



TRIBUNALE DI NAPOLI

III SEZIONE LAVORO

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Tribunale di Napoli, dott. Paolo Coppola, in funzione di Giudice del Lavoro, ha pronunciato la presente

SENTENZA

nella causa civile n. 35837/11 R.G.A.C. avente ad oggetto conversione del rapporto di lavoro a termine, decisa all'udienza del 6.5.15 e vertente

TRA

....., rapp.ta e difesa dall'avv.
ed elett.te dom.ta preso lo studio della stessa in
.....
RICORRENTE

contro

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

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto depositato il 1.8.11 la ricorrente conveniva in giudizio dinanzi a questo giudice il Comune di Napoli, esponendo:

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



- in vista della stabilizzazione delle insegnanti precarie in misura di 480 unità;
- che al termine della procedura di stabilizzazione erano state stabilizzate solo 257 maestre o educatrici;
 - che pertanto si erano formate due graduatorie, di prima e di seconda fascia, al fine del conferimento degli incarichi annuali, con obbligo di attribuzione prima agli insegnati in prima fascia e, dopo l'esaurimento della stessa, in seconda fascia (delibera di Giunta comunale n. 887 del 4.06.10 e determine dirigenziali nn. 237 e 238 del 9.7.10);
 - che l'istante era in prima fascia avendo positivamente frequentato il prescritto corso formativo ed avendo la anzianità richiesta per la iscrizione (180 giorni di lavoro al 30.4.10 presso l'Ente ed in servizio a tale data);
 - Che quindi aveva diritto alla trasformazione del contratto a tempo indeterminato ai sensi dell'art 5, comma 4-bis, del D.lgs. n. 368/01, viste anche le difese dello Stato italiano nella causa C-3/10 (Affatato);
 - Che aveva altresì diritto al pagamento della indennità risarcitoria di cui all'art. 32, commi 5 e 6, della L. n. 183/10;
 - Che i contratti stipulati violavano altresì l'art. 1 del D.lgs. n. 368/01, non recando alcuna indicazione delle ragioni tecniche, organizzative o produttive, giustificatrici della apposizione del termine ai contratti, e la loro successione serviva a sopperire a esigenze permanenti ed istituzionali;
 - Che la apposizione del termine era illegittima anche ex art. 7 del C.C.N.L. EE.LL. del 14.9.00, posto che l'art. 30 del CCNL consentiva la stipula di contratti a termine solo per il conferimento di supplenze;
 - Che, ove non si fosse ritenuto costituito il rapporti di lavoro, aveva diritto al risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. n. 165/01, da parametrarsi alla indennità di cui all'art. 32 della L. n. 183/10.

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

Il Comune di Napoli si costituiva in giudizio contestando la fondatezza della domanda, perché la disciplina contrattuale consentiva la sostituzione di



personale assente anche per vacanza di organico. Rilevava inoltre che l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 impediva la conversione di contratti a termine, come ribadito dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 302/12; esponeva altresì che gli artt. 30 e 31 del C.C.N.L. 14.9.00 consideravano la peculiarità del servizio fornito in ragione della parificazione con le scuole dell'infanzia statali (art. 1 della L. n. 62/00). Rilevava che recentemente il Tribunale di Napoli aveva ritenuto applicabile la disciplina contrattuale in luogo di quella legale, evocava la applicazione anche alla fattispecie della disciplina dettata per la scuola statale (art. 10, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 165/01 come introdotto dal D.L. n. 70/11 convertito con modificazioni dalla legge n. 106/11), vista l'eadem ratio. Quanto al risarcimento del danno rilevava che non vi era alcun danno derivante dalla stipula di contratti a termine e la assenza della deduzione e prova di alcun pregiudizio e la inapplicabilità dell'art 32 della L. n. 183/10 vista la inconciliabilità con l'art. 36 del D.Lgs. 165/01. Tanto premesso concludeva per il rigetto di ogni domanda.

All'odierna udienza, sulle conclusioni rassegnate dalle parti presenti, la causa veniva discussa e decisa con lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto alle parti presenti in udienza.

Preliminarmente deve rilevarsi che il presente giudizio è stato sospeso in ragione della proposizione, da parte di questo giudice, della questione interpretativa pregiudiziale indicata dalle difese delle parti, conclusasi con la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 (cause riunite C 22/13, da C 61/13 a C 63/13 e C 418/13).

Ritiene questo giudice, viste le norme interne, la cui interpretazione è rimessa in primo luogo alla giurisdizione ordinaria, che sussistano elementi chiarissimi che consentono di ricostruire la materia, conformemente alla disciplina superprimaria di rango eurounitario, in maniera logica ed esaustiva.

L'istante si duole della illegittima reiterazione di contratti con la P.A. convenuta per i periodi dal 6.10.06 al 22.12.06, dall'8.1.07 al 30.6.07, dal 21.9.07 al 30.6.08, dal 18.9.08 al 30.6.09, dal 14.9.09 al 30.6.10, dal 15.9.10 al 30.6.11, per un totale 45 mesi ed una quindicina di giorni (oltre pause estive, nelle quali



ordinariamente i lavoratori del settore godono di ferie perché gli asili sono chiusi) in un periodo di 5 anni e deduce il proprio diritto alla costituzione del rapporto di lavoro con decorrenza 2.6.10, data del superamento dei 36 mesi (fatto incontestato) di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01. In realtà i 36 mesi sono superati al 16.6.10.

Ritiene questo giudice che la domanda sia fondata e debba essere accolta, in forza della applicazione dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01, considerato che l'istante **tra il 24.12.07 ed il 31.8.13** ha stipulato un contratto a termine, ancora in corso tra l'1.4.09 ed il 31.8.13, che, con gli altri contratti a termine antecedenti, supera la durata massima di 36 mesi di cui alla predetta disposizione. Infatti l'art. 4, comma 11, del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, (convertito con modificazioni irrilevanti ai fini della presente controversia, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, pubblicato in G.U. n. 204 del 31 agosto 2013) ha espressamente previsto la inapplicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, predetto, ma con decorrenza solo dal giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U..

L'art.70, comma 8, D.Lgs. n.165/2001 statuisce: Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola. Restano ferme le disposizioni di cui all' articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni. Nel presente caso **non si tratta di scuole cui si applica il d.lgs. 297/94, che riguarda il solo personale delle scuole statali.** In ogni caso anche l'art. 70 conferma testualmente l'applicazione del D.Lgs. n.368/2001, come richiamato dall'art. 36, comma 1, D.Lgs. n.165/2001.

Deve comunque ricordarsi come una cosa siano le procedure di reclutamento, altro la disciplina del contratto (dunque la disciplina del contratto a termine).

In ogni caso dunque, ex art. 70, l'intero d.lgs. n. 165/01 si applica al personale della scuola ed, in forza del comma 2 dell'art. 36, si applica in linea generale il d.lgs. n. 368/01.

Deve altresì, in via generale, rilevarsi che la salvezza delle procedure di reclutamento non è incompatibile con la applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del



D.Lgs. n. 165/01, non essendo conseguenza necessaria ed ineludibile, della applicazione delle procedure di reclutamento, il superamento dei 36 mesi.

I contratti di cui è causa trovano dunque la loro regolamentazione anche nel d.lgs. n. 368/01, unico corpus normativo che adegua l'Ordinamento italiano alla direttiva 1999/70/CE e che prevede misure ostative alla libera, pertanto vietata, reiterazione dei contratti di lavoro (cfr Clausola 5 della Direttiva indicata).

