapporto a tempo indeterminato vanno conteggiati con riferimento ai contratti a termine conclusi a seguito di apposito concorso, mentre non si conteggiano, al fine del raggiungimento dei 36 mesi i contratti stipulati in forza di una graduatoria redatta sulla base di un successivo concorso/selezione.

Pare evidente lo scopo dell’accordo: all’approssimarsi del raggiungimento dei 36 mesi è sufficiente che il comune di Milano disponga l’effettuazione di un altro concorso e le successive assunzioni non sono sommabili a quelle precedenti. E così via all’infinito sterilizzando, di fatto, la norma in questione e rendendo priva di effettività la misura preventiva imposta agli Stati membri dalla clausola 5 della direttiva. Tanto senza riferimento alcuno alla specificità del settore che, ai sensi della clausola 2, punto 2 della Direttiva legittimerebbe, in ipotesi, la sua non applicazione

A tale atto segue poi addirittura un accordo sindacale raggiunto dall’ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni italiane) che è l’organo istituzionale che sigla i contratti collettivi di comparto nel settore del pubblico impiego.

Tale ente, infatti, ha espressamente raggiunto un accordo, in data 29.09.2010, con le Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in applicazione dell’art. 5 comma 4 bis, finalizzato a non conteggiare l’ulteriore proroga del proprio personale ai fini del raggiungimento del periodo di 36 mesi previsto dalla norma.

Pare qui sufficientemente chiaro come non si possa prescindere da tali atti e comportamenti delle amministrazioni dello Stato italiano, centrali e locali, che si muovono inequivocabilmente nel senso dell’applicazione dell’art. 5 comma 4 bis, con la conseguente, necessaria conseguenza della conversione, in omaggio al disposto dell’art. 97 Costituzione il quale prevede l’obbligo del concorso salvi i casi previsti dalla legge (appunto, l’art. 5 comma 4 bis)[[17]](#footnote-17).

7. La più recente giurisprudenza in tema di contratti a termine nel pubblico impiego.

Ciò premesso e venendo alla più recente giurisprudenza in tema di contratti a termine, occorre ora qui ricordare la sentenza Carratù, resa il 12.12.13 dalla Corte europea in causa C-361/12, su una diversa questione, ovvero la verifica della compatibilità dell’art. 32 del Collegato lavoro (legge 183/2010).

In quel caso, i quesiti posti alla Corte europea dal Tribunale di Napoli erano i seguenti:

*1) Se sia contrario al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nella applicazione della direttiva 1999/70/Ce preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto ipotesi di illegittima sospensione nella esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla;*

*2) Se sia conforme all’Ordinamento europeo che, nell’ambito di sua applicazione, la effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l’efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all’aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;*

*3) Se, nell’ambito di applicazione dell’Ordinamento europeo ai sensi dell’art 51 della Carta di Nizza, sia conforme all’art 47 della Carta ed all’art 6 Cedu che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l’efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all’aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;*

*4) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all’art 3, comma 1, lett. c, della direttiva 2000/78/Ce ed all’art. 14, comma 1, lett. c, della Direttiva 2006/54/Ce nella nozione di condizioni di impiego di cui alla Clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce siano comprese anche le conseguenze della illegittima interruzione del rapporto di lavoro;*

*5) In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell’Ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4;*

*6) se i princìpi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell’effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall’art. 6, n. 2, del Trattato sull’Unione europea (così come modificato dall’art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l’art. 46 del Trattato sull’Unione) – in combinato disposto con l’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare all’emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell’art 32 della legge n. 183/10 alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l’efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all’aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;*

*7) ove la Corte di Giustizia non dovesse riconoscere ai principi esposti la valenza di principi fondamentali dell’Ordinamento dell’Unione europea ai fini di una loro applicazione orizzontale e generalizzata e quindi la sola una contrarietà di una disposizione, quale l’art 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/10 agli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce e della Carta di Nizza se una società, quale la convenuta, avente le caratteristiche di cui ai punti da 55 a 61 debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed in particolare della clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce e della Carta di Nizza.*

La soluzione adottata dalla Corte europea è interessante anche ai nostri fini.

