

Civile Sent. Sez. U Num. 5072 Anno 2016

Presidente: AMOROSO GIOVANNI

Relatore: AMOROSO GIOVANNI

Data pubblicazione: 15/03/2016

SENTENZA

sul ricorso 27025-2009 e 27029-2009p roposto da:

2015
521
AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA SAN MARTINO DI
GENOVA, in persona del Direttore Generale pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DI SANTA
COSTANZA 46, presso lo studio dell'avvocato LUIGI
MANCINI, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato CARLO CIMINELLI, per delega a margine del



ricorso;

- **ricorrente** -

contro

SARDINO GIANLUCA SRDGLC76C06D969M, MARROSU CRISTIANO, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA G. MONTANELLI 11, presso lo studio dell'avvocato ALESSANDRO ANDRIOLA, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato GIOVANNI BISSOCOLI, per delega a margine del controricorso;

- **controricorrenti** -

avverso la sentenza n. 974/2009 della CORTE D'APPELLO di GENOVA, depositata il 09/01/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 01/12/2015 dal Presidente Dott. GIOVANNI AMOROSO;

uditi gli avvocati Massimiliano ALOI per delega dell'avvocato Carlo Ciminelli, Giuseppe BELLINI per delega dell'avvocato Giovanni BISSOCOLI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. UMBERTO APICE, che ha concluso per l'accoglimento, p.q.r., del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino hanno adito con separati ricorsi il Tribunale di Genova per chiedere l'accertamento dell'illegittimità del termine apposto ai contratti di lavoro intercorsi con l'Azienda Ospedaliera San Martino di Genova con la qualifica di operatore tecnico-cuoco (ultimo contratto di sei mesi per il Marrosu decorrente dal 10 gennaio 2002, preceduto da altri quattro contratti, e per il Sardino decorrente dall'11 gennaio 2002, preceduto da altri tre contratti e sempre a tempo determinato, stipulati a decorrere dal 1999), con conseguente diritto alla declaratoria di instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, illegittimamente interrotto, sì da giustificare la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro, la condanna del datore al versamento di un'indennità non inferiore a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto nonché al risarcimento del danno non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso.

Il Tribunale di Genova – previo incidente di pregiudizialità comunitaria, in ordine alla compatibilità con la direttiva 1999/70/CE della disciplina interna nella parte in cui preclude per il settore pubblico (a differenza di quello privato) la tutela della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme in tema di apposizione del termine – ha dichiarato illegittimo l'ultimo dei contratti stipulati dai lavoratori (per mancata indicazione delle causali giustificative), condannando l'ente al risarcimento del danno, secondo quanto previsto dall'art. 18, quarto e quinto comma, legge 20 maggio 1970, n. 300, utilizzato quale criterio di parametrizzazione adeguato, effettivo e dissuasivo, in linea con i parametri indicati dalla Corte di giustizia U.E.

Il giudice di primo grado ha tuttavia differenziato le posizioni dei lavoratori nella concreta liquidazione del danno: infatti, ad entrambi è stato riconosciuto il risarcimento nel valore minimo di cinque mensilità, mentre l'indennità sostitutiva della reintegrazione è stata attribuita per intero (quindici mensilità) al Sardino, che dopo il rapporto a termine non aveva più lavorato, e contenuta in un'indennità pari a dieci mensilità per il Marrosu, che invece aveva trovato un'occupazione, sia pure con minori garanzie di stabilità rispetto al servizio pubblico.

2. La Corte di appello di Genova, con sentenza del 9 gennaio 2009, ha respinto l'appello proposto dall'ente pubblico, osservando in particolare che la censura relativa

alla mancata prova del danno da parte dei lavoratori era infondata in quanto era stato utilizzato un criterio equitativo a carattere forfetizzato e predeterminato (anche se la liquidazione era stata parzialmente graduata in concreto per effetto della nuova occupazione lavorativa rinvenuta dal Marrosu), tale da adeguare il risarcimento alla perdita del posto di lavoro - danno che non richiedeva specifica prova e quantificazione - e da offrire una tutela in linea con i requisiti indicati dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea secondo il canone di effettività, equivalenza e dissuasività della protezione che deve approntare dall'ordinamento interno per contrastare l'abusivo ricorso al contratto a termine.

3. Avverso la sentenza della Corte di appello l'Azienda Ospedaliera San Martino di Genova ha proposto due distinti ricorsi per cassazione articolati in quattro motivi, di analogo contenuto, rispettivamente nei confronti di Cristiano Marrosu e di Gianluca Sardino.

Si sono costituiti con distinti controricorsi Cristiano Marrosu e Gianluca Sardino concludendo per l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso, assumendo - in particolare - la correttezza della decisione della Corte di appello sui criteri di risarcimento in quanto tesa a ristorare il danno conseguente alla mancata conversione del rapporto a tempo indeterminato, in linea con i requisiti enunciati dalla giurisprudenza della Corte europea.

Entrambe le parti hanno depositato memoria difensiva, riportandosi alle precedenti difese.

4. All'esito dell'udienza del 20 luglio 2015 la Sezione Lavoro di questa Corte, con ordinanza del 4 agosto 2015, n. 16363, ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, segnalando, in relazione ai ricorsi in esame, da un lato la questione di massima di particolare importanza sulla definizione, la portata applicativa e la parametrizzazione del danno risarcibile ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, dall'altro il contrasto giurisprudenziale registrato sui criteri di liquidazione da adottare.

Fissata la causa innanzi a queste Sezioni Unite, le parti hanno depositato ulteriori memorie ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Entrambi i ricorsi sono articolati in quattro motivi di analogo contenuto.

Si deduce con il primo motivo la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 421 c.p.c. nonché dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 per essere la Corte territoriale incorsa nel vizio di extrapetizione, giungendo a condannare di ufficio l'ente pubblico al risarcimento del danno benché il lavoratore non avesse proposto domanda risarcitoria ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001, non fosse configurabile nella specie un licenziamento e, di conseguenza, non fosse applicabile la disciplina di cui all'art. 18 legge n. 300 del 1970.

