

L'abusiva reiterazione di contratti temporanei

La *non* conversione nel regime «generale»
del pubblico impiego privatizzato

COSTANTINO CORDELLA

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro

1. Il rimedio risarcitorio contro l'abusivo utilizzo dei contratti temporanei nel pubblico impiego. Cenni – 2. La Corte di Giustizia sul tema delle sanzioni per i contratti a termine: la comparabilità con le tutele per il lavoro stabile e la diversità tra settore pubblico e privato – 3. Gli effetti del caso Papalia sulla giurisprudenza nazionale: una quantificazione univoca del risarcimento del danno e l'intervento delle Sezioni Unite – 4. Il definitivo tramontare dell'orientamento (minoritario) favorevole alla conversione del rapporto a tempo indeterminato

1. IL RIMEDIO RISARCITORIO CONTRO L'ABUSIVO UTILIZZO DEI CONTRATTI TEMPORANEI NEL PUBBLICO IMPIEGO. CENNI

Per misurare il grado di effettività del sistema sanzionatorio contro l'utilizzo abusivo dei contratti flessibili nel pubblico impiego privatizzato, occorre riallacciarsi alla più generale tematica delle sanzioni civili che sono destinate a riparare le lesioni subite dai lavoratori per i comportamenti illegittimi del datore di lavoro. In tale contesto, suole distinguersi tra le tutele pecuniarie che garantiscono un ristoro generico e quelle *stricto sensu* normative che consentono la reintegrazione in forma specifica della posizione lavorativa violata dalla condotta aziendale.

Tale ripartizione permette di mettere in luce, infatti, come nel settore pubblico, l'esistenza di un sistema di tutele di tipo solo risarcitorio possa essere in conflitto con la necessità, in un'ottica del diritto multilivello, di definire meccanismi operanti non solo sotto il profilo giuridico-formale della correzione in forma generica del regolamento contrattuale, ma anche sul piano della riparazione effettiva delle posizioni soggettive lese.

Tenuto conto del bisogno di stabilità dei lavoratori temporanei, il pregiudizio ad essi arrecato in caso di abusivo utilizzo dei contratti flessibili, assume una veste irreversibile vista l'inapplicabilità nel settore pubblico della sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, con l'effetto di lasciare ipotizzare, secondo una delle interpretazioni avanzate dalla giurisprudenza, che una tutela *alternativa e adeguata* richieda il riconoscimento di un risarcimento economico commisurato alla perdita del posto di lavoro (¹).

Tra l'altro, l'attuazione del rimedio risarcitorio per la violazione delle norme sull'utilizzo flessibile dei lavoratori pubblici è ancora oggi affidata alla lettera dell'art. 36, comma 5 del d.lgs. n.165/2001. Tale norma non è stata modificata neppure con il recepimento nell'ordinamento interno della direttiva europea 99/70 e la giurisprudenza nazionale, per renderne il contenuto compatibile con la disciplina comunitaria, è stata costretta ad evidenti forzature interpretative del dettato letterale, subendo per tale volontà "interventista" l'accusa di sostituirsi indebitamente al legislatore.

In questa sede, non sarà possibile fare richiamo, neppure indirettamente, alle peculiarità che derivano dall'applicazione dell'art. 36, co. 5 cit. per ciascuna delle diverse forme di impiego flessibile utilizzate nel settore pubblico, visto che il nostro campo di indagine sarà limitato ai soli effetti connessi alla violazione delle norme in caso di utilizzo del lavoratore con plurimi contratti a termine.

Ciò nonostante, è evidente come il discorso sulla genesi e sulle modalità di quantificazione del risarcimento del danno si estenda agli altri modelli contrattuali flessibili almeno in quelle ipotesi in cui la violazione della disciplina privata stabilisce l'applicazione della conversione del rapporto a tempo indeterminato visto che, in tali casi, il divieto previsto all'art. 36, co.5 cit. di adottare tale sanzione per il settore pubblico fa sì che l'unica forma di tutela effettiva sia il rimedio risarcitorio.

Alla luce del campo di indagine preso in osservazione, è necessario iniziare il discorso illustrando le implicazioni che *in subiecta materia* derivano dal sistema sovranazionale e, perciò, alla necessità che le sanzioni civili previste per il lavoro temporaneo dal diritto interno siano conformi alle clausole della direttiva 99/70, come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

¹ Cfr. *ex plurimis* T. Genova 25 marzo 2011, RIDL, 2012, n. 2, 418, nt. A. PREMOLI, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA: la breccia è aperta, ma il muro non crolla*.

2. LA CORTE DI GIUSTIZIA SUL TEMA DELLE SANZIONI PER I CONTRATTI A TERMINE: LA COMPARABILITÀ CON LE TUTELE PER IL LAVORO STABILE E LA DIVERSITÀ TRA SETTORE PUBBLICO E PRIVATO

Sono oramai diversi lustri che si discute della compatibilità con il diritto comunitario della disciplina regolativa del lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego; sebbene le tesi prevalenti non discutano della effettiva presenza di un impianto legislativo improntato alla repressione degli abusi, ad essere stigmatizzata è l'eterogeneità delle soluzioni applicative che ad esso viene connessa laddove, in assenza di una interpretazione univoca delle disposizioni legislative previste, è stata revocata in dubbio anche la capacità del sistema di essere adeguato, effettivo e dissuasivo, come richiesto dalla Corte di Giustizia ⁽²⁾.

Può dirsi sul tema che, se per il precariato del settore scolastico ⁽³⁾, il sistema di contrasto alla proliferazione dei contratti temporanei, alla luce di quanto affermato di recente nella sentenza *Mascolo*, ha richiesto una revisione immediata ⁽⁴⁾, per il precariato non scolastico, la cui disciplina subisce minori differenze rispetto al settore privato, il problema della compatibilità con la direttiva europea 99/70 si pone per l'individuazione di una interpretazione «comunitariamente» orientata dell'art. 36, comma 5 del d.lgs. n. 165/2001 ⁽⁵⁾.

Prima di far emergere le criticità che, quindi, sono collegate al sistema sanzionatorio dei rapporti pubblici qui presi in esame, conviene avere sotto mano

² Cfr. *ex plurimis* C. giust. 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, ptt. 91-105, LG, 2006, n. 10, 971; C. giust., 7 settembre 2006, C-53/06, *Marrosu e Sardino*, ptt. 44-57, LG, 2006, n. 10, 968; C. giust., 7 settembre 2006, C-180/06, *Vassallo*, ptt. 33-42, RGL, 2006, n. 4, 602.

³ Per il quale, così come precisato dai giudici di merito e di legittimità, la relativa disciplina pubblica di reclutamento del personale si pone in insanabile contrasto con le sanzioni in tema di ragioni di giustificazione (art. 1), di proroghe (art. 2) e di successione illegittima di contratti a termine (art. 5), previste per il settore privato nel d.lgs. n. 368/2001 cfr. *ex plurimis* Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, RIDL, 2012, n. 4, 870, nt. L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*; A. Roma 26 marzo 2012, MGL, 2012, n. 8-9, 645, nt. A. VALLEBONA, *Precari della scuola e risarcimento del danno da termine illegittimo*.

⁴ Cfr. C. giust., 26 novembre 2014, C-22/14, *Mascolo*, pt. 91, LG, 2015, n. 2, 135, nt. R. NUNIN, *"Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego - Il commento*; nt. R. CALVANO, *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione Europea*, GCost., 2014, n. 6, 4780; nt. M. DE LUCA, *Un grand arret della Corte di giustizia dell'Unione Europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (Prime note in attesa dei seguiti)*, LPA, 2014, n. 3, 499. Con riguardo alla compatibilità con la direttiva europea 99/70 delle norme italiane per il lavoro temporaneo nel settore scolastico, tale decisione ha evidenziato che, seppur in astratto, il sistema di reclutamento dei lavoratori soddisfa i parametri della clausola 5, pt. 1, lett. a - visto che il rinnovo dei contratti a termine è ammesso nell'ambito della sostituzione temporanea di altri dipendenti, per soddisfare quindi esigenze provvisorie - esso è comunque incompatibile con i principi della direttiva perché, di fatto, non permette lo sviluppo di una programmazione attendibile per il conseguimento da parte dei lavoratori di un posto di lavoro stabile.