Si legge infatti nella citata decisione:

*46 Ciò nondimeno va precisato che la clausola 8, punto 1, dell’accordo quadro dispone che «[g]li Stati membri e/o le parti sociali possono mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo».*

*47 Più specificamente, se la formulazione della clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro non consente di ritenere che l’indennità che sanziona l’illecita apposizione di un termine ad un contratto di lavoro e quella corrispondente all’interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato si riferiscano a lavoratori che si trovano in situazioni comparabili, dal combinato disposto delle summenzionate clausole 4, punto 1, e 8, punto 1, risulta che queste legittimano gli Stati membri che lo desiderino a introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato e, pertanto, ad assimilare, in un’ipotesi come quella in discussione nel procedimento principale, le conseguenze economiche della illecita conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato a quelle che possono derivare dalla illecita interruzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato.*

Proprio in considerazione di tale ragionamento la Corte europea ritiene, al punto 49 che considerata la soluzione fornita alla quarta e alla quinta questione, non è necessario pronunciarsi sulle questioni prima, seconda, terza e sesta, che, appunto, riguardavano la applicazione retroattiva della norma e sulle quali, dunque, la Corte europea avrebbe dovuto pronunciarsi se non avesse già risolto la questione nei termini qui indicati.

Infatti, leggendo la motivazione della CGUE, pare evidente che, poiché il legislatore aveva provveduto, in linea del resto con i principi generali del diritto civile, a regolamentare in modo sostanzialmente identico le conseguenze in caso licenziamento e di cessazione di contratto a termine illegittimo, la relativa disciplina viene automaticamente “coperta” dalla clausola 4 e la nuova normativa di cui all’art. 32 del Collegato lavoro non può, quindi, essere applicata dal giudice nazionale in quanto costituisce un peggioramento del livello di tutela precedentemente garantito dall’ordinamento e, come tale, contrario ai principi della Direttiva.

Ora, come risulta dalla comunicazione effettuata dalla Corte europea ai difensori delle parti lavoratrici, la Corte, nei procedimenti C-22/13 e altri (Mascolo) e C-418/13 (Napolitano), la cui discussione si è tenuta il 27 marzo 2014, ha espressamente richiesto che le parti discutessero, oltre a questioni relative allo specifico settore della scuola, che qui magari interessa, la settima questione pregiudiziale sollevata nelle causa C-61/13 e C-62/13.

Questi, per completezza di esposizione, erano i quesiti posti dal Tribunale di Napoli:

*1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE 2.*

*2. Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello “Stato”, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE 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.*

*3. Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all’articolo 3, comma l, lett. c), della direttiva 2000/78/CE4 ed all’articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE , nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell’illegittima interruzione del rapporto di lavoro. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell’ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4.*

*4. Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell’Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente satisfattiva degli obblighi derivanti dall’appartenenza all’Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente all’interpretazione offerta dallo Stato.*

*5. Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall’art. 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l’indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.*

*6. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti dalla direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all’art. 8, n. 1, della direttiva 91/533/CEE ed alle finalità di cui alla direttiva 91/533/CEE ed in particolare al secondo considerando.*

*7. Se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell’effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall’art. 6, n. 2, del Trattato sull’Unione europea (così come modificato dall’art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l’art. 46 del Trattato sull’Unione) – in combinato disposto con l’art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell’ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE, all’emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l’art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all’art 10 del D.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – stato ed eliminando la possibilità conferita dall’Ordinamento interno di sanzionare l’abusiva reiterazione di contratti a termine.*

Ora, come si vede, il quesito qui sottolineato – analogo al sesto proposto nella causa Carratù e che la Corte non ha analizzato per i motivi che abbiamo visto – potrebbe portare ad una soluzione analoga a quella decisa nella causa Carratù.

Ed infatti la norma di cui all’art. 5 comma 4 bis, approvata del 2007, incideva certamente nell’ipotesi di reiterazione abusiva di contratti a termine e certamente era applicabile anche al pubblico impiego o, comunque, è oggetto di discussione avanti alla Corte europea che, sul punto, ha espressamente chiesto chiarimenti alle parti in sede di discussione.

