

## ALLA COMMISSIONE DELL'UNIONE EUROPEA

### DENUCIA RIGUARDANTE GLI INADEMPIMENTI DELLO STATO ITALIANO ED ALLA SUA AMMINISTRAZIONE NELL'APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA UE 1999/70 SUL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO

#### Informazioni relative ai denunciati

I denunciati:

**Mario ROSSI**, (CF -----)residente in 20121 Milano, Via Solferino 33

**GIUSEPPE BIANCHI** (cf \_\_\_\_\_--) RESIDENTE IN 20121 Milano, via Cadorna

(...)

tutti rappresentati ed assistiti dall'avv. Sergio Galleano del foro di Milano (CF. GLLSRN52E18F205N) e dall'avv. Vincenzo De Michele del foro di Foggia (CF. \_\_\_\_\_) ed elettivamente domiciliati presso il primo in 20135 Milano, IT, Corso Lodi 19, tel. +39 02 59902379, fax +39 02 59902564, Posta certificata [studiogalleano@puntopec.it](mailto:studiogalleano@puntopec.it), giuste deleghe sul retro dei primi fogli del presente atto,

sono tutti lavoratori operanti o che hanno operato alle dipendenze del Comune di Milano in qualità di impiegati civili con contratti a tempo determinato o interinali, ovvero ai sensi dell'art. 90 decreto legislativo 267/2000<sup>1</sup> per periodi complessivamente superiori ai 36 mesi.

I ricorrenti sono stati impiegati nell'amministrazione comunale indicata in qualità di impiegati per sopperire ad esigenze permanenti e durevoli del Comune, ancorché i loro contratti a termine od interinali, siano stati giustificati con diverse ragioni (sostituzione di personale assente, esecuzione di determinati compiti o progetti), tutte in realtà insussistenti, come accertato dalle numerose sentenze rese dal Tribunale di Milano, di cui di seguito si dirà.

---

<sup>1</sup>90. *Uffici di supporto agli organi di direzione politica.*

1. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere la costituzione di uffici posti alle dirette dipendenze del sindaco, del presidente della provincia, della Giunta o degli assessori, per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo loro attribuite dalla legge, costituiti da dipendenti dell'ente, ovvero, salvo che per gli enti dissestati o strutturalmente deficitari, da collaboratori assunti con contratto a tempo determinato, i quali, se dipendenti da una pubblica amministrazione, sono collocati in aspettativa senza assegni. 2. Al personale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale degli enti locali. 3. Con provvedimento motivato della Giunta, al personale di cui al comma 2 il trattamento economico accessorio previsto dai contratti collettivi può essere sostituito da un unico emolumento comprensivo dei compensi per il lavoro straordinario, per la produttività collettiva e per la qualità della prestazione individuale<sup>(167)</sup>.

<sup>(167)</sup> Il presente articolo corrisponde all'art. 51, comma 7, L. 8 giugno 1990, n. 142, ora abrogata.

In realtà, detta norma viene spesso, di fatto, utilizzata per l'assunzione di ordinario personale a termine presso l'ente locale interessato.

## **§ 1. La normativa europea violata**

La direttiva 1999/70 si fonda sull'articolo 139, paragrafo 2, CE, e, ai sensi del suo articolo 1, mira ad «attuare l'accordo quadro [CTD], che figura nell'allegato, concluso (...) fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE)».

Come risulta dalla clausola 1, lettera b), dell'accordo quadro CTD, obiettivo di quest'ultimo è, in particolare, quello di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato».

Ai sensi della clausola 1 dell'accordo quadro,

**«[I]l obiettivo del presente accordo quadro è:**

- a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione;**
- b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».**

La clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro così dispone:

**«Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro».**

La clausola 3 del medesimo accordo quadro così recita:

**«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.**

**(...)».**

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro dispone quanto segue:

**«Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive».**

La clausola 5 dell'accordo quadro così recita:

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

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
  - b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;
  - c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.
2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:
- a) devono essere considerati “successivi”;
  - b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato».

In merito alla clausola 5, la Corte di Giustizia di Lussemburgo si è più volte pronunciata. Si legge infatti, in generale, nella sentenza Adelener<sup>2</sup>:

**“84. Orbene, si deve constatare al riguardo che una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi deve essere considerata tale da compromettere l’obiettivo, la finalità nonché l’effettività, dell’accordo quadro. 85. Infatti, come hanno rilevato sia il giudice del rinvio sia la Commissione, nonché l’avvocato generale nei paragrafi 67-69 delle sue conclusioni, una definizione così restrittiva del carattere successivo di diversi contratti di lavoro che si susseguono consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni, poiché, nella pratica, il lavoratore non avrebbe nella maggior parte dei casi altra scelta che quella di accettare interruzioni dell’ordine di 20 giorni lavorativi nel contesto di una serie di contratti con il suo datore di lavoro. (...). 88. Al datore di lavoro sarebbe quindi sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego sia della circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario “permanenti e durevoli”. Pertanto, la tutela dei lavoratori contro l’utilizzazione abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell’accordo quadro, viene rimessa in discussione. 89. Tenuto conto delle argomentazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione che la clausola 5 dell’accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati “successivi” ai sensi di detta clausola”.**

In merito al carattere temporaneo o permanente e duraturo del fabbisogno alla base della stipula di un contratto a termine, la Corte di Giustizia sempre nella sentenza Adelener ha osservato al punto 99:

**“99. Inoltre, dalla decisione di rinvio risulta che, nella prassi, l’art.21 della legge n.2190/1994 rischia di essere distolto dalla sua finalità per il fatto che, invece di**

<sup>2</sup> Sentenza Adelener 4.7.2006 in causa C-212/04

servire come base giuridica limitatamente alla stipulazione dei contratti a tempo determinato volti a far fronte a fabbisogni di carattere esclusivamente temporaneo, sembra che esso venga utilizzato per concludere siffatti contratti allo scopo di soddisfare di fatto “fabbisogni permanenti e durevoli”. Anche il Giudice del rinvio, nella motivazione della sua decisione, ha già constatato il carattere abusivo, ai sensi dell’accordo quadro, del ricorso, nella fattispecie di cui alla causa principale, al detto art.21 per giustificare la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato volti, in realtà, a rispondere a “fabbisogni permanenti e durevoli”. Tale giudice si limita pertanto a chiedere se, in una tale ipotesi, il divieto generale stabilito dalla detta disposizione di trasformare in contratti a tempo indeterminato siffatti contratti a tempo determinato pregiudichi lo scopo e l’efficacia pratica dell’accordo quadro. ....105. Alla quarta questione si deve di conseguenza rispondere che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, l’accordo quadro deve essere interpretato nel senso che, qualora l’ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l’utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, l’accordo quadro osta all’applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare “fabbisogni permanenti e durevoli” del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi”.

Con riferimento alla situazione italiana, la Corte ha poi avuto modo di approfondire la questione nella sentenza Morrosu e Sardino<sup>3</sup>:

**38** Con la sua domanda, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l’accordo quadro debba essere interpretato nel senso che esso osti ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso risultante dall’utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre una tale trasformazione è prevista per quanto riguarda i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato.

**39** Al fine di risolvere tale questione, occorre innanzi tutto rilevare che, contrariamente a quanto sostenuto dal governo italiano in udienza, la direttiva 1999/70 e l’accordo quadro si applicano ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a., Racc. pag. I-6057, punto 54).

**40** Infatti, le disposizioni di questi due atti non contengono alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che il loro campo di applicazione si limiterebbe ai contratti a tempo determinato conclusi dai lavoratori con i datori di lavoro del solo settore privato (sentenza Adeneler e a., cit., punto 55).

**41** Al contrario, da un lato, come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, punto 1, dell’accordo quadro, il campo di applicazione di quest’ultimo viene inteso in senso lato, riguardando in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratore a tempo determinato» ai sensi dell’accordo quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest’ultimo,

<sup>3</sup> Morrosu e Sardino, 7.9.2006 in causa C-53/04

**include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 56).**

**42 Dall'altro, la clausola 2, punto 2, dello stesso accordo quadro, lungi dal prevedere l'esclusione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con un datore di lavoro del settore pubblico, si limita a offrire agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato», nonché i contratti e rapporti di lavoro «definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici» (sentenza Adeneler e a., cit., punto 57).**

**43 Occorre ricordare anche che, come risulta dalla clausola 1, lett. b), dell'accordo quadro, l'obiettivo di quest'ultimo è quello di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.**

**44 A tal fine la clausola 5, punto 1, impone agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico almeno una delle misure elencate nel detto punto 1, lett. a)-c), qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (sentenza Adeneler e a., cit., punto 65).**

Possiamo dunque ritenere pacifico, quale diritto vivente, il principio consolidato, stabilito dalla Corte europea secondo il quale le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva e finalizzate ad evitare abusi attraverso l'utilizzo di contratti a termine successivi, si applica anche alle pubbliche amministrazioni degli Stati membri.