⁵ Cfr. *amplius*, *infra*, par. 3.

le recenti tendenze interpretative che, nella sua opera nomofilattica, la Corte di Giustizia ha avallato su alcuni dei profili applicativi della direttiva europea 99/70.

Da un lato, interessano le soluzioni patrocinate dal giudice europeo rispetto alla possibilità che in un ordinamento interno vi sia una diversa regolazione dei regimi sanzionatori tra l'ipotesi di reiterazione abusiva di contratti temporanei e quella di licenziamento ingiustificato di un lavoratore stabile; in sede nazionale, infatti, invocando il principio di non discriminazione rispetto alle tutele per il licenziamento dei lavoratori *sine die*, una parte della giurisprudenza ha disapplicato il divieto di cui all'art. 36, co. 5, cit. ammettendo, come sanzione per la violazione della normativa sui contratti a termine nel pubblico impiego, la conversione del rapporto a tempo indeterminato ⁽⁶⁾.

D'altro canto, l'analisi della giurisprudenza europea rappresenta un interessante punto di partenza per vagliare la compatibilità del nostro sistema sanzionatorio, sotto il profilo della diversificazione di disciplina tra settori produttivi, considerato che, come noto, solo nel settore privato la violazione delle norme sull'utilizzo dei contratti temporanei è sanzionata con la conversione del rapporto a tempo indeterminato in aggiunta al risarcimento del danno ex art. 28, d.lgs. n. 81/2015.

Procedendo con ordine, e approfondendo prima il tema della diversità sanzionatoria tra l'ipotesi di licenziamento illegittimo nei rapporti stabili e quella di abusiva reiterazione di contratti a termine, assume significativo rilievo l'applicazione della clausola 4 della direttiva, che enuclea il principio di non discriminazione per i lavoratori temporanei, escludendo qualsiasi disparità, che non sia giustificata da ragioni obiettive, rispetto ai trattamenti economici o normativi goduti dai dipendenti stabili.

In base a quanto sancito in tale clausola – ritenuta sufficientemente precisa e incondizionata da essere invocata in via diretta dai giudici nazionali ⁽⁷⁾ – sono state dichiarate contrarie al diritto sovranazionale le discipline nazionali che proponevano trattamenti differenti tra i lavoratori temporanei e quelli comparabili assunti *sine die* riguardanti l'anzianità di servizio ⁽⁸⁾, gli scatti di anzianità ⁽⁹⁾, il riconoscimento di indennità speciali ⁽¹⁰⁾ ovvero le modalità di accesso a mansioni superiori ⁽¹¹⁾.

La diversità di trattamento sanzionatorio tra l'ipotesi di abusivo utilizzo di contratti a termine e quella di licenziamento illegittimo, però, non è stata dichia-

⁶ Cfr. *amplius*, *infra*, par. 4.

⁷ Cfr. C. giust., 15 aprile 2008, C-268/08, *Impact*, pt. 60, DRI, 2008, n. 3, 854; si è mostrato critico sul punto L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince*, RIDL, 2011, n. 2, 578.

⁸ V. C. giust., 22 dicembre 2010, C-444/10, *Gavieiro*, RIDL, 2011, n. 4, 1294.

⁹ V. C. giust., 13 settembre 2007, C-307/07, *Del Cerro Alonso*, DRI, 2008, n. 1, 233.

¹⁰ V. C. giust., 9 febbraio 2012, C-556/12, *Lorenzo Martinez*.

¹¹ V. C. giust., 8 settembre 2011, C-177/11, *Rosado Santana*, D&G, 2011, 10.

rata contraria al diritto comunitario: nel recente vaglio della questione eseguito dalla Corte di Giustizia con la sentenza *Carratù* si è infatti detto che la clausola 4 della direttiva non è invocabile ove siano messi a confronto, come destinatari di trattamenti ingiustamente diseguali, categorie di lavoratori in situazioni non comparabili ⁽¹²⁾.

Nel caso sottoposto alla Corte infatti – riguardante la disciplina italiana dell'art. 32 co. 5 della l. n. 183/2010 – l'indennità onnicomprensiva prevista per i contratti a termine illegittimi è stata dichiarata non comparabile – ed eventualmente censurabile come meno favorevole – al risarcimento economico stabilito nei casi di licenziamento illegittimo, visto che la prima trae origine da una situazione di illegittimità che si discosta sotto il profilo causale da quella del licenziamento.

In tale occasione, seppur senza pronunciarsi in maniera esplicita, la Corte sembra aver avallato un concetto di «comparabilità», che attiene non solo al profilo soggettivo, come identità di qualifica e/o di mansioni del lavoratore a termine rispetto a quello stabile, ma anche al profilo oggettivo, ammettendo che il principio si applichi solo tra identiche situazioni giuridicamente rilevanti.

Più controverso a livello comunitario è il tema relativo alla previsione da parte degli Stati membri di un apparato sanzionatorio differente tra il settore pubblico e quello privato nelle ipotesi di abusivo utilizzo dei contratti a termine.

Di recente, tale questione è stata trattata in relazione alla clausola 4 della direttiva 99/70 nel caso *Vino*, in cui era in discussione la conformità della disciplina italiana nella parte in cui – per finalità estranee all'attuazione della norma europea – la legge nazionale ammetteva l'esonero dall'indicazione nel contratto delle ragioni obiettive per l'apposizione del termine a favore di un solo datore di lavoro pubblico (Poste Italiane spa) ⁽¹³⁾.

A tal proposito, la Corte di Giustizia definendo legittima la scelta del legislatore italiano ha precisato che la clausola 4 subisce i limiti che sono connessi alle sue modalità di applicazione e, pertanto, non può essere invocata contro misure che dispongono trattamenti differenti tra lavoratori a termine di diversi settori, essendo destinata a prevenire solo i casi in cui si verificano disparità di trattamento rispetto ai lavoratori stabili ⁽¹⁴⁾.

Tale posizione è stata ribadita, tra l'altro, in relazione al diverso profilo della salvaguardia delle specificità di singoli settori produttivi, nella più recente sentenza *Mascolo* ⁽¹⁵⁾, in cui la Corte, dopo aver affermato che il settore della scuola

¹² V. C. giust., 12 dicembre 2013, C-361/13, *Carratù*, pt. 39-48, RGL, 2014, n. 2, 244, nt. R. NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul lavoro a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di Giustizia*.

¹³ Cfr. C. giust., 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino*, pt. 47, RCDL, 2010, n. 4, 985. Già in precedenza sulla compatibilità delle regole italiane in materia v. C. giust., *Vassallo* cit., pt. 40; C. giust., *Marrosu e Sardino* cit., pt. 55.

¹⁴ Cfr. C. giust., *Del Cerro Alonso* cit., pt. 37; C. giust., *Impact* cit., pt. 112.

¹⁵ Cfr. C. giust., *Mascolo* cit., pt. 70; in senso conforme cfr. C. giust., 3 luglio 2014, C-362/14, *Fiamingo*, pt. 39, FI, 2014, n. 10, 477.

pubblica è incluso nel campo di applicazione della direttiva, ha precisato che, in base a quanto stabilito dalla clausola 5.1 e dal paragrafo 3 del Preambolo, sono legittime differenziazioni di trattamento giustificate dalle particolarità del singolo settore.

La questione della diversità di regime tra pubblico e privato ha acquisito un significato ancor più pregnante, e al contempo discusso, alla luce dei requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia per ritenere le norme sul contratto a termine nel settore pubblico – a prescindere dall'utilizzo dello strumento della conversione ⁽¹⁶⁾ – adeguate e conformi agli strumenti di tutela, preventiva e repressiva, previsti dalla clausola 5 della direttiva europea.