E la Corte potrebbe dunque pronunciarsi, ad esempio, negli stessi termini di cui alla Carratù, ritenendo che, nel settore della scuola, la norma di cui all’art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha aggiunto il comma 4-bis all’art 10 del D.lgs. n. 368/01 disponendo espressamente la non applicabilità dell’art. 5 comma 4 bis, sia contraria all’ordinamento europeo, operando un illegittimo abbassamento delle tutele a suo tempo approntate in favore dei lavoratori pubblici italiani.

Con la conseguenza che potrebbe ritenersi essere scattata la tutela di cui alla clausola 4 e 8.1 nel loro combinato disposto.

Il che avrebbe effetti di non poco conto sull’applicabilità della relativa disciplina anche agli altri settori della pubblica amministrazione.

Diversamente, ove la Corte passasse all’esame del settimo quesito, come richiesto ai difensori costituiti, ben potrebbe pronunciarsi nel senso dell’illegittimità della norma retroattiva[[18]](#footnote-18), così di fatto accertando che l’art. 5 comma 4 bis si applica ai dipendenti pubblici italiani.

Come si vede, quindi, la questione è tutt’altro che definita.

Occorre comunque sin d’ora sottolineare che la clausola 5 prevede in linea generale la conversione *(.. a quale condizione … i contratti a tempo determinato devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato*) quale rimedio naturale alla illegittima reiterazione di contratti privi di ragioni oggettive.

Solo l’eventuale presenza di diverse misure – che debbono comunque risultare equivalenti e di medesima efficacia – può giustificare la mancata previsione della conversione del rapporto.

La valutazione che il giudice nazionale è, quindi, tenuto ad effettuare presuppone dunque la individuazione di una diversa misura che costituisca effettivamente una dissuasione all’abuso dei contratti a termine, circostanza questa che non solo si è verificata ma che ha addirittura caratterizzato nel corso dell’ultimo ventennio l’elemento caratterizzante dell’utilizzo delle risorse umane nel pubblico impiego.

E come si è visto non solo nella scuola.

8. Il risarcimento del danno

La giurisprudenza di legittimità prevalente ha ormai definitivamente mutato indirizzo sul risarcimento del danno normalmente richiesto ai giudici in via strettamente subordinata.

E l’intervento del giudice nazionale della nomofilachia non potrà certamente essere ignorato dai giudici di merito.

Sulla questione, oltre a Cass.19731/2013, è intervenuta anche Cass. 29651/2013 (Pres. Roselli, est. Venuti) che ha così statuito:

1. *Anche questo motivo è infondato.*

*Premesso che la censura non investe la quantificazione dei danni operata dalla sentenza impugnata ma contesta unicamente la sussistenza del diritto al risarcimento del danno, deve osservarsi che l’art. 2126 cod. civ. ha la funzione di assicurare la retribuzione al lavoratore anche in caso di conclusione di un contratto invalido. Gli effetti peraltro, sono limitati alla prestazione già eseguita e non anche al periodo successivo alla dichiarazione di nullità o alla pronuncia di annullamento.*

*Nell’ipotesi, viceversa, di assunzioni a termine nel pubblico impiego privatizzato, il D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 36, comma 8, applicabile ratione temporis alla fattispecie in esame, successivamente riprodotto negli stessi termini dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, nel disporre che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, riconosce al lavoratore interessato il diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.*

*In forza di tale disposizione la sentenza impugnata ha attribuito alla lavoratrice il risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità di retribuzione, ritenendo che tale misura fosse adeguata a compensare la ricorrente dell’ingiustizia patita e non mancando peraltro di richiamare la sentenza della Corte di Giustizia Europa del 7 settembre 2006, secondo cui la direttiva n. 70 del 1999 non osta ad una normativa nazionale che escluda la conversione in contratto a tempo indeterminato nel settore del pubblico impiego, purchè tale normativa contenga un’altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante in tale settore.*

*In sostanza la Corte di merito ha correttamente applicato il principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente, ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia.*

Su questo punto, del resto, il giudice di legittimità italiano non ha fatto altro che anticipare la Corte europea che con l’ordinanza Papalia (del 14.01.14 in causa C-50/13) ha deciso su una controversia in cui il dirigente della banda municipale di Aosta, dopo 30 anni di precariato, chiedeva la conversione od il risarcimento del danno.