Non sussiste disposizione normativa che consenta alla contrattazione collettiva di derogare al D.Lgs. n. 368/01 quanto alla sua applicabilità, ovvero che consenta la previsione di nuove ipotesi di apposizione di termine ai contratti di lavoro; segnatamente risulta violato l'art. 1 di detto Decreto in ragione della circostanza che i contratti non recano la indicazione delle causali giustificatrici, con violazione del comma 2 per cui *<<l'apposizione del termine è priva di effetto>>*; deve dunque ritenersi che le disposizioni di cui alla contrattazione collettiva sono prive di effetto nella misura in cui determinano una non autorizzata deroga alla legislazione. **Ne deriverebbe, in astratto, il diritto al risarcimento del danno, ex art. 36 del d.lgs. 165/01, per equivalente economico, cui non si fa luogo procedendosi a costituzione del rapporto di lavoro che costituisce una forma di risarcimento in forma specifica del danno da mancato riconoscimento del posto di lavoro. Ovviamente ipotesi specifiche di danno, da allegarsi e provarsi puntualmente, restano astrattamente possibili, ma riconoscibili solo nei limiti e con le modalità di cui alla sentenza della Corte di cassazione n. 392/12.**

Ai sensi della Direttiva 1999/70/CE è obbligo dello Stato, quindi anche dell'Italia, creare un quadro normativo atto ad impedire la abusiva reiterazione dei contratti a termine (cfr Clausola 5 della Direttiva).

La sanzione risarcitoria.

Il sistema pubblico in realtà è stato caratterizzato, fino a 2007 (*rectius* fino all'1.4.09), dalla sola sanzione risarcitoria di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 (cfr, nella attuale numerazione, il comma 5) che prevede: *in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di*



lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.

Detta disposizione non può ritenersi implicitamente abrogata dalla successiva entrata in vigore del D.Lgs. n. 368/01, considerato che si tratta di disposizione speciale (Corte di Cassazione, Sezione lavoro, sentenza 24/05/2005, n.10904 ed in particolare il punto 3.1 dei motivi della decisione), non necessariamente incompatibile con la disciplina delineata dal D.Lgs. n. 368/01 e con la relativa Direttiva dell'Unione europea: infatti ai sensi della clausola 5, n. 2, lett. b), dell'accordo-quadro attuato dalla direttiva 1999/70, gli Stati membri debbono «stabilire a quali condizioni i contratti...di lavoro a tempo determinato...devono essere ritenuti...a tempo indeterminato» (cfr. punto 3.2 della citata sentenza della Cassazione: *è stato rimesso agli Stati membri a quali condizioni i contratti a tempo determinato devono essere ritenuti a tempo indeterminato (clausola 5, comma secondo, dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP recepito dalla Direttiva)*). L'effetto della c.d. conversione del contratto a tempo indeterminato non è quindi indispensabile per la attuazione della direttiva in parola, potendo detto effetto essere limitato (o non previsto) in presenza di *condizioni* stabilite dallo Stato membro.

Parimenti, l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 non si presta a censure di incostituzionalità in relazione al solo dettato costituzionale interno, tenuto conto che con esso non si salvaguarda solo l'art. 97 della Costituzione, con riferimento all'accesso tramite concorso ad impieghi presso le PA, ma altresì l'art. 3, ovvero il principio di eguaglianza, nonché il principio di ragionevolezza. Infatti, la possibilità di costituire rapporto di lavoro a tempo indeterminato tramite declatoria di nullità del termine si potrebbe prestare ad evidenti abusi.

Deve **ricostruirsi l'istituto giuridico disciplinato dall'art. 36** in esame, posto che l'assenza di una chiara interpretazione della disposizione si presta ad una giurisprudenza caso per caso.



A tal fine deve rilevarsi come **non si tratti di disposizione regolatrice specificamente la materia di cui è causa**: essa non pone solo un ostacolo agli effetti della declaratoria di nullità del termine, ma **trova applicazione in via generale a tutte le ipotesi di violazione di disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego di lavoratori** [cfr. contratti nulli, falsi contratti di collaborazione coordinata e continuativa, contratti di somministrazione, contratti stipulati a seguito di concorso pubblico poi annullato, se del caso in sede di autotutela (tradizionalmente riconducibile alla categoria della annullabilità per vizio del consenso), esecuzioni del contratto non di lavoro come un contratto di lavoro, etc]. Da questa premessa ne deriva che il disposto della norma **non opera su un piano corrispondente alla clausola nulla, ovvero non è una eccezione al principio di cui all'art. 1419 c.c.** Deve rilevarsi altresì che la disposizione richiamata non opera sul piano di cui al comma 2 dell'art 1419 c.c., ovvero non incide sul contenuto del contratto sostituendo la clausola nulla, ma **opera sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto** avente clausola relativa al termine nulla, disponendo che non vi può essere costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Da ciò ne deriva che il termine nullità è improprio (a-tecnico) operando la disposizione sul piano degli effetti (sinallagma funzionale) delle varie fattispecie che ricadono nell'ambito di applicazione della stessa (unica interpretazione possibile per dare doverosamente all'istituto una lettura unitaria ed omnicomprensiva). Dunque, nel caso del contratto a termine esso deve ritenersi ab origine a tempo indeterminato ma, in ragione dell'art. 36, **ne sono impediti gli effetti, con un conseguente effetto risolutivo dello stesso.**

Questa soluzione, che ha portato a statuire un risarcimento del danno rapportato a 17 mensilità di retribuzione (tempo necessario a trovare nuova occupazione, sulla scorta di uno studio statistico; cfr. Tribunale di Rossano, Sent. resa in data 4.6.07, Sciarrotta E. ed altri contro ASL n. 3 di Rossano) ovvero 15 o 20 (con diverso approccio ermeneutico cfr. Tribunale di Genova), ha trovato diverse e contrastanti soluzioni in giurisprudenza. Infatti accanto a poche pronunce di Tribunali di I grado e di Corti di Appello tese a ritrovare faticosamente parametri per un effettivo risarcimento del danno, l'orientamento maggioritario è nel senso



della irrisarcibilità del danno perché il lavoratore era a conoscenza della non convertibilità.

Invero le disposizioni normative interne difficilmente consentono il riconoscimento di danno risarcibile: infatti possono riscontrarsi orientamenti interpretativi frammentari o palesemente erronei, posto che la disposizione richiede il *risarcimento del danno sia derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*. La prestazione di attività lavorativa che, in forza del divieto di costituzione del rapporto di lavoro di cui all'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 non può divenire a tempo indeterminato, posto che l'istante deve conoscere le norme di legge e non può che essere consapevole della illegittimità del termine apposto al suo contratto di lavoro e la impossibilità di costituzione di un contratto a tempo indeterminato, determina sempre la irrisarcibilità del danno.

Alcune sentenze che si sono occupate del risarcimento del danno, hanno affermato la sua astratta risarcibilità, salvo nel concreto richiedere allegazione e prova dei danni. Deve però darsi atto come non vi possa essere danno economico dalla circostanza che, in ragione di un contratto con clausola appositiva del termine nulla, l'istante abbia lavorato e percepito una retribuzione, in ragione di un contratto che non doveva essere stipulato: sapeva della nullità del contratto (*ignoranza iuris non excusat*) e non può riconoscersi un danno esistenziale, morale o biologico in ragione della circostanza che ha avuto una possibilità lavorativa che mai avrebbe altrimenti avuto.

Alcune pronunce della giurisprudenza di merito, al fine di riempire di contenuto la disposizione in esame, condannano al pagamento della differenza di retribuzione cui il lavoratore a termine avrebbe avuto diritto ove fosse stato titolare di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, erroneamente qualificando tale posta come danno perché confondono il piano della uguaglianza/discriminazione (Clausola 4 della direttiva 1999/70/Ce) con il piano della sanzione (Clausola 5).

Ancora più peculiare il panorama delle sentenze della Corte di cassazione.

La stessa, ad oggi, ha oscillato tra:



- ricorso alle ordinarie categorie civilistiche, rigettando quindi le richieste di risarcimento del danno (Corte di cassazione, sentenza n. 392/12);
- (sentenza n. 19371/13) applicazione diretta (non parametrica), dell'art. 32, commi 5/7, della legge n. 183/10; l'art. 32, comma 5, presuppone però la conversione del contratto di lavoro, per cui certamente il danno liquidato non attiene alla perdita del posto di lavoro, non compensa il lavoratore pubblico della situazione di miglior favore in cui versa il lavoratore privato;
- (sentenza n. 4417/12) delibare positivamente una sentenza di secondo grado che aveva adottato il criterio liquidatorio del Tribunale di Rossano;
- (Sentenza 27481/14) applicazione dell'art. 8 della l. 604/66, stimato, incomprensibilmente, il criterio risarcitorio più basso presente nell'ordinamento adeguato rispetto a criteri più alti (ma stimati insufficienti), al fine di liquidare un non meglio precisato danno "comunitario".