Su tale tema, la Corte è intervenuta da ultimo nel caso *Kucuk* ⁽¹⁷⁾, precisando che la previsione di misure repressive distinte a seconda del settore di impiego dei lavoratori a termine non è di per sé motivo di mancata conformità del diritto interno rispetto a quello comunitario, esistendo in capo agli Stati membri un margine di discrezionalità nella scelta delle misure da applicare censurabile solo sotto il profilo della adeguatezza a conseguire gli obiettivi della direttiva ⁽¹⁸⁾.

In tal senso, è stato sottolineato che la clausola 5.1, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a termine, impone agli Stati membri, che non abbiano già provveduto con misure equivalenti, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure richiamate nella stessa clausola ⁽¹⁹⁾. Le tre misure elencate, riguardanti le ragioni obiettive per il rinnovo di tali rapporti, la durata massima dei rapporti successivi a termine e il numero di rinnovi consentiti, devono essere connesse a sanzioni scelte dallo Stato membro nel rispetto del principio di proporzionalità con la gravità del fatto e dei principi di effettività e dissuasività ⁽²⁰⁾.

La conformità del diritto interno alla direttiva è perciò vincolata, non solo all'obbligo per lo Stato di prevedere un trattamento eguale per situazioni analoghe di natura interna ⁽²¹⁾, ma anche al bisogno di non rendere praticamente

¹⁶ Cfr. *ex plurimis* C. giust., *Adeneler* cit., ptt. 91-105; C. giust., *Marrosu e Sardino* cit., ptt. 44-57; C. giust., *Vassallo* cit., ptt. 33-42.

¹⁷ Cfr. C. giust., 26 gennaio 2012, C-586/12, *Kucuk*, ptt. 48-49, DRI, 2012, n. 2, 585.

¹⁸ In precedenza cfr. C. giust., *Marrosu e Sardino* cit., ptt. 47-53; C. giust., *Vassallo* cit., ptt. 33-38; C. giust., 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*, RIDL, 2011, n. 3, 859; cfr. *etiam* D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano*, RGL, 2012, n. 1, 725.

¹⁹ Sebbene, come rileva D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano* cit., 730, l'indagine sulle ragioni obiettive, imponendo di valutare in concreto se le stesse siano permanenti e durevoli o temporanee, richiede di considerare anche il numero e/o la durata dei contratti.

²⁰ Cfr. C. giust., *Adeneler* cit., pt. 94; C. giust., *Marrosu e Sardino* cit., pt. 51; C. giust., *Vassallo* cit., pt. 36; C. giust., 23 aprile 2009, C-378/09, *Angelidaki e a.*, pt. 158, FI, 2009, n. 11, 496.

²¹ Sul tema confronta le considerazioni di D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano* cit., 728; v. *amplius*, *infra*, par. 3.

impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione ⁽²²⁾.

In relazione a quest'ultimo profilo, premesso che il giudizio sulla capacità del diritto interno di attuare quello comunitario è del giudice nazionale ⁽²³⁾ – il quale, tra l'altro, quando la norma comunitaria non è sufficientemente precisa e incondizionata, non può applicarla nel giudizio *a quo*, dovendo interpretare la legge nazionale in senso conforme o, in alternativa, dichiararne l'incostituzionalità – in due recenti occasioni i giudici europei sono stati interrogati sulla astratta compatibilità della disciplina italiana con la clausola 5, giungendo a conclusioni tra loro apparentemente difformi.

Mentre nell'ordinanza *Affatato* del 2010 – che ha ribadito un orientamento risalente della Corte ⁽²⁴⁾ – la disciplina sul risarcimento del danno, di cui all'art. 36 co. 5 d.lgs. n. 165/2001, è stata giudicata compatibile con il diritto comunitario, a distanza di pochi anni, con l'ordinanza *Papalia* i giudici europei sono giunti alla conclusione opposta, ritenendo tale norma non sufficiente a garantire la conformità con la clausola 5 della direttiva ⁽²⁵⁾.

Per spiegare quello che è stato definito impropriamente un *revirement* ⁽²⁶⁾, va premesso che, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici comunitari e quelli nazionali, le questioni pregiudiziali che vengono proposte alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TUE devono da questa essere vagliate in base alla descrizione dei fatti e del diritto interno che ne fa il giudice del rinvio.

In tal senso, va precisato che, a differenza del più risalente caso *Affatato*, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Aosta – a cui si riferisce il caso *Papalia* – ha centrato il limite specifico di cui si compone il sistema risarcitorio previsto all'art. 36 co. 5, cit. per i contratti a termine nel pubblico impiego. Con una unica questione, precisa e diretta, infatti, è stata indicata come rilevante ai fini del giudizio interno, e controversa sotto il profilo ermeneutico, la questione

²² Cfr. C. giust., *Affatato* cit., pt. 46; C. giust., 12 dicembre 2013, C-50/13, *Papalia*, pt. 29, RIDL, 2014, n. 1, 75.

²³ Cfr. C. giust., *Affatato* cit., pt. 51.

²⁴ Cfr. C. giust., *Vassallo* cit., e C. giust., *Marrosu e Sardino* cit., nt. B. CIMINO, *Il precariato nella pubblica amministrazione dopo le sentenze Vassallo e Marrosu e Sardino: tutto come prima?*, GDA, 2007, 363.

²⁵ V. C. giust., ordinanza *Papalia* cit., LPA, 2013, n. 6, 1033, nt. B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di Giustizia*.

²⁶ Cfr. B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di Giustizia* cit., 1039; in senso analogo cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" "Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari"*, LG, 2014, n. 3, 248. Con riferimento alla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia, si vedano, tra gli altri, L. NANNIPERI, *La Corte di Giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d.lgs. n.368/2011, e 36, d.lgs. n.165/2001*, RIDL, 2006, n. 2, 742; A.M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, FI, 2007, n. 4, 75; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, FI, 2007, n. 4, 344.

della compatibilità con il diritto comunitario della regola prevista all'art. 36 co. 5, cit. che, in tema di illegittima successione di contratti a termine, subordina l'esercizio del diritto al risarcimento del danno alla prova in concreto di tale danno e, quindi, alla dimostrazione del lavoratore di aver rinunciato *medio tempore* ad altre occasioni di impiego ⁽²⁷⁾.

La questione posta dal giudice del rinvio ha colto nel segno almeno per due ordini di ragioni: da un alto, ha dimostrato di rifarsi al consolidato orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui le modalità di attuazione della direttiva europea da parte degli Stati membri non devono «rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» ⁽²⁸⁾.

Dall'altro, ha evidenziato che la qualificazione e quantificazione del danno da abusivo utilizzo di più contratti a termine è oggetto di profonde incertezze nell'ordinamento interno, visto che la relativa tutela è sottoposta al regime probatorio in tema di risarcimento previsto dalla disciplina civilistica, in assenza di meccanismi riparatori del danno che tengano conto dell'*acquis* comunitario ⁽²⁹⁾.

Al contrario, nel caso *Affatato* il giudice del rinvio ha presunto il contrasto con il diritto comunitario, soffermandosi con ben sedici questioni pregiudiziali su altrettanti profili della disciplina interna: di esse, dodici sono state giudicate irricevibili perché non connesse in via diretta con il giudizio *a quo* e le altre quattro infondate alla luce della precedente giurisprudenza della Corte.

Le questioni giudicate nel merito si soffermavano sul divieto di conversione nel settore pubblico dei contratti a termine illegittimi senza considerare l'assenza, nella invocata clausola 5, di alcun obbligo per gli Stati membri di prevedere, in caso di abusiva reiterazione di rapporti a termine, l'adozione della sanzione della trasformazione del rapporto come a tempo indeterminato ⁽³⁰⁾.