Con il secondo motivo è anche censurata la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 114 c.p.c. nonché degli artt. 1226 e 2697 c.c., per essere la Corte territoriale incorsa nel vizio di extrapetizione, giungendo a condannare di ufficio l'ente pubblico al risarcimento del danno liquidato in via equitativa in assenza di domanda delle parti ex artt. 114 c.p.c. ovvero di liquidazione ai sensi dell'art. 1226 c.c. e comunque in assenza di domanda risarcitoria del lavoratore ai sensi del d.lgs. n. 165 del 2001 e di benché minima allegazione e prova del danno subito;

Con il terzo motivo è dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 113 c.p.c., in relazione al d.lgs. n. 165 del 2001, per avere la Corte territoriale violato le citate norme liquidando di ufficio un danno in via di equità senza specifica domanda in tal senso e riconoscendo una somma maggiore del danno eventualmente sofferto, considerato che i lavoratori, dopo solo un mese dalla scadenza del termine impugnato, avevano trovato altra occupazione.

Infine con il quarto motivo la ricorrente lamenta la contraddittoria motivazione della sentenza impugnata su un punto decisivo della controversia per avere la Corte di appello riconosciuto la tutela ex art. 18 legge n. 300 del 1970 in un caso non riconducibile al licenziamento, accogliendo una domanda diversa da quella formulata ed attribuendo il risarcimento di un danno non provato né nell'an che nel quantum debeat.

2. Vanno preliminarmente riuniti i due ricorsi dell'Azienda ospedaliera ricorrente perché proposti nei confronti della stessa sentenza della Corte d'appello di Genova.

3. I ricorsi - i cui motivi, di analogo contenuto, possono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi, avendo ad oggetto il tema del danno risarcibile nel caso di abusivo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione - sono fondati nei termini in cui si viene a dire.

4. La questione di fondo che pone la presente controversia è puntualmente evidenziata nella citata ordinanza interlocutoria della Sezione Lavoro che richiama le indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea (in particolare la sentenza del 7 settembre 2006, proc. C-53/04, Marrosu e Sardino, emessa a seguito di rinvio pregiudiziale disposto in primo grado, proprio nell'ambito del giudizio in esame) circa l'astratta compatibilità della normativa interna - preclusiva della costituzione del rapporto a tempo indeterminato per i contratti a termine abusivi alle dipendenze di una pubblica amministrazione - purché sia assicurata altra misura effettiva, proporzionata, dissuasiva ed equivalente a quelle previste nell'ordinamento interno per situazioni analoghe.

Nell'ordinanza interlocutoria si evidenzia che la Corte territoriale ha ritenuto di individuare nella disciplina di cui all'art. 18, commi quarto e quinto, legge n. 300 del 1970 (nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92) il parametro di riferimento più idoneo a garantire una tutela effettiva e dissuasiva. Nondimeno - si osserva nell'ordinanza - questa Corte si è già pronunciata in diverse occasioni sulla questione controversa dell'individuazione del criterio di liquidazione del danno ex art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, in un caso (Cass., sez. lav., 21 agosto 2013, n. 19371) ancorando la determinazione del risarcimento all'art. 32, commi 5 e 7, legge 4 novembre 2010, n. 183, a prescindere dalla prova concreta di un danno, trattandosi di indennità forfetizzata e onnicomprensiva per i danni causati dalla nullità del termine; in altro caso (Cass., sez. lav., 30 dicembre 2014, n. 27481, condivisa da Cass., sez. lav., 3 luglio 2015, n. 13655) utilizzando come criterio di liquidazione quello indicato dall'art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604, sempre a prescindere dalla prova concreta del danno, ma in virtù dell'elaborazione di un'autonoma figura di danno ("danno comunitario"), da intendere come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro.

5. La questione controversa, così delimitata, chiama in causa la normativa del lavoro a tempo determinato alle dipendenze di enti pubblici non economici nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, la quale, pur articolata in varie disposizioni

mutate nel tempo, si è mossa costantemente lungo una direttrice di fondo segnata dall'esigenza costituzionale di conformità al canone espresso dall'ultimo comma dell'art. 97 Cost. che prescrive che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge. Canone questo che costituisce proiezione del principio di eguaglianza che vuole che tutti, secondo capacità e merito valutati per il tramite di una procedura di concorso, possono accedere all'impiego pubblico e che all'opposto non consente l'accesso in ruolo stabile per altra via, tanto più se segnata da illegalità.

Essendosi sempre dovuta confrontare con questo principio, la disciplina del lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, pur in un quadro di tendenziale unitarietà, è risultata connotata da questo elemento differenziale rispetto a quella del lavoro privato dove non vige un simmetrico principio di accesso all'impiego privato stabile mediante procedura di concorso.

Già l'art. 36, comma 4, d.lgs. 29 marzo 1993 n. 29, nel testo modificato dall'art. 7 d.lgs. 23 dicembre 1993 n. 546 - in occasione della c.d. prima privatizzazione del lavoro pubblico - pur in un contesto di radicale riforma tendente ad avvicinare la disciplina di quest'ultimo a quella del lavoro privato, non di meno dettava una regola molto rigida: poneva il divieto alle amministrazioni pubbliche di costituire rapporti di lavoro a tempo determinato per prestazioni superiori a tre mesi, salve disposizioni speciali per settori particolari (come quello del personale della scuola), e stabiliva che le assunzioni effettuate in violazione di tale divieto erano nulle di pieno diritto ed inoltre determinavano responsabilità personali, patrimoniali e disciplinari a carico di chi le aveva disposte.

Successivamente l'art. 22, comma 8, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 - in occasione della c.d. seconda privatizzazione del pubblico impiego - ha da una parte ribadito che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. D'altra parte - qualificando l'illegittimità come fattispecie anche di illiceità, così andando al di là della sola invalidità per nullità sancita dall'art. 36, comma 4, d.lgs. n. 29/1993, cit. - ha previsto che il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla

prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; ciò che si verifica per essere stato egli illegittimamente impiegato a tempo determinato. Ed ha aggiunto, come effetto collaterale in chiave sanzionatoria, che 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.

