



TRIBUNALE DI NAPOLI

SEZIONE LAVORO

Il Giudice di Napoli in funzione di Giudice del lavoro dott. Paolo Coppola, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Il giudice, nel proc. n. 35837/11 R.G.A.C. pendente

tra

Russo Fortuna, nata a Napoli il 26.4.968, rapp.ta e difesa dall'avv. Paola Esposito ed elett.te dom.ta presso lo studio della stessa in Napoli, p.zza Edoardo De Filippo n.8

RICORRENTE

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco p.t., rapp.to e difeso dall'avv. Raffaele Squeglia della avvocatura municipale ed elett.te dom.to presso la casa comunale in p.zza Municipio, pal. San Giacomo

RESISTENTE

a definitivo scioglimento della riserva posta in data 7.11.12

OSSERVA

La presente controversia è connessa a quelle proposte da questo giudice con ordinanza del 02/01/2013, Mascolo Raffaella c. Ministero

dell'Istruzione, Università e Ricerca, e con ordinanza del 15/01/2013, Racca Immacolata c. Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, in corso di iscrizione presso la Corte di giustizia dell'Unione europea, essendo i quesiti in parte coincidenti, anche se la normativa nazionale interessata è parzialmente diversa.

Nella presente controversia la ricorrente Russo Fortuna ha convenuto in giudizio il Comune di Napoli, esponendo:

- di essere stata assunta dal convenuto con plurimi contratti a tempo determinato, ai sensi dell'art. 7 del C.C.N.L. 14.9.00, come educatrice negli asili nido e scuole materne;
- che in particolare era stata assunta dal 6.10.06 al 22.12.06, dall'8.1.07 al 30.6.07, dal 21.9.07 al 30.6.08, dal 18.9.08 al 30.6.09, dal 14.9.09 al 30.6.10, dal 15.9.10 al 30.6.11 (totale 45 mesi ed una quindicina di giorni, oltre pause estive, nelle quali ordinariamente i lavoratori del settore godono di ferie perché gli asili sono chiusi, in un periodo di 5 anni);
- che il convenuto aveva formato delle graduatorie per il conferimento delle supplenze annuali una prima volta per il triennio 2000/2003 e poi per il triennio 2005/2008, in attesa di un piano di riorganizzazione del personale in vista della stabilizzazione delle insegnanti precarie in misura di 480 unità;
- che al termine della procedura di stabilizzazione erano state

- stabilizzate solo 257 maestre o educatrici;
- che pertanto si erano formate due graduatorie, di prima e di seconda fascia, al fine del conferimento degli incarichi annuali, con obbligo di attribuzione prima agli insegnati in prima fascia e, dopo l'esaurimento della stessa, in seconda fascia (delibera di Giunta comunale n. 887 del 4.06.10 e determine dirigenziali nn. 237 e 238 del 9.7.10);
 - che l'istante era in prima fascia avendo positivamente frequentato il prescritto corso formativo ed avendo la anzianità richiesta per la iscrizione (180 giorni di lavoro al 30.4.10 presso l'Ente ed in servizio a tale data);
 - Che quindi aveva diritto alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01, viste anche le difese dello Stato italiano nella causa C-3/10 (Affatato);
 - Che aveva altresì diritto al pagamento della indennità risarcitoria di cui all'art. 32, commi 5 e 6, della L. n. 183/10;
 - Che i contratti stipulati violavano altresì l'art. 1 del D.lgs. n. 368/01, non recando alcuna indicazione delle ragioni tecniche, organizzative o produttive, giustificatrici della apposizione del termine ai contratti, e la loro successione serviva a sopperire a esigenze permanenti ed istituzionali;

- Che la apposizione del termine era illegittima anche ex art. 7 del C.C.N.L. EE.LL. del 14.9.00, posto che l'art. 30 del CCNL consentiva la stipula di contratti a termine solo per il conferimento di supplenze;
- Che, ove non si fosse ritenuto costituito il rapporti di lavoro, aveva diritto al risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. n. 165/01, da parametrarsi alla indennità di cui all'art. 32 della L. n. 183/10.

Tanto premesso chiedeva che il giudice volesse accertare l'esistenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con il convenuto dal 2.6.10 ed al pagamento di una indennità nella misura massima prevista dall'art 32, comma 5, della L. n. 183/10; in subordine condannarsi il convenuto al risarcimento del danno da commisurarsi in via parametrica alla suddetta indennità.

Il Comune di Napoli si costituiva in giudizio contestando la fondatezza della domanda, perché la disciplina contrattuale consentiva la sostituzione di personale assente anche per vacanza di organico. Rilevava inoltre che l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 impediva la conversione di contratti a termine, come ribadito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 303/12; esponeva altresì che gli artt. 30 e 31 del C.C.N.L. 14.9.00 consideravano la peculiarità del servizio fornito in ragione della parificazione con le scuole dell'infanzia statali

(art. 1 della L. n. 62/00). Rilevava che recentemente il Tribunale di Napoli aveva ritenuto applicabile la disciplina contrattuale in luogo di quella legale, evocava la applicazione anche alla fattispecie della disciplina dettata per la scuola statale (art. 10, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 165/01 come introdotto dal D.L. n. 70/11 convertito con modificazioni dalla legge n. 106/11), vista l'eadem ratio. Quanto al risarcimento del danno rilevava che non vi era alcun danno derivante dalla stipula di contratti a termine e la assenza della deduzione e prova di alcun pregiudizio e la inapplicabilità dell'art 32 della L. n. 183/10 vista la inconciliabilità con l'art. 36 del D.Lgs. 165/01. Tanto premesso concludeva per il rigetto di ogni domanda.

VALUTAZIONI DEL GIUDICE SUGLI ATTI DI CAUSA

LA NORMATIVA GENERALE INTERNA

1. Per ragioni di chiarezza ricostruttiva si esporrà prima la normativa generale sul contratto a termine, applicabile alla fattispecie, con particolare riferimento alla durata massima dei contratti. Seguiranno quindi i quesiti interpretativi attinenti essenzialmente al concetto di "Stato" ai sensi del diritto dell'Unione europea, alla eventuale applicazione della clausola 4 alla differente disciplina della interruzione illegittima del rapporto di lavoro a tempo determinato ed a tempo indeterminato. In ultimo si chiederà di conoscere il valore delle deduzioni dello

Stato in una causa relativa ad una questione interpretativa pregiudiziale (segnatamente causa Affatato) ed in particolare se lo Stato possa effettuare qualsivoglia difesa, ovvero debba attenersi, nell'effettuare le proprie deduzioni in tale sede, al principio di leale cooperazione.