## **§ 2. La normativa italiana in tema di reiterazione di contratti a termine**

La normativa italiana era già in linea con la disciplina di tutela dettata dalla Direttiva (si veda, sul punto, la sentenza 41 del 2000 della Corte costituzionale italiana<sup>4</sup>, all. 1).

Il D.Lgs. 368/2001, in ogni caso, dettando una disciplina che – alla luce dei numerosi interventi chiarificatori della Suprema Corte (poi culminati nell'importante e definitiva pronuncia 12985/2008: all. 2, preceduta da diversi *obiter dictum* di precedenti sentenze) – prevede le ragioni oggettive anche per il primo ed unico contratto.

L'art. 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (GURI n. 235 del 9 ottobre 2001), nella versione attualmente in vigore al momento dei fatti su cui verte la causa principale, dispone quanto segue:

---

<sup>4</sup> La quale ritenne inammissibile il referendum abrogativo, promosso dal Partito radicale italiano, della disciplina limitativa del contratto a termine di cui alla precedente normativa (legge 230 del 1962) in quanto l'assenza di disciplina in materia avrebbe comportato la violazione degli obblighi nascenti dalla Direttiva 1999/70 appena approvata in sede comunitaria.

DLT 06/09/2001 n. 368

COMUNITA' EUROPEE

LAVORO

1. *Apposizione del termine.*

01. Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato <sup>(3)</sup>.

1. È 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 <sup>(4)</sup>.

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 <sup>(5)</sup>.

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 dodici giorni.

<sup>(3)</sup> Comma così premesso dal comma 39 dell'art. 1, L. 24 dicembre 2007, n. 247. Vedi, anche, i commi 92 e 94 dello stesso articolo 1 e, sull'applicabilità delle disposizioni contenute nel presente comma, il comma 6 dell'art. 3, D.L. 30 aprile 2010, n. 64.

<sup>(4)</sup> Comma così modificato dall'art. 21, D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

<sup>(5)</sup> Sull'applicabilità delle disposizioni contenute nel presente comma vedi il comma 6 dell'art. 3, D.L. 30 aprile 2010, n. 64.

A maggior ragione, tale misura soddisfaceva – in parte - l'esigenza della tutela in merito ai contratti successivi, posto che l'obbligo di indicazione e di prova in merito alle ragioni oggettive – le uniche che giustificano l'apposizione del termine – rendeva difficili gli abusi nella reiterazione di tale tipologia contrattuale (si veda, sul punto, la recente sentenza Kucuk della Corte europea<sup>5</sup>).

Ma l'obbligo dell'indicazione di ragioni oggettive nella stipulazione del contratto a tempo determinato si presentava del tutto inutile nel pubblico impiego, posto che l'art. 36 del - di poco temporalmente precedente - D.lgs. 165/2001, disponeva che la violazione delle regole di assunzione non poteva portare alla trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato.

E' qui inutile ripercorrere le vicende relative a tale norma di legge, oggetto di numerose modifiche nel corso di questi anni. E' sufficiente ricordare che, come osserva il Giudice nazionale del Tribunale di Napoli (sentenza 16.6.2011, est. Coppola, sulla quale si tornerà, in particolare, pag. 8):

**A tal fine deve rilevarsi come non si tratti di disposizione regolatrice specificamente la materia di cui è causa: essa non pone solo un ostacolo agli effetti della declaratoria di nullità del termine, ma trova applicazione in via generale a tutte le ipotesi di violazione di disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego di lavoratori (cfr. contratti nulli, falsi contratti di collaborazione coordinata e continuativa, contratti di somministrazione, etc). Da questa premessa ne deriva che il disposto della norma non opera neppure su un piano**

<sup>5</sup> Sentenza Kucuk del 26.1.2012 in causa C-586/2010

**corrispondente alla clausola nulla, ovvero non è una eccezione al principio di cui all'art. 1419 c.c. Deve rilevarsi altresì che la disposizione richiamata non opera sul piano di cui al co. 2 dell'art 1419 c.c., ovvero non incide sul contenuto del contratto sostituendo la clausola nulla, ma opera sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto avente clausola relativa al termine nulla, disponendo che non vi può essere costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.**

Altrettanto inutile, qui, divagare in merito alla prevalenza delle disposizioni del D.Lgs. 368/2001 – successivo al T.U. sul pubblico impiego – posto che possiamo considerare come *ius receptum* che l'art. 36 costituisca (o meglio costituiva, come vedremo, sino al 2008) norma speciale in linea con l'ordinamento costituzionale italiano, in particolare in applicazione dell'art. 97 Costituzione, che impone l'accesso al pubblico impiego tramite concorso (ma vedremo che tale assioma non è indiscutibile e, comunque, di fatto, costituisce oggi una misura residuale per l'accesso al pubblico impiego) <sup>6</sup>.

Pare evidente, così, come l'obbligo di indicazione delle ragioni oggettive per l'assunzione a termine rischiava di ridursi, nel pubblico impiego, ad una mera petizione di principio, perché è inutile per definizione una prescrizione a cui non segua alcuna sanzione o conseguenza sul piano pratico, visto il disposto inderogabile dell'art. 36 D.Lgs. 165/2001.

Residuava invero, secondo il citato art. 36, il risarcimento del danno. Così infatti recita la norma nella sua (ennesima) versione<sup>7</sup>:

### **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 ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276/2003, 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,**

<sup>6</sup> La questione, dibattuta nei primi anni successivi alla approvazione del Decreto legislativo 368/2001 venne risolta “definitivamente” da Corte costituzionale italiana con la sentenza 89/2003, che si produce sub. 3).

<sup>7</sup> In calce alla norma sono indicati tutti gli interventi del legislatore effettuati nel corso di questi anni a seguito delle necessità contingenti, degli interventi della giurisprudenza nazionale e della corte di Giustizia dell'Unione europea. Tali incessanti modifiche sono indicative della finalità della norma. Sul punto si tornerà più oltre.

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 ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del medesimo decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive modificazioni ed integrazioni, 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 <sup>(121)</sup>.

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 <sup>(122)</sup>.

4. Le amministrazioni pubbliche comunicano, nell'ambito del rapporto di cui al precedente comma 3, anche le informazioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili <sup>(123)</sup>.

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 <sup>(124)</sup>.

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 <sup>(125) (126)</sup>.

<sup>(121)</sup> Comma così modificato dall'art. 17, comma 26, lett. a), D.L. 1° luglio 2009, n. 78, come modificato dalla relativa legge di conversione.

<sup>(122)</sup> Comma così sostituito dall'art. 17, comma 26, lett. b), D.L. 1° luglio 2009, n. 78, come modificato dalla relativa legge di conversione.

<sup>(123)</sup> Comma così sostituito dall'art. 17, comma 26, lett. c), D.L. 1° luglio 2009, n. 78. Vedi, anche, la Dir.Stato 16 febbraio 2010, n. 2/2010.

<sup>(124)</sup> Articolo prima modificato dall'art. 4, D.L. 10 gennaio 2006, n. 4, come modificato dalla relativa legge di conversione, poi così sostituito dal comma 79 dell'art. 3, L. 24 dicembre 2007, n. 244 ed infine così sostituito dall'art. 49, D.L. 25



giugno 2008, n. 112. Vedi, anche, i commi 345 e 346 dell'art. 1 della stessa legge n. 244 del 2007 e il comma 2 dell'art. 1, O.P.C.M. 19 giugno 2008, n. 3685.

<sup>(125)</sup> **Comma aggiunto dall'art. 17, comma 26, lett. d), D.L. 1° luglio 2009, n. 78, come modificato dalla relativa legge di conversione.**

<sup>(126)</sup> **In deroga a quanto disposto dal presente articolo vedi il comma 11 dell'art. 1, D.L. 4 novembre 2009, n. 152.**

Dunque l'unica misura prevista dall'ordinamento nazionale a prevenzione e dissuasione dall'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego era il risarcimento del danno.

Tale misura non appariva, invero, una misura avente la caratteristica della effettività, richiesta dalla normativa europea<sup>8</sup>, anche per l'inesistenza, nell'ordinamento nazionale, del concetto di danno "punitivo", sicché il soggetto leso dal comportamento illegittimo deve provare in giudizio, con gli ordinari strumenti processuali, l'effettività, sotto il profilo causale e quantitativo, del danno subito.