Analoga disciplina si rinviene nell'art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165; disposizione questa che ha avuto varie formulazione - essendo stata sostituita dapprima dall'art. 3, comma 79, legge 24 dicembre 2007 n. 244 e poi dall'art. 49 legge 6 agosto 2008 n. 133 - ma che è rimasta invariata in due aspetti che sono fondamentali al fine del decidere la questione in esame e che si ritrovavano già nell'art. 22 d.lgs. 80/1998 cit.: da una parte la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori ad opera delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni; d'altra parte il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

Il presupposto legittimante il ricorso a forme di lavoro flessibile, quale quelle del contratto a tempo determinato, che già l'art. 4 legge 9 marzo 2006 n. 80 aveva ancorato ad "esigenze temporanee ed eccezionali" delle pubbliche amministrazioni, è confermato negli stessi termini dal secondo comma dell'art. 36 cit., come sostituito dall'art. 49 l. n. 80/2006: solo per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego. Ed anzi - precisa il terzo comma del medesimo art. 36 così riformulato - al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le pubbliche amministrazioni non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

L'interpretazione assolutamente prevalente ha escluso che tale disposizione (l'art. 36 cit.), proprio perché speciale, sia stata abrogata per effetto dell'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, di attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea), CEEP (Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e CES (Confederazione europea dei sindacati). E da ultimo tale

interpretazione ha ricevuto una conferma testuale nell'art. 29, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che, nell'ambito del riordino della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, ha sancito espressamente che resta fermo quanto disposto dall'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001.

Ripetuto è quindi il principio affermato dalla giurisprudenza (*ex plurimis* Cass., sez. lav., 15 giugno 2010, n. 14350) secondo cui nel pubblico impiego un rapporto di lavoro a tempo determinato in violazione di legge non è suscettibile di conversione in rapporto a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto non è stato modificato dal d.lgs. n. 368 del 2001, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato; ne consegue che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendo preclusa la conversione del rapporto, sussiste solo il diritto al risarcimento dei danni subiti.

6. Al contorno di questi due principi - per cui da una parte la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori a termine, ad opera delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni e d'altra parte il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (art. 36, comma 5, cit.) - stanno varie norme che segnano il contesto in cui questi principi operano e che recano prescrizioni di vario tipo dirette a presidiare l'esatta osservanza delle disposizioni in materia di contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni.

Innanzitutto - prescrive lo stesso quinto comma dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 - 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.

L'art. 3, comma 79, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), nel riformulare l'art. 36 cit. aveva aggiunto, al sesto comma, la prescrizione per cui le amministrazioni pubbliche che operavano in violazione delle prescrizioni della stessa disposizione non potevano effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo a tale violazione.

Successivamente l'art. 49 della legge 6 agosto 2008, n. 133, di conversione in legge del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, nel riformulare ulteriormente l'art. 36 cit. ha aggiunto che i dirigenti che operano in violazione delle prescrizioni della medesima disposizione sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21 dello stesso decreto-legge e che di tali violazioni si sarebbe tenuto conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286.

Ancora più recentemente nell'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 sono stati introdotti due commi (5-ter e 5-quater) dall'art. 4, comma 1, lett. b), d.l. 31 agosto 2013, n. 101, conv. dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125, che - nel ribadire che le disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed il diritto al risarcimento per il dipendente - hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

In sintesi, da una parte il divieto, per le pubbliche amministrazioni, di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato è rimasto come una costante più volte ribadita dal legislatore sicché non può predicarsi la conversione del rapporto quale "sanzione" dell'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro o comunque dell'illegittimo ricorso a tale fattispecie contrattuale. D'altra parte il rispetto della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato è risultato essere presidiato - oltre che dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del dipendente - anche da disposizioni al contorno che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine.

Sicché può dirsi che l'ordinamento giuridico prevede, nel complesso, "misure energiche" (come richiesto dalla Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, C-22/13 ss., Mascolo), fortemente dissuasive, per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato; ciò assicura la piena compatibilità comunitaria, sotto tale profilo, della disciplina nazionale.



7. Il profilo comunitario della questione in esame è centrato essenzialmente nel citato accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato). Tale direttiva ha dato attuazione all'accordo quadro tra le associazioni sindacali comunitarie al dichiarato fine di prevenire le discriminazioni e gli abusi del ricorso al contratto a tempo determinato e non già di dettare una normativa comunitaria per tale tipologia di rapporto di lavoro che avrebbe ecceduto le competenze comunitarie. Si tratta di una direttiva "obiettivo", quindi non autoapplicativa: al punto 15 del preambolo è detto chiaramente che la direttiva vincola gli Stati membri quanto all'obiettivo da raggiungere, ma lascia agli stessi la scelta della forma e dei mezzi. L'obiettivo è quello di uno standard uniforme di tutele del lavoratore per prevenire le discriminazioni e l'abuso del ricorso al contratto a termine.

Innanzitutto la clausola 3 fissa il principio della necessaria identificazione delle "condizioni oggettive". Essendo il contratto a tempo indeterminato la fattispecie normale di rapporto di lavoro, il ricorso al contratto a termine deve essere giustificato da "condizioni oggettive". La clausola considera come condizione oggettiva legittimante il ricorso al contratto a termine, oltre al completamento di un compito specifico o al verificarsi di un evento specifico, anche il solo raggiungimento di una certa data.

La clausola 4 pone il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, mitigato dal concorrente principio del *pro rata temporis*.

La clausola 8.3 pone la regola di non regresso per cui, in sede di attuazione della direttiva, non è possibile ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo (talché essenzialmente in ragione della ineludibile compatibilità con tale prescrizione comunitaria è risultata inammissibile l'iniziativa referendaria diretta a "liberalizzare" il contratto a termine: Corte cost. n. 41 del 2000 che ha dichiarato inammissibile, in quanto avente ad oggetto disposizioni la cui abrogazione avrebbe esposto lo Stato italiano a responsabilità nei confronti della Comunità europea, la richiesta di referendum abrogativo riguardante la legge 18 aprile 1962 n. 230).

Ma quella che maggiormente interessa al fine di decidere la presente controversia è la clausola 5 che prevede misure di prevenzione degli abusi. Il

riferimento è alla successione di contratti a termine che possa qualificarsi come abuso. La clausola indica alternativamente le misure idonee a prevenire gli abusi: *a)* prescrizione di ragioni obiettive per il rinnovo; *b)* durata massima dei contratti a termine; *c)* numero massimo dei rinnovi. La clausola è comunque elastica perché consente "misure equivalenti" ad una di queste appena indicate.