- 2.** L'istante si duole della illegittima reiterazione di contratti con la P.A. convenuta e si verte, quindi, nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce, cui è stata data attuazione in ambito nazionale con il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, che ha abrogato le disposizioni precedenti, regolamentando *ex novo* la materia e disciplinando, oltre che le condizioni per l'apposizione del termine al contratto di lavoro, le sanzioni per la violazione della normativa (poi rimodulate con l'art 32, commi 5, 6 e 78 della L. n. 183/10).
- 3.** Preliminarmente deve rilevarsi che non sussiste disposizione normativa che consenta alla contrattazione collettiva di derogare al D.Lgs. n. 368/01 quanto alla sua applicabilità, ovvero che consenta la previsione di nuove ipotesi di apposizione di termine ai contratti di lavoro (sul punto, più ampiamente, punti 9 e 10 della presente ordinanza); segnatamente risulta violato l'art. 1¹ in

¹ Art. 1 nel testo vigente all'epoca dei fatti: *01. Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.*

ragione della circostanza che i contratti non recano la indicazione delle causali giustificatrici, con violazione del comma 2 per cui <<l'apposizione del termine è priva di effetto>>; appare doversi ritenere che le disposizioni di cui alla contrattazione collettiva sono prive di effetto nella misura in cui determinano una non autorizzata deroga alla legislazione;

4. L'istante avrebbe allora diritto al risarcimento del danno ex art. 36, comma 5, del D.lgs. 165/01 (il testo della disposizione al punto 14 della presente ordinanza). Sul punto deve rilevarsi che le disposizioni normative interne non consentono il riconoscimento di danno alcuno, posto che la disposizione richiede il *risarcimento del danno sia derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*. La prestazione di attività lavorativa che, in forza del divieto di costituzione del rapporto di lavoro di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 non può

1. *E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro.*

2. *L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1, fatto salvo quanto previsto dal comma 1-bis relativamente alla non operatività del requisito della sussistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo.*

3. *Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione.*

4. *La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a 12 giorni.*

divenire a tempo indeterminato, posto che l'istante deve conoscere le norme di legge e non può che essere consapevole della illegittimità del termine apposto al suo contratto di lavoro e la impossibilità di costituzione di un contratto a tempo indeterminato, determina sempre la irrisarcibilità del danno.

- 5.** Infatti le sentenze della Corte di cassazione che si sono occupate del risarcimento del danno (nn. 14350/10, 11161/08, 392/12, , hanno affermato la sua astratta risarcibilità, salvo nel concreto richiedere allegazione e prova dei danni. Invero però non vi può essere danno economico dalla circostanza che, in ragione di un contratto con clausola appositiva del termine nulla, l'istante ha lavorato e percepito una retribuzione, in ragione di un contratto che non doveva essere stipulato, sapeva della nullità del contratto (*ignoranza iuris non excusat*) e non può patire un danno esistenziale, morale o biologico in ragione della circostanza che ha avuto una possibilità lavorativa che mai avrebbe altrimenti avuto.
 - 6.** Alcune pronunce della giurisprudenza di merito, al fine di riempire di contenuto la disposizione in esame, condannano al pagamento, erroneamente quale danno, della differenza di retribuzione cui il lavoratore a termine avrebbe avuto diritto ove
-

fosse stato titolare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, confondendo il piano della uguaglianza/discriminazione (Clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce) con il piano della sanzione (Clausola 5).

- 7.** Ne deriva che ancora, ad oggi, la giurisprudenza non è in grado di costruire una disciplina del risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 che abbia caratteri di certezza ed una seppur minima parvenza dei requisiti richiesti dalla Corte di giustizia dalle sentenze Marrosu Sardino (procedimento C-53/04) e Vassallo (procedimento C-180/04) in poi. Non può che darsi quindi atto che in pratica è impossibile o quantomeno eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ed in particolare dalla clausola 5 (si veda C.g.u.e. Sentenze rese nei procedimenti C-378/07, Kiriaki Angelidaki e a., punto 159; C-212/04, Adeneler e a., punto 95; C-53/04, Marrosu e Sardino, punto 52; C-180/04, Vassallo, punto 37; ordinanza nel procedimento C-364/07, Vassilakis e a., punto 126).
- 8.** Ai fini della risoluzione della presente controversia, nonché della verifica della esistenza di una misura sanzionatoria atta a rendere effettiva la sussistenza di una sanzione in ipotesi di violazione della Clausola della direttiva 1999/70/Ce, è centrale la

questione relativa alle conseguenze dell'avvenuto superamento del tempo limite previsto **dall'art 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01**², in relazione anche al quale si dirà più ampiamente nel prosieguo. Vi è solo da segnalare che detta disposizione consente la deroga al tempo massimo di 36 mesi solo una volta ed alle condizioni ivi previste e non risulta in atti una deroga conforme alla disposizione normativa (si veda il seguente inciso del comma 4-bis: *<<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*

² Art. 5, comma 4-bis nel testo vigente dopo le modifiche di cui al Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112 come convertito:

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. 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,

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>>).

9. La contrattazione collettiva non ha mai derogato all'art. 5, comma 4-bis del D.Lgs. n. 368/01, posto che la disciplina collettiva del contratto a termine è addirittura antecedente la data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 368 del **6 settembre 2001** (il C.C.N.L. è datato **14 settembre 2000**) ed, a maggior ragione, è di oltre sette anni antecedente alla introduzione del comma 4-bis, avvenuta il 24.12.07.

10. Invero l'art. 7 del C.C.N.L. richiamato appare essere di difficile applicabilità alla fattispecie, perché intesa siglata ex art 23, comma 1, della legge n. 56/87 e tesa ad ampliare le ipotesi di assunzione a termine rispetto a quanto previsto dalla legge n. 230/62. L'art. 11 del D.Lgs. n. 368/01 ne ha caducato gli effetti³,

nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato

³Art.11 del D.Lgs. n. 368/01 (*Abrogazioni e disciplina transitoria*):

considerato che la contrattazione collettiva è quadriennale.

11. Ancora deve darsi atto che la materia *de qua* non è regolamentata dalla disciplina del c.d. settore scuola (art. 70, comma 8, del D.Lgs. n. 165/01, L. 124/99 ed altre), che si riferisce solo alla scuola statale, come peraltro pacifico tra le parti. Il convenuto chiede la applicazione dell'art. 70, comma 8, del D.Lgs. n. 165/01, invocandone una *eadem ratio*: ne deriva che sono chiaramente erronee tutte le pronunce di merito che fanno riferimento diretto alla disciplina del settore scuola statale per le scuole materne degli enti locali.
12. Con l'art. 1, comma 39, della **legge 24.12.2007, n. 247**, il legislatore ha modificato nuovamente la disciplina del D.lgs. n. 368/2001, prevedendo l'inserimento, all'art. 5, del comma 4-*bis*, secondo il quale *“ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni*

1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo.