Inoltre, l'ordinanza di remissione, anche ribadendo l'inadeguatezza a garantire la conformità con la direttiva europea dei criteri alternativi alla conversione previsti dal diritto interno, non ha trattato il profilo dell'onere probatorio del lavoratore sull'effettivo danno patito, con l'effetto, così, di pregiudicare ogni possibilità da parte del giudice europeo di pronunciarsi sul punto.

Per queste ragioni, pertanto, pare corretto evidenziare la sostanziale continuità interpretativa della Corte di Giustizia sulla questione ⁽³¹⁾, visto che, nelle due

²⁷ V. C. giust., ordinanza *Papalia* cit., pt. 13.

²⁸ *Ibidem*, pt. 29.

²⁹ Cfr. *amplius*, *infra*, par. 3.

³⁰ Nello stesso senso, nei precedenti casi *Marrosu* e *Sardino*, cit. e *Vassallo*, cit., i giudici del rinvio avevano sottoposto alla Corte di Giustizia quesiti che si incentravano prevalentemente sulla legittimità di differenti misure sanzionatorie tra il settore pubblico e quello privato, senza richiamare i rischi di effettività che derivano nel settore pubblico dalla necessità per il lavoratore di provare il danno patito dall'abusiva reiterazione di contratti a termine. Sul tema cfr. *etiam*, A. PERRINO, *Lavoro pubblico, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, RGL, 2011, n. 2, 516.

³¹ In termini cfr. E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tan-*

decisioni messe a confronto, in cui la conformità della disciplina italiana è stata posta in discussione con riferimento alle stesse misure di contrasto all'abusiva reiterazione dei contratti temporanei nel pubblico impiego, i giudici europei sono giunti a risultati difformi solo per il differente tenore delle questioni pregiudiziali sottoposte.

3. GLI EFFETTI DEL CASO PAPALIA SULLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE: UNA QUANTIFICAZIONE UNIVOCA DEL RISARCIMENTO DEL DANNO E L'INTERVENTO DELLE SEZIONI UNITE

La presenza nel nostro ordinamento interno di regole diverse tra settore pubblico e privato, per quanto riguarda le misure di prevenzione e di repressione contro gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine, è comunemente giustificata dal vincolo di natura costituzionale dell'art. 97. co. 3 Cost., in base al quale il reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni, salvo i casi previsti dalla legge, avviene con concorsi pubblici⁽³²⁾.

La necessità di rispettare le piante organiche e i vincoli di bilancio delle pubbliche amministrazioni ha imposto, infatti, che l'accesso agli impieghi pubblici di ruolo sia disposto tramite concorso, quale strumento di garanzia dei principi fondamentali di buon andamento e imparzialità della p.a.

Sebbene il piano dei modi di reclutamento non incida anche sulla regolamentazione dei contratti di lavoro visto che, come previsto all'art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001, al settore pubblico si applicano i tipi negoziali stabiliti dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, la rigidità nell'accesso ad un impiego stabile nella p.a. comporta conseguenze significative in tema di violazione delle norme sull'assunzione e l'impiego dei lavoratori flessibili.

A questa tipologia di rapporti si applica infatti l'art. 36 co. 5 del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui «*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 stabili con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione...*».

L'indicato divieto di conversione dei contratti a termine, seppur legittimo alla luce dei richiamati insegnamenti della Corte di Giustizia, ha portato a profonde divergenze interpretative e a un lungo dibattito in giurisprudenza, legato alla necessità di applicare misure sanzionatorie *alternative* che siano altrettanto *compatibili* con la direttiva europea 99/70.

dem..., RIDL, 2014, n. 1, 86.

³² Cfr. D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano cit.*, 724; L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince cit.*, 570. Sul differente regime sanzionatorio tra pubblico e privato, si è mostrato critico, G. FERRARO, *Tecniche risarcitorie nella tutela del lavoro*, RDSS, 2015, n. 1, 16.

Invero, l'obiettivo di ridurre l'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel lavoro pubblico non è mai stato affrontato nel modo che sembrava più ovvio ovvero attraverso una riforma del sistema delle sanzioni che individuasse, secondo un criterio certo e predeterminato, la misura del risarcimento del danno prevista per questa tipologia di violazioni ⁽³³⁾.

In proposito, l'unico richiamo legislativo è nella seconda parte dell'art. 36, co. 5 del d.lgs. n.165/2001, che riconosce al lavoratore il diritto al risarcimento «del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative» ⁽³⁴⁾, ma che non precisa la quantificazione di tale condanna pecuniaria ⁽³⁵⁾ e, inoltre, secondo parte della dottrina, esclude la risarcibilità delle violazioni attinenti la fase genetica del rapporto, vista la connessione emergente nella disposizione tra il risarcimento e la prestazione ⁽³⁶⁾.

³³ A seguito della privatizzazione del pubblico impiego è invece divenuto un dato acquisito che, anche nel lavoro pubblico, ai rapporti dichiarati nulli fosse applicabile l'art. 2126 c.c. cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, 88.

³⁴ Cfr. A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*, ADL, 2005, 851; D. GAROFALO, *Quale risarcimento al dipendente pubblico per contratti a termine illegittimi?*, LG, 2007, 1097; R. DIAMANTI, *Pluralità di contratti a tempo determinato con la Pubblica Amministrazione*, QL, 2011, 100.

³⁵ Di conseguenza, i criteri di quantificazione del danno individuati dalla giurisprudenza di merito sono stati molteplici: tra i più seguiti, oltre a quello, già citato, dell'art. 18 l. n. 300/1970, che ha il pregio (o il difetto) di monetizzare il valore del posto di lavoro (cfr. *ex plurimis* T. Genova 14 maggio 2007, MGL, 2008, 166; T. Latina 27 novembre 2007, inedita; A. Genova 9 gennaio 2009, RIDL, 2010, n. 2, 133; T. Foggia 5 novembre 2009, n. 6036, LG, 2010, n. 2, 171), altra parte della giurisprudenza ha applicato il criterio dell'art. 8, l. n. 604/1966, assimilando l'ipotesi di violazione di norme in materia di impiego flessibile nel settore pubblico, a quella che deriva dall'applicazione della tutela obbligatoria in cui, allo stesso modo, la prosecuzione del rapporto di lavoro è rimessa dalla legge alla scelta del datore di lavoro (cfr. *ex plurimis* A. Catanzaro 1 aprile 2010, FI, 2010, n. 1, 1931; T. Milano 20 giugno 2011, inedita; T. Viterbo 23 dicembre 2009, inedita). Più di recente, al fine di superare il problema dell'onere del lavoratore di provare in giudizio il danno patito, è stato utilizzato il criterio indennitario dell'art. 32, l. n. 183/2010 (v. T. Venezia 27 luglio 2012, n. 557, inedita; T. Verona 31 dicembre 2014, n. 233, inedita), sebbene, alla luce del dato letterale della norma, secondo cui l'indennità si applica solo in aggiunta alla conversione, è parso che essa potesse essere utilizzata nel pubblico impiego solo come parametro di riferimento per una liquidazione in via equitativa (cfr. G. FRANZA, *O Cesare o nulla? Sulla equivalenza ed effettività della tutela risarcitoria per il lavoro pubblico a termine illegittimo*, MGL, 2015, n. 2, 57). Si è mossa nel senso di un alleggerimento degli oneri probatori del lavoratore, anche la giurisprudenza che ha ritenuto il danno come *in re ipsa* (A. Milano 14 marzo 2006 e T. Foggia 17 ottobre 2008, inedite). Per ulteriori riferimenti ai criteri risarcitori utilizzati dalla giurisprudenza di merito cfr. *ex plurimis* A. PREMOLI, *Divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi con la PA: la breccia è aperta, ma il muro non crolla cit.*, 419; M. BONI, *Abuso del contratto a termine nel settore pubblico e risarcimento del danno*, MGL, 2012, n. 8-9, 661; A. CIRIELLO, *L'illegittima stipula di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico, una vicenda infinita?*, GM, 2009, n. 12, 2980.