Poiché il Tribunale di Aosta in cause analoghe aveva liquidato 20 mensilità e si era visto riformare la sentenza dalla corte di appello di Torino, la quale ha affermato che il danno doveva essere provato , ha rimesso la causa alla Corte europea formulando il seguente quesito:

*Dica l’Ecce.ma Corte se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonchè 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 rinunziare ad altre, migliori occasioni di lavoro.*

La Corte, con l’ordinanza citata ha così risposto:

*L’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev’essere interpretato nel senso che esso 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.*

*Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi.*

Come si vede la risposta della Corte europea è *tranchant*: il risarcimento deve avere natura sanzionatoria ed è, comunque, slegato dalla prova di un danno specifico.

9. Sulla misura del risarcimento.

Va premesso che il risarcimento del danno, come del resto si è capito da quanto sinora detto, ha nell’ottica della direttiva, natura sanzionatoria.

Oltre alla già citata - e prudente - Cassazione, già la giurisprudenza di merito si è pronunciata in tal senso: si veda, tra l’altro, proprio in Sicilia, la nota pronuncia del Tribunale di Trapani nella sentenza 15.02.13 che ha, provocatoriamente, liquidato oltre 100.000,00 euro ad una precaria della scuola, forfettariamente calcolati sulla base della ricostruzione della futura carriera lavorativa illegittimamente interrotta dalla Amministrazione scolastica.

Ma soprattutto si ricordi la giurisprudenza europea e, in particolare, la sentenza Sheefer del 13.04.2011 del Tribunale della Funzione pubblica dell’Unione (in causa F-105/09) che tratta della conversione nei confronti del personale della Commissione europea a seguito di contratto a termine illegittimo.

Si noti che nella sentenza Sheefer, poiché non è possibile pronunciarsi sulla conversione per un vizio del procedimento, il Tribunale della funzione pubblica condanna il datore (pubblico) al pagamento, in favore della lavoratrice di tutte le retribuzioni maturate e maturande sino all’effettivo ripristino del rapporto.

*Incidenter tantum*, come si vede siamo ad un concetto di risarcimento del danno del tutto inimmaginabile se si pretende di applicare i criteri strettamente civilistici, incompatibili con l’effettività della sanzione.

Si rileva comunque come la sanzione debba essere effettiva ed efficace e, dunque, è del tutto inaccettabile un risarcimento che compensi il lavoratore dall’ingiustizia subita (come afferma la Cassazione 26951/2013 sopra citata) limitato a poche mensilità di retribuzione.

Insomma, il risarcimento non può, a nostro avviso, essere liquidato in misura minore delle 20 mensilità, anche in applicazione della clausola 4 della Direttiva[[19]](#footnote-19).

10. Conclusioni

Cercando ora di tirare le fila di quanto sinora detto, possono essere fatte due osservazioni finali:

a) in primo luogo deve precisarsi che, rispetto alla possibilità di riqualificazione dei rapporti nel pubblico impiego, occorrerà attendere l’esito del procedimento attualmente pendente avanti alla Corte europea a seguito della rimessione del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale (procedimenti Mascolo e altri, C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e Napolitano, C-418/123) dove ai primi di luglio l’Avvocato generale presso la Corte depositerà la sue conclusioni. La sentenza è quindi attesa per l’autunno. Il 3 luglio, comunque, verrà depositata la sentenza nella causa relativa al lavoro marittimo (sollevata dalla Corte di Cassazione con l’ordinanza 10560-13 e discussa il 7 maggio u.s.) che potrebbe dare ulteriori utili indicazioni;

b) in ogni caso, poiché il risarcimento del danno è ormai cosa pacifica, dopo l’Ordinanza Papalia e, ragionevolmente, a seguito della pronuncia che verrà in autunno, va detto che poco muta. Se infatti lo Stato italiano fosse costretto a liquidare un risarcimento congruo (magari nella misura che già abbiamo prudentemente indicato sopra) a tutti i precari pubblici italiani, non vi è dubbio che i costi sarebbero talmente elevati (si parla di oltre 500.000 precari, tra scuola ed enti locali), che la riqualificazione dei rapporti sarebbe una scelta obbligata. Il tutto ovviamente presuppone che gli interessati facciano valere in concreto i propri diritti.