Detto ultimo orientamento merita particolare attenzione, dovendosi stimare, ad avviso dello scrivente, erroneo ed a-sistematico.

Come detto, il criterio risarcitorio utilizzato è il più basso adoperabile: ciò appare a questo giudice in contrasto con le statuizioni della sentenza Mascolo.

Il termine "energico" viene usato dalla C.g.u.e. per la prima volta nella sentenza Fiamingo (del 03/07/2014, procedimento C-362/13) che riguarda l'Italia, e, per la seconda, nella sentenza Mascolo (punto 77), il che dimostra inequivocabilmente che la Corte di giustizia richiede alle autorità interne, tra cui alla giurisdizione, dunque anche a questo giudice, di ricercare senza incertezze una soluzione alla questione del precariato, compatibile col diritto eurounitario. Solo per l'Italia la C.g.u.e. ha ritenuto, fino ad oggi, di dover specificare che la misura ostativa deve essere energica.

La soluzione adottata dalla indicata sentenza della Corte di cassazione appare invece essere contraria al principio di equivalenza posto che è possibile per il settore privato e pubblico prevedere misure e sanzioni diverse, ma esse devono essere equivalenti, per giurisprudenza assolutamente costante della C.g.u.e.: appare evidente che le conseguenze di un risarcimento da 2.5 a 6 mensilità di retribuzione sono di scarso rilievo se paragonate a quelle previste per il datore di lavoro privato (costituzione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato accompagnata dalla sanzione risarcitoria da 2.5 a 12 mensilità di retribuzione, di cui all'art. 32, comma 5, del c.d. Collegato lavoro).



Inoltre il collegio afferma la assoluta irrilevanza, ai fini del decidere, della causa Mascolo, pendente in C.g.u.e., perché non era questione di precariato pubblico in generale, ma solo della scuola (*Si ribadisce che la vicenda che ha dato origine al presente giudizio **non ha alcuna attinenza** con quella dei lavoratori precari della scuola, la cui situazione è del tutto peculiare. Pertanto, disporre il rinvio della trattazione del presente giudizio sarebbe stato contrario al principio fondamentale che impone la ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.); orbene la circostanza è erronea, essendo pendente in Corte di giustizia questione pregiudiziale riguardante il precariato pubblico in generale, peraltro riunita proprio alla causa Mascolo: si tratta della presente controversia. Nella sentenza Mascolo sono contenute rilevanti affermazioni utili ai fini della decisione della presente controversia.*

Inoltre la sentenza in esame è, ad avviso di questo giudice, contraria ai principi espressi la Corte costituzionale in materia di concorso pubblico. La Corte di cassazione ricorda che *rientra nella competenza dello Stato italiano determinare le modalità di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, cosa che è stata fatta dal legislatore ordinario dando attuazione all'art. 97 Cost., comma 3, che sancisce il principio fondamentale secondo cui l'instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni avviene, di regola, mediante pubblico concorso... il concorso pubblico costituisce la modalità generale ed ordinaria di accesso nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, anche delle Regioni, pure se a statuto speciale (vedi, per tutte: Corte cost. sentenze n. 211 e n. 134 del 2014; n. 227 del 2013; n. 62 del 2012; n. 310 e n. 299 del 2011; n. 267 del 2010; n. 189 del 2007); b) la eccezionale possibilità di derogare per legge al principio del concorso per il reclutamento del personale è prevista dall'art. 97 Cost., comma 3, deve rivelarsi a sua volta maggiormente funzionale al buon andamento dell'amministrazione e corrispondere a straordinarie esigenze d'interesse pubblico, individuate dal legislatore in base ad una valutazione discrezionale, effettuata nei limiti della non manifesta irragionevolezza (vedi, per tutte, Corte cost. sentenze n. 134 del 2014; n. 217 del 2012; n. 89 del 2003; n. 320 del 1997; n. 205 del 1996)...* Orbene, se da un lato i principi invocati dalla Corte di cassazione sono assolutamente esatti, essi sono applicati in maniera, ad avviso di questo giudice, erronea. Valga il vero:

- 1) Era questione di impiegato di categoria B1, per il quale il metodo di



selezione non è il concorso pubblico, ma la selezione mediante avvio dal collocamento;

- 2) Il rapporto tra concorso pubblico ed altre modalità di selezione non è di regola ad eccezione, ma di regola a regola, per cui non è consentito fare ricorso alla categoria del concorso pubblico lì dove non è previsto: non è consentito al legislatore regionale e non è consentito neppure alla Corte di cassazione. La Regione Sicilia aveva previsto che dipendenti per i quali la legislazione statale voleva la selezione tramite avvio dal collocamento, il pubblico concorso. La **Corte costituzionale, con la Sentenza n. 266/1993** (seppur datata, unica sul punto; d'altro canto le sentenze della Consulta, per i principi che affermano, nella invarianza della Carta costituzionale, hanno sempre medesimo valore) ha ritenuto costituzionalmente illegittima la legge della Regione Sicilia, sottoposta al suo vaglio, nella parte in cui prevedeva il pubblico concorso, mentre la legislazione statale prevedeva la selezione mediante avvio dalle liste di collocamento. Non è quindi consentito fare riferimento al pubblico concorso ove la legislazione statale non lo preveda. Dunque, ove la legislazione statale preveda una procedura selettiva non concorsuale, la regola della selezione è quella non concorsuale e non è consentito derogarvi facendo riferimento al concorso pubblico, che costituisce principio rilevante ma derogabile e non operante ove la legislazione statale preveda diversamente. Parimenti, ove la legislazione preveda una procedura non concorsuale, il concorso non costituisce più la regola giuridica ed è quindi erroneo farvi riferimento (in tal senso invece la sentenza della Corte di cassazione in esame).

In ultimo giova rilevare come dalla interpretazione del danno di cui all'art. 36, comma 5, in termini assai peculiari (si prospetta una sorta di nuova categoria di danno: il "danno comunitario") deriverebbe la sua applicazione, nella invarianza della disposizione da regolamentatrice (sempre il medesimo art. 36, comma 5) anche fattispecie che nulla hanno a che vedere con il diritto dell'Unione.

Da tali premesse deriva che ad oggi la Corte di cassazione, a 14 anni dalla entrata in vigore della direttiva 1999/70/Ce e della normativa di recepimento, nonché a 9 anni di distanza dalle prime sentenze sul precariato pubblico (Marrosu Sardino e Vassallo) non è stata in grado di elaborare un orientamento convincente ed anzi



l'ultimo appare essere quello con maggiori criticità.

Dunque, ad oggi, la giurisprudenza non è in grado di costruire una disciplina del risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 che abbia caratteri di certezza e di conformità ai requisiti richiesti dalla Corte di giustizia dalle sentenze Marrosu Sardino (procedimento C-53/04) e Vassallo (procedimento C-180/04) in poi. Non può che darsi quindi atto che in pratica è impossibile o quantomeno eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico eurounitario ed in particolare dalla clausola 5 (si veda C.g.u.e. Sentenze rese nei procedimenti C-378/07, Kiriaki Angelidaki e a., punto 159; C-212/04, Adeneler e a., punto 95; C-53/04, Marrosu e Sardino, punto 52; C-180/04, Vassallo, punto 37; ordinanza nel procedimento C-364/07, Vassilakis e a., punto 126).

Nella ordinanza resa nella **causa C-50/13, Papalia, la Corte di giustizia è giunta, di contro, al dato certo della incompatibilità dell'art. 36, comma 5, con la direttiva 1999/70/Ce** (cfr. punti 22/28).