2. In relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui al comma 1, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 23 della citata legge n. 56 del 1987 e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, manterranno, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

3. I contratti individuali definiti in attuazione della normativa previgente, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza.....

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" ed è questa la disposizione principale che da origine ai quesiti di cui alla presente ordinanza.

- 13.** Nel pubblico impiego privatizzato, l'**art. 36 del testo unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165**, nel consentire che le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, si avvalessero delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale, stabilisce il divieto assoluto di conversione del rapporto a tempo indeterminato ed il diritto del lavoratore al mero risarcimento del danno, ferma restando la responsabilità dirigenziale. La norma, modificata più volte, oggi stabilisce che le PP.AA. per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, seguendo le procedure di reclutamento previste dall'art. 35, e che solo per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego previste dal

codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti, demandando ai contratti collettivi la disciplina di tali forme flessibili di impiego, in applicazione della disciplina legislativa dettata in materia, tra cui, per quanto riguarda in particolare il contratto a termine, il d.lgs. n. 368/2001 (comma 2). L'art. 35 d.lgs. 165/2001 individua, oltre le ipotesi di collocamento obbligatorio (secondo comma), i due canali delle "procedure selettive", conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno (comma 1, lettera a) e dell'"avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento", ai sensi dell'art. 16 della legge 56/1987⁴.

⁴ Art. 35 - *RECLUTAMENTO DEL PERSONALE*:

1. *L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro:*

a) *tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno;*

b) *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.*

2. *Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere. Per il coniuge superstite e per i figli del personale delle Forze armate, delle Forze dell'ordine, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e del personale della Polizia municipale deceduto nell'espletamento del servizio, nonché delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata di cui alla legge 13 agosto 1980, n. 466, e successive modificazioni ed integrazioni, tali assunzioni avvengono per chiamata diretta nominativa.*

14. Il comma 5 dell'art. 36, nel testo modificato dall'art. 49 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, stabilisce che *“in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi*

3. Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano

dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

- 15.** Al lavoro a termine nella pubblica amministrazione si applica (salve esclusioni espresse di singole norme, insussistenti nel caso di specie) il d.lgs. 368 del 2001, e ciò sia per il carattere generale della disciplina (che non distingue tra lavoro privato e pubblico e si applica, in conformità anche alla giurisprudenza della C.g.u.e. relativa alla direttiva 1999/70/Ce, ad entrambi i tipi di rapporto di lavoro), sia perché varie norme di legge disciplinano il lavoro a termine presuppongono tale applicabilità (tra le altre, e da ultimo, la **legge c.d. Fornero, del 28 giugno 2012, n. 92**, recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita, prevede espressamente all'art. 1, commi 7 ed 8, tale applicabilità⁵).
- 16.** L'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 reca oggi il comma 5-bis, aggiunto dall'art. 17, D.L. 01.07.2009, n. 78, come modificato dalla legge di conversione 3.8.2009, n. 102, che statuisce: *<<le disposizioni*

rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali.

⁵ Art 1, commi 7 ed 8, L. 92/12:

7. Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo.

8. Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante

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)>>.

- 17.** Ne deriverebbe quindi, che la norma dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. 368 del 2001, ossia la norma che prevede la conversione del rapporto a termine in lavoro a tempo indeterminato a seguito del superamento dei 36 mesi di lavoro, si applichi a tutti i casi di assunzione del personale, comunque reclutato, considerato peraltro che le disposizioni sono state modificate contestualmente (con leggi 247 e 248 del 2007, di pari data).
- 18.** Da fine 2007 quindi nell'Ordinamento interno sono previste, quali misure ostative in via generale dal D.L.gs. n. 368/01, la causalità del primo contratto e delle conseguenti proroghe (art. 1) e la distanza tra contratti.
- 19.** In particolare la distanza massima tra i due contratti è prevista dal comma 3 dell'art 5 che, nel testo vigente fino al luglio 2012, prevedeva: *Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai*

iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina

sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato.

Detta misura non era chiaramente soddisfattiva degli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/Ce, prevedendo un termine di gran lunga inferiore ad un termine congruo, come definito dalla C.G.C.E. nelle sentenze Adeneler (causa C- 212/04, punti 82/88) e Kiriaki Angelidaki (cause riunite da C-378/07 a C- 380/07, punto 157), nonché con l'ordinanza Vassilakis (causa C-364/07, punti da 107 a 115). Peraltro anche con la recente modifica del 2012 (legge n. 92), non applicabile alla fattispecie in esame, non sembrano essere stati soddisfatti i requisiti di cui alle indicate pronunce, essendo stato aumentato l'intervallo minimo, rispettivamente, a 60 e 90 giorni, non consentendo quella verifica prevista nella Ordinanza Vassilakis (inoltre i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi possono stabilire la riduzione dei termini fino a 20 o 30 giorni).

- 20.** L'Ordinamento interno non prevedeva la misura ostativa sub lettera b) della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce (*la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*). Il legislatore interno è intervenuto, come detto al punto 3, introducendo specificamente detta misura, con la **legge 24 dicembre 2007, n. 247**, che ha modificato l'art. 5

relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

del DLgs 368/01, introducendo il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, L. n. 247/07). Questa la disposizione: <<4-bis. *Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, 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.** 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>>.

- 21.** Il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: <<*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.** 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>>.

22. Il comma 4-ter⁶ prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione del comma 4 bis, che non riguarda però la P.A.: il legislatore, quindi quando ha ritenuto di escluderne la applicazione, lo ha fatto esplicitamente.

23. Il comma 43 dell'art. 1 della legge 247/07 ha previsto una disciplina transitoria, statuendo che *<<in fase di prima applicazione delle disposizioni di cui ai commi da 40 a 42:*

a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;

⁶ Comma 4-ter: *Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle 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 dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.*

b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data>>. Ne deriva che la nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro al fine del raggiungimento del tempo limite di 36 mesi, dal 1° aprile 2009.

24. Ritiene questo giudice che il comma 4-bis potrebbe applicarsi alla P.A., deponendo in tal senso argomenti letterali e sistematici (tra i quali del comma 4-ter del medesimo art. 5 si è già detto).