Sergio Galleano.

1. Avvocato del foro di Milano [↑](#footnote-ref-1)
2. Il Ministro Poletti dichiara all’AGI il 18.05.14: *Il****Jobs Act****e' il primo passo per la ripresa - ha detto partecipando al convegno 'Tuttolavoro' del Sole 24 Ore - ci aspettiamo di aver dato un segnale al Paese. I numeri ci dicono che questa legge e' l'esatto opposto della precarizzazione, ci da' contratti a termine piu' lunghi e la possibilita' di stabilizzarli al termine.* Si legge poi sul sito del Ministero del lavoro, area lavoro, rapporti di lavoro: *Negli ultimi anni, il riesame dei rapporti di lavoro ha determinato importanti cambiamenti delle tipologie dei contratti. Il cambiamento è iniziato nel 2003 quando è stata approvata una legge delega che ha riformato il Mercato del Lavoro. Si tratta del*[*Decreto legislativo 276/03*](http://www.lavoro.gov.it/Strumenti/normativa/Documents/2003/20030910_DLGS_276.pdf)*che ha regolamentato la maggioranza delle tipologie contrattuali partendo dalla tesi che la flessibilità fosse il mezzo migliore per aumentare l'occupazione*: e il D.Lgs. 368/2001, che fine ha fatto? [↑](#footnote-ref-2)
3. Ma non pochi erano stati gli interventi anche nel periodo di vigenza del precedente regime di cui alla legge 230/1962: è qui sufficiente ricordare l’art. 23 della legge 56/1987, che aveva consentito la stipulazione di contratti a termine nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi e che aveva portato ad una certa liberalizzazione delle tipologie contrattuali, spesso avallate dai sindacati anche in ipotesi discutibili. [↑](#footnote-ref-3)
4. La normativa del DL 34/2014 non si applica infatti al lavoro pubblico, sia per l’espressa previsione dell’art. 36 D.Lgs. 165/2001 che prevede che i contratti flessibili possono essere stipulati solo “per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale” sia perché ogni atto della pubblica amministrazione deve essere motivato, ex art. 97 Costituzione. [↑](#footnote-ref-4)
5. Si veda, in generale: V. De Michele, Il dialogo tra Corte di Giustizia dell’Unione europea e Giudici nazionali sulla flessibilità del lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, [www.europeanrights.it](http://www.europeanrights.it). Note e commenti, 10.05.2011, ma si veda anche la Corte europea, citata infra, nota 13. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sul punto si veda l’ampia rassegna in *Il principio di buon andamento dell’amministrazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di L. Iannuccilli, A. De Tura - (gennaio-2009), sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), documentazione, studi e ricerche, dove si riportano in apposito capitolo, le principali sentenze della Corte sull’accesso al pubblico impiego. [↑](#footnote-ref-6)
7. Aggravato dal fatto che i concorsi pubblici non si sono fatti per decenni; e anche questo è un aspetto che andrebbe approfondito sotto il profilo delle responsabilità politiche. [↑](#footnote-ref-7)
8. Si veda del resto, sul punto, la nota sentenza della Corte di Cassazione n. 9555 del 22.4.2010, Pres. Vidiri, est. Stile, relativa ai portieri dell’Inail. [↑](#footnote-ref-8)
9. Si veda Corte costituzionale sentenza 303/2011, punto 3.3.1. [↑](#footnote-ref-9)
10. Sul punto - e in senso favorevole - la pregevole trattazione dell’avv. Generale Niilo Jääskinen nelle conclusioni presentate il 15 settembre 2011 in causa 313/10 Land Nordrhein-Westfalen contro Sylvia Jansen avanti alla Corte di giustizia, causa poi abbandonata dalla pubblica amministrazione tedesca in causa in adesione alle conclusioni dell’avvocato generale. [↑](#footnote-ref-10)
11. Peraltro eroneamente resa, lo si dice *incidenter tantum*, in un’ipotesi (personale Ata) in cui non è previsto il concorso, ai sensi dell’art. 35 del D.Lgs. 165/2001, come si è detto sopra. [↑](#footnote-ref-11)