Il quadro normativo interno presenta quindi forti elementi di criticità, perché la misura risarcitoria non era strutturata e pensata quale misura ostativa, avente lo scopo specifico di prevenire gli abusi derivati dalla reiterazione dei contratti a termine (la disposizione era già presente nel D.Lgs. n. 29/93, quindi ben prima della direttiva 1999/70/Ce): la sua concreta idoneità ostativa è assai dubbia.

In questa ottica la Corte di cassazione, con la sentenza n. 27363/14 del 15/10-23/12/14 ha ritenuto la applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 al precariato pubblico non scolastico, con costituibilità di contratto a tempo indeterminato.

L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO DAL 24.12.07

Ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE sono possibili 3 misure ostative (anche cumulativamente tra loro) agli *abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*:

- a) *ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) *la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) *il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*



L'ordinamento italiano non prevedeva, fino al 24.12.07, la misura ostativa sub b). Il legislatore interno è intervenuto, prevedendo detta misura, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha modificato l'art. 5 del DLgs 368/01 ed introdotto il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, L. n. 247/07). Esso dispone:

*4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia **complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi**, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, **il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2...** (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: *Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale, **qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi**, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, **il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2....**).**

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

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

a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni



di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;

b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data.

Ne deriva che la nuova disciplina opera, con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009.

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

L'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 **sanziona** solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti **l'assunzione o l'impiego** di lavoratori. Nel caso dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 la sanzione scatta al superamento dei 36 mesi, ovvero il contratto si costituisce (non si converte) a quella data: la sanzione non opera, come negli altri casi, sul contratto, non è l'ultimo contratto che si considera a tempo indeterminato, ma sul rapporto, con una presunzione iuris et de iure di stabilità della esigenza lavorativa. **L'art. 5, comma 4-bis, non presuppone neppure una deviazione dall'impiego ordinario dei lavoratori** (come ad esempio in ipotesi di co.co.pro. apparentemente legittimi ma con prestazioni che si svolgono in maniera analoga ad un rapporto di lavoro ordinario), per cui non è impiego in difformità rispetto a disposizioni imperative: il contratto a termine è legittimo e l'impiego di lavoratori è legittimo (nessuna valutazione di illegittimità è prevista, ovvero non vi è alcuna declatoria di nullità di clausole) ma il superamento dei 36 mesi determina da quella data la costituzione del rapporto. Si tratta **di una ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro, sanzione esterna al contratto di assunzione** (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma e si è svolto in maniera analogamente conforme), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.



L'art. 36 trova la sua origine nel DLgs n. 29/93 ed all'epoca la direttiva 1999/70/CE non era stata adottata: il legislatore aveva previsto una sanzione risarcitoria per vizi del contratto di assunzione, ovvero riguardanti le modalità di svolgimento del rapporto, in via assolutamente generale.

Ne deriva che la applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, alla P.A. passa per l'unica misura sanzionatoria possibile, compatibile con l'istituto: la costituzione (non conversione) del contratto a tempo indeterminato. **Detta conclusione è imposta dalla introduzione dei commi 5-ter e 5-quater all'art. 36, per come si vedrà in prosieguo.**

Seguono ulteriori argomenti sistematici che depongono nel senso indicato.

Il primo argomento sistematico è contestuale alla modifica del predetto art. 5. Il medesimo giorno (24 dicembre 2007) il legislatore ha modificato il d.lgs. 368/01, con la legge n. 244, vietando alla PA di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr. il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244). Il legislatore in particolare ha previsto:

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

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

È stato quindi previsto un divieto generalizzato di assunzioni a termine (salvo limitatissime deroghe contenute nei commi successivi) ed un divieto categorico di procedere a rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore.



In pratica la sanzione di cui all'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/01, come contestualmente introdotta, non veniva ad operare nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma *ab externo*, a causa della contestuale introduzione dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni a termine.

Il legislatore era quindi ben consapevole della introduzione della specifica misura sanzionatoria di cui all'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01, non ne escludeva la astratta operatività, ma prevedeva un divieto di assunzioni, così impedendo, in concreto, il verificarsi dell'evento sanzionato da detta disposizione.

L'art. 36, di applicabilità generale, è stato poi sostituito, dall'art. 49 del decreto-legge n. 112 del 2008 (sul punto non modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008), rimuovendo il previsto divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine, con ciò elidendo la norma ostacolo alla verifica dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. 112/08) è altresì intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (d.lgs. 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art. 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro **operando proprio sull'art. 5, comma 4 bis**, nonché sul comma 4-quarter.

Non appare quindi sostenibile un difetto di coordinamento tra norme: il medesimo legislatore ha modificato l'art. 36 da una parte, rimuovendo il divieto alla stipula e rinnovo dei contratti a termine con la P.A., ed ha modificato proprio il comma 4-bis (in maniera irrilevante ai fini che interessano) senza prevedere alcun ostacolo alla sua operatività verso la P.A..

A riprova deve ricordarsi come la L. 3 agosto 2009, n. 102 (art 17, comma 26, lett d) abbia ancora una volta modificato l'art. 36 del d.lgs. 165/01 introducendo il comma 5-bis che prevede: *Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto.*



Il legislatore, intervenendo espressamente sul coordinamento tra l'art. 5 del D.Lgs. n. 368/01 e l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01, espressis verbis, non ha inteso escludere la operatività del comma 4 bis, ma solo di diversi e successivi commi del medesimo articolo 5, che peraltro sono stati inseriti dalla legge n. 247/07 unitamente al comma 4-bis: non appare ipotizzabile una dimenticanza o un difetto di coordinamento tra norme.

Quindi il legislatore, con la legge n. 102/09, ponendosi espressamente il problema del coordinamento tra l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 e delle disposizioni introdotte con la legge n. 247/07 (ed in particolare con l'art. 1, comma 40, che ha introdotto i commi da 4-bis in poi dell'art. 5 del D.Lgs. 368/01), ha inteso escludere la operatività solo di alcune di esse al pubblico impiego: tra le stesse non figura il comma 4-bis, il quale, conseguenzialmente, si applica alla P.A..

Ancora, alcune disposizioni hanno espressamente previsto la non applicabilità, in specifiche, nominate e tipiche ipotesi dell'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01, così confermando che la disposizione si applica integralmente in via generale (ad esempio art. 2, comma 6, del D.L. n. 225/10 convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10).

È risolutivo rilevare come il legislatore, con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, "Disposizioni urgenti per l'economia", pubblicato in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011, con decorrenza da tale data, ha espressamente previsto (art 9, comma 18) che *all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 e' aggiunto il seguente: "4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto."*

Successivamente **il legislatore, accortosi della esistenza degli asili comunali**, proprio successivamente e coevamente alla proposizione della questione



pregiudiziale di cui alla presente controversia, al fine di scongiurare la costituzione dei contratti di lavoro ed, in ogni caso, la applicazione delle sanzioni derivanti dagli abusi dei rinnovi contratti a termine (stessa cosa aveva fatto dopo la ordinanza Affatato dell'1.10.10, con il D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla L. 8 novembre 2012, n. 189, disponendo, con l'art. 4, comma 5, l'introduzione del comma 4-ter all'art. 10 del d.lgs. 368/01¹) ha modificato il comma 4-bis dell'art. 10 del d.lgs. 368/01. Ha infatti disposto: *Per assicurare il diritto all'educazione, negli asili nidi e nelle scuole dell'infanzia degli enti locali, le deroghe di cui al presente comma si applicano, nel rispetto del patto di stabilità e dei vincoli finanziari che limitano per gli enti locali la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, anche al relativo personale educativo e scolastico.*

Dunque non si applica più, alla materia in esame, il d.lgs. 368/01 ed in ogni caso l'art 5, comma 4-bis dello stesso (resta da chiedersi: se non si applica l'intero d.lgs. 368/01 che necessità vi è di affermare che *in ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis?*); tutto ciò però dalla data della indicata modifica, avvenuta, come detto, con l'art. 4, comma 11, del **D.L. 31 agosto 2013, n. 101**, (convertito con modificazioni irrilevanti ai fini della presente controversia, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, pubblicato in G.U. n. 204 del 31 agosto 2013) **in vigore dall'1.9.13.**