In base a tale clausola, allo scopo di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, tranne che non vi siano ragioni obiettive che giustifichino il rinnovo di tali contratti, sono tenuti ad introdurre una o più misure attuative della prevenzione degli abusi, fissando la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi o il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Ma possono anche introdurre altre prescrizioni parimenti orientate alla prevenzione degli abusi purché siano qualificabili come "norme equivalenti". Altresì - aggiunge la medesima clausola - è possibile una differenziazione che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, così coonestando la compatibilità comunitaria di discipline differenziate quale quella, nell'ordinamento italiano, dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La clausola 5 nulla dice quanto alle conseguenze dell'eventuale abuso la cui disciplina pertanto è interamente rimessa alla discrezionalità del legislatore nazionale in un ampio e non definito spettro di alternative. La prevenzione dell'abuso implica una reazione con connotazioni, in senso lato, sanzionatorie dell'abuso stesso. Ma queste possono essere, in ipotesi, l'attribuzione di una ragione di risarcimento del danno oppure la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato oppure entrambe. Si potrebbero ipotizzare anche sanzioni amministrative oppure, ibridando il profilo risarcitorio con quello sanzionatorio, potrebbero configurarsi "danni punitivi". Lo spettro è ampio ed ampia è la discrezionalità del legislatore nazionale vincolato solo al parametro delle "misure equivalenti": al fine della compatibilità comunitaria la reazione "sanzionatoria" dell'ordinamento interno deve avere una forza dissuasiva non inferiore alle misure di prevenzione degli abusi previste dalla clausola 5 cit..

8. In attuazione della direttiva è stato emanato il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), che ha dettato

la nuova disciplina del contratto a termine in conformità alla direttiva (prima del d.lgs. n. 81 del 2015).

In particolare in attuazione della clausola 3 del suddetto accordo quadro l'art. 1 ha posto la prescrizione generale secondo cui 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. La giurisprudenza ha poi chiarito, in via interpretativa, le conseguenze della violazione dell'art. 1 a partire da Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, che, con riferimento appunto alla fattispecie dell'insussistenza delle ragioni giustificative del termine, ha affermato che, pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di tali ragioni, si ha che, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE, l'illegittimità del termine e la nullità della clausola di apposizione dello stesso comportano l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (*id est*: conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato).

In attuazione della clausola 4, l'art. 6 ha fissato il principio di non discriminazione rispetto al lavoratore a tempo indeterminato prevedendo che al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine.

Ciò che però maggiormente rileva in causa è l'attuazione della clausola 5 dell'accordo quadro alla quale possono riferirsi gli artt. 4 e 5 rispettivamente sulla disciplina della proroga e sulla successione di contratti a termine; disposizioni dirette appunto a contrastare l'abusivo ricorso al contratto a termine come richiesto dalla clausola 5 dell'accordo quadro.

Da una parte l'art. 4, poi modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 20 marzo 2014, n. 34, conv. in l. 16 maggio 2014, n. 78, ha previsto che il termine del contratto a

tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi la proroga è ammessa una sola volta e a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive, il cui onere probatorio è a carico del datore di lavoro, e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Da ultimo è stata introdotta la durata complessiva del rapporto a termine che non potrà essere superiore ai tre anni e ^{il cui} ~~che~~ costituisce un chiaro indice della fattispecie dell'abuso del ricorso al contratto a termine rispetto alla mera illegittimità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro (limite poi confermato dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015).

D'altra parte l'art. 5 ha posto una serie di limitazioni alla successione di rapporti a termine prevedendo la conversione del rapporto. Ha stabilito che, se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, ovvero oltre il trentesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini. Parimenti si considera a tempo indeterminato il secondo contratto qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi. Se invece due assunzioni successive a termine sono senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.

Il cit. d.lgs. n. 368/2001 è stato modificato più volte, da ultimo - prima della sua abrogazione ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015 (con ulteriormente nuova disciplina della materia) - ad opera del d.l. n. 34 del 2014, conv. in l. n. 78/2014. Ma nel complesso rimane l'attuazione delle tre clausole dell'accordo quadro suddetto, seppur con contenuti in parte variati. In particolare la fattispecie dell'abuso (clausola 5 dell'accordo quadro e art. 5 d.lgs. 368/2001) - inteso come successione di contratti a termine in violazione dei limiti di legge, che è fattispecie "aggravata" rispetto alla mera illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro - viene precisata meglio con l'introduzione del comma 4 *bis* nell'art. 5 d.lgs. n. 368/2001. Disposizione questa che - tipizzando un'ipotesi di abuso del ricorso reiterato a contratti a termine (poi confermata dall'art. 19, comma 2, d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81 nel nuovo regime del lavoro a tempo determinato) ha previsto che, 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.

L'abusivo ricorso al contratto a termine - ed anzi, più in generale, l'illegittimo ricorso al contratto a termine - è fonte di danno risarcibile per il lavoratore che abbia reso la sua prestazione lavorativa in questa condizione di illegalità. Ma, quando il risarcimento del danno si accompagna alla conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato, il risarcimento del danno è contenuto nella misura fissata dall'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010 n. 183, che prevede che, in tal caso, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

Quando poi il legislatore con il cit. d.lgs. n. 81 del 2015 ha ridisciplinato la materia, ha riformulato (all'art. 28) la norma sul risarcimento del danno in termini sostanzialmente analoghi, ribadendo che l'indennità spettante al lavoratore ristora per intero il pregiudizio subito dallo stesso, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

Nel complesso può dirsi soddisfatta l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, che siano non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive, esigenza quale si ricava dalla normativa europea nella ricostruzione operata dalla Corte di giustizia.

9. Rimane però che la reazione dell'ordinamento giuridico all'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato è, nel lavoro pubblico contrattualizzato, differenziata rispetto a quella nel rapporto di lavoro privato dove è prevista, secondo l'interpretazione di questa Corte, la conversione del rapporto in caso di violazione delle prescrizioni imperative sia della legge 18 aprile 1962 n. 230 (cfr. già Cass., sez. lav., 4 settembre 1981 n. 5046) sia del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. lav. 23 agosto 2006 n. 18378), oltre al risarcimento del danno che però da ultimo il

cit. art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010 n. 183 ha fissato, sostanzialmente limitandolo, in un'indennità compensativa nei termini già sopra indicati, che si applica anche ai fatti pregressi, salvo l'eventuale giudicato.

Quindi vi è una disciplina differenziata tra pubblico e privato che pone un problema di compatibilità sia, nell'ordinamento interno, con il principio di eguaglianza sia, nell'ordinamento sovranazionale, con la disciplina comunitaria. Però può ritenersi - per quanto si viene ora a dire - che la questione, nei suoi due profili interno (di costituzionalità) ed europeo (di compatibilità comunitaria), è stata risolta rispettivamente dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e da quella della Corte di giustizia.