12. In tal senso la sentenza Angelidaki del 22.4.2009 in causa C-387/07, punto 204. [↑](#footnote-ref-12)
13. Soprattutto si veda la sentenza 26 ottobre 2006 della Corte europea nel procedimento C-371/04, Commissione c/ Repubblica Italiana, dove a quest’ultima veniva addebitato il mancato riconoscimento dell’anzianità ed dell’esperienza professionale pregressa di un lavoratore che aveva lavorato nella scuola alle dipendenze dello Stato francese motivando con la mancanza del superamento di un concorso. La Corte di Lussemburgo ha ritenuto che: *18. Dall’insieme di tale giurisprudenza si evince che il rifiuto di riconosce l’esperienza professionale e l’anzianità acquisite nell’esercizio di un’attività analoga presso un’amministrazione pubblica di uno stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, con la motivazione che i detti cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato, non può essere ammesso dato che, come ha osservato l’avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del settore pubblico in questo solo modo. La discriminazione può essere vietata solo tenendo conto dei periodi di attività analoga svolta nel settore pubblico di un altro Stato membro da una persona assunta conformemente alle condizioni locali*. [↑](#footnote-ref-13)
14. Vedi le leggi finanziarie 286/206 per l’anno 2007 e 244/2007 per l’anno 2008: il punto è ampiamente ed efficacemente trattato da De Michele, Il diritto all’assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario, in Lavoro e giurisprudenza, Ipsoa, 4/2009, 373 e segg. [↑](#footnote-ref-14)
15. Come già cennato, la situazione, peraltro è peggiorata dal 2013, con un ulteriore intervento del legislatore sul D.Lgs. 165/2001: Il nuovo testo dell’art.36 D.lgs. n.165/2001, come integrato dal DL 101/2013, in vigore dal 1° settembre 2013, è stato integrato con i seguenti ulteriori commi: *«5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l’obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato. 5-quater. 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.»*. Con la conseguenza che, di fatto, l’unica sanzione è costituita dalla responsabilità del dirigente, che però pare arduo intravedere se non c’è un risarcimento a favore del lavoratore. Tal modifica, comunque, pare superata dalla recente ordinanza Papalia della Corte europea di cui si farà cenno più oltre. [↑](#footnote-ref-15)
16. Ente recentemente accorpato al Ministero degli Interni in sede di conversione del Decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010. [↑](#footnote-ref-16)
17. Come è noto la giurisprudenza costituzionale afferma che tali casi debbono consistere in eventi particolari ed eccezionali debitamente motivati dal legislatore: a noi pare che quanto già cennato, circa l’esigenza di adeguare l’ordinamento nazionale a quello europeo, con l’incombenza anche di vari procedimenti da parte dalla Commissione europea, costituisca un caso, appunto, particolare ed eccezionale. [↑](#footnote-ref-17)
18. Si veda, in punto norme retroattive nell’ordinamento italiano la recente sentenza Montalto della CEDU del 14.01.14. [↑](#footnote-ref-18)
19. Non ci si dimentica che la sentenza Carratù, in realtà, consente, in linea teorica, che le conseguenze della cessazione di un contratto tempo determinato e quelle di un contratto a termine, possano essere differenti, ma va qui considerato la diversa situazione, che rileva nella presente causa in cui il risarcimento non viene richiesto per la nullità del termine apposto ai contratti, ma per la mancata costituzione del rapporto a seguito della non applicazione della misura sanzionatoria nel pubblico impiego decorsi i 36 mesi previsti dall’art. 5 comma 4 bis: in tal caso, infatti le aspettative del dipendente che vede cessare il proprio rapporto – o, comunque, non se lo vede convertire – si avvicinano del tutto a quelle del lavoratore licenziato. [↑](#footnote-ref-19)