Ciò comporta situazioni, come si vedrà tra poco, in cui il soggetto leso si trova a dover fornire una *probatio diabolica*.

A sollevare per primo la questione fu il Tribunale di Genova con due ordinanze del 21 gennaio 2004 in cui proponeva alla Corte di Giustizia europea la questione pregiudiziale relativa all'interpretazione delle clausole 1, lett. b), e 5 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Riguardo a tali questioni pregiudiziali e alla compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'art. 36, (allora) comma 2 del decreto legislativo 165/2001, la Corte di Giustizia nella citata sentenza Morrosu e Sardino, dopo aver fugato ogni dubbio in ordine all'applicabilità anche nei confronti della Pubblica amministrazione della disciplina sul contratto a termine di cui al Decreto legislativo n. 368/2001, così concludeva in modo interlocutorio:

**“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 che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di 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**

---

<sup>8</sup> Si legge nell'Ordinanza Affatato della CGUE del 1.10.10 in causa C-3/10: 47 *Ne consegue che, quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti **garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori** al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, **gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva»** (citare sentenze Adeneler e a., punto 102; Marrosu e Sardino, punto 53; Vassallo, punto 38, e Angelidaki e a., punto 160, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 127, e Koukou, punto 66).*

**rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga 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”.**

Ma nella sentenza si precisava anche che:

**56 Tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 ne fanno 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.**

### **§ 3. Le procedure di stabilizzazione del precariato pubblico in Italia**

Il procedimento avanti alla Corte di giustizia ed il suo esito diede l'avvio ad una serie di processi di stabilizzazione iniziati con la legge 27.12.2006 n. 296 e con altri provvedimenti dell'anno successivo.

I procedimenti prevedevano in linea di massima, la stabilizzazione del personale precario con anzianità di almeno 36 mesi.

Il processo si è poi perso negli anni successivi ed ha visto, anche a seguito del cambio della maggioranza politica di governo del 2008, la stabilizzazione di solo una parte del personale interessato<sup>9</sup>.

### **§ 4. Sul risarcimento del danno di cui all'art. 36 D.Lgs. 165/2001 – insufficienza della sanzione.**

Nel frattempo la magistratura italiana doveva decidere le cause che gli erano state rimesse dalla Corte di Giustizia europea e le altre che, via via, i lavoratori precari italiani, promuovevano.

A seguito della sentenza della Corte europea il Tribunale di Genova si pronunciava in data 14.12.2006 (all. 5), 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 dei giudici di merito italiani; tra le tante, si cita quella della Corte di appello di Bari del 23.10.2008 (all. 6), dove si leggono considerazioni difficilmente non condivisibili nell'ottica “distorta” della legislazione italiana in tema:

---

<sup>9</sup> Si veda, per una completa ricostruzione della travagliata vicenda, l'articolo di V. De Michele : *La stabilizzazione del precariato pubblico: il diritto all'assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario*, che si allega sub. 4.

Ai sensi delle norma in esame, il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro di disposizione imperative.

La tesi dell'appellante è che il pregiudizio patito (l'an) consiste nella perdita del posto di lavoro.

La tesi non può essere condivisa.

Il danno risarcibile è quello derivante "dalla prestazione di lavoro".

Già la formula letterale della disposizione è nel senso che il danno che il lavoratore ha subito per aver lavorato e non già per non aver (più) lavorato.

Il rapporto di fatto, instauratosi per effetto della violazione delle norme sopra richiamate, è un rapporto nullo che non può produrre effetto che quello di cui all'art. 2126 c.c.

Il lavoratore non ha diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro perché sia il precetto costituzionale di cui all'art. 97, sia le discipline specifiche riguardanti l'assunzione di personale da parte delle pubbliche amministrazioni (nella specie, art. 5 commi 17 e 18, d.l.10 novembre 1978 n. 702) vietano l'assunzione del personale al di fuori di procedure concorsuali e selettive.

Se, dunque, un diritto al posto di lavoro non è configurabile, la richiesta risarcitoria avanzata dalla ricorrente è inaccoglibile perché ancorata alla lesione di un diritto inesistente.

Vanamente l'appellante invoca le norme in materia di licenziamento.

Prescindendo dal fatto che, in questo caso, non si verte in tema di licenziamento, è assorbente il rilievo che le sanzioni previste dall'art. 18 l. 300/70 (risarcimento e reintegra) conseguono ad una illegittima cessazione del rapporto e al diritto del lavoratore alla prosecuzione del rapporto, mentre, qualora si instauri un rapporto di fatto in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, il rapporto è nullo ab origine (cioè è come se non fosse mai sorto e produce i soli di cui all'art. 2126 c.c.) e il lavoratore non ha alcun diritto a mantenere il suo posto di lavoro.

Il solo danno astrattamente risarcibile è quello dalla perdita di alcune più favorevoli occasioni o, comunque, quello connesso alla prestazione di un'attività che l'amministrazione non avrebbe dovuto riceversi.

Per certo, non può riconoscersi un risarcimento di tipo "sanzionatorio", né è configurabile un danno in re ipsa, come, invece, assume l'appellante.

Invero, nel vigente ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno, così come è indifferente la condotta del danneggiante. Alla responsabilità civile è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tenda ad eliminare le conseguenze del danno arrecato. E ciò vale per qualsiasi danno, compreso il danno non patrimoniale o morale, per cui il risarcimento, proprio perché non possono ad esso riconoscersi finalità punitive, non solo sono irrilevanti lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato, ma occorre altresì la prova dell'esistenza della sofferenza determinata dall'illecito, mediante l'allegazione di concrete circostanze di fatto da cui presumerlo, restando escluso che tale prova possa considerarsi "in re ipsa" (Cass. 1183/2007; conf: Cass n. 10024/1997, n. 12767/1998, n. 1633/2000).

In tema di responsabilità contrattuale è stato ripetutamente affermato che riconoscere il risarcimento del danno al cospetto della prova del solo inadempimento (cosiddetta liquidazione equitativa "in re ipsa") significherebbe

assegnare ad essa una funzione di sanzione civile punitiva estranea al sistema risarcitorio previsto dal codice civile (cfr., ex plurimis, Cassazione civile, sez. lav. 08 ottobre 2007 n. 21025).

A riguardo Cass. SS. UU. 6572/2006 ha affermato: non può infatti non valere anche in questo caso, la distinzione tra “inadempimento” e “ danno risarcibile” secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attingono alla perdita o al mancato guadagno che siano “conseguenza immediata e diretta” dell’inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio (in tal caso chiaramente si è espressa la Corte Costituzionale n. 372 del 1994). D’Altra parte – mirando il risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta - ove diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile. In altri termini la forza rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l’attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma - castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento.

Anche in tema di responsabilità extracontrattuale valgono i medesimi principi.

Ex multis, può essere ricordata Cassazione civile. Sez. III, 04 luglio 2007, n. 15131: in tema di risarcimento del danno da responsabilità aquiliana ( sia esso patrimoniale che non patrimoniale) occorre che sia provata l’esistenza del danno di cui si richiede il risarcimento, non potendo ritenersi che il danno sia “ *in re ipsa*”, cioè coincida con l’evento, che invece è un elemento dal fatto produttivo del danno.

Ed anche la disposizione di cui all’art. 18, comma 4 (Il giudice con la sentenza di cui al primo comma condanna il datore di lavoro al risarcimento dal 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) non svolge, come erroneamente assume l’appellante sulla scorta di alcune sentenze di merito, una funzione sanzionatoria o punitiva, in quanto il datore di lavoro, ove venga dichiarato illegittimo il licenziamento , è tenuto a versare al dipendente le retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegrazione a titolo risarcitorio, tant’è che, pacificamente, va detratto *l’aliunde perceptum*.

La previsione di una misura minima di risarcimento, ( cinque mensilità) assolve la funzione di rafforzare la tutela patrimoniale del lavoratore illegittimamente licenziato, e costituisce una presunzione *juris et “ de iure”* del danno, assimilabile, ad una sorta di penale connaturata al rischio di impresa (cass. 18146/2007); e la clausola penale rappresenta, nel nostro ordinamento, una liquidazione preventiva della prestazione risarcitoria, nient’altro riconducibile all’istituto dei *punitive damages* proprio del diritto nordamericano ( così, in motivazione, cass. 1183/2207).

In conclusione la richiesta risarcitoria (...) va rigettata.

Dunque l’art. 36 del Decreto legislativo 165/2001 prevede che il danno risarcibile sarebbe quello derivante dalla prestazione di lavoro illegittima e non

nella perdita del posto di lavoro. In altri termini, si legge nella citata decisione, 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 citata decisione) che derivi dall'aver 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 Decreto legislativo 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 di fatto inesistente e, dunque, neppure un risarcimento a favore del lavoratore.