10. La Corte costituzionale (sent. 27 marzo 2003, n. 89) ha ritenuto che la disposizione in esame (art. 36 d.lgs. n. 165/2001), per la parte in cui non consente, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato, che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori possa dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, non viola gli artt. 3 e 97 Cost.. È, infatti, giustificata la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di quelle disposizioni conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, dato che il principio dell'accesso mediante concorso - enunciato dall'art. 97 Cost., a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione - rende non omogeneo il rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al rapporto alle dipendenze di datori privati.

In particolare nella cit. pronuncia la Corte ha enunciato, come criterio generale, che «[...]il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello [...] dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione». Ed ha sottolineato che «[l]'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 della Costituzione, di per sé rende palese la non omogeneità - sotto l'aspetto considerato - delle situazioni poste a confronto dal rimettente e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione (in rapporto) a tempo

indeterminato prevista per i lavoratori privati». In termini inequivocabili la Corte ha quindi escluso, sotto questo profilo, l'esigenza di uniformità di trattamento rispetto alla disciplina dell'impiego privato, cui il principio del concorso è del tutto estraneo.

Anche la successiva giurisprudenza costituzionale ha ribadito il principio del pubblico concorso, quale mezzo ordinario e generale di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, principio che risponde alla finalità di assicurare «il buon andamento e l'efficacia dell'Amministrazione», valori presidiati dal primo e dal terzo comma dell'art. 97 Cost. (sentenze n. 190 del 2005, n. 205 e n. 34 del 2004 e n. 1 del 1999).

A tale principio il legislatore può derogare solo in casi eccezionali (sentenze n. 320 del 1997, n. 205 del 1996). Secondo il consolidato orientamento della Corte, le deroghe alla regola del pubblico concorso sono sottoposte ad un vaglio di ragionevolezza della scelta operata dal legislatore (sentenze n. 213 e n. 150 del 2010); devono necessariamente essere conformi a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico (sentenza n. 81 del 2006); infine, devono essere delimitate in modo rigoroso (sentenze n. 9 del 2010, n. 363 del 2006 e n. 194 del 2002). Cfr. più recentemente sent. 299 del 2013 secondo cui « la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico è stata delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse alle esigenze di buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle» (conf. sentenze n. 52 del 2011 e n. 195 del 2010).

Oltre al rispetto del parametro diretto costituito dal principio di eguaglianza la Corte (ord. 206 del 2013, sent. n. 89 del 2003) ha avuto modo di verificare anche che la previsione generale, applicabile a tutto il pubblico impiego, dell'art. 36, comma 5, 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 instaurazione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, non confligga con il parametro interposto, ex art. 117, primo comma, Cost., della normativa comunitaria. Infatti le norme comunitarie possono costituire elementi integrativi del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost., quando siano prive di effetto diretto; circostanza questa che



ricorre per la clausola 5 del menzionato accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, come già rilevato dalla Corte di giustizia (sentenza 15 aprile 2008, C-268/06) e dalla stessa Corte costituzionale (sent. 267 del 2013).

Solo per il precariato dei docenti della scuola pubblica, per il quale trova applicazione una disciplina ulteriormente speciale rispetto a quella ora in esame, la Corte (ord. n. 207 del 2013) ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea in via pregiudiziale la questione interpretativa della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro suddetto con riferimento alla speciale disciplina – che qui non rileva – delle supplenze annuali.

Con riguardo poi al profilo del risarcimento del danno in ragione dell'illegittima apposizione del termine la Corte (sent. n. 303 del 2011) ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183, sollevata in particolare nella parte in cui il comma 5 stabilisce che, nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il risarcimento del lavoratore illegittimamente estromesso alla scadenza del termine dev'essere raggugliato ad una indennità onnicomprensiva da liquidare tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, alla stregua dei criteri dettati dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604; indennità onnicomprensiva che – osserva la Corte – “assume una chiara valenza sanzionatoria” essendo dovuta in ogni caso, anche in mancanza di danno e di offerta della prestazione. Nello stesso tempo però – in ragione di quello che la Corte ritiene un “equilibrato componimento dei contrapposti interessi” – è assicurato al datore di lavoro la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso.

L'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92, ha poi offerto l'interpretazione autentica dell'art. 32, comma 5, cit. chiarendo che l'indennità risarcitoria suddetta limita l'ammontare del risarcimento del danno dovuto a seguito della illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro fissandolo nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e disponendo che esso ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al



periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro. La questione di costituzionalità di tale norma di interpretazione autentica è stata ritenuta non fondata da Corte cost. n. 226 del 2014 anche con riferimento alla sua compatibilità, a livello di ordinamento comunitario, con l'accordo quadro suddetto. Ha posto in rilievo la Corte come la scelta di prevedere un'indennità forfettaria proporzionata risponda all'esigenza di «tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente». Inoltre - ha sottolineato la Corte - la clausola 8.3 dell'accordo quadro, nell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, non preclude in via generale modifiche che possano essere ritenute peggiorative del trattamento dei lavoratori a tempo determinato allorché attraverso di esse il legislatore nazionale persegue obiettivi diversi dalla attuazione dell'accordo quadro.

Peraltro, la stessa Corte ha affermato a più riprese che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale» (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991).

C'è comunque - ha ulteriormente rilevato la Corte - che il ricorso ai criteri indicati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, consente di calibrare l'importo dell'indennità da liquidare in relazione alle peculiarità delle singole vicende, come la durata del contratto a tempo determinato (evocata dal criterio dell'anzianità lavorativa), la gravità della violazione e la tempestività della reazione del lavoratore (sussumibili sotto l'indicatore del comportamento delle parti), lo sfruttamento di occasioni di lavoro (e di guadagno) altrimenti inattuabili in caso di prosecuzione del rapporto (riconducibile al parametro delle condizioni delle parti), nonché le stesse dimensioni dell'impresa (immediatamente misurabili attraverso il numero dei dipendenti).