Proprio detta disposizione **dimostra inequivocabilmente che per i rapporti di lavoro fino al 31.8.13 il D.Lgs. n. 368/01, e segnatamente l'art. 5, comma 4-bis, si applica** al contratto di cui è causa, posto che detta disposizione non sarebbe stata necessaria (e sarebbe priva di alcuna efficacia) se la conversione fosse già esclusa sulla scorta dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01: una interpretazione diversa dell'art. 36, con riferimento ai rapporti di durata superiore ai 36 mesi, condurrebbe ad una interpretazione che priverebbe di significato il predetto art. 10, comma 4-bis, e dunque le due disposizioni normative prima

¹ Sia le Sentenze Vassallo, che Marrosu Sardino, come la ordinanza Affatato della C.g.u.e. riguardavano il precariato della sanità. La disposizione introdotta ha previsto: *Nel rispetto dei vincoli finanziari che limitano, per il Servizio sanitario nazionale, la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, sono esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato del personale sanitario del medesimo Servizio sanitario nazionale, ivi compresi quelli dei dirigenti, in considerazione della necessità di garantire la costante erogazione dei servizi sanitari e il rispetto dei livelli essenziali di assistenza. La proroga dei contratti di cui al presente comma non costituisce nuova assunzione. In ogni caso non trova applicazione l'articolo 5, comma 4-bis.*



ricordate, che hanno prima introdotto detto comma ed a distanza di oltre un anno ne hanno esteso l'ambito di applicazione.

Ne consegue che, per il precariato pubblico in generale, ai contratti in essere al 24.12.07 non si applica la sanzione della conversione per il superamento del periodo massimo di 36 mesi; solo dall'1.4.09 **il periodo di lavoro già effettuato alla data del 1.1.08** (data di entrata in vigore della legge 247/07) **si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis:** all'1.4.09 sono infatti **decorsi quindici mesi dalla ... data** di entrata in vigore della legge n. 247/07.

Il ultimo vi è solo da dare atto di come non sia rilevante, ai fini della interpretazione del comma 4-bis in esame, l'art. 1, co. 519 e 558, l. n. 296/2006, che prevede un analogo requisito di 36 mesi per accedere alle procedure di stabilizzazione (che potrebbero ritenersi logicamente incompatibili con un già costituito rapporto di lavoro in forza del medesimo requisito temporale) e ciò per tre ordini di ragioni:

- 1) l'art. 5, comma 4-bis del D.Lgs. n. 368/01 è stato introdotto da legge successiva;
- 2) l'art. 5, comma 4-bis prevede la necessità che i 36 mesi di lavoro siano stati svolti con lo stesso datore di lavoro, mentre l'art 1, co. 519 e 558, richiede 36 mesi con qualsiasi datore di lavoro pubblico;
- 3) l'art. 5, comma 4-bis opera solo dall'1.4.09, mentre le procedure di stabilizzazione operano anche per i periodi precedenti.

La integrale applicabilità alla P.A. dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 (comprensiva della conversione del contratto a termine), dopo le leggi nn. 244/07 e 247/07 è stata confermata da ben otto disposizioni successive (D.L. n. 112 del 2008, Legge n. 102/09, D.L. n. 134/09, Legge n. 167/09, D.L. 25.09.2009, n. 134, D.L. n. 225/10, Legge n. 10/11 e D.L. 70/11), per cui ogni diversa interpretazione appare, sulla scorta del dato normativo interno, insostenibile, perché le predette otto disposizioni normative sarebbero prive di alcun effetto e significato (inammissibile *interpretatio abrogans*).



La necessità di costituire di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in forza dell'art. 5, comma 4-bis, è imposta, da un punto di vista sistematico, dalla recente modifica dell'art. 36 del d.lgs. 165/01, ed in specie dopo la **introduzione dei commi 5-bis/5-quater all'art. 36** ad opera del D.L. n. 101/13, convertito con L. n. 125/13, che ha abolito la misura ostativa del risarcimento del danno. L'art. 36 per la parte ed i commi che interessano, oggi statuisce:

*2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. ... i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, ...in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, ... nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. ...***Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato...**

.....

5. In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286.



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

5-ter. Le disposizioni previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.

*5-quater. **I contratti di lavoro a tempo determinato** posti in essere in violazione del presente articolo **sono nulli e determinano responsabilità erariale**. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.*

È previsto dunque, per i contratti a termine, un meccanismo ostativo (comma 5-*quarter*) uguale a quello previsto dal comma 5, senza il solo risarcimento del danno. Si tratta di una disposizione speciale, relativa alle ipotesi di nullità della clausola appositiva del termine ed alle sue conseguenze, che cancella la previsione del risarcimento del danno.

L'assenza di danno risarcibile fa venir meno ogni efficacia dissuasiva alla previsione della responsabilità erariale, stante la conseguente assenza di danno erariale. D'altro canto neanche la precedente previsione del risarcimento del danno e, dunque, di possibile responsabilità erariale ha costituito, nella pratica, ostacolo alla crescita esponenziale del precariato pubblico di lunga durata.

Il comma 5-*quarter* prevede, altresì, la responsabilità dei dirigenti ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/01 (responsabilità dirigenziale), accompagnata dal divieto di erogazione della retribuzione di risultato. Quanto alla prima conseguenza, essa è già presente nel comma 5; quanto alla seconda, peraltro già implicitamente presente nella responsabilità *ex art.* 21 (e dunque già prevista), appare evidente



che, nella pratica, quando l'accertamento definitivo della illegittimità della apposizione del termine a contratti di lavoro interverrà, la retribuzione di risultato sarà già stata erogata.

Dalla **ordinanza Papalia e dalla sentenza Mascolo** della C.g.u.e. emerge che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative: infatti la Corte di giustizia nel riprodurre, nel corpo della ordinanza, la normativa interna ostativa (il comma 5 dell'art. 36) non ha riprodotto l'inciso relativo a tali forme di responsabilità così evidenziando di non ritenere che le stesse costituiscano misure ostative. È dunque *ius receptum* (le statuizioni della C.g.u.e. integrano il precetto della disposizione interpretata, chiarificandolo) che responsabilità dirigenziale ed erariale non costituiscono misure ostative.

Dunque solo la costituzione dei contratti a termine per il superamento dei 36 mesi, può costituire disposizione ostativa, stante che la norma speciale per i contratti a termine non prevede più il risarcimento del danno.

Dunque o si ritiene che, in presenza di contratti a termine legittimi e rispettosi delle procedure selettive di legge è possibile costituire contratti a tempo indeterminato con la P.A., ovvero si deve concludere che l'ordinamento interno è privo di misure ostative, almeno dal D.L. 101/13.

Il legislatore della tarda estate 2013 ha modificato l'art. 7 dello stesso d.lgs. n. 165/01, aggiungendo un inciso al comma 6: *Il ricorso a contratti di collaborazione coordinata e continuativa per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei collaboratori come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti... Si applicano le disposizioni previste dall'articolo 36, comma 3, del presente decreto e, in caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, si applica quanto previsto dal citato articolo 36, comma 5-quater.*

Lo stesso legislatore (quello del D.L. n. 101/13, convertito con legge n. 125/13) distingue, dunque, la trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato dalla costituzione di rapporti di lavoro a tempo



indeterminato. L'art. 5, comma 4-bis, prevede la costituzione e non la trasformazione per cui la costituzione suddetta non è affatto vietata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/01, che riguarda il solo divieto di trasformazione.