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 (certamente almeno in Italia).

Sulla stessa linea cominciavano a muoversi diversi giudici italiani, sicché il risarcimento del danno, a fronte dell'utilizzo pur riconosciuto come abusivo di contratti a termine da parte della amministrazione pubblica nazionale, diveniva un'entità del tutto improbabile ed impalpabile e priva dell'efficacia che, come abbiamo visto, la Corte europea imponeva avessero le misure preventive ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva.

#### **§ 5. L'ordinanza del Tribunale di Rossano calabro del 14.12.2009**

Tale essendo lo stato della giurisprudenza nazionale pareva evidente come la situazione italiana fosse in palese contraddizione con la Direttiva CE, ed in particolare con la sua Clausola n. 5, che 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, che inizialmente si era pronunciato per il risarcimento del danno, con ordinanza 14.12.2009 (all. 7), preso atto della confusione giurisprudenziale che si era venuta a creare, ha inevitabilmente dovuto nuovamente investire della questione la Corte europea.

In tale ordinanza, viene accuratamente esaminata la disciplina del lavoro a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, con particolare riferimento alla situazione dei lavori socialmente utili (LSU)<sup>10</sup> e degli operatori della scuola, 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.

---

<sup>10</sup> Oggetto poi di una successiva, specifica ordinanza dello stesso giudice alla Corte europea, il cui procedimento si è recentemente concluso con la sentenza Sibilio del 15.3.2012 in causa C-157/11, con la quale la Corte ha stabilito la necessità della valutazione concreta della prestazione da parte del giudice nazionale, con riferimento alla clausola 2, punto 2 della Direttiva.

### **§ 6. L'art. 5 comma 4 bis introdotto con la legge 247/2007**

Nel frattempo, in parallelo con il processo di stabilizzazione cui si fatto cenno, al fine di (finalmente) rafforzare la prevenzione degli abusi, in attuazione del Protocollo Welfare del 23 luglio 2007 tra Governo e Parti sociali e della Direttiva 1999/70/CE, l'art. 1, comma 40 Legge n. 247/2007 aveva aggiunto all'art. 5 del Decreto legislativo 368/2001 il comma 4 bis che, successivamente modificato dall'art. 21, commi 2 e 3, decreto legislativo n.112/2008 (come modificato in sede di conversione dalla legge n.133/2008), così prevede:

**«Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve le 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.».**

Al fine di chiarire le finalità della disposizione *de qua* occorre fare alcune precisazioni.

La sanzione della trasformazione relativa alle diverse ipotesi previste dalla disciplina dei "contratti successivi" di cui ai commi 2, 3, 4 e 4 bis dell'art. 5 decreto legislativo 368/2001 è cosa diversa rispetto a quella della nullità del termine contrattuale, quale conseguenza delle violazioni degli artt. 1, 2, 3 e 4 del medesimo decreto, che attengono ad un difetto genetico o di formazione del contratto e dunque ad un suo vizio che ne infirma la validità, relativamente al termine apposto.

Per la conversione prevista dall'art. 5 del Decreto legislativo 368/2001, infatti, a nulla rileva la "causa" del contratto di lavoro subordinato, cioè la giustificata (o meno) formale e/o sostanziale dell'apposizione del termine per l'esistenza di ragioni oggettive "temporanee", importando solamente il mero decorso del tempo che travalichi il limite dei 36 mesi prescritto dalla legge<sup>11</sup>.

Dunque ben si potrebbe versare nell'ipotesi di contratti a termine tutti

---

<sup>11</sup> Ovvero la sua prosecuzione oltre il termine fissato (comma 1 e 2) o l'inesistenza di un intervallo adeguato tra due contratti a termine (comma 3 e 4)

legittimamente stipulati ma comunque determinanti la conversione del rapporto a tempo indeterminato in quanto in essere da un periodo superiore a 36 mesi.

### **§ 7. L'ordinanza Affatato della Corte di Lussemburgo**

La Corte di giustizia, investita come detto dall'ordinanza del Giudice di Rossano, si pronuncia nuovamente sulla normativa italiana con l'Ordinanza Affatato che abbiamo già citato.

L'importanza di tale pronuncia, oltre che per il suo contenuto decisivo sul punto, si manifesta ancor più in relazione al procedimento di cui ne rappresenta l'esito.

Infatti è stata proprio l'Italia stessa ad ammettere, nelle conclusioni scritte dell'Avvocatura generale dello Stato, l'operatività integrale nel pubblico impiego della disciplina sul contratto a termine di cui al D.Lgs.n.368/2001, quindi, anche dell'intero art.5 in materia di sanzioni e successione di contratti (punti 25-39).

In particolare l'Avvocatura, ai punti 60-73, forniva argomentazioni poi specificatamente richiamate nella stessa ordinanza della Corte:

**«60. Come riconosciuto dallo stesso giudice del rinvio, la Corte di giustizia si è già occupata della questione sollevata nelle sentenze coeve e di analogo contenuto del 7 settembre 2006, causa C-53-04, Sardino e C-180/04, Vassallo.**

**61. Con tali pronunce, la Corte di giustizia ha ritenuto che l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga 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.**

**62. La Corte ha ritenuto quindi che la normativa italiana contenesse tale altra misura effettiva volta a prevenire ed a sanzionare i predetti abusi.**

**63. Il giudice del rinvio ritiene però che in quell'occasione il quadro normativo era stato rappresentato in maniera parziale e che lo stesso si sarebbe comunque evoluto.**

**64. In proposito non può non rilevarsi che, nella ponderosa ordinanza di rinvio, il quadro normativo sia ora stato rappresentato in modo del tutto ultroneo rispetto al perimetro rilevante per la decisione della controversia.**

**65. Sarebbe stato infatti sufficiente un richiamo al decreto legislativo n. 368 del 2001 e all'art. 36, comma 5 del decreto legislativo n. 165 del 2001, che - rispondendo così al quesito n. 10 - costituiscono la normativa generale di recepimento della direttiva 1999/70/CE ed eventualmente alla normativa specifica in materia di contratti a termine nel settore sanitario che invece, singolarmente, il**

giudice del rinvio non esamina affatto, dilungandosi oltremodo nell'analisi di normative, come si è visto, del tutto estranee alla materia del contendere.

66. D'altro canto, l'evoluzione della normativa non può che rafforzare la bontà delle conclusioni già raggiunte dalla Corte di giustizia nelle richiamate sentenze Sardino e Vassallo.

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".

68. Sono stati quindi previsti ulteriori elementi dissuasivi, conformemente a quanto disposto dalla clausola 5 dell'accordo quadro, che non prevede affatto come obbligatoria la sanzione della conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, come riconosciuto anche dal giudice del rinvio a p. 19 dell'ordinanza, ma solo una preferenza di tale misura, che ben può quindi essere esclusa per una determinata categoria di lavoratori, come quelli alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per i quali vige il principio del concorso pubblico ai sensi dell'art. 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001.

69. La clausola 5 dell'accordo quadro rimette infatti agli Stati, previa consultazione con le parti sociali, di stabilire a quali condizioni i contratti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato, lasciando quindi ai Stati medesimi la possibilità di prevedere misure alternative alla predetta conversione del rapporto.

70. Pertanto, dal momento che tale disposizione non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come non stabilisce nemmeno le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi, essa lascia agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia.

71. Ne consegue che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (sentenza Sardino, punti 47 e 48).

72. Tuttavia, la Corte di giustizia ha osservato che, affinché una normativa



nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione (sentenza Vassallo, punto 34).

**73. A tal riguardo una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, è stata ritenuta dalla Corte di giustizia prima facie soddisfare detti requisiti (sentenza Vassallo, punto 40).**».

E così, venendo al contenuto della pronuncia, la Corte ha preliminarmente precisato che trattasi di una scelta discrezionale del legislatore quella di prevedere o meno all'interno dell'ordinamento il divieto di conversione per i contratti a termine, non sussistendo sul punto obblighi né di fonte legislativa né tanto meno costituzionale.

Ciò che è richiesto, invece, è la predisposizione di una tutela effettiva contro il ricorso abusivo allo strumento del contratto a termine.

Il Tribunale di Rossano, infatti, nell'adire pregiudizialmente la Corte ha evidenziato la sussistenza nel nostro ordinamento di una situazione di confusione normativa caratterizzata dall'assenza o dalla gravissima carenza di effettive tutele per il precariato pubblico.