³⁶ In tal senso cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione cit.*, 347; M. MISCIONE, *La stabilizzazione del precariato nella pubblica amministrazione: un percorso difficile, in Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, a cura di M. D'ONGHIA - M. RICCI, Giuffrè, 2009, 186.

Lo scarno rimando, contenuto nell'art. 36, co. 5 cit., al risarcimento nei confronti del datore di lavoro pubblico che ha agito *contra ius*, è stato inoltre osteggiato per la ritenuta incapacità di essere misura sanzionatoria effettiva in base alla clausola 5 della direttiva, visto che, non prevedendo forme di ristoro automatiche per la mancata stabilizzazione del rapporto di lavoro, impone di provare in giudizio l'effettivo danno patito, con il rischio di mutilare le aspettative riparatorie dei lavoratori (³⁷).

Evitando le ripetizioni che sarebbero connesse al richiamo nel testo dei vari e discordanti orientamenti giurisprudenziali che, a seguito del recepimento della direttiva europea 99/70, hanno caratterizzato le modalità e la qualificazione risarcitoria di questa fattispecie di danno (³⁸), basti sottolineare come, per lungo tempo, in specie nella giurisprudenza di legittimità, sia rimasto irrisolto il problema di sganciare il riconoscimento del danno dalla necessità per il lavoratore di provarne la consistenza, oltre che di individuare criteri di risarcibilità univoci.

Così come noto, la struttura della tutela civile si muove più nella direzione di prevedere mezzi (riparatori) che contribuiscano a realizzare coattivamente le situazioni soggettive dei singoli, piuttosto che di strumenti il cui scopo sia di pre-

³⁷ Cfr. *ex plurimis* M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione*, RGL, 2012, n. 1, 751. In dottrina, è stata critica rispetto all'applicazione dei criteri risarcitori che escludono la prova del danno (definiti «punitivi») S. CIUCCIOVINO, *L'inedoneità dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, RIDL, 2012, n. 2, 144; cfr. *etiam* E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem cit.*, 86.

³⁸ Sono state avanzate infatti differenti qualificazioni di tale risarcimento sia perché in relazione ai contratti di lavoro flessibili stipulati nel pubblico impiego diverse sono state le tesi sugli effetti che derivano dalla violazione di norme imperative, sia perché diverse sono le tipologie di violazioni da cui tale risarcimento può trarre origine. In tal senso, ad esempio, per la violazione di norme poste a tutela di un interesse superiore (come quelle relative al blocco delle assunzioni), la giurisprudenza si è orientata nel ritenere che la responsabilità sia di natura precontrattuale, visto che in tal caso il contratto di lavoro è invalidato per nullità *ex art.* 1418 c.c. dell'assunzione (cfr. T. Reggio Calabria 1 febbraio 2012, inedita; in dottrina cfr. L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione cit.*, 346). Diversamente, nelle ipotesi in cui la nullità è parziale, perché connessa ad un elemento accidentale qual è il termine di scadenza del rapporto, proprio perché il contratto di lavoro resta valido ed efficace (anche se, come visto, non diviene stabile in virtù della regola costituzionale dell'accesso agli impieghi pubblici tramite concorso *ex art.* 97 Cost.), la sanzione risarcitoria è stata qualificata secondo i parametri della responsabilità contrattuale (v. T. Rossano 13 giugno 2007, FI, 2007, n. 1, 2589; T. Rossano 4 giugno 2007, LPA, 2007, n. 6, 1155, con nota di M. MILITIELLO. In dottrina cfr. P. SARACINI, *Contratti a termine nelle amministrazioni pubbliche: divieto di conversione e risarcimento del danno*, RGL, 2008, n. 2, 456). Quando, invece, la violazione di una norma imperativa di legge è dovuta ad un abusivo utilizzo da parte della P.A. della prestazione lavorativa, ritenendosi in tale ipotesi nullo il contratto, il risarcimento è stato qualificato come da responsabilità extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c., v. T. Foggia 6 novembre 2006, RIDL, 2007, n. 2, 907, nt. L. TEBANO; in dottrina cfr. L. FIORILLO, *Flessibilità e lavoro pubblico. Le forme contrattuali*, Giappichelli, 2003, 200; V. LUCIANI, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, 2002, 124; R. SALOMONE, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al d.lgs. 6 settembre 2001, n.368*, a cura di M. BIAGI, Giuffrè, 2002, 276.

venire e/o reprimere le conseguenze delle violazioni ⁽³⁹⁾, non adattandosi perciò agli obiettivi che il legislatore persegue nell'ambito dell'ordinamento multilivello.

Solo dopo l'ordinanza *Papalia*, che ha dichiarato il diritto interno incompatibile con la direttiva europea, è stato superato l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che considerava necessaria la prova del lavoratore sull'esistenza di un danno effettivo ⁽⁴⁰⁾ e, in linea con le tendenze di una parte della giurisprudenza di merito, è stata ammessa una nozione di risarcimento come *sanzione* ⁽⁴¹⁾.

In base a questo nuovo indirizzo, il risarcimento applicabile a queste ipotesi va qualificato come «danno comunitario» e, di fatto, rappresenta una sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro, che esonera il lavoratore sia dalla costituzione in mora sia dalla prova del danno effettivamente subito.

Sebbene la riqualificazione dell'art. 36 co. 5 cit. come rimedio sanzionatorio abbia composto le divergenze interpretative in tema di onere probatorio, l'obiettivo della effettività delle tutele ha continuato a suscitare nella giurisprudenza di legittimità profonde incertezze in relazione alla modulazione quantitativa del risarcimento, richiedendo anche la rimessione della questione al giudizio delle Sezioni Unite ⁽⁴²⁾.

Fino alla recente pronuncia della Corte di Cassazione a sezioni unite del 15 marzo 2016 n. 5072, era, infatti, accettato che, in caso di abusivo utilizzo di plurimi contratti temporanei, il lavoratore pubblico potesse avere diritto al risarcimento per la perdita del posto di lavoro. Anche nell'ordinanza di rimessione, tra l'altro, la questione della corretta quantificazione del risarcimento era posta distinguendo il danno in due componenti, di cui una diretta a monetizzare il pregiudizio per la mancata conversione del rapporto.

La soluzione patrocinata dal giudice di legittimità sul punto è stata inequivocabile e ha tenuto conto dell'orientamento della giurisprudenza di merito che esclude il posto di lavoro come parametro di risarcibilità, assumendo che il lavoratore a termine sia consapevole del divieto di conversione che vige nella p.a. sin dalla costituzione del rapporto e che, quindi, non possa ragionevolmente invocare il legittimo affidamento sulla conservazione del posto di lavoro ⁽⁴³⁾.

³⁹ Cfr. A. DI MAJO, *Tutela risarcitoria, restitutoria, sanzionatoria*, EGT, 1994, XXXVI, 14; A. DE FELICE, *Le sanzioni nel diritto del lavoro*, Esi, 2003, 160.

⁴⁰ Cfr. Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, *LPA*, 2014, n. 6, 1024; Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, *MGL*, 2012, n. 8-9, 645, che richiama l'orientamento di Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, *Il Civilista*, 2009, n. 1, 29 e di Cass., S.U., 24 marzo 2006, n. 6572, *DL*, 2006, n. 3, 141.

⁴¹ Cfr. Cass. 3 luglio 2015, n. 13655, inedita; Cass. 23 gennaio 2015, n. 1260 e Cass. 30 dicembre 2014, n. 27841 in *DRI*, 2015, n. 4, 1108, nt. D. MARINO, *Il "danno comunitario" da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine: conforme al diritto dell'Unione?*.

⁴² Cfr. ordinanza interlocutoria Cass. 4 agosto 2015, n. 16363.

⁴³ In senso conforme cfr. T. Venezia 27 luglio 2012, n. 557, inedita; sul tema cfr. M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione* cit., 749; in senso conforme v. S. CRUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione* cit., 152.