11. Alla giurisprudenza costituzionale si affianca, quanto alla compatibilità della disciplina interna con la normativa comunitaria, quella della Corte di giustizia dell'Unione Europea. La quale, dopo aver precisato che la menzionata direttiva si applica anche ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi dalle pubbliche amministrazioni, ha pure ribadito, in più pronunce, che la citata clausola 5,

punto 1), dell'accordo quadro, non è autoapplicativa non essendo sufficientemente precisa sicché non può essere direttamente invocata davanti ad un giudice nazionale (sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06, Impact, e sentenza 23 aprile 2009, in cause da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki; cfr. anche ordinanza 1° ottobre 2010 (in causa C-3/10, Affatato) e sentenza 26 gennaio 2012 (in causa C-586/10, Kucuk). E parimenti ha ritenuto la compatibilità comunitaria dello speciale regime dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001 quanto alla prescrizione 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 a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni. La Corte di giustizia ha ritenuto che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro ad essa allegato devono essere interpretati nel senso che essi si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico (sentenze 8 settembre 2011, in causa C-177/10, Rosado Santana; 7 settembre 2006, in causa C-53/04, Marrosu e Sardino; 4 luglio 2006, in causa C-212/04, Adeneler).

Le pronunce della Corte però contengono anche una sorta di riserva, espressa con riferimento al contesto normativo complessivo in cui si inserisce la preclusione alla conversione del rapporto che sconta l'interpretazione del diritto interno da parte dei giudici nazionali: la compatibilità comunitaria del regime differenziato per i dipendenti a termine delle pubbliche amministrazioni quanto alla preclusione che non consente la conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato deve comunque rispettare il principio dell'equivalenza e quello dell'effettività e dissuasività della reazione dell'ordinamento interno a situazioni di abuso nel ricorso al contratto a termine e quindi della tutela approntata in favore del dipendente pubblico.

In particolare la Corte di giustizia nell'ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13, che richiama precedenti enunciati della stessa Corte (cfr. sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04; Vassallo, C-180/04, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., C-378/07; nonché ordinanze del 12 giugno 2008, Vassilakis e a., C-364/07; del 24 aprile 2009, Koukou, C-519/08; del 23 novembre 2009, Lagoudakis e a., da C-162/08, e del 1° ottobre 2010, Affatato, C-3/10) ha ribadito che la clausola 5 dell'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo



indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato. La direttiva del 1999 non contempla alcuna ipotesi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato così "lasciando agli Stati membri un certo margine di discrezionalità in materia". Neppure la direttiva contiene una disciplina generale del contratto a tempo determinato, ma pone principi specifici che, per gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, valgono come obiettivi da raggiungere ed attuare, tra cui appunto il principio di contrasto dell'abuso del datore di lavoro, privato o pubblico, nella successione di contratti a tempo determinato (clausola 5). Questa è la portata dell'accordo quadro e segnatamente della sua clausola 5; precisa infatti la Corte di giustizia (7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, cit.) che "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".

Quindi il legislatore nazionale avrebbe anche potuto non prevedere in alcun caso - né nel settore pubblico né in quello privato - la conversione del rapporto consistente in una successione di contratti a termine connotata dal carattere dell'abusività e sanzionare tale abuso con altre misure diversamente dissuasive e parimenti efficaci.

In questa discrezionalità rientra anche un assetto - quale quello vigente nel nostro ordinamento giuridico - che distingue tra pubblico e privato in ragione di precisi vincoli costituzionali per il legislatore ordinario. La Corte di giustizia sul punto è categorica ed inequivoca: "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" (7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, cit.), potendo sussistere "ragioni obiettive" che giustificano lo scostamento dell'ordinamento nazionale dai principi da essa stabiliti.

Quindi la compatibilità comunitaria di un regime differenziato pubblico/privato è un punto fermo, che si aggiunge alla compatibilità interna con il canone costituzionale del principio di eguaglianza (Corte cost. n. 89/2003, cit.).

12. Muovendo dalla considerazione che la giurisprudenza della Corte costituzionale, da una parte, e quella della Corte di giustizia, dall'altra, consentono di

ritenere verificata la compatibilità costituzionale e comunitaria del regime differenziato del contratto a termine nel pubblico impiego, connotato com'è dalla previsione del pubblico concorso per l'accesso all'impiego e quindi dal divieto di conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato, c'è ora da esaminare - per misurare il grado di effettività della tutela del lavoratore - il profilo del risarcimento del danno in caso di illegittimo o abusivo ricorso al contratto a termine: occorre interrogarsi su cosa si intende per danno risarcibile *ex art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 cit.*

La norma non aggiunge altro e quindi deve farsi riferimento alla regola generale della responsabilità contrattuale posta dall'art. 1223 c.c. secondo cui il risarcimento del danno deve comprendere così la perdita subita, nella specie dal lavoratore, come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta

Innanzitutto - per quanto finora si è detto sull'obbligo del concorso pubblico e sul conseguente divieto di conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato nel caso di rapporto con pubbliche amministrazioni - va precisato che fuori dal risarcimento del danno è la mancata conversione del rapporto. Questa è esclusa per legge e tale esclusione - si è appena detto - è legittima sia secondo i parametri costituzionali (v. sopra *sub* 10) che quelli europei (v. sopra *sub* 11). Non ci può essere risarcimento del danno per il fatto che la norma non preveda un effetto favorevole per il lavoratore a fronte di una violazione di norme imperative da parte delle pubbliche amministrazioni. Quindi il danno non è la perdita del posto di lavoro a tempo indeterminato perché una tale prospettiva non c'è mai stata: in nessun caso il rapporto di lavoro a termine si potrebbe convertire in rapporto a tempo indeterminato perché l'accesso al pubblico impiego non può avvenire - invece che tramite di concorso pubblico - quale effetto, sia pur in chiave sanzionatoria, di una situazione di illegalità.

Lo stesso art. 36, comma 5, *cit.*, definisce il danno risarcibile come derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative e non già come derivante dalla perdita di un posto di lavoro. Se la pubblica amministrazione non avesse fatto illegittimo ricorso al contratto a termine, non per questo il lavoratore sarebbe stato assunto a tempo indeterminato senza concorso pubblico. L'ipotizzata legittima azione della pubblica amministrazione esclude sì l'illegittimo ricorso al contratto a termine, ma esclude anche, per rimanere in un'ipotesi ricostruttiva controfattuale *secundum ius*, che possa predicarsi l'assunzione in ruolo in violazione dell'obbligo del concorso pubblico

per l'accesso al pubblico impiego a tempo indeterminato. Ossia se l'Amministrazione pubblica avesse agito legittimamente non commettendo l'abuso, non avrebbe posto in essere la sequenza di contratti a termine in violazione di legge e il lavoratore non sarebbe stato affatto assunto.