Dunque il Giudice comunitario ha definito i confini della questione, rappresentando la necessità di verificare se il legislatore nazionale avesse rispettato la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario, cioè, in mancanza di norme equivalenti, se ha adottato una o più delle tre misure preventive che la disposizione della Direttiva 1999/70/CE ha previsto come obbligo per gli Stati membri al fine di evitare la precarizzazione (cioè l'uso abusivo) dei contratti a termine, anche nel lavoro pubblico:

**«42 Ciò posto, affinché una normativa nazionale che vieta in via assoluta, nel settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione (v. citate sentenze Adeneler e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49; Vassallo, punto 34, e Angelidaki e a., punti 161 e 184, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 123; Koukou, punti 67 e 86, e Lagoudakis e a., punto 11).**

**43 Occorre ricordare in proposito che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro impone agli Stati membri, onde prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti (v. sentenze Adeneler e a., cit.,**

punti 65, 80, 92 e 101; Marrosu e Sardino, cit., punto 50; Vassallo, cit., punto 35; 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, Racc. pag. I-2483, punti 69 e 70, e Angelidaki e a., cit., punti 74 e 151, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punti 80, 103 e 124, e Koukou, punto 53).

**44** Le misure così elencate nella citata clausola 5, punto 1, lett. a)-c), in numero di tre, attengono, rispettivamente, a ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi (v. citate sentenze Impact, punto 69, e Angelidaki e a., punto 74, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 80, e Koukou, punto 54).

**45** Del resto, quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (citate sentenze Adeneler e a., punto 94; Marrosu e Sardino, punto 51; Vassallo, punto 36, e Angelidaki e a., punto 158, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 125, e Koukou, punto 64).».

Fornire una risposta alla questione è stato per la Corte assai agevole.

Questa, infatti, preso atto dei chiarimenti forniti dall'Avvocatura dello Stato italiano in sede di conclusioni, ne ha dichiaratamente ripreso le osservazioni, ponendole alla base della propria ordinanza.

Dunque nel rispondere alla domanda relativa alla sussistenza o meno di una norma finalizzata alla prevenzione degli abusi, la Corte ha potuto senza alcun dubbio richiamare l'art. 5 comma 4 bis:

**“46** Benché, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, le modalità di attuazione di siffatte norme attengano all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, citate sentenze Adeneler e a., punto 95; Marrosu e Sardino, punto 52; Vassallo, punto 37, e Angelidaki e a., punto 159, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 126, e Koukou, punto 65).

**47** Ne consegue che, quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] direttiva» (citate sentenze Adeneler e a., punto 102; Marrosu e Sardino, punto 53; Vassallo, punto 38, e Angelidaki e a., punto 160, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 127, e Koukou, punto 66).

**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.**

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<sup>12</sup>), 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.

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).».

Al fine di non prestarci ad equivoco alcuno, la Corte non pone – lo si ribadisce – a carico del legislatore italiano un obbligo di non prevedere nel pubblico impiego un divieto di conversione nell'ipotesi di successione di contratti di lavoro a termine illegittimi, purché siano previste altre misure equivalenti di tutela ma, individuando la misura richiesta, in quanto espressamente invocata e ritenuta applicabile al settore del pubblico impiego dalla stessa Avvocatura generale dello Stato italiano, proprio nell'art. 5 comma 4 bis e ritenendola rispondente ai predetti principi, non ha potuto che valutarla e ritenerla congrua.

Dunque, seppure limitatamente alle ipotesi in cui l'utilizzo del contratto a termine si sia protratto per oltre 36 mesi, viene legittimata dalla Corte di Giustizia la sanzione della riqualificazione del rapporto di lavoro in rapporto a

<sup>12</sup> Ordinanza Vassilakis, punto 128: «128 La normativa nazionale di cui trattasi, nei citati casi Marrosu e Sardino e Vassallo prevedeva delle norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, così come il diritto al risarcimento per i danni subiti dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte dell'amministrazione pubblica a dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Mentre la Corte ha lasciato al giudice di rinvio il compito di valutare, in tali casi, in quale misura le condizioni di applicazione e l'attuazione di tale regolamentazione ne fanno una misura adeguata ai fini della clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo quadro, tuttavia, ha indicato che, a prima vista, la detta regolamentazione sembrava soddisfare le esigenze richiamate ai punti da 125 a 127 della presente ordinanza.»

tempo indeterminato.

Pare evidente, peraltro, la radicale differenza di trattamento nell'ipotesi dell'impiego privato, dove la conversione è diretta conseguenza sia dell'illegittimità (anche) del (primo ed unico) contratto, che della reiterazione protratta per oltre 36 mesi, mentre nell'impiego pubblico la riqualificazione avviene solo nella seconda ipotesi.

In tal contesto la Corte europea rileva altresì che una siffatta soluzione non si pone in contrasto con alcun principio fondamentale del nostro ordinamento (sul punto torneremo, con riferimento all'art. 97 Costituzione italiana) e che dunque, laddove si versi nell'ipotesi di contratti nel pubblico impiego che siano stati stipulati nel rispetto delle norme che regolamentano le assunzioni ma relativi a fattispecie ipoteticamente escluse dall'ambito di applicazione della norma, la trasformazione non è comunque da ritenersi preclusa.

E infine da contrastare la tesi, da taluni adombrata, che le affermazioni dell'Avvocatura a Lussemburgo siano da considerarsi mere difese priva di valore nelle cause avanti al Giudice italiano.

La questione è ampiamente affrontata e superata dalla sentenza del Tribunale di Napoli del 16.6.2011 (pagg. 28 e segg.) che costituisce la applicazione nazionale della Ordinanza UE Affatato (all. 8).

Qui è sufficiente ricordare che il citato giudice ricostruisce l'ordinamento istituzionale europeo evidenziando come gli stati membri non sono "parti" in senso tecnico nel procedimento di rinvio pregiudiziale, ma sono tenuti a cooperare lealmente con la Corte di giustizia sicché:

**Lo Stato quindi non può ritenersi parte nel procedimento di cui alla causa Affatato ed era pertanto obbligato a rispettare il principio di leale cooperazione, non potendosi evincere deroghe in tal senso dal diritto dei Trattati.**

**Ne deriva che lo Stato, quindi l'Italia, doveva e deve rispettare l'obbligo di leale cooperazione anche nei confronti della CGUE: ne consegue che le è vietato rappresentare scientemente fatti e circostanze non veritieri nella causa Affatato<sup>13</sup>.**

Si tratta di considerazioni che siamo certi coincideranno con le valutazioni di codesta Commissione.

### **§ 7. L'art. 5 comma 1 bis – Ulteriori conferme della sua applicabilità al pubblico impiego italiano**

Ma non sono solo gli esiti del procedimento Affatato a far ritenere la applicabilità anche al pubblico impiego italiano dell'art. 5 comma 4 bis del Decreto legislativo 368/2001 e della conseguente convertibilità de rapporto decorsi 36 mesi di svolgimento di rapporti a termine.

Già si è riportato sopra il testo dell'art. 5 comma 1 bis del Decreto legislativo 368/2001, come modificato dal Decreto legge 25 giugno 2008 n. 112.

Il comma 4 ter della stessa legge prevede innanzi tutto espressamente una

---

<sup>13</sup> Sentenza citata, pag. 31.

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 Decreto legislativo 165/2001 con la legge, 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 78) 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. 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.**

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

La nuova versione dell'art. 36 dell'epoca è infatti collegata all'introduzione del limite dei 36 mesi (e della conseguente conversione); diversamente non avrebbe senso che venga improvvisamente *ex novo* vietata la stipulazione di contratti a termine, salvo che per esigenze eccezionali, e venga 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 Decreto legge 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.**

Ancora, con la (ulteriore) modifica operata sull'art. 36 da parte della legge 109/2009, l'art. 17 ha 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 Decreto legislativo 368/2001 e l'art. 36 del Decreto legislativo 165/2001, il legislatore ha escluso unicamente la operatività di alcune delle disposizioni dell'art. 5 Decreto legislativo 368, 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 Decreto legislativo 124/1999, come modificato dal Decreto legge 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 di superamento dei 36 mesi, fosse comunque già stato vietato dall'art. 36 del Decreto legislativo 165/2001.

Ma se ancora risultasse qualche dubbio sul punto, è sufficiente leggere l'art. 2, comma 6, del Decreto legge 225/2010, 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.**

A ciò si aggiunga il recente, ennesimo, intervento nel settore scuola, costituito dall'art. 9, comma 18, del Decreto legge 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.

Tal 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*<sup>14</sup>.

*Trancant*, infine, sono, innanzi tutto, la specifica fattispecie delle Agenzie dei segretari comunali<sup>15</sup>: in quel settore infatti, su specifica indicazione della Funzione pubblica (cfr. nota del 21.12.2009, che si produce sub. 10), in data 22.12.2009 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 (doc. 11), proroga dei contratti in effetti poi concordata individualmente (doc. 12).