La tesi è stata supportata dalla Corte con il richiamo ai risultati interpretativi della giurisprudenza comunitaria e costituzionale, dimostratesi granitiche nel rilevare l'ammissibilità del divieto di conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine abusivi con la p.a. e, in tal modo, confermando la legittima esclusione di specifiche partite di danno connesse alla mancata conversione dei posti di lavoro come a tempo indeterminato.

Sul punto, comunque, i giudici di legittimità non hanno colto l'occasione per spiegare più ampiamente perché l'interpretazione proposta sia conforme anche con il principio comunitario di equivalenza, dal momento che l'orientamento della giurisprudenza nazionale, che sinora ha ammesso un risarcimento parametrato alla perdita del posto di lavoro, si è fondato proprio sul confronto tra le tutele garantite nel settore pubblico e quelle concesse nel privato⁽⁴⁴⁾.

L'equivalenza delle tutele invocata in sede comunitaria non richiede in effetti che le misure preventive e repressive previste dagli ordinamenti interni siano uniformi nei vari settori produttivi. L'applicazione di tale principio neppure postula, tra l'altro, che nei settori produttivi ove non è prevista la sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato, sia disposta in sede di stima del risarcimento del danno una compensazione per il mancato godimento di siffatta tutela.

Come precisato in dottrina, e come sarebbe stato auspicabile che il giudice di legittimità avesse confermato, il principio di equivalenza si propone piuttosto di far sì che i diritti sanciti a livello sovranazionale abbiano negli Stati membri lo stesso riconoscimento che, in situazioni analoghe, è previsto per le regole di diritto interno, richiedendo perciò che il confronto sull'equivalenza avvenga tra le tutele introdotte in attuazione del diritto comunitario e quelle stabilite negli Stati membri attraverso l'esercizio della discrezionalità politica dei singoli legislatori nazionali⁽⁴⁵⁾.

In linea con la tesi della impossibilità di monetizzare la perdita del posto di lavoro, le Sezioni Unite hanno così affrontato la questione della definizione di un parametro di quantificazione univoco del danno-sanzione connesso all'abusiva reiterazione di contratti temporanei nella P.A., escludendo che a tal fine siano utilizzabili l'art. 18 della l. n. 300/1970 (che ristora il danno subito dal lavoratore a tempo indeterminato per il licenziamento illegittimo quando sia stata ordinata la reintegra) o l'art. 8 della l. n.604/1966 (che si applica nel caso in cui sia stata ordinata la riassunzione del lavoratore nel posto di lavoro).

⁴⁴ Si sofferma sulla questione della corretta interpretazione del criterio di equivalenza delle sanzioni richiesto dalla Corte di Giustizia S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione* cit., 151.

⁴⁵ In senso conforme cfr. S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione* cit., 151; contra G. FRANZA, *O Cesare o nulla? Sulla equivalenza ed effettività della tutela risarcitoria per il lavoro pubblico a termine illegittimo* cit., 56.

È stata, infatti, preferita una stima del danno confacente all'ipotesi di violazione più omogenea a quella di specie, facendo riferimento alla misura del risarcimento prevista nei casi di conversione dei contratti a termine illegittimi stipulati nel settore privato, come dettata all'art. 32, co. 5, della l. n.183/2010 (con una indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, l. n. 604/1966).

La scelta di applicare anche al settore pubblico l'art. 32 co. 5, cit., pur riprendendo un orientamento già affermatosi nella giurisprudenza di legittimità⁽⁴⁶⁾, non è perfettamente in linea con il dato letterale della disposizione, che circoscrive l'ambito di esercizio della indennità ai casi di conversione del rapporto a tempo indeterminato.

Nella decisione della Corte questo profilo è superato richiamando la prevalente necessità di interpretare il diritto interno in senso conforme a quello comunitario e, in tal senso, di approntare nel pubblico impiego una tutela sganciata dall'onere probatorio del danno, che solo l'art. 32, co. 5 cit. può soddisfare a pieno, per la sua capacità di essere strumento sanzionatorio effettivo.

L'applicazione dell'indennità onnicomprensiva nel pubblico impiego è però giustificata nella pronuncia anche attraverso una opinabile ricostruzione, tesa a differenziare la valenza dell'art. 32 comma 5 cit. a seconda del settore produttivo in cui si è svolto il rapporto. Si dice infatti che la norma sia finalizzata nel privato a "contenere" i risarcimenti erogabili, mentre nel pubblico ad esonerare i lavoratori dall'onere di provare i danni subiti, ammettendo (solo) per questi ultimi di ottenere *in aggiunta* anche il risarcimento dei danni patrimoniali di fatto provati.

In quest'ottica, viene in rilievo una ricostruzione difettosa che tenta di giustificare troppo, perfino la differenziazione di tutele esistente in *subiecta materia* tra il settore pubblico e quello privato, sebbene il giudice delle leggi ne abbia già confermato la compatibilità con gli artt. 3 e 97 Cost.⁽⁴⁷⁾.

Va precisato in proposito che, anche nel settore privato, l'applicazione dell'indennità onnicomprensiva sgrava il lavoratore dell'onere di provare il danno, assumendo valenza sanzionatoria, visto che il lavoratore privato è legittimato a riceverla anche nel caso in cui, a seguito della scadenza del termine illegittimo, abbia prontamente reperito un'altra occupazione.

Anche nel settore privato, tra l'altro, il lavoratore può ottenere un risarcimento per le *chances* perdute a causa del suo impiego con contratti a termine in violazione di legge. Il carattere onnicomprensivo dell'indennità include infatti solo i pregiudizi patiti nel periodo che intercorre dalla scadenza del termine fino alla pronuncia di ricostituzione del rapporto⁽⁴⁸⁾, senza coprire la perdita di *chances*

⁴⁶ Cfr. Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, RIDL, 2014, n. 1, 76, nt. ALES.

⁴⁷ Cfr. *amplius, infra*, par. 4.

⁴⁸ Sui limiti al riconoscimento di danni ulteriori rispetto a quelli inclusi nell'indennità onnicomprensiva, si veda l'ampia e particolareggiata analisi della giurisprudenza proposta da

di carriera tradottasi in un danno patrimoniale effettivo e verificatasi durante l'impiego abusivo a termine.

Escluso, quindi, per le ragioni già dette, che il dipendente pubblico impiegato con abusivi contratti a termine ottenga il risarcimento per la mancata conversione del rapporto *sine die*, le ipotesi di reintegrazione da perdita di *chance* che questi potrà conseguire sono le stesse che, a parità di condizioni di fatto, può ottenere il lavoratore a termine del settore privato.

Inoltre, va precisato che il danno da *chances* perdute lamentato dal dipendente pubblico per l'inadempimento della p.a. – che non ha reclutato personale stabile, nonostante la continuità delle esigenze di impiego – coincide con il danno di origine comunitaria connesso alla violazione del principio di utilizzo della manodopera con contratti stabili e, pertanto, dovrà ritenersi già liquidato in via equitativa sotto forma di sanzione nella misura di cui all'art. 32, co. 5 cit. ⁽⁴⁹⁾.

4. IL DEFINITIVO TRAMONTARE DELL'ORIENTAMENTO (MINORITARIO) FAVOREVOLE ALLA CONVERSIONE DEL RAPPORTO A TEMPO INDETERMINATO

La diversificazione di disciplina tra il lavoro pubblico e quello privato in tema di conseguenze per la violazione delle disposizioni imperative sull'assunzione o l'impiego di lavoratori a termine – ritenuta compatibile con la direttiva europea 99/70, nei limiti descritti dalla Corte di Giustizia con l'ordinanza *Affatato* – era stata già dichiarata legittima dal giudice delle leggi alla luce dei principi contenuti nell'art. 97 Cost. ⁽⁵⁰⁾.

Come anticipato, per le violazioni inerenti il lavoro flessibile nel settore pubblico (art. 36 co.5, d.lgs. n. 165/2001), la Corte Costituzionale ha giustificato la scelta legislativa di escludere la conversione del rapporto a tempo indeterminato, alla luce del principio di accesso nelle pp. aa. tramite concorso ex art. 97 Cost., quale strumento di garanzia della imparzialità e del buon andamento ⁽⁵¹⁾.