Non c'è quindi un danno da mancata conversione del rapporto e quindi da perdita del posto di lavoro.

13. Il danno è altro.

Il lavoratore, che abbia reso una prestazione lavorativa a termine in una situazione di ipotizzata illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro o, più in generale, di abuso del ricorso a tale fattispecie contrattuale, essenzialmente in ipotesi di proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione *contra legem*, subisce gli effetti pregiudizievoli che, come danno patrimoniale, possono variamente configurarsi.

Si può soprattutto ipotizzare una perdita di *chance* nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore. Le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato. Il lavoratore che subisce l'illegittima apposizione del termine o, più in particolare, l'abuso della successione di contratti a termine rimane confinato in una situazione di precarizzazione e perde la *chance* di conseguire, con percorso alternativo, l'assunzione mediante concorso nel pubblico impiego o la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato.

L'evenienza ordinaria è la perdita di *chance* risarcibile come danno patrimoniale nella misura in cui l'illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile.

Ma non può escludersi che una prolungata precarizzazione per anni possa aver inflitto al lavoratore un pregiudizio che va anche al di là della mera perdita di *chance* di un'occupazione migliore.

In ogni caso l'onere probatorio di tale danno grava interamente sul lavoratore. Pur potendo operare il regime delle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), però indubbiamente il danno - una volta escluso che possa consistere nella perdita del posto



di lavoro occupato a termine - può essere in concreto di difficile prova; di qui il monito della Corte di giustizia con riferimento all'ipotesi dell'abuso del ricorso al contratto a termine.

Occorre allora un'operazione di integrazione in via interpretativa, orientata dalla conformità comunitaria, che valga a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile. Ed è ciò che ha fatto la giurisprudenza di questa Corte pervenendo però a conclusioni non univoche (di cui si è detto *sub* 4).

14. Si è sottolineato sopra - all'esito della ricostruzione del quadro normativo di riferimento nell'ordinamento interno - che sono previste, nel complesso, "misure energiche" fortemente dissuasive per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato.

Ma il pur forte carattere dissuasivo di queste misure (sia quella risarcitoria, sia quelle di indiretto presidio della legalità dell'azione dell'Amministrazione pubblica) - secondo in particolare la ordinanza 12 dicembre 2013, Papalia, C-50/13 della Corte di giustizia - non è sufficiente per assicurare il rispetto della clausola 5 del cit. accordo quadro ove il lavoratore, "il quale desideri ottenere il risarcimento del danno sofferto, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non goda di nessuna presunzione d'esistenza di un danno e, di conseguenza, debba dimostrare concretamente il medesimo" (così la censura del giudice rimettente che la Corte di giustizia mostra di condividere). La Corte riconosce che "spetta al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, valutare in che misura le disposizioni di tale diritto miranti a punire il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato rispettino i principi di effettività ed equivalenza". Ma c'è un monito ben preciso: la clausola 5 dell'accordo quadro osta a "una normativa nazionale [...], la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la

prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

15. E' questo un snodo decisivo della questione portata all'esame di queste sezioni unite.

A livello di normativa interna la prova del danno grava sul lavoratore che eserciti in giudizio la pretesa risarcitoria regolata dalla disciplina codicistica (art. 1223 c.c.). La circostanza che effettivamente il lavoratore abbia difficoltà a provare il danno subito, che consiste essenzialmente nella perdita di *chance* di un'occupazione migliore, costituisce un inconveniente di mero fatto che non mina la legittimità - si ripete, a livello interno - di tale normativa applicata a questa fattispecie.

Se però ci si sposta a livello comunitario, la situazione è differente ed è tale in ragione proprio del ricordato monito della giurisprudenza della Corte di giustizia: la difficoltà della prova non può dirsi che costituisca un inconveniente di mero fatto, ma - in caso di abusivo ricorso al contratto a termine che va prevenuto con misure equivalenti, di efficacia non inferiore a quelle previste dalla clausola 5 del citato accordo quadro - ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e quindi in violazione di quest'ultima; la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe non di meno come parametro interposto ex art. 117, primo comma, Cost. e potrebbe inficiare la legittimità costituzionale della norma interna (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001) che tale pretesa risarcitoria disciplina in termini comunitariamente inadeguati nel caso di abuso nella successione di contratti a termine.

16. Ma prima di sollevare l'incidente di costituzionalità - e come condizione preliminare di ammissibilità - c'è da sperimentare la possibilità di un'interpretazione adeguatrice che, con riferimento all'ipotesi dell'abuso, che costituisce una illegittimità qualificata, consenta di rinvenire nell'ordinamento nazionale un regime risarcitorio di tale abuso che soddisfi quell'esigenza di tutela del lavoratore evidenziata dalla Corte di giustizia.

L'interpretazione adeguatrice, orientata alla conformità costituzionale della normativa ordinaria, si muove comunque nel perimetro delle interpretazioni plausibili e non svincola del tutto il giudice dal dato positivo della norma interpretata. Sussiste - si è

osservato - un limite all'interpretazione adeguatrice al di là della quale c'è solo l'incidente di costituzionalità (cfr., in altra materia, Corte cost. n. 77 del 2007).

Ed allora la verifica di una disciplina comunitariamente adeguata va ricercata - e, se rinvenuta, non c'è necessità di sollevare la questione di costituzionalità che risulterebbe altrimenti inammissibile - in un ambito normativo omogeneo, sistematicamente coerente e strettamente contiguo, che è quello del risarcimento del danno nel rapporto a tempo determinato nel lavoro privato e non già in quella del risarcimento del danno in caso di licenziamento illegittimo in cui sia stata ordinata la reintegrazione nel posto di lavoro *ex art. 18 legge 20 maggio 1970 n. 300* (Statuto dei lavoratori), né in quella di licenziamento parimenti illegittimo in cui sia stata ordinata dal giudice la riassunzione *ex art. 8 legge n. 604/66*, e neppure in quella di licenziamento illegittimo in cui non possa essere ordinata la reintegrazione ma ci sia solo una compensazione economica (art. 1 legge n. 92 del 2012 e successivamente, per i contratti di lavoro a tutele crescenti, art. 3 d.lgs. n. 23 del 2015).