A loro dire, si specificava, perché in realtà, l'"accordo" è di dubbia validità al fine indicato; ma questa è un'altra storia che non interessa nel presente procedimento.

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

<sup>14</sup> Sotto tal profilo del tutto errata, sul punto, è la sentenza 2868 del 31.5-13.6.2011 del Tribunale di Milano, est. Di Leo (all. 9), nella quale si ritiene comunque l'applicabilità del D.Lgs. 368 al pubblico impiego, anche argomentando su tale norma, che interpreta nel senso di escludere l'applicabilità del solo art. 5, comma 4 bis al settore scuola, sulla base di una (errata, a nostro avviso) esplicita esclusione, anche "retroattiv-interpretativa", dell'ultima parte della norma. La sentenza del Giudice milanese, comunque, conferma ulteriormente la tesi da noi sostenuta circa l'applicabilità della norma a tutto il pubblico impiego.

<sup>15</sup> Ente recentemente accorpato al Ministero degli Interni in sede di conversione del Decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010



automatica del rapporto occorre una specifica deroga da parte della contrattazione collettiva.

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 con le Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in applicazione dell'art. 5 comma 1 bis (all. 13), finalizzato a non conteggiare l'ulteriore proroga del proprio personale ai fini del raggiungimento del periodo di 36 mesi previsto dalla norma.

Se si aggiunge l'analogo accordo sindacale stipulato dal Comune di Milano di cui di dirà tra poco, pare evidente come l'applicabilità al pubblico impiego della norma di cui all'art. 5 comma 4 bis del Decreto legislativo 368/2001 sia fuori di ogni dubbio.

### **§ 8. Il quadro normativo in tema di successione dei contratti nell'ordinamento italiano**

Come si vede, quindi, dal quadro normativo come sopra ricostruito, pare ai denunciati che non possa dubitarsi dell'applicabilità della misura di conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato laddove la durata complessiva dei rapporti a termine, decorso il periodo di transizione che va dal 1° gennaio 2008 al 31 aprile 2009 per poter conteggiare i contratti precedentemente stipulati<sup>16</sup>, superi i 36 mesi di durata complessivamente considerati.

Molti dei denunciati, quindi, proponevano ricorso avanti al Tribunale di Milano, precisando di avere svolto rapporti a termine, svolgendo le stesse mansioni, per più di 36 mesi.

Tutte le sentenze dell'autorità giudiziaria adita, però rigettavano la domanda di conversione, limitandosi ad accertare la illegittimità delle assunzioni effettuate dal Comune di Milano e, per l'effetto condannandolo al risarcimento del danno, in una misura pari ad un certo numero di mensilità a seconda dei singoli casi (all. 14, 15 e 16: si tratta solo di tre sentenze ma le pronunce sono numerose e tutte sull'identica linea).

Tali decisioni sono basate sulla ritenuta non applicabilità dell'art. 5 comma 1 bis sostenuta dall'Amministrazione comunale di Milano.

<sup>16</sup> Infatti, il comma 43 della legge 247/2007, prevedeva una disciplina transitoria, secondo la quale: *43. 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;*

*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.*

La misura del risarcimento del danno viene individuata secondo criteri personali di ciascun giudice (generalmente un mese ogni anno lavorato o contratto stipulato) e costituisce una evidente forzatura dei principi in tema di risarcimento del danno vigenti in Italia, forzatura effettuata al solo scopo di dare "dignità" alla norma che prevede il risarcimento del danno.

Si tratta quindi di sentenze che, sulla base della giurisprudenza della Corte di Cassazione (di cui si dirà di seguito) rischiano di essere riformate.

Analoga posizione, peraltro, è stata assunta dalle altre amministrazioni dello Stato italiano in altri procedimenti attualmente in corso.

Si producono, in questa sede alcune delle memorie di costituzione dell'Avvocatura dello Stato Italiano in detti procedimenti, dalle quali si evince che la posizione dello Stato italiano è nel senso della non possibilità di conversione del rapporto, nonostante nei relativi atti introduttivi (parimenti prodotti in uno con la memoria di costituzione) fosse stata dedotta la circostanza e chiesta esplicitamente l'applicazione del predetto art. 5 comma 1 bis (doc. 17, 18 e 19).

Per il vero, come si potrà notare, la posizione difensiva delle Amministrazioni e dello Stato italiano nei predetti atti difensivi è alquanto ambigua, in quanto si evita di affrontare direttamente l'applicabilità della norma ricordata.

Le prime pronunce del Tribunale di Milano, di cui si è detto, sono evidentemente influenzate dalla posizione assunta dall'Amministrazione comunale di Milano e dalle Amministrazioni centrali dello Stato italiano<sup>17</sup>.

#### **§ 9. L'Accordo sindacale del 20.02.2012 Comune di Milano – OO.SS.**

Il quale Comune di Milano, peraltro, in palese contraddizione con la posizione assunta nelle difese in giudizio, ha poi raggiunto nel febbraio 2012 un accordo sindacale (peraltro siglato da una sola delle tre OO.SS. maggiormente rappresentative, unitamente ad un piccolo sindacato autonomo, all. 20) in applicazione di un'intesa quadro raggiunta nel dicembre 2011 (all. 21) accordo con il quale, in applicazione della prima parte dell'art. 5 comma 1 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 sulla base 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

---

<sup>17</sup> Ed anche peggio è andata ad una lavoratrice tuttora operante con contratto a termine presso il Ministero degli interni, che si è vista rifiutare il risarcimento del danno con sentenza del 19 marzo 2012 (all. 29) in ragione del fatto che il suo contratto a termine è ancora in corso e che l'Amministrazione avrebbe promesso la sua stabilizzazione (che avrebbe dovuto avvenire due anni fa ma che è stata rinviata *sine die*).

e rendendo priva di effettività la misura preventiva imposta agli Stati membri dalla clausola 5 della direttiva<sup>18</sup>.

### **§ 10. L'intervento della Corte di cassazione – la sentenza 392 del 13.1.2010**

In questo quadro complessivo di poca chiarezza è pesantemente intervenuta la Corte di cassazione con la sentenza 392 del 13.1.2012 (doc. 23).

In quella causa si discuteva della richiesta di conversione di un contratto a termine con l'Azienda sanitaria locale di Marsala, ovvero in subordine di risarcimento del danno.

La particolarità di tale causa, anche a voler prescindere che si trattava di un contratto stipulato anteriormente all'approvazione della norma di cui all'art. 5 comma 1 bis di cui si è detto nel presente atto, è che si trattava di un unico contratto<sup>19</sup>.

Dunque la fattispecie era del tutto estranea alla disciplina di cui alla clausola 5 della Direttiva UE 1999/70 e, dunque, a maggior ragione, dell'art. del Decreto legislativo 368/2001. Ciò risulta chiaro dalla semplice lettura della sentenza di appello di Palermo e dal ricorso in Cassazione della parte lavoratrice (all. 24 e 25).

Ciò nonostante, la Corte di Cassazione, con una particolare sentenza, caratterizzata tra l'altro dalla sostituzione del relatore con il del Presidente del collegio, si dilunga in una serie di affermazioni di diritto in merito alla non applicabilità ai rapporti di pubblico impiego della disciplina relativa alla successione dei contratti di cui all'art. 5 del Decreto legislativo 368/2001, ivi compresa, quindi la norma che prevede al trasformazione a tempo indeterminato in ipotesi di protrazione dei contratti a termine oltre i 36 mesi.

Fa specie, peraltro, tale particolarità, poiché la Corte di Cassazione è l'organo a cui è affidata la funzione nomofilattica del diritto italiano dall'art.65 della legge sull'ordinamento giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941 n.12).

La funzione nomofilattica si esplica attraverso enunciazione di principi di diritto che servono da guida a tutti i giudici italiani nella risoluzione delle controversie che debbono decidere.

Pare dunque evidente che tali principi di diritto hanno valore ove siano resi nel contraddittorio tra la parti in causa, nell'ambito della materia come delineata dalle parti negli atti introduttivi del giudizio e discussa nella causa, come specificata in sede di appello e come delineata e discussa in sede di legittimità.

Nella specie è agevole rilevare come il principio di diritto espresso dalla Corte

<sup>18</sup> L'accordo è peraltro di dubbia legittimità: come afferma l'avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni rese nella causa Jansen (C-313/10) del 15.9.2011 (doc. 22), il riferimento a settori che giustificano la deroga alla norma imperativa di cui alla clausola 5 non può che riguardare i settori (merceologici) e non certamente la semplice natura del datore di lavoro.