Inoltre il legislatore ha normato con chiarezza un principio antagonistico alla mancata conversione e che, invero, era già nel sistema. Esso è contenuto nel comma 2, penultimo periodo, dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, come modificato dal D.L. n. 101/13: *Per prevenire fenomeni di precariato, le amministrazioni pubbliche, nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato.*

Tale previsione può impedire fenomeni di precariato se accompagnata da una sanzione: la costituzione del rapporto di lavoro, posto che il risarcimento del danno è stato abrogato. La conclusione è del tutto coerente con la circostanza che la procedura di reclutamento, per l'impiego a tempo determinato ed indeterminato, è oggi assolutamente la stessa (come già era previsto per i precari della scuola), per cui non si pone alcun problema di mancata effettuazione di una procedura di accesso corretta. Dopo il 31.1.13 è indubitabile che la procedura selettiva (concorso pubblico o equiparata) per i precari ed i non precari sia la stessa e che da detta previsione debba derivare l'effetto di *prevenire fenomeni di precariato*: non è dato comprendersi come l'effetto sarebbe realizzabile, se non con la costituzione del rapporto di lavoro.

Il legislatore ha dunque abbandonato definitivamente la opzione risarcitoria, in favore della costituzione del rapporto di lavoro, coerentemente con la difficile configurabilità, secondo i canoni del diritto civile comune, del risarcimento del danno (Cassazione, sentenza n. 392/12) ove non si vogliano sostenere tesi invero peculiari (come prefigurare il concorso pubblico per il bagnino trimestrale: Cass. sentenza n. 4417/12). Ancora vi possono essere conseguenze risarcitorie estreme, in ipotesi di contratti brevissimi, come il riconoscimento di un danno pari a 12 mensilità in favore di un solo contratto trimestrale (sempre sentenza n. 4417/12). Peraltro astrarre la costituzione del contratto a tempo indeterminato dal piano delle conseguenze della violazione del d.lgs. n. 368/01, determina l'obbligo di risarcire il danno anche per i lavoratori assunti attraverso i processi di



stabilizzazione del precariato pubblico succedentisi dalle leggi finanziarie n.296/2006 e n.244/2007 in poi (in tal senso invece tutte le sentenze della Corte costituzionale in tema di stabilizzazioni che, nel dichiarare incostituzionali le leggi regionali in materia di stabilizzazione - n. 215 e n. 293 del 2009, nonché n. 42 del 2011 e la n. 277 del 2013 – che non hanno analizzato peraltro il rapporto tra articolo 97 della Costituzione ed articolo 117, rientrando le stabilizzazioni nell’ambito di applicazione della direttiva 1999/70/Ce trattandosi di misura che elide l’abuso (C.g.u.e. sentenza Adeneler ed ordinanza Vassilakis).

Deve inoltre darsi atto che il superamento dei 36 mesi, ove si ritenga il contratto che supera detto limite illegittimo (non si vede come sulla scorta di quanto fin qui detto, ma così alcuni commentatori), rende possibile ipotizzare il risarcimento del danno per ognuno di essi. Infatti il risarcimento del danno non elide i periodi pregressi per cui, in tale ottica, il danno consegue ad ogni contratto successivo, con **effetti devastanti per la finanza pubblica**. In specie la riassunzione di ogni precario che abbia superato i 36 mesi verrebbe a costare tra le 2,5 e le 20 mensilità di retribuzione annua, a seconda del criterio risarcitorio adottato, per una spesa che può arrivare a miliardi di euro l’anno.

La sentenza Mascolo della Corte di giustizia

La sentenza della Corte di giustizia dell’Unione europea del 26 novembre 2014 (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13) su ordinanza di rinvio pregiudiziale anche nel presente giudizio, nonché, successivamente, della Corte costituzionale, si segnala per alcuni passaggi significativi, ma anche per talune omissioni, così rimettendo la soluzione, come suo compito, alla giurisdizione interna.

Per la Corte di giustizia l’art. 97 della Costituzione non opera in *subiecta materia*, non essendo riportato tra le disposizioni interne rilevanti.

Tra la normativa rilevate l’art. 36 è richiamato senza la parte della disposizione che prevede 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. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell’articolo 21 del presente*



decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, per cui è evidente che detta previsione non è considerata dalla C.g.u.e. misura ostativa. Ne deriva la incompatibilità eurounitaria dell'art. 36, comma 5-quater del d.lgs. 165/01, aggiunto dall'art. 4, comma 1, lett. b), D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, salvo a ritenersi, come si è detto, la possibilità di costituzione del rapporto di lavoro ex art. 5, comma 4-bis.

Per la sentenza Mascolo solo il risarcimento del danno (effettivo, **energico** e dissuasivo ma, come visto, impossibile per disposizione interna) o la costituzione del rapporto di lavoro sono misure ostative.

Le questioni pregiudiziali

La Corte di giustizia così sintetizza, nella sentenza Mascolo, le questioni pregiudiziali rilevanti per la decisione del presente giudizio.

In tali circostanze, il Tribunale di Napoli ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, di cui la settima è stata sollevata unicamente nelle cause C 61/13 e C 62/13, mentre, nella causa C 63/13, sono state sollevate unicamente la seconda, la terza e la quarta questione, le quali costituiscono la prima, la seconda e la terza questione di tale ultima causa:

...

«2) Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello “Stato”, ai sensi della clausola 5 della direttiva [1999/70] ed in particolare anche dell'inciso “settori e/o categorie specifiche di lavoratori” e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.

3) Se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2000/78/CE [del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro (GU L 303, pag. 16)] ed all'articolo 14, [paragrafo] 1, lettera c), della direttiva 2006/54/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (GU L 204, pag.



23]), nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva [1999/70] siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; [i]n ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4 [della direttiva 1999/70].

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

La Sentenza fornisce interessantissime risposte con riferimento al precariato non scolastico. In particolare assume rilievo il punto 55. *Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C 63/13 (relativa al precariato pubblico ordinario), che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C 22/13, C 61/13 e C 62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'UnioneIn ogni caso, dall'ordinanza di rinvio non risulta assolutamente in che modo un lavoratore che benefici di una siffatta trasformazione, la cui domanda di risarcimento è, peraltro, presentata in via subordinata, subisca, al pari dei lavoratori che si trovino nella situazione delle ricorrenti nei procedimenti all'origine delle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, che sono esclusi dall'applicazione di tale articolo 5, comma 4 bis, un danno che dia diritto al risarcimento.*

Ne deriva, dunque, la assoluta conformità al diritto europeo della costituzione del rapporto al superamento dei 36 mesi. Ne deriva altresì che il lavoratore



stabilizzato non subisce un danno fondato sulla violazione del diritto eurounitario, **per cui non vi è, salva specifica deduzione e prova, alcun danno risarcibile**. Nello stesso senso si è orientata la Corte di cassazione, con la Sentenza n. 27363/14 del 23.12.14.

La Corte di giustizia, in relazione all'obbligo di leale cooperazione e l'interpretazione dello Stato italiano dell'art. 5, comma 4-bis, rileva che *tali questioni...si fondano...sulla premessa in forza della quale l'interpretazione del diritto nazionale apportata dal governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (EU:C:2010:574, punto 48), secondo cui l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, è erronea e, pertanto, integra una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione.*

Tale interpretazione...corrisponde tuttavia pienamente all'interpretazione apportata nel caso di specie dal Tribunale di Napoli, e alla luce della quale, secondo una giurisprudenza costante, la Corte deve effettuare l'esame dei presenti rinvii pregiudiziali ... Tale giudice indica, infatti esplicitamente nelle sue ordinanze di rinvio che, a suo avviso, il legislatore nazionale non ha inteso escludere l'applicazione di detto articolo 5, comma 4 bis, al settore pubblico.

Ne deriva che **per la C.g.u.e. non vi è sleale cooperazione potendosi applicare la misura ostativa, sufficiente, della costituzione dei rapporti di lavoro, ex art. 5, comma 4-bis**, in maniera conforme a quanto indicato dallo Stato italiano nella causa Affatato (C-3/10), come sostenuto da questo giudice nella ordinanza di rinvio pregiudiziale, almeno in relazione al precariato pubblico in generale.