Nella giurisprudenza di merito più recente è emersa, però, la tendenza a consentire, nel lavoro pubblico privatizzato, la conversione del rapporto a tempo in-

B. DE MOZZI, *Ancora sull'indennità forfettaria onnicomprensiva nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato, dopo la l. n.92/2012*, DRI, 2013, n. 3, 761.

⁴⁹ In senso conforme già G. FRANZA, *O Cesare o nulla? Sulla equivalenza ed effettività della tutela risarcitoria per il lavoro pubblico a termine illegittimo cit.*, 56.

⁵⁰ V. C. cost. 3 marzo 1986, n. 40, RGL, 1987, n. 2, 364, e, più di recente, C. cost. n. 89 del 2003, LPA, 2003, n. 3, 4489, nt. P. CHIECO, *I contratti "flessibili" della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n.89/2003 della Corte Costituzionale*.

⁵¹ In forza di tale principio, in linea con l'orientamento dominante della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione ha ritenuto che il lavoratore a termine nel pubblico impiego, in caso di violazione delle norme poste a sua tutela, non ha diritto alla conversione del rapporto, ma solo al risarcimento del danno v. Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, *Ragiusan*, 2014, 257; Cass. 20 marzo 2012, n. 4417; Cass. 18 febbraio 2011, n. 4062, LPA, 2011, n. 6, 1017; Cass. 15 giugno 2010, n. 14350, GC, n. 7-8, 2011, 1868; Cass. 7 maggio 2008, n. 11161, *Ragiusan*, 2010, 257.

determinato almeno quando l'accesso all'impiego a termine al servizio dell'amministrazione sia stato preceduto da una procedura di reclutamento ordinaria tra quelle previste all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001 ⁽⁵²⁾.

Nonostante le selezioni di personale a termine, per il carattere temporaneo delle necessità organizzative cui sono finalizzate, siano per lo più espletate con modalità *semplificate* – e quindi senza lo svolgimento di prove d'esame ⁽⁵³⁾ – si è sostenuto che il divieto di conversione dei contratti a termine illegittimi non opererebbe almeno per le assunzioni che sono state precedute da selezioni rispettose dei principi di trasparenza, imparzialità, pubblicità e oggettività, previsti per accedere ai posti di ruolo.

Nelle ultime ipotesi citate, questa giurisprudenza ha così proceduto a disapplicare il divieto di cui all'art. 36 comma 5 cit., ammettendo la conversione del rapporto in base all'art. 6 del d.lgs. n. 368/2001 – quale normativa di recepimento della direttiva europea – e, in tal senso, giustificando l'operazione in base al trattamento garantito ai lavoratori stabili nei casi di licenziamento illegittimo.

Si è in proposito affermato che la tutela in forma specifica del lavoratore contro le vicende illegittime di risoluzione del rapporto merita paritaria attuazione sia per il licenziamento che per l'apposizione del termine, realizzandosi in difetto una discriminazione tra lavoratori comparabili ⁽⁵⁴⁾.

Le motivazioni a supporto di questo orientamento hanno trovato accoglimento in alcuna parte della dottrina ⁽⁵⁵⁾, sebbene, come si dirà, i recenti rilievi delle Supreme Corti e gli ultimi interventi legislativi sembrano escludere ogni possibilità di conversione del rapporto nel p.i.

⁵² Cfr. T. Siena 27 settembre 2010, n. 263, LPA, 2010, n. 5, 885, nt. A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile "disapplicazione" del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella p.a.*; nt. V. DE MICHELE, *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico*, LG, 2010, 1107; T. Siena 13 dicembre 2010, RIDL, 2011, n. 2, nt. STOTTO, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*; T. Livorno 25 gennaio 2011, RGL, 2011, n. 3, 416, nt. A. FEDERICI, *La conversione del rapporto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*; in GLav., 2011, n. 10, 17, nt. PUTATURO DONATI, *Contratto a termine nel comparto scuola e stabilizzazione del personale docente*; T. Napoli 16 giugno 2011, LG, 2011, n. 7, 697, nt. V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*; T. Trani 15 marzo 2012, n. 1545, FI, 2012, n. 7, 2027, nt. A. PERRINO, *Spigolature sul contratto di lavoro pubblico a termine fra ragioni oggettive e profili sanzionatori*.

⁵³ Cfr. C. cost. n. 252 del 2009, FI, 2009, n. 12, 3275; C. cost. n. 293 del 2009, FI, 2010, n. 2, 387.

⁵⁴ In tema, ancora, T. Siena 27 settembre 2010, cit.; T. Livorno 25 gennaio 2011, cit.; T. Siena 13 dicembre 2010, n. 263, cit.; a favore di questo orientamento, L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, RGL, 2012, n. 1, 719; contra L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro: una soluzione che non convince* cit., 563.

⁵⁵ Cfr. A. FEDERICI, *La conversione del rapporto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*, RGL, 2011, n. 3, 424; V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali* cit., 701; Id., *Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in tema di precariato pubblico*, RGL, 2012, n. 1, 755.

Analizzando per comodità espositiva prima il profilo della ammissibilità della conversione del rapporto alla luce del principio europeo di non discriminazione è appena il caso di richiamare quanto detto in proposito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha escluso l'applicabilità del principio sia quando il confronto è tra lavoratori non comparabili per la tipologia di prestazione svolta, sia quando la diversità riguardi condizioni giuridicamente rilevanti, come accade nel confronto tra lavoratori impiegati con contratti a termine nulli e lavoratori stabili illegittimamente licenziati ⁽⁵⁶⁾.

Rispetto, invece, alla supposta possibilità di costituire rapporti a tempo indeterminato *ope iudicis* nelle ipotesi in cui le assunzioni a termine siano state precedute da selezioni comparative assimilabili a quelle che caratterizzano le assunzioni di ruolo, occorre una riflessione più ampia basata sui principi descritti dal giudice delle leggi con riferimento a fattispecie analoghe.

In particolare vi sono da segnalare gli orientamenti della Corte Costituzionale che ha di recente precisato come le selezioni per le assunzioni di personale precario svolte con prove per titoli ed esami – che quindi in astratto garantiscono imparzialità e trasparenza – in verità non preservino né la sussistenza della professionalità necessaria per uno stabile inquadramento in ruolo né il carattere aperto della procedura selettiva che a tal fine deve essere garantito ⁽⁵⁷⁾.

In tali decisioni il giudice delle leggi ha infatti sottolineato la diversità dei requisiti richiesti tra le selezioni che caratterizzano l'accesso al lavoro stabile e quelle per le assunzioni temporanee, valorizzando come di rilievo costituzionale la discrezionalità stessa del datore di lavoro pubblico nella scelta della procedura utile a valutare le professionalità necessarie all'inserimento nei ruoli.

Inoltre, il carattere *aperto* della procedura è stato assunto come indefettibile, evidenziandosi come l'immissione in ruolo decisa per via giudiziaria del personale temporaneo impiegato illegittimamente rischi di compromettere l'accesso alla posizione stabile di quanti *non* hanno partecipato alla procedura selettiva bandita *ab origine* per l'espletamento dell'attività a tempo determinato ⁽⁵⁸⁾.

Rispetto all'orientamento della Corte Costituzionale, autorevole dottrina ha però segnalato la specificità del contesto di fatto nel quale sono state assunte tali decisioni, laddove l'imperatività del vincolo costituzionale nell'accesso ai ruoli delle amministrazioni pubbliche *ex art. 97 Cost.* è stata evocata per ipotesi di

⁵⁶ Cfr. *amplius*, *supra*, par. 2.