<sup>19</sup> Il contratto era stato oggetto di una proroga, ma la circostanza non veniva dedotta come se fosse una successione di contratti.

di Cassazione nella sentenza 393/2012 sia stato reso nell'assenza assoluta di contraddittorio, su una materia, cioè, la successione dei contratti a termine, che non era la materia del contendere perché le parti non l'avevano dedotta in causa e dunque non avevano avuto modo né possibilità di contraddire, così partecipando ad una corretta formazione del principio di diritto stabilito che, dunque, pare "calato" dall'alto dell'autorevole consesso.

Per di più la Corte di cassazione si spinge a dire che la Corte di Giustizia di Lussemburgo avrebbe avallato, con la già citata ordinanza Affatato del 1.10.2010, la legittimità della distinzione del sistema sanzionatorio tra il settore privato e quello pubblico. Cosa assolutamente inesatta, poiché la Corte europea si è limitata a prendere atto delle dichiarazioni dello Stato italiano in merito all'applicabilità dell'art. 5, comma 1 bis del D.Lgs. 369/2001, ritenendo che la conversione del rapporto dopo 36 mesi fosse misura idonea al fine perseguito dalla Direttiva.

In ogni caso la Corte europea non ha mai, in nessuna sentenza, avallato una distinzione tra le sanzioni che possono essere adottate nel settore pubblico rispetto a quello privato, limitandosi ad affermare che non osta alla Direttiva la previsione della non conversione nel settore pubblico, ferma restando, però, l'effettività delle misure alternative, da valutarsi da parte del giudice nazionale.

Ma non solo: si legge infatti ancora nella citata sentenza della Corte di cassazione:

**8.1. La Corte territoriale - dopo avere premesso che il D.Lgs. n. 165 del 2001, citato art. 36 ha inteso garantire il lavoratore interessato al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative - ha poi, nel respingere la domanda dell' A., precisato che la prospettazione del danno da parte dello stesso non risultava supportata da elementi di riscontro probatorio, per essere ancorata ad una eventualità non verificati e cioè ad occasioni di lavoro che si sarebbero potute verificare in futuro.**

**8-2. Nel ricorso si censura tale punto della decisione di merito sul presupposto che il danno era nel caso di specie *in re ipsa*, dovendosi quindi il dipendente ritenersi esentato dal relativo onere probatorio. Tale assunto però appare contrario ad un costante indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il risarcimento dei danni scaturenti dal rapporto lavorativo - quale ad esempio il danno biologico o quello di perdita di chance - va provato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento e, quindi, anche attraverso la prova per presunzioni, sottoponendo alla valutazione del giudice precisi elementi in base ai quali sia possibile risalire attraverso un prudente apprezzamento alla esistenza dei danni denunciati (cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008 n. 26972 ed in precedenza Cass., Sez. Un., 24 marzo 2006 n. 6572).**

Ora, se alla quantificazione del risarcimento del danno si deve fare riferimento ai principi stabiliti dalle Sezioni unite della Cassazione italiana nella citata sentenza 6572 del 2006 (all. 26), pare evidente che ritorna alla situazione già descritta più sopra (cfr. § 4.), con la conseguenza che la quantificazione del risarcimento del danno diventa una *probatio diabolica*, se non del tutto

impossibile<sup>20</sup>.

Situazione del tutto paradossale poi, ove si consideri che il legislatore italiano è recentemente intervenuto con una norma, l'art. 32 della legge 183/2010 che, nel settore privato, prevede la liquidazione di un'indennità risarcitoria nella misura da 2,5 a 12 mensilità nell'ipotesi di conversione del contratto a termine nullo in contratto a tempo indeterminato, indennità del tutto slegata dall'onere di provare gli effettivi danni subiti dal lavoratore e, addirittura, dall'eventuale *aliunde perceptum* medio tempore.

Con l'effetto che si ritorna *ab ovo*, ovvero alla situazione che aveva indotto il

---

<sup>20</sup> Così si era pronunciato il massimo organo incaricato, ai sensi del Regio decreto 12/1941, artt. 65 e segg., dell'uniforme applicazione del diritto sul territorio nazionale nella citata sentenza (all. 30):

6 (...) *Non è dunque sufficiente la prova della dequalificazione, dell'isolamento, della forzata inoperosità, dell'assegnazione a mansioni diverse ed inferiori a quelle proprie, perché questi elementi integrano l'inadempimento del datore, ma, dimostrata questa premessa, è poi necessario dare la prova che tutto ciò, concretamente, ha inciso in senso negativo nella sfera del lavoratore, alterandone l'equilibrio e le abitudini di vita. Non può infatti escludersi, come già rilevato, che la lesione degli interessi relazionali, connessi al rapporto di lavoro, resti sostanzialmente priva di effetti, non provochi cioè conseguenze pregiudizievoli nella sfera soggettiva del lavoratore, essendo garantito l'interesse prettamente patrimoniale alla prestazione retributiva; se è così sussiste l'inadempimento, ma non c'è pregiudizio e quindi non c'è nulla da risarcire, secondo i principi ribaditi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 378 del 1994 per cui "E' sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art. 1223 cod. civ., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato".* 6. *Ciò considerato in tema di allegazioni e passando ad esaminare la questione della prova da fornire, si osserva che il pregiudizio in concreto subito dal lavoratore potrà ottenere pieno ristoro, in tutti i suoi profili, anche senza considerarlo scontato aprioristicamente. Mentre il danno biologico non può prescindere dall'accertamento medico legale, quello esistenziale può invece essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva, che dimostri nel processo "i concreti" cambiamenti che l'illecito ha apportato, in senso peggiorativo, nella qualità di vita del danneggiato. Ed infatti - se è vero che la stessa categoria del "danno esistenziale" si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accettabile, del pregiudizio esistenziale: non meri dolori e sofferenze, ma scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso - all'onere probatorio può assolversi attraverso tutti i mezzi che l'ordinamento processuale pone a disposizione: dal deposito di documentazione alla prova testimoniale su tali circostanze di congiunti e colleghi di lavoro. Considerato che il pregiudizio attiene ad un bene immateriale, precipuo rilievo assume rispetto a questo tipo di danno la prova per presunzioni, mezzo peraltro non relegato dall'ordinamento in grado subordinato nella gerarchia delle prove, cui il giudice può far ricorso anche in via esclusiva (tra le tante Cass. n. 9834 del 6 luglio 2002) per la formazione del suo convincimento, purché, secondo le regole di cui all'art. 2727 cod. civ. venga offerta una serie concatenata di fatti noti, ossia di tutti gli elementi che puntualmente e nella fattispecie concreta (e non in astratto) descrivano: durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro della operata dequalificazione, frustrazione di (precisate e ragionevoli) aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti la avvenuta lesione dell'interesse relazionale, gli effetti negativi dispiegati nella abitudini di vita del soggetto; da tutte queste circostanze, il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico (tra le tante Cass. n. 13819 del 18 settembre 2003), complessivamente considerate attraverso un prudente apprezzamento, si può coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.*

*D'altra parte, in mancanza di allegazioni sulla natura e le caratteristiche del danno esistenziale, non è possibile al giudice neppure la liquidazione in forma equitativa, perché questa, per non trasmodare nell'arbitrio, necessita di parametri a cui ancorarsi.*

Come si vede le considerazioni della Corte di appello di Bari, da noi citata al § 4. si erano attenute esattamente a questi principi, con la conseguenza, inevitabile, di negare il risarcimento del danno.

Tribunale di Rossano calabro a rivolgersi alla Corte europea con il provvedimento che ha portato alla Ordinanza Affatato del 1.10.2010.

E' dunque chiaro che l'intervento della Cassazione, a "piedi uniti" e con le modalità e caratteristiche dette, è stato effettuato con il precipuo scopo di "frenare" i giudici di merito, una parte dei quali sta vivendo con non pochi affanni il "divieto" imposto dall'Amministrazione centrale dello Stato italiano di convertire i contratti in ipotesi di loro reiterazione oltre il 36mo mese.

Non vi è dubbio, in ogni caso, che tale decisione avrà effetti sulle pronuncia dei Tribunali italiani, così pregiudicando i legittimi diritti dei denunciati che si fondano sull'effettività delle misure di cui alla clausola 5 della Direttiva.

### **§ 11. L'art. 97 della Costituzione italiana**

Lo Stato italiano, interrogato sulla presunte denuncia, si difenderà certamente richiamando l'art. 97 della Costituzione italiana, secondo il quale

**I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge [cfr. art. 95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.**

**Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari [cfr. art. 28].**

**Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge [cfr. art. 51 c.1].**

Occorre allora dire che il concorso è certamente in crisi, e per delle ottime ragioni.