25. Preliminarmente deve rilevarsi che l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 sanziona solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori: il superamento della durata complessiva dei contratti non riguarda l'assunzione, ovvero vizi propri del contratto. Peraltro l'art. 36 trova la sua origine nel D.Lgs. n. 29/93 ed, all'epoca, la direttiva 1999/70/CE non era stata adottata: il legislatore aveva previsto una sanzione risarcitoria per vizi del contratto di assunzione, ovvero riguardanti le modalità di svolgimento del rapporto, in via assolutamente generale (non certo avendo presente una disciplina, quella di cui al D.lgs. n. 368/01, successiva di 8 anni). Nel senso della inapplicabilità dell'art. 36 al superamento

della durata complessiva dei contratti si è espressa con chiarezza e condivisibilmente la Corte di cassazione con la Sentenza n. 10127/12 (pagg. 28 e 29).

- 26.** La violazione del limite massimo di 36 mesi non riguarda l'impiego di lavoratori, ovvero le modalità di svolgimento della prestazione: si tratta piuttosto di una ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro, ovvero di una sanzione esterna al contratto di assunzione (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.
- 27.** Deve ricordarsi a questo punto che il legislatore interno ha modificato il predetto art. 5 e, contemporaneamente, il d.lgs. n. 165/01, con la coeva legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, vietando alla PA di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244)⁷.

⁷ Il legislatore in particolare aveva così modificato l'art 36 del D.L.gs. n. 165/01:

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.*

28. È stato quindi previsto un divieto generalizzato, per le pubbliche amministrazioni, di procedere ad assunzioni a termine ed un

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. 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. 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.

9. 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.

10. 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.

divieto categorico di procedere a rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore. Nella pratica la fattispecie sanzionata dall'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01, come contestualmente introdotta, non doveva verificarsi nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma in forza dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni di cui al D.lgs. n. 165/01. Il legislatore era quindi ben consapevole della introduzione della specifica misura sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01, e non ne escludeva la astratta operatività, ma prevedeva un divieto di assunzioni, al fine di impedire in concreto il verificarsi della fattispecie sanzionata da detta disposizione.

29. L'art. 36, di applicabilità generale, è stato poi sostituito, dall'art. 49 del D.L. n. 112 del 2008 (sul punto non modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008), con la seguente disposizione:

<<Art. 36 (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile). - 1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme

contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non e' possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

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.

4. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente

decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286>>.

30. Con il D.L. n. 112/08 è stato quindi rimosso il divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine, con ciò rimuovendo, in fatto, l'ostacolo alla verifica dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore, con il medesimo D.L. 112/08, è altresì intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (DLgs 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro **operando proprio sull'art 5, comma 4 bis**, nonché sul comma 4-quarter. Non appare sostenibile un difetto di coordinamento tra norme: il medesimo legislatore ha modificato l'art. 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., ed ha modificato proprio il comma 4-bis (in maniera ininfluenza ai fini che interessano) senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A..

31. Successivamente la legge n. 102/09 (art. 17) ha modificato l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 ed ha **espressamente previsto**:

<<2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme

contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 3 del decreto-legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto-legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di

lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

3. Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

.....

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le

somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.

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>>. Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del D.lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01, *expressis verbis*, non ha inteso escludere la operatività del comma 4-bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07 unitamente al comma 4-bis: non appare ipotizzabile una dimenticanza o un difetto di coordinamento tra norme. Quindi il legislatore, con la legge n. 102/09, ponendosi espressamente il problema del coordinamento tra l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 e le disposizioni introdotte con la legge n. 247/07 (in particolare con l'art. 1,

comma 40, che ha introdotto i commi da 4-bis in poi dell'art. 5 del D.lgs. 368/01), ha inteso escludere la operatività solo di alcune di esse al pubblico impiego: tra le stesse non figura il comma 4-bis, il quale, conseguenzialmente, dovrebbe ritenersi applicabile alla P.A. (di contrario avviso, come sarà dato vedersi, è la Corte di cassazione).

- 32.** L'art. 9 comma 18 d.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito con legge 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto nell'art. 10 d.lgs. 368/2001 il comma 4-bis, che prevede: *<<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>>*.

- 33.** Appare chiaro che la disposizione in esame non si applica, in

ragione del richiamo alle *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*, che fanno riferimento alla **scuola statale**, oggetto di specifica disciplina cui sono sottratte le scuole dell'infanzia **comunali**. Del pari la disposizione non appare applicabile in via interpretativa, posto che i richiami alla sola scuola statale sono espressi e non si è vietato il ricorso ad una applicazione analogica⁸, perché la materia è compiutamente e completamente disciplinata da altre disposizioni di legge.

34. Il sistema di reclutamento del personale di cui è causa resta quindi soggetto alla disciplina generale dell'impiego alle dipendenze delle P.A. e, con riferimento al contratto a termine, dal D.Lgs. n. 368/01 e dal D.Lgs. n. 165/01.

35. Da rilevarsi altresì che, in ragione delle procedure di stabilizzazione attivate dal convenuto (allegati da 8 a 12), altro personale precario, con mansioni esattamente coincidenti con quelle della ricorrente, con medesima tipologia contrattuale e medesimo percorso di accesso, sono stati stabilizzati perché

⁸ Art 12 delle disposizioni sulla legge in generale: <<Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che

aventi una anzianità di servizio di 3 anni all'epoca, per cui il metodo di reclutamento dell'istante appare essere esattamente conforme alle metodologie di reclutamento successivamente adottate (Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, *Burbaud*). Peraltro le procedure di reclutamento sono state attivate a seguito di procedure di stabilizzazione previste da disposizioni legislative interne, che hanno avuto l'oggettivo effetto di elidere le conseguenze di un abusivo ricorso a contratti a termine, similmente alla fattispecie già portata all'esame della Corte di giustizia (Sentenza della Corte, Grande Sezione, 4 luglio 2006, Causa C-212/04, *Adeneler*; Ordinanza 10.6.08, causa C-364/07, *Vassilakis*).

IL PRIMO QUESITO

- 36.** La C.g.u.e. ha chiarito che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di

regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato>>.

contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato; deve però essere prevista dalla normativa interna un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico: le <<sanzioni specifiche....non devono, però, essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna>> (principio di equivalenza) <<né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario>> (principio di effettività; cfr Sentenza della Corte di Giustizia del 23 aprile 2009, C-378/07, Kiriaki Angelidaki, punto 159; cfr altresì punto 161).

- 37.** La C.g.u.e. ha chiarito che se vi è “Stato” sono giustificate conseguenze diverse, ma rimane del tutto inesplorato quando vi è “Stato”: a questo giudice non è affatto chiaro quando ricorra “settore pubblico” ovvero “Stato” al fine di giustificare

conseguenze sanzionatorie diverse.