Dunque, mettendo a sistema le statuizioni delle cause **Papalia e Mascolo**, per la C.g.u.e. o si costituisce il rapporto di lavoro ex art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 o, nel settore pubblico, vi è violazione del diritto eurounitario, in assenza di valida misura ostativa alla illegittima reiterazione dei rapporti di lavoro a termine con la P.A.. Non costituisce infatti idonea misura ostativa il risarcimento del danno. Parimenti negare la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, al superamento dei 36 mesi, **renderebbe rilevante la questione** proposta e **relativa alla leale cooperazione** per cui, **ove si ritenesse di optare per la diversa ed opposta soluzione (in specie da parte di giudice di ultima**



istanza, Corte di cassazione o Corte costituzionale), sarebbe d'obbligo proporre identica questione, irrilevante solo in ragione della paventata soluzione giuridica, conforme alle prospettazioni della difesa erariale nella causa Affatato.

Né possono deporre in contrario avviso ragioni di bilancio costituite dai bocchi delle assunzioni di volta in volta previsti.

Le ragioni di bilancio (punto 110 della sentenza Mascolo) sebbene ... possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare,... esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro. Dunque necessità di bilancio non possono costituire valida ragione per il ricorso ai contratti a termine. In effetti argomentare in senso diverso vuol dire giustificare e consentire, in maniera costante e libera, una precarizzazione vietata, in forza di una scelta normativa e dunque la libera violazione degli obblighi di cui alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce. In realtà **il contrasto tra le disposizioni relative ai blocchi delle assunzioni e l'art 5, comma 4-bis, del d.lgs. n. 368/01 deve essere risolto dando la prevalenza a tale disposizione, anche in ragione della sua efficacia rafforzata dall'essere diretta applicazione del diritto eurounitario: essa dunque costituisce eccezione al divieto di assunzione.**

Infatti, per il precariato pubblico, la C.g.u.e. ritiene che la normativa sul risarcimento del danno sia inidonea ed insufficiente (ordinanza Papalia), ma che la costituzione ex art. 5, comma 4-bis sia idonea ad assicurare le finalità e rispettare gli obblighi della direttiva 1999/70/Ce (cfr anche ordinanza Affatato). Detta soluzione pare imposta in presenza di procedure di accesso regolari. In assenza di procedure di accesso regolari il contratto è nullo anche per il diritto interno. **Nel caso di specie la legittimità dei contratti con i quali è stata assunta l'istante non è oggetto di contestazione.**



L'alternativa alla costituzione dei rapporti di lavoro è ritenere l'assenza di sanzione congrua e l'assenza di qualsivoglia sanzione dalla introduzione dell'art 36, comma 5-quarter, del d.lgs. 165/01, che eliminerebbe ogni sanzione.

Ciò posto, visto l'obbligo di **interpretazione conforme**, dovendosi adoperare tutti gli strumenti interpretativi a disposizione, non resta che ritenere l'applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/01 e della sanzione ivi prevista almeno fino alla modifica del comma 4-bis all'art. 10 del d.lgs. 368/01 e dunque **una compatibilità della normativa interna, nello specifico settore di cui è causa, fino al 31.8.13.**

In tal senso depone anche una interpretazione costituzionalmente orientata e fondata sugli **artt. 97, comma 1, ed 81 della Costituzione.**

Il costo della stabilizzazione di un docente precario che lavora con supplenze annuali (come l'istante che ha lavorato da ultimo da settembre a giugno) è pari alla retribuzione di luglio ed agosto, non percepita. Invero però il costo non è tale, dovendosi detrarre sia la contribuzione, che è figurativamente accreditata presso l'INPS che versa l'indennità di disoccupazione, sia quest'ultima, pari al 60% della retribuzione. Si ha dunque un costo reale inferiore al 66% di una retribuzione mensile.

Il costo del risarcimento del danno, sulla scorta della medesima retribuzione, adoperando il minor criterio risarcitorio delibato favorevolmente dalla Corte di cassazione (2,5 mensilità, ovvero dell'art 8 della l. 604/66), è pari ad oltre il triplo.

Il dato non è irrilevante ai fini del decidere perché, dovendosi interpretare le disposizioni anche alla luce degli **artt. 97, comma 1, e 81 della Costituzione**, nella ricostruzione della *voluntas legis* non si può non ter conto di tale evidentissimo dato.

In senso analogo si è espressa la **Corte di cassazione, con la sentenza n. 27363 del 15 ottobre/23 dicembre 2014.** La stessa ha ritenuto che il danno ex art. 36 debba essere interpretato secondo le classiche categorie del diritto interno (non dunque in relazione ad un imprecisato danno "comunitario"), ma che sia assicurata comunque la conformità dell'ordinamento intero a quello eurounitario (pag. 7 della Sentenza; punto 3.1) perché *spetta al giudice nazionale valutare in*



*che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi", **rendendo effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato** di tutti i rapporti a termine successivi con lo stesso datore di lavoro pubblico, **dopo trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs n.368/2001**. Nella specie, come sopra visto, non risulta l'illegittimità dei contratti in esame, neppure sotto il profilo dell'abuso, trattandosi di soli tre contratti a tempo determinato della durata di pochi mesi, così come in sostanza ritenuto dalla Corte di merito.*

Dunque la Corte di cassazione ha indicato disposizione (art 5, comma 4-bis) e sanzione (costituzione del contratto) e non la ha applicata non ritenendo nel caso di specie l'abuso.

L'istante ha siglato un nuovo contratto di lavoro dopo l'entrata in vigore dell'art. 5, comma 4-bis, in esame (il contratto valevole per il periodo dal 17.9.10 al 31.8.11). Il 1.9.09 l'istante, in servizio con contratto a termine, ha superato il termine massimo di 36 mesi e non operava ancora la preclusione di cui al comma 4-bis dell'art 10 del d.lgs. 368/01, in vigore dal 13 maggio 2011.

LA CONFORMITÀ DELLA INTERPRETAZIONE OFFERTA ALLA CARTA COSTITUZIONALE

La interpretazione offerta non contrasta con la Carta costituzionale. Le norme che vengono specificamente il rilievo sono: gli artt. 97, commi 1 e 3, della Costituzione da un lato e gli artt. 11, 117 ed 81 dall'altro.

I particolare si potrebbe affermare che l'interpretazione offerta violerebbe da un lato il principio del pubblico concorso, come modalità di accesso ai pubblici uffici, atta a selezionare i migliori e, dall'altro, che non sarebbe assicurato il buon andamento della PA, determinandosi costituzione di rapporti di lavoro senza previa verifica della necessità di manodopera e controllo su un indiscriminato accesso.



In via generale deve rilevarsi che, se anche così fosse, l'art. 97 della Costituzione rappresenta un principio costituzionale debole, destinato a cedere di fronte agli obblighi derivanti dalla appartenenza dell'Italia alla U.E.. Detta affermazione è condivisa sia dalla Corte Costituzionale che dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Quest'ultima, nella causa *Cordero Alonso* (Cgue 27.4.2006, *Cordero Alonso .c. Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)*, causa C-81/05), rispondendo al quesito se *"il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale comporta, di per sé e senza necessità di disposizioni esplicite di diritto interno, l'attribuzione agli organi giurisdizionali nazionali del potere di disapplicare qualsiasi tipo di norma di diritto interno che sia contraria al diritto comunitario, indipendentemente dal rango di tale norma nella gerarchia delle fonti"*, vale a dire anche una norma di rango costituzionale (v. punto 25 a) ha risposto in senso affermativo (la disapplicazione doveva comunque farsi valere nel caso di specie contro lo Stato). Ha risposto in analogo modo anche al quesito *"se nell'applicare le norme di diritto interno di attuazione delle disposizioni comunitarie, essi siano vincolate dal principio dell'uguaglianza dinanzi alla legge e dal divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornite dalla Corte, benché essa possa non coincidere con l'interpretazione dell'analogo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola quale interpretato dalla giurisprudenza del Tribunal Constitucional español (punto 25b)"*.