⁵⁷ Cfr. C. cost. 7 luglio 2010, n. 235, *FI*, 2010, n. 9, 2259; C. cost. 13 novembre 2009, n. 293, *RIDL*, 2010, n. 2, 89; C. cost. 13 aprile 2011, n. 127, *DRI*, 2012, n. 3, 846, nt. M.D. SANTOS FERNANDEZ, *Ancora una pronuncia della Corte Costituzionale sulle stabilizzazioni di lavoratori a termine nel settore pubblico*.

⁵⁸ Cfr. C. cost. 26 gennaio 2004, n. 34, *Ragiusan*, 2004, 441 e, più di recente, C. cost. 24 giugno 2010, n. 225, *GCost.*, 2010, 3601. In dottrina, in senso conforme, S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36 d.lgs. n.165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione cit.*, 147.

«stabilizzazioni previste dai legislatori regionali ed effettuate da enti locali in modo ampiamente discrezionale con pericolo di scelte clientelari [...]»⁽⁵⁹⁾.

Questa precisazione non sembra comunque in grado di giustificare una diversa interpretazione della norma costituzionale per le immissioni in ruolo avvenute tramite conversione giudiziale di rapporti a termine, vista la similarità dei rischi di abuso che anche in questi casi possono realizzarsi⁽⁶⁰⁾.

A tal proposito, infatti, non rileva che, a differenza delle stabilizzazioni decise da Enti locali o Regioni, l'immissione in ruolo per via giudiziaria non sia *voluta* dall'amministrazione ma piuttosto da questa sia *subita*, visto che, anche in tal caso, possono crearsi pressioni collusive dirette – attraverso un apposito utilizzo abusivo dei contratti flessibili – a legittimare per via giudiziaria l'indebita immissione in ruolo del personale precario⁽⁶¹⁾.

Da ultime, ma non per ultime, a supporto della perdurante vigenza nel nostro ordinamento del divieto di conversione dei rapporti a termine per il pubblico impiego, vi sono le finalità connesse al buon andamento delle amministrazioni aventi carattere organizzativo (il rispetto della disciplina pubblicistica delle dotazioni organiche) ed economico (il contenimento della spesa pubblica)⁽⁶²⁾. Come precisato in dottrina, infatti, la conversione giudiziale di tali rapporti potrebbe comportare un incremento non necessario o non finanziariamente sostenibile degli organici determinando, a seconda dei casi, un'eccedenza di personale e/o uno squilibrio finanziario⁽⁶³⁾.

La giurisprudenza di merito a cui si è fatto riferimento all'inizio del paragrafo che, un po' controcorrente, ha ritenuto possibile la conversione giudiziale dei

⁵⁹ Cfr. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, in *Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche: profili discriminatori*, Relazione al Convegno del 14 giugno 2012, organizzato dall'AGI Lazio, Magistratura democratica e Rivista giuridica del lavoro.

⁶⁰ Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU - F. MESSINEO - L. MENGONI, Giuffrè, 1980, I, 350.

⁶¹ Nello stesso senso cfr. A. OLIVIERI, *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via italiana e quella spagnola*, LPA, 2012, n. 5, 769. È stato sottolineato, peraltro, che la conversione del contratto a termine nel pubblico impiego avrebbe un effetto negativo in termini di dissuasività della sanzione, visto che le conseguenze finanziarie di tale conversione non sarebbero assunte dal datore di lavoro, quanto dalla collettività cfr. D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano cit.*, 725.

⁶² In tal senso anche la recente giurisprudenza di legittimità cfr. *ex plurimis* Cass. 28 maggio 2014, n. 19112, DRI, 2015, n. 1, 221, nt. S. M. CORSO, *L'impossibile conversione dei contratti a termine nel lavoro pubblico e il risarcimento: diritto nazionale e comunitario*.

⁶³ Cfr. V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, cit.; *contra* A. PRETEROTI, *A proposito di una possibile "di-sapplicazione" del divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato nella p.a. cit.*, 427. Inoltre, la diversità di trattamento sanzionatorio rispetto ai lavoratori privati si giustificerebbe come ragione obiettiva, alla luce delle recenti modifiche introdotte all'art. 97 co. 1 Cost., dall'art. 1, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1, secondo cui «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

rapporti a termine nel pubblico impiego ha argomentato tale risultato anche alla luce della connessione tra l'allora vigente art. 5 comma 4 *bis* del d.lgs. n. 368/2001 e la norma speciale dell'art. 36 comma 5 del d.lgs. n.165/2001 ⁽⁶⁴⁾.

È stato infatti sostenuto che la norma che *considera* a tempo indeterminato i rapporti a termine prolungatisi per oltre trentasei mesi non è soggetta al divieto di costituire rapporti stabili previsto all'art. 36 co. 5 cit., non ricadendo all'interno dell'ipotesi di «violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori».

Secondo questa tesi, il superamento del limite dei trentasei mesi permetterebbe anche nel pubblico impiego di costituire rapporti a tempo indeterminato, visto che tale effetto non sarebbe generato dalla violazione di norme sui contratti di assunzione, di per sé legittimi, ma atterrebbe ad un profilo esterno al contratto, e alla volontà di riqualificare il rapporto *ex post* alla luce della sua durata ⁽⁶⁵⁾.

Tra l'altro, in questa prospettiva, il contenuto precettivo dell'art. 97 co. 3 Cost. sarebbe rispettato, ritenendo la norma una deroga espressa al principio costituzionale dell'accesso mediante concorso pubblico rientrante nei «casi stabiliti dalla legge», che l'art. 97 cit. fa espressamente salvi ⁽⁶⁶⁾.

Anche questa ulteriore strada interpretativa, percorsa dalla giurisprudenza di merito, pare però non condivisibile: seppur l'art. 5 comma 4 *bis*, cit. (ora art. 19 d.lgs. n. 81/2015) non stabilisce una ipotesi sanzionatoria riconducibile a quelle che permettono di dichiarare la nullità del termine, l'effetto diretto che si realizza in tali casi è la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, conseguenza che il legislatore ha di fatto inteso evitare in base a quanto previsto all'art. 36 co.5, cit.

Inoltre, la persuasività di queste tesi ha subito un ulteriore discredito in virtù delle recenti modifiche legislative. Da un lato, infatti, l'art. 4, co.1, lett. b, del d.l.n.101/2013 ⁽⁶⁷⁾, introducendo il comma 5 *ter* nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ha espressamente affermato che le disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 sono applicabili a tutto il settore pubblico nel rispetto, tra le altre norme speciali, del «divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato».

Inoltre, la volontà legislativa di escludere siffatta convertibilità del rapporto come a tempo indeterminato ha trovato conferma nella disciplina del contratto

⁶⁴ Cfr. T. Napoli 18 giugno 2011, cit. e T. Trani 18 giugno 2011, LG, 2011, 1238. Dopo l'abrogazione del d.lgs. n.368/2001 il limite dei trentasei mesi previsto all'art. 5 comma 4 *bis* è stato trasfuso nell'art. 19 del d.lgs. n.81/2015.

⁶⁵ In tal senso cfr. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le a.: cadono molte barriere*, LG, 2011, n. 12, 1245; M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione* cit., 739; V. DE MICHELE, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali* cit., 701.

⁶⁶ Cfr. M.A. LA NOTTE CHIRONE, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego? Spunti per una riflessione* cit., 742.

⁶⁷ Convertito con modificazioni nella legge 30 ottobre 2013, n. 125.

a termine degli artt. 19-29 del d.lgs. n. 81/2015, che ha sostituito per il settore privato il d.lgs. n. 368/2001 e che, per il rinvio previsto all'art. 2 co.2 del d.lgs. n. 165/2001, è applicabile al settore pubblico fatte salve le disposizioni speciali.

Emerge infatti all'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 che, in caso di superamento del limite massimo di trentasei mesi di impiego – con un unico o una successione di contratti a termine – è ammessa la *trasformazione* del contratto a tempo indeterminato, cosicché, anche testualmente, l'effetto sanzionatorio previsto per il settore privato per la violazione della norma (la trasformazione) sia coinciso con il contenuto del divieto posto per il settore pubblico nel comma 5 *ter* dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001.