- 38.** La nozione di riferimento è quella di “settore o categoria specifica di lavoratori”, prevista alla Clausola 5, e costituisce pertanto nozione di diritto dell’Unione europea, per cui anche la specificazione effettuata dalla C.g.u.e. (**“settore pubblico” ovvero “Stato”**) appare essere nozione di diritto dell’Unione. Infatti la sanzione è parte di una disposizione (che si distingue appunto nelle parti del precetto e della previsione delle conseguenze della sua violazione) e la riconosciuta possibilità di distinguere la diversa misura precettiva ostativa in relazione a “settore o categoria specifica di lavoratori” non può che riferirsi ad entrambe le parti cui è costituita la misura ostativa, ovvero al comando (precetto) ed alle conseguenze della sua violazione (sanzione).
- 39.** In ogni caso, anche a ritenere che la nozione di riferimento non sia contenuta in detto inciso, la nozione di “settore pubblico” dovrebbe ritenersi nozione di diritto europeo, posto che si tratta di elemento atto a delineare le modalità di applicazione della clausola 5 in conformità alla stessa: è nozione cui ha fatto riferimento la C.g.u.e. nel chiarire il contenuto del testo della direttiva 1999/70/Ce, interpretandone la lettera e le finalità, e specificando, ovviamente, il significato di disposizioni di diritto

interno. La varietà delle nozioni di Stato presenti nei vari paesi membri e l'esigenza di una applicazione uniforme della direttiva 1999/70/Ce inducono questo giudice a chiedere un chiarimento sul punto.

- 40.** Da rilevarsi che con le scuole dell'infanzia la amministrazione non esercita alcun potere pubblico, non emana atti autoritativi, non rilascia titolo di studio o abilitativi: è del tutto assente qualsiasi esercizio di poteri pubblicistici.
- 41.** Era stata proposta alla C.g.u.e. una questione simile nel procedimento C-313/10, Jansen, e la causa il 25 ottobre 2011 è stata cancellata dal ruolo.
- 42.** Con specifico riferimento al settore in esame vi sono asili pubblici e privati, ma la amministrazione nella gestione degli asili pubblici godrebbe della possibilità di assumere a tempo determinato al di fuori dei limiti di cui al d.lgs. n. 368/01, vista la assenza di sanzione. Mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del medesimo settore merceologico alle dipendenze dello Stato o di imprenditore privato: vi è da chiedersi se circostanze economiche analoghe, non riconosciute dall'Italia come ragioni obiettive atte a derogare al D.lgs. n. 368/01, con riferimento alla sanzione, relativamente a datori di lavoro privati, possano essere tali per il datore di lavoro pubblico.

43. Deve ancora rilevarsi come un'interpretazione della clausola 5 dell'accordo quadro, che riservi una sorte particolare agli impieghi rientranti nel settore pubblico, determina un livello di tutela dei lavoratori variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale (in tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen presentate il 15 settembre 2011 nella causa C-313/10, Jansen). La portata della nozione di settore pubblico varia in maniera troppo ampia in relazione alle discipline adottate nei vari Stati membri, come risulta anche dalla ordinanza del 7 aprile 2011, May (C-519/09, punto 24, che richiama la sentenza del 12 febbraio 1974, Sotgiu, 152/73, punto 5), con quale la C.g.u.e. ricorda di aver *«già avuto modo di dichiarare che, in assenza di qualsiasi distinzione compiuta nella deroga contemplata dall'art. 45, n. 4, TFUE, con riferimento agli impieghi nella pubblica amministrazione, è irrilevante stabilire se un lavoratore si trovi impiegato in qualità di operaio, di impiegato o di funzionario, o ancora, se il suo rapporto di impiego sia disciplinato da diritto pubblico e dal diritto privato. Tali qualificazioni giuridiche variano, infatti, secondo le legislazioni nazionali e non possono quindi fornire un criterio di interpretazione*

appropriato ai requisiti del diritto dell'Unione».

- 44.** Sulla scorta delle predette considerazioni deve richiedersi alla C.g.u.e. di chiarire *quando ricorra il concetto di “Stato” ovvero di “settore pubblico” al fine della verifica della compatibilità di una diversa disciplina quanto a misure ostative e conseguenze sanzionatorie in ipotesi di verifica dell’abuso ed in particolare se nello specifico settore della scuola detto concetto ricorra, tenuto conto che analoghe attività svolte da scuole private parificate e svolgenti la medesima attività la disciplina specifica applicabile è quella generale.*

PUNTO DI VISTA DEL GIUDICE DEL RINVIO SULLA SOLUZIONE

DA DARE ALLA SECONDA QUESTIONE PREGIUDIZIALE

SOTTOPOSTA

- 45.** Ritiene questo giudice che il concetto di settore o categoria specifica di lavoratori, quindi di settore pubblico non possa variare in ragione dello Stato che trasponga la direttiva 1999/70/Ce posto che la diversa soluzione si porrebbe in contrasto con gli artt. 288, 151 (paragrafo 3) e 153 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.
- 46.** Inoltre lasciare alla libera determinazione degli Stati statuire quando vi è settore pubblico può portare ad una alterazione della concorrenza, posto che lo Stato potrebbe decidere di rendere

“pubblico” un settore in concorrenza con privati, così godendo di una regolamentazione di miglior favore (servizi in genere, come nel caso di specie).

- 47.** Deve quindi adottarsi un concetto di settore pubblico che faccia riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri: esso è un concetto necessariamente minimale e riferito a difesa, ordine pubblico, sicurezza pubblica, giustizia, diplomazia, ovvero ai settori di competenza minimali, senza i quali non sussiste <<Stato-apparato>>. Ad essi possono essere aggiunti al più i rapporti di lavoro connessi alle necessità organizzative degli organi statuali necessari in relazione al singolo Ordinamento (Parlamento, Presidenza della Repubblica, Presidenza del Consiglio, ovvero Corona, etc), ma non certo settori merceologici (in senso simile le conclusioni rese nella causa Jansen) nel quale pubblico e privato concorrono.
- 48.** In questa ultima ipotesi infatti è palese che si tratterebbe di distinzione non fondata su settore imprenditoriale o categoria specifica di lavoratori, ma solo sulla natura, pubblica o privata, del soggetto operante nel settore.
- 49.** Nello specifico quindi nel medesimo settore (asili), la medesima categoria di lavoratori (personale educatore) vi sarebbero misure ostative diverse (rectius, vi sarebbe o meno la misura ostativa) in

ragione del soggetto abusante: detta conclusione non sembra trovare un riferimento nella clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce.

- 50.** Inoltre la differenziazione appare essere in contrasto con il principio della parità di trattamento, posto che alla medesima categoria di lavoratori, nel medesimo settore, in presenza della sola differenziazione di fatto del soggetto che procede alla assunzione, determina un trattamento diverso: tale disparità non appare oggettivamente giustificata (in senso implicitamente analogo il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, Sentenza del 30 aprile 2009, Aayhan e a./Parlamento, F-65/07, punti 101 e 102, che non ritiene implicitamente ragione sufficiente per un diverso trattamento la mera esistenza di un rapporto di lavoro con il Parlamento europeo; cfr. altresì Sentenza 4 giugno 2009, Adjemian e a./Commissione, F-134/07 e F-8/08).