Nel lontano 1948, i padri costituenti italiani inserirono l'istituto nella neonata Costituzione della repubblica italiana l'art. 97, secondo il quale, come si è visto, *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 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, nel caso di assunzione presso una amministrazione pubblica, rischiano però di rimanere senza sanzioni, salvo, come è detto nell'art. 36, citato, il risarcimento del danno in favore dei lavoratori illegittimamente assunti (e che, come abbiamo visto, sembra essere, di fatto, una sanzione del tutto teorica).

Ora, già si è detto che il concorso per l'accesso al lavoro nel pubblico impiego sia un istituto che non ha l'importanza che ha in Italia nel resto dell'Unione

europea.

Se ne ha conferma in sede giurisdizionale a Lussemburgo dove la Corte di giustizia, pronunciandosi su istanza della Commissione, 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 la mancanza del superamento di un concorso, nella sentenza del 26 ottobre 2006 rileva:

**15. (...) Secondo il governo italiano, il riconoscimento dell'esperienza professionale e dell'anzianità acquisite in uno stato membro dal lavoratore comunitario successivamente impiegato nel settore pubblico italiano è subordinato all'assunzione previo concorso, come accade in Italia.**

**16. In proposito, risulta da una giurisprudenza costante che, in forza dell'art. 39 CE, qualora, assumendo personale per i posti che non rientrano nella sfera di applicazione del n. 4 di tale disposizione, un ente pubblico di uno stato membro stabilisca di prendere in considerazione le attività lavorative svolte in precedenza dai candidati presso una pubblica amministrazione, tale ente non può, nei confronti dei cittadini comunitari, operare alcuna distinzione a seconda che tali attività siano state esercitate nello Stato membro cui appartiene detto ente o in uno stato membro (v. in particolare sentenza 23 febbraio 1994, causa C-419/92, Scholz, racc. pag. I-505, punto 12; 12 maggio 2005, Commissione/Italia, cit. punto 14 , e 23 febbraio 2006, causa C-205/04, Commissione/Spagna, non pubblicata nel raccolto, punto 14).**

**17. Per quanto riguarda l'art. 7 del regolamento, occorre ricordare che tale articolo costituisce solamente una particolare espressione del principio di non discriminazione – sancito dall'art. 39, n. 2 CE – nel campo specifico delle condizioni di impiego e di lavoro e che, pertanto, deve essere interpretato nello stesso modo di quest'ultimo articolo (sentenza Commissione c/ Spagna, punto 15).**

**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.**

Nella motivazione, peraltro si osserva che già in precedenza l'Italia era stata condannata (nella causa C-278/03) per l'identico motivo.

Sotto un diverso aspetto si osserva che il principio del pubblico concorso è già venuto meno con riferimento a quegli impieghi pubblici relativi alle categorie di cui all'art. 35 del D.Lgs. 165/2001, ovvero per le qualifiche di accesso alla carriera nelle pubbliche amministrazioni.

In tal senso di veda la sentenza 9555/2010 della Corte di Cassazione italiana

(all. 27), relativa ai portieri dell'Inail.

D'altro canto va anche detto che un ulteriore colpo al principio del pubblico concorso è stato dato dalla Corte costituzionale italiana che, con la sentenza 41 del 2011 (all. 28) ha sostanzialmente equiparato i concorsi effettuati per l'accesso alle graduatorie per l'assunzione a termine del precari della scuola (dichiarando l'illegittimità della norma che imponeva il loro posizionamento in coda alle graduatorie in caso di trasferimento ad altra provincia) ai concorsi per l'accesso al pubblico impiego.

Insomma, come si vede, la difesa del pubblico concorso rischia di rimanere una battaglia di retroguardia che ha l'unico effetto quello di porre l'Italia al di fuori del sistema europeo (e creare un esercito di lavoratori precari).

Peraltro, proprio con riferimento alla citata pronuncia della Consulta 41/11, non può sottacersi che, nel caso specifico dei denunciati, come si è detto in fatto, gli stessi hanno superato un apposito concorso per l'occupazione del posto ove operano e/o hanno operato, sicché, anche sotto tale subordinato profilo, il rispetto dell'art. 97 Costituzione sarebbe garantito, soprattutto se non si ostinasse e negare pervicacemente l'applicabilità dell'art. 5 comma 4 bis del Decreto legislativo 368/2001 anche al pubblico impiego, così consentendo la riqualificazione del rapporto decorsi 36 mesi di rapporti a termine.

Lo stesso art. 97, come si è visto, stabilisce l'obbligo del concorso salvi, però, *i casi stabiliti dalla legge*.

## **§ 12. La violazione della Direttiva 1999/70 UE**

I fatti che si sono succintamente descritti, i comportamenti contraddittori tenuti dallo Stato italiano e dalle sue Amministrazioni, avanti alla Corte europea e alla magistratura nazionale, nonché in sede legislativa e di contrattazione collettiva, gli interventi che non esitiamo a dire irrituali da parte del massimo organo giurisdizionale italiano a cui compete la uniforme applicazione del diritto sul territorio italiano, indicano a ritenere che lo Stato italiano, considerato nel complesso delle sue strutture<sup>21</sup> stia ponendo in essere comportamenti finalizzati a sottrarre il personale alle dipendenze, sue e delle amministrazioni che da esso dipendono, all'applicazione della clausola 5 della Direttiva, con la conseguenza della privazione di tutele in capo ai denunciati e, più in generale, a tutti i lavoratori pubblici italiani.

Pare infatti evidente che privare la norma preventiva di cui all'art. 5, comma 1 bis del Decreto legislativo 368/2001, della possibilità di convertire il contratto per il solo settore pubblico significa privare di ogni misura preventiva e repressiva la successione di contratti e, quindi, rendere priva di effettività la norma dispositiva circa la durata massima dei contratti, tanto più che lega la residua misura del risarcimento del danno previsto dall'art. 36 del Decreto legislativo 165/2001 ad un onere della prova tanto pregnante da rendere diabolico per il dipendente oggetto della reiterate assunzioni provare i danni conseguenti.

---

<sup>21</sup> CGUE, sentenza Gaviero gaviero 22.11.2011 in causa C-449/09, punto 72 ed ivi ulteriori richiami.



**P.Q.M.**

si chiede che la Commissione, in forza dei suoi poteri, voglia aprire una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano per violazione della clausola 5 dell'Accordo quadro 18.3.1999 allegato alla Direttiva UE 1999/70 del 28.6.1999 per tutti i motivi esposti nella presente denuncia.

Si autorizza l'indicazione dell'identità degli scriventi e dei denunciati nei rapporti con lo Stato italiano e gli altri Stati membri.

Questa denuncia viene presentata contestualmente mediante spedizione alla Segreteria generale della Commissione Europea, B-1049 Belgio, e mediante consegna diretta alla Rappresentanza della Commissione Europea a Roma, via IV Novembre 149.

Si allega :

1. Corte costituzionale italiana 41/2000
2. Corte di Cassazione italiana 12985/2008
3. Corte Costituzionale italiana n. 89/2003
4. V. De Michele: La stabilizzazione del precariato pubblico: il diritto all'assunzione quale misura sanzionatoria imposta dal diritto comunitario
5. Tribunale Genova 14.12.2006
6. Corte di appello Bari 23.10.2008
7. Ordinanza Tribunale Rossano calabro 14.12.2009
8. Sentenza Tribunale Napoli 16.6.2011
9. sentenza Tribunale di Milano 13.6.2011
10. nota Funzione pubblica Italiana 21.12.2009
11. accordo sindacale Agenzia segretari comunali 22.12.2009
12. contratto con dipendenti Agenzia 22.12.2009
13. accordo ARAN 29.9.2010
14. Tribunale di Milano
15. Tribunale di Milano
16. Tribunale di Milano
17. ricorso lavoratore e memoria di costituzione Ministero degli Interni italiano
18. ricorso lavoratore e memoria di costituzione Ministero Università e ricerca
19. ricorso lavoratore e memoria di costituzione
20. accordo Comune Milano – OO.SS. 20.2.2012
21. accordo quadro Comune Milano OO.SS. dicembre 2011
22. conclusioni avvocato generale Jääskinen in causa C-313/10
23. Corte di Cassazione italiana 392/2012
24. sentenza Tribunale Palermo
25. ricorso in Cassazione
26. Corte di Cassazione italiana 6572/2006
27. Corte di Cassazione italiana 9555/2010
28. Corte costituzionale italiana 41/2001
29. tribunale Torino 19.3.2012

Milano, lì 2 aprile 2012

Sergio Galleano

Vincenzo De Michele