L'ipotesi del licenziamento evoca la perdita del posto di lavoro che nella fattispecie del lavoro pubblico contrattualizzato - per quanto sopra diffusamente argomentato - è esclusa in radice dalla legge ordinaria (art. 36 d.lgs. n. 165/2001 cit.) in ottemperanza di un precetto costituzionale sull'agire della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.) in stretta connessione con il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.). Il dipendente pubblico che subisce la precarizzazione per effetto di una successione di contratti a termine connotata da abusività non perde alcun posto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione pubblica per la quale ha lavorato ed al quale non avrebbe mai avuto diritto non avendo superato il vaglio di un concorso pubblico per un posto stabile.

Il danno per il dipendente pubblico - come già rilevato - è altro: il lavoratore a termine nel pubblico impiego, se il termine è illegittimamente apposto, perde la *chance* della occupazione alternativa migliore e tale è anche la connotazione intrinseca del danno, seppur più intenso, ove il termine sia illegittimo per abusiva reiterazione dei contratti.

Ma l'esigenza di conformità alla cit. direttiva del 1999 richiede di differenziare. In questo secondo caso - di abuso nella reiterazione dei contratti a termine - occorre anche una disciplina concretamente dissuasiva che abbia, per il dipendente, la valenza di

una disciplina agevolativa e di favore, la quale però non può essere ricercata nell'ambito della fattispecie del licenziamento illegittimo, perché questa implica la illegittima perdita di un posto di lavoro a tempo indeterminato, mentre la fattispecie in esame, all'opposto, esclude in radice che ci sia il mancato conseguimento di un posto di lavoro a tempo indeterminato stante la preclusione nascente dall'obbligo del concorso pubblico per l'accesso al pubblico impiego.

La fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua, è invece quella del cit. art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 che prevede - per l'ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto a tempo determinato nel settore privato - che "il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604" (in tal senso già Cass. 21 agosto 2013, n. 19371).

La misura dissuasiva ed il rafforzamento della tutela del lavoratore pubblico, quale richiesta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è proprio in questa agevolazione della prova da ritenersi in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 del più volte cit. accordo quadro: il lavoratore è esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo.

La trasposizione di questo canone di danno presunto esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario (così già Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 e 3 luglio 2015, n.13655) nel senso che vale a colmare quel deficit di tutela, ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui mancanza esporrebbe la norma interna (art. 36, comma 5, cit.), ove applicabile nella sua sola portata testuale, ad essere in violazione della clausola 5 della direttiva e quindi ad innescare un dubbio di sua illegittimità costituzionale; essa quindi esaurisce l'esigenza di interpretazione adeguatrice. La quale si ferma qui e non si estende anche alla regola della conversione, pure prevista dall'art. 32, comma 5, cit., perché - si ripete - la mancata conversione è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione.

In sintesi, il richiamo alla disciplina del licenziamento illegittimo, sia quella dell'art. 8 della legge n. 604/66 che dell'art. 18 della legge n. 300/1970, che altresì, in ipotesi, quella del regime indennitario in caso di contratto di lavoro a tutele crescenti (art. 3 d.lgs. n. 23 del 2015), è incongruo perché per il dipendente pubblico a termine non c'è la perdita di un posto di lavoro. Può invece farsi riferimento all'art. 32, comma 5, cit. che appunto riguarda il risarcimento del danno in caso di illegittima apposizione del termine.

17. Deve aggiungersi che solo apparentemente può sembrare che il lavoratore privato consegue - in termini di tutela approntata dall'ordinamento - qualcosa di più (la conversione del rapporto e quindi la reintegrazione nel posto di lavoro oltre all'indennità risarcitoria *ex art. 32, comma 5, cit.*) rispetto al lavoratore pubblico (al quale è riconosciuto solo il risarcimento del danno da quantificarsi innanzi tutto nella misura della stessa indennità risarcitoria).

In realtà così non è.

L'indennità risarcitoria *ex art. 32, comma 5, cit.* ha una diversa valenza secondo che sia collegata, o no, alla conversione del rapporto.

Per il lavoratore privato l'indennizzo *ex art. 32, comma 5*, è in chiave di contenimento del danno risarcibile per essere - o poter essere - l'indennizzo meno del danno che potrebbe conseguire il lavoratore secondo i criteri ordinari; contenimento che è risultato essere compatibile con i parametri costituzionali degli artt. 3, 4 e 24 Cost. (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.).

Per il lavoratore pubblico invece l'indennizzo *ex art. 32, comma 5*, è, all'opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore.

L'esigenza di interpretazione orientata alla compatibilità comunitaria, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia richiede un'adeguata reazione dell'ordinamento che assicuri effettività alla tutela del lavoratore, sì che quest'ultimo non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere, comporta che è su questo piano che tale interpretazione adeguatrice deve muoversi per ricercare dal sistema complessivo della disciplina del rapporto a tempo determinato una regola che soddisfi l'esigenza di tutela suddetta. L'indennità *ex art. 32, comma 5*, quindi, per il dipendente pubblico che subisca l'abuso del ricorso al contratto a tempo determinato ad opera di

una pubblica amministrazione, va ad innestarsi, nella disciplina del rapporto, in chiave agevolativa dell'onere probatorio del danno subito e non già in chiave di contenimento di quest'ultimo, come per il lavoratore privato

In sostanza il lavoratore pubblico - e non già il lavoratore privato - ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le *chances* di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato.

Invece il lavoratore privato non ha questa possibilità e questa restrizione è stata ritenuta costituzionalmente non illegittima (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.) considerandosi che egli ha comunque diritto alla conversione del rapporto.

18. Per tutte le ragioni sopra esposte il ricorso va accolto avendo la Corte d'appello commisurato il danno risarcibile, spettante ai lavoratori controricorrenti, parametrandolo, invece, alla fattispecie della perdita del posto di lavoro nell'impiego privato in caso di licenziamento illegittimo.

Va conseguentemente cassata l'impugnata pronuncia con rinvio alla corte d'appello di Genova in diversa composizione che si adeguerà al seguente principio di diritto: *Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una pubblica amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010, n. 183, e quindi nella misura pari ad un'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 legge 15 luglio 1966, n. 604.*

PER QUESTI MOTIVI

la Corte, riuniti i ricorsi, li accoglie; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese di questo giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione.

Così deciso nella camera di consiglio del 1° dicembre 2015

Il Relatore est.

Il Presidente