La Corte Costituzionale, da parte sua, ha ricordato, sin dalla fondamentale Sentenza n. 170/84 come rimane al suo sindacato la eventuale incompatibilità tra le disposizioni comunitarie e i **principi fondamentali** del nostro Ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, per il tramite della sottoposizione a controllo di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (di recente, nello stesso senso, Corte Costituzionale, Ordinanza n. 454/06 del 28.12.06).

Deve in ogni caso rilevarsi come nel caso di specie l'art. 97, comma 3, della Costituzione non sia violato, **essendo la modalità di costituzione del rapporto di lavoro avvenuta nel rispetto di una procedura selettiva automatica di**



personale, attraverso apposita graduatoria (cfr. pag 2 del ricorso, incontestata sul punto; nello stesso senso la Corte di giustizia con la sentenza Mascolo nei punti 89 e 111).

Dette disposizioni sono perfettamente in linea con la norma generale sul reclutamento del personale della P.A. (art. 35 del D.Lgs. n. 165/01) che dispone:
*1. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro: a) **tramite procedure selettive**, conformi ai principi del comma 3, **volte all'accertamento della professionalità richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno**; b) **mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità.** 2. Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere....).*

Nessun problema di costituzionalità quindi si pone.

Quanto al primo comma dell'art. 97 della Costituzione, deve rilevarsi che le esigenze lavorative nelle quali era impegnato l'istante sono da ritenersi stabili, visto il tempo di utilizzazione previsto dalla norma (36 mesi di lavoro; anzi oltre 45 nel caso di specie): non vi sono elementi inoltre per ritenere che la costituzione del rapporto di lavoro di cui è causa crei un disservizio.

In ogni caso l'Ordinamento interno prevede specifici rimedi a fronte di eventuali surplus di organico: la mobilità (cfr. in special modo gli artt 6, 29-bis, 30, 33 e 34- bis del DLgs n. 165/01). Non può ritenersi la non conformità al principio di buona andamento della azione amministrativa di una disposizione normativa, per il sol fatto che la sua applicazione (rectius la applicazione della sanzione dalla stessa prevista) possa determinare la attivazione delle procedure di mobilità, funzionali proprio allo scopo di una allocazione delle risorse umane conformemente al principio del buon andamento della pubblica amministrazione.



Non rilevano, ai fini del presente giudizio, le Sentenze della Corte Costituzionale riguardanti le c.d. stabilizzazioni (tra cui le Sentenze nn. 215/09, 293/09 e 42/11), considerato che non affrontano in alcun modo la questione del rapporto tra artt. 97, 117 ed 11 della Costituzione: nelle stesse non si evidenzia, con riferimento alle procedure di stabilizzazione, alcun rapporto con la Direttiva 1999/70/CE ed alcun profilo di connesso adempimento agli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione Europea (in senso diverso invece, CGUE, Ordinanza Vassilakis, del 10.6.08, causa C-364/07, e già prima Sentenza Adeneler del 4.7.06, procedimento C-212/2004, in particolare si veda il punto 22).

Nel caso di specie, contrariamente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nelle sentenze sulle stabilizzazioni regionali, si verte nel pieno di detto adempimento, per cui le questioni sono da ritenersi diverse sulla scorta delle stesse pronunce della Consulta (che altrimenti **avrebbero dovuto, doverosamente, analizzare i rapporti tra artt. 97, 117 ed 11 della Costituzione**). Quindi dette sentenze non sono rilevanti (o perché la materia è diversa ovvero perché partono da presupposti incompleti).

In ogni caso il giudice della conformità tra Ordinamento interno ed europeo è il giudice comune il quale, solo ove riscontri il contrasto tra principi fondamentali del nostro Ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana, è tenuto a rilevare la questione di costituzionalità della legge di esecuzione del Trattato (Corte Costituzionale, Sentenza n. 170/84): nel caso di specie invero l'art. 97 della Costituzione non pare principio fondamentale dell'Ordinamento interno, non coinvolgendo la forma di governo o diritti inalienabili della persona umana ed essendo presente nell'Ordinamento lo strumento per ovviare ad ogni problema di allocazione di risorse umane (la già ricordata mobilità).

Quanto all'obbligo costituzionalmente orientato di interpretazione nel senso suddetto basta rimandare a quanto già rilevano in relazione agli artt. 81 e 97, comma 1, della Costituzione, ovvero ai **costi del risarcimento del danno**.



La disposizione, come interpretata, è quindi conforme ai principi di cui alla Carta costituzionale.

SULLE CONSEGUENZE ECONOMICHE

Ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 32, *«nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e 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. Si deve quindi avere riguardo «alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro e al comportamento delle parti»... ».*

Orbene la conversione del contratto ricorre in ipotesi di declatoria di nullità della clausola appositiva del termine, mentre nel caso di specie si tratta di costituzione, per cui non ricorre l'ipotesi in esame. La conclusione trova espressa conferma nell'art. 32, commi 3 e 4, della legge 183/10 che tratta diversamente, sub specie di disciplina della decadenza, il superamento dei 36 mesi rispetto alle ipotesi di nullità del termine apposto al contratto e di conversione dello stesso. Il comma 3 statuisce che *le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre: a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla **nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni...***

Il comma 4, lett. d), prevede un caso di estensione della decadenza all'ipotesi in cui si chiedi **la costituzione** o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto.

Lo stesso legislatore dunque conosce la differenza tra costituzione e conversione: quella di cui all'art. 5, comma 4-bis, è costituzione per cui non si applica l'art. 32, comma 5.

Inoltre, con riferimento alla P.A., l'art. 32 della l. 183/2010 fa riferimento generico ai rapporti di lavoro disciplinati dal D.lgs. 368/01 ed il legislatore della l. 183 quando ha voluto disciplinare il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.



lo ha fatto espressamente (sostituzione del comma 2 dell'art. 57 del D.lgs. 165/2001).

Anche la Corte costituzionale, con la sentenza n. 313/11, ha statuito che *lo Stato datore di lavoro pubblico a termine...*, non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate e che *...la normativa de qua, escluso ogni vantaggio mirato per lo Stato od altro soggetto pubblico...*

Peraltro la applicazione dell'art. 32, ed in specie il comma 7, alla P.A. costituirebbe un caso tipico di violazione dell'art. 6 C.e.d.u., vista l'ingerenza dello Stato nell'amministrazione della giustizia per fini propri.

Non inficia la presente interpretazione la sentenza della Corte costituzionale n. **303/11**, ed anzi la Corte costituzionale espressamente evidenzia, in relazione all'art 32, commi 5 e 7, che *lo Stato-datore di lavoro pubblico a termine, cui la regola della **conversione** (n.d.r. non della diversa ipotesi di **costituzione** di cui all'art. 5, comma 4-bis) del contratto a termine non si applica ai sensi dell'art. 36, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), non figura neppure tra i destinatari delle disposizioni censurate.*

Ne deriva dunque che parte convenuta deve essere condannata al pagamento in favore dell'istante delle retribuzioni contrattualmente dovute per i periodi di interruzione del rapporto di lavoro dalla data di costituzione del rapporto di lavoro per superamento dei 36 mesi, ovvero dal 16.6.10.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo verso l'istante e verso gli intervenienti tenuto conto, per l'istante, che i procedimenti in Corte di giustizia erano riuniti.

P.Q.M.

Il giudice, definitivamente pronunciando, contrariis reiectis, così provvede:

- 1) dichiara che tra l'istante ed il Comune convenuto sussiste un rapporto di lavoro tempo indeterminato dal 16.6.10;
- 2) condanna il Comune convenuto al pagamento in favore del ricorrente delle retribuzioni contrattualmente dovute per i periodi di interruzione del rapporto di lavoro intercorsi dal 16.6.10 e la effettiva immissione in servizio;



- 3) condanna il Comune di Napoli al pagamento delle spese di giudizio del ricorrente che si liquidano in €. 5500,00, oltre rimborso spese generali ed IVA e CPA, se dovute, con distrazione in favore del difensore costituito.

NAPOLI, li 6.5.15

IL GIUDICE
(Dott. Paolo Coppola)