IL SECONDO QUESITO

- 51.** Il secondo quesito, simile a quello già proposto da questo giudice nel procedimento C-361/12, Carratù, pendente, ed attiene alla Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce ed in particolare questo giudice si interroga *se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE 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.

52. Ulteriore ed indipendente fondamento alla necessità di procedere a costituzione del rapporto di lavoro con lo “Stato” ovvero nel settore pubblico potrebbe ritrovarsi nella Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce (diretta emanazione del principio di uguaglianza di cui all’art. 20 della Carta di Nizza e degli artt. 2, 9 e 21 del Trattato).

53. Sul punto deve evidenziarsi che si farà riferimento al testo dell’art. 18⁹ della L. n. 300/70 nel testo antecedente la adozione

⁹ Legge n. 300/70, art. 18:

*Ferme restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della predetta legge o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, **ordina al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore**, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici prestatori di lavoro o più di cinque se trattasi di imprenditore agricolo, **di reintegrare***

della riforma c.d. Fornero (L. n. 92/12) in ragione dell'epoca dei fatti di cui è causa.

- 54.** Detta disposizione è direttamente ed immediatamente applicabile alla pubblica amministrazione in forza dell'art. 51, comma 2, del D.lgs. n. 165/01¹⁰ per cui ne deriva che la illegittima interruzione

il lavoratore nel posto di lavoro. Tali disposizioni si applicano altresì ai datori di lavoro, imprenditori e non imprenditori, che nell'ambito dello stesso comune occupano più di quindici dipendenti ed alle imprese agricole che nel medesimo ambito territoriale occupano più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa alle sue dipendenze più di sessanta prestatori di lavoro. Ai fini del computo del numero dei prestatori di lavoro di cui primo comma si tiene conto anche dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale, per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge ed i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale.

Il computo dei limiti occupazionali di cui al secondo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie.

Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata l'inefficacia o l'invalidità stabilendo un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali dal momento del licenziamento al momento dell'effettiva reintegrazione; in ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto.

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro non abbia ripreso il servizio, né abbia richiesto entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza il pagamento dell'indennità di cui al presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti.

La sentenza pronunciata nel giudizio di cui al primo comma è provvisoriamente esecutiva.

¹⁰ Art. 51, disciplina del rapporto di lavoro:

1. Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1.

del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della P.A. determina la reintegra.

- 55.** Deve ancora evidenziarsi che è regola generale la applicazione dell'art. 18 della L. n. 300/70 nella ipotesi della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato anche nel settore privato, salvo l'ipotesi di recesso discriminatorio, per la quale vi è disciplina apposita e di datori di lavoro che dimostrino di essere sotto i limiti numerici dell'art 18, per i quali è prevista la tutela risarcitoria di cui alla legge n. 604/66 (eccezione alla regola; detto orientamento è costante sin da Cass. Civ. Sez. U, Sentenza n. 141 del 10/01/2006: *In tema di riparto dell'onere probatorio in ordine ai presupposti di applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l'invalidità, fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività e, sul piano processuale, dell'azione di impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, costituiscono, insieme al giustificato motivo del licenziamento, fatti impeditivi del*

2. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal

suddetto diritto soggettivo del lavoratore e devono, perciò, essere provati dal datore di lavoro).

56. Ritiene questo giudice che il principio di uguaglianza non discriminazione, di cui alla Clausola 4 della Direttiva 1999/70/Ce, potrebbe riguardare anche modalità di costituzione ed interruzione del rapporto di lavoro. Infatti l'elenco delle situazioni regolate dalla clausola antidiscriminatoria appare aperto e quando detta clausola è stata espressa in maniera più dettagliata (non più ampia), l'interruzione del rapporto di lavoro è stata espressamente inclusa. Ciò in particolare risulta dall'art 3, comma 1, lett. C, della direttiva 2000/78/CE che espressamente indica quali condizioni di lavoro, <<*le condizioni di licenziamento*>>; nello stesso senso l'art 14 della Direttiva 2006/54/Ce che espressamente comprende alla lettera C <<*le condizioni di licenziamento e la retribuzione come previsto all'articolo 141 del trattato*>>.

57. Ne deriva che la eventuale violazione del principio di uguaglianza non discriminazione, sub specie di discriminazione tra effetto della illegittima interruzione del rapporto di lavoro a termine e del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, potrebbe ricadere

numero dei dipendenti.

nell'ambito di applicazione della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE, con applicazione orizzontale, trattandosi di principio fondamentale dell'Ordinamento europeo.

58. Deve rilevarsi ancora come la Direttiva 1999/70/Ce (segnatamente della clausola 5) ha anche il <<*fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro a tempo determinato sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria che rischi di fragilizzarla e che essa sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato. La Corte ha messo in rilievo che il beneficio della stabilità dell'impiego costituisce effettivamente, ai sensi dell'accordo quadro, un elemento portante della tutela degli interessi dei lavoratori. Osservo che il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ha aderito a tale orientamento e ha dichiarato che se non può ritenersi che la stabilità dell'impiego sia stata eretta, dalle parti firmatarie dell'accordo quadro, a principio generale di diritto a carattere vincolante, essa costituisce tuttavia una finalità perseguita da queste ultime*>> (conclusioni dell'Avvocato generale Niilo Jääskinen presentate il 15 settembre 2011, Causa C- 313/10, Land Nordrhein-Westfalen contro

Sylvia Jansen). La diversità di tutela, per il lavoratore a tempo determinato rispetto al lavoratore a tempo indeterminato, nella invarianza del datore di lavoro, potrebbe costituire una elusione della finalità di impedire che questa <<*sia privata della tutela che le disposizioni che contrastano il licenziamento offrono ai lavoratori subordinati che fruiscono di un contratto a tempo indeterminato*>>.

IL TERZO QUESITO

- 59.** Ulteriore ed autonomo argomento a fondamento della applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 è costituito dalle difese dello Stato italiano nella causa Affatato (C-3/10).
- 60.** Nel possibile contrasto interpretativo in relazione alla applicazione dell'art. 5, comma 4-bis anche relativamente alla unica misura sanzionatoria prevista dalla disposizione (costituzione del rapporto di lavoro dalla data di superamento dei 36 mesi), questo giudice deve scegliere la tesi che consenta di ritenere rispettati gli obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alla Unione europea: al fine questo giudice si chiede se un obbligo discenda dalle difese dello Stato italiano nella causa C-3/10, Affatato, nel quale l'Italia ha dichiarato che la disciplina interna prevede, senza specificare ulteriormente, la costituzione

di contratti a tempo indeterminato con lo Stato, in ipotesi di superamento del 36 mesi di lavoro.

61. Nella Causa C-3/10 lo Stato italiano, innanzi la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha affermato (a margine i punti della Ordinanza della Corte, Sesta Sezione, 1° ottobre 2010, Affatato):

(punto 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 subito 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.

(punto 49) *Analogamente a quanto già dichiarato dalla Corte nelle citate sentenze Marrosu e Sardino (punti 55 e 56), nonché Vassallo (punti 40 e 41), nei confronti dei provvedimenti previsti dal decreto n. 368/2001 nella sua versione originaria (v., altresì, ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 128), così come in quelle riguardanti altre disposizioni nazionali paragonabili (v. sentenza Angelidaki e a., cit., punto 188, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 90), **una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.***

(punto 50) *Spetta tuttavia al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze Marrosu e Sardino, punto 56; Vassallo,*

punto 41, e Angelidaki e a., punti 164 e 188, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 135; Koukou, punti 69, 77 e 90, e Lagoudakis e a., punto 11).

- 62.** Le affermazioni dello Stato italiano sono state ritenute da alcuni commentatori quali mere difese, non rappresentazione di una realtà fattuale, prive di valore giuridico. Si domanda questo giudice se ad opposte conclusioni si debba giungere sulla scorta dell'art. 4 del Trattato istitutivo della Unione europea.
- 63.** L'Unione europea si fonda sulla leale cooperazione (art. 4 del Trattato istitutivo, ma anche 119 del Trattato sul funzionamento) tra gli Stati, tra le Istituzioni della U.E. tra loro ma, soprattutto, tra gli Stati e le Istituzioni della U.E.. Tale principio non è solo il cardine dell'affermazione del primato della Unione, ma anche lo strumento primario della politica di coesione ed integrazione degli Stati, ovvero esso è **il principio fondante** l'Unione europea. Lo stesso è alla base degli obblighi di risultato di cui alle direttive. Esso vincola anche il giudice interno ed è posto alla base dell'obbligo di interpretazione conforme (cfr, tra le tantissime, Sentenza 13 novembre 1999, causa C-106/89, *Marleasing*, punti 8-9; Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punti 43-47).

- 64.** La C.g.u.e. ha affermato che si tratta di *un principio di solidarietà che trova più agevole accoglimento in un contesto di fiducia reciproca fra ordinamenti*. Da tale principio deriva che *“gli stati membri hanno l'obbligo di facilitare alla comunità l'assolvimento dei suoi compiti”* nonché *“doveri particolari di azione e di astensione”* dei Paesi membri nei confronti delle istituzioni (Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione c. Regno Unito*).
- 65.** Sono istituzioni (art. 13 del Trattato) il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea, la **Corte di giustizia dell'Unione europea**, la Banca centrale europea, la Corte dei conti. Ne deriva che lo Stato deve lealmente cooperare anche nei confronti della Corte di Giustizia.
- 66.** Una espressione di tale obbligo è contenuta nell'art. 4, comma 3, del Trattato: *In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e **si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati***. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare *atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*. Gli **Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti**

e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

67. È compito della Corte di Giustizia, tra l'altro, assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati (art. 19) ed al fine si pronuncia *in via pregiudiziale*, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione (cfr altresì l'art 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: *La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sul l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni*). Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte (art 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento). È quindi prevista una riserva interpretativa che pone la Corte in posizione nevralgica dell'Ordinamento europeo, dovendo garantire una applicazione uguale e conforme del diritto della UE sull'intero territorio dell'Unione, nonché ausiliare i giudici interni in una interpretazione conforme delle norme interne.

- 68.** Rileva questo giudice che, da un esame dello Statuto della Corte di Giustizia, emerge che innanzi la Corte non si discute della norma interna, ma della interpretazione della normativa europea (anche se spesso la C.g.u.e. conclude con un osta o non osta), per cui la partecipazione dello Stato non riguarderebbe l'esercizio di un diritto di difesa in senso tecnico, quanto piuttosto gli obblighi di leale cooperazione nell'ausiliare la C.g.u.e. nel suo compito interpretativo. Detta conclusione è rafforzata dalla circostanza che le sentenze interpretative della C.g.u.e. non vincolano lo Stato di appartenenza del giudice remittente ma tutti gli Stati membri, trattandosi sostanzialmente di *jus superveniens* (nel medesimo senso, costantemente, anche la Corte Costituzionale italiana; cfr, *ex plurimis*, Ordinanza n. 252/06).
- 69.** La procedura innanzi la CGUE non è contenziosa e non si conclude con una condanna, ma con una interpretazione di norma dell'Unione. Gli artt. 22, 23, 24, 32 e 40 dello **Statuto della C.G.U.E.**, nel testo all'epoca vigente, potrebbero avvalorare dette conclusioni, ed in particolare dal raffronto tra gli artt. 22 (procedimento contenzioso che si conclude con condanna) e 23 si evincerebbe come i procedimenti siano nettamente diversi (il primo contenzioso ed il secondo non contenzioso).

70. L'art. 23 distingue: 1. le parti in causa (nella Affatato non lo Stato, ma una ASL che aveva diritto ad essere in giudizio autonomamente); 2. gli Stati membri; 3. la Commissione; 4. l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione che ha adottato l'atto di cui si contesta la validità o l'interpretazione. L'art. 24 distingue le parti, che possono rifiutare di rispondere, dagli gli Stati che non siano parti in causa (e l'Italia non era tale) che devono rendere le informazioni richieste. L'art. 32 prevede la possibilità di interrogare le parti stesse. Tuttavia queste ultime possono provvedere alla propria difesa orale soltanto tramite il proprio rappresentante (circostanza che induce a ritenere la radicale diversità tra parte, cui si applica l'art 32 e che può essere interrogata, e Stato nella procedura pregiudiziale interpretativa). L'art. 40 prevede l'intervento degli Stati membri e delle Istituzioni dell'Unione, nonché di ogni altra persona se possono dimostrare di avere un interesse alla soluzione della controversia sottoposta alla Corte (la parte è già in giudizio). Ne deriva che gli artt. 32 e 40 sembrano distinguere chiaramente le parti dagli Stati.

- 71.** Lo Stato italiano sembra non possa ritenersi parte nel procedimento di cui alla causa Affatato, a causa della sola circostanza che il giudice remittente era italiano.
- 72.** Ne deriva che appare dubbio che lo Stato italiano possa aver legittimamente dichiarato scientemente un quadro normativo interno non corrispondente al vero, perché parte, ovvero per un non meglio precisato esercizio di un diritto di difesa, posto che potrebbe ritenersi obbligato a rispettare il principio di leale cooperazione.
- 73.** Ovviamente il giudice interno non è vincolato in maniera assoluta dalla interpretazione offerta dallo Stato, ma, ove quella offerta dallo stesso sia ritenuta conforme dalla C.g.u.e. (e nella causa Affatato tale è stata ritenuta), quando non esista altra interpretazione delle disposizioni interne soddisfacente (nel caso che interessa l'unica misura ostativa applicabile potrebbe essere costituita dalla durata massima dei plurimi contratti di lavoro a termine), l'obbligo di interpretazione conforme potrebbe risultare, per così dire, rafforzato dall'obbligo di leale cooperazione, tenuto conto delle dichiarazioni rese dall'Italia.

74. La Corte di cassazione nelle indicate sentenze ha ritenuto che la misura ostativa interna relativa alla durata massima dei contratti a termine non si applichi allo Stato: così facendo ha sostanzialmente affermato che quanto dichiarato dall'Italia nella causa Affatato non sia rispondente al vero. La stessa però non ha esaminando in alcun modo gli obblighi derivati dal principio di leale cooperazione e ha lasciato, conseguenzialmente, irrisolta la perplessità che in tal modo si determini **la violazione di uno dei principi fondanti l'U.E.**

75. Deve rilevarsi come la misura ripristinatoria del rapporto di lavoro sia certamente soddisfattiva degli obblighi derivati dal diritto dell'Unione, determinando la definitiva eliminazione delle conseguenze dell'abuso: a fronte di una esigenza stabile (e tale è per disposizione interna una esigenza lavorativa estrinsecatasi nel superamento del limite legale dei 36 mesi) vi è la costituzione di un rapporto di lavoro stabile, quindi elisione dell'abuso con eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (specifico obbligo; c.f.r. sentenze della Corte di Giustizia Adeneler e a., punto 94; Marrosu e Sardino, punto 51; Vassallo, punto 36, e Angelidaki e a., punto 158, nonché ordinanze Vassilakis e a., punto 125, e Koukou, punto 64), e la

applicazione dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01 potrebbe essere rafforzata dall'obbligo di ritenere che lo Stato italiano abbia adempiuto gli obblighi di cui all'art 4 del Trattato, ovvero abbia lealmente cooperato con la C.g.u.e. nella ricostruzione del quadro normativo interno.

76. Peraltro deve rilevarsi come le difese dello Stato italiano in Corte di giustizia nella causa Affatato sembrano orientate assolutamente dal buon senso. L'unica conseguenza possibile, alternativa alla conversione (salvo ritenere la incoercibilità dell'adempimento agli obblighi di cui alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce), è costituita dal risarcimento del danno. Ne deriverebbe che i lavoratori precari, che devono godere della medesima retribuzione dei lavoratori a tempo indeterminato, in assenza di ragioni per differenziare il trattamento¹¹, otterrebbero altresì un risarcimento del danno per ogni rapporto di lavoro successivo ai primi 36 mesi. Deve infatti rilevarsi che il

¹¹ La Corte di cassazione con la sentenza n. 10127/12 ritiene, di contro, che siccome si tratta di singoli e slegati ed autonomi rapporti di lavoro, conseguenti ad incarichi attribuiti di volta in volta, per cui la interruzione del rapporto di servizio tra un incarico e l'altro comporta il disconoscimento del diritto agli scatti biennali previsti dalla contrattazione collettiva, riconosciuti al personale di ruolo. Appare chiaro che il principio espresso è contrario a quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con la sentenza 22 dicembre 2010, procedimenti riuniti C 444/09 e C 456/09, Gavieiro Gavieiro, punti da 54 a 68, ed in particolare con il punto 56: *il riferimento alla mera natura temporanea del lavoro del personale della pubblica amministrazione non è conforme a tali requisiti e non può dunque costituire una ragione oggettiva ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.*

risarcimento del danno non determina la cancellazione della violazione: ogni periodo successivo ai primi 36 mesi è computabile ai fini del risarcimento del danno per ogni contratto successivo, anche se detto periodo è già stato computato al fine della valutazione della illegittimità del precedente contratto.

77. Esemplicando, a fronte di esigenze stabili, come quelle di cui è causa che determinano che il lavoratore precario comunque lavori per molti anni perché ai primi posti della graduatoria (e con identici costi, perché deve godere di uguale retribuzione rispetto al lavoratore a tempo indeterminato avente la medesima anzianità di servizio), ma in relazione ad ogni contratto successivo ai primi 36 mesi di lavoro deve essere pagato a questi un risarcimento del danno, con un aggravio enorme per il bilancio dello Stato: la misura sanzionatoria della riqualificazione del rapporto di lavoro è quella che determina conseguenze meno pregiudizievoli per il bilancio dello Stato, e dunque in linea con i principi dell'Unione europea (da ultimo riprodotti nell'art. 3 del Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria, del 2 marzo 2012, ma già espressi con l'art. G del Trattato di Maastricht che modificava gli artt. 3 A, paragrafo 3, e 109 J, paragrafo 1, del Trattato che istituiva la

Comunità economica europea, al fine di creare una Comunità europea).

78. L'Amministrazione aveva determinato il proprio fabbisogno di personale nel numero di 480 unità, ma ha poi proceduto alla assunzione di 257 unità (pag. 2 del ricorso, circostanza incontestata), per cui appare chiaro (e neppure contestato) che le esigenze che hanno condotto alla reiterazione dei contratti a termine dell'istante sono permanenti e durevoli ed infatti i contratti sono reiterati (fatto incontestato). Per tale ragione la opzione risarcitoria, ove avesse quei caratteri di effettività, dissuasività ed equivalenza come indicati dalle sentenze della Corte di giustizia sul punto, verrebbe a determinare un costo secco dovuto alla necessità di risarcire il danno con cadenza annuale, posto che i lavoratori riassunti, viste le graduatorie stilate, sarebbero sostanzialmente sempre gli stessi.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Napoli, visto l'art. 19, paragrafo 3, lettera b, del Trattato sull'Unione europea, l'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e l'art. 295 c.p.c., chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi sulle seguenti questioni di cui in parte motiva ed in particolare:

- 1) *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.*
- 2) *se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE 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.*
- 3) *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 soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile,*

il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.

Ordina la sospensione del processo e che, previa comunicazione alle parti, copia della presente ordinanza sia trasmessa alla Cancelleria della Corte di Giustizia, unitamente a copia degli atti dei fascicoli di causa.

Napoli li 29.1.13.

Il Giudice

Dott. Paolo Coppola