

LE GIURISDIZIONI NELLA COSTRUZIONE DELL'EUROPA

LE GIURISDIZIONI NELLA COSTRUZIONE DELL'EUROPA  
diretta da Giuseppe Tesaurò

*Comitato scientifico*

Giacinto Bisogni, Giuseppe Bronzini, Sergio Maria Carbone  
Roberto Conti, Giovanni Diotallevi, Franco Ippolito  
Roberto Mastroianni, Bruno Nascimbene, Ignazio Patrone  
Valeria Piccone, Eleanor Spaventa, Antonio Tizzano, Ugo Villani

*Criteri di referaggio*

I volumi inseriti nella Collana “Le giurisdizioni nella costruzione dell’Europa” sono preliminarmente sottoposti ad un processo di referaggio anonimo, nel rispetto dell’anonimato sia dell’autore che dei revisori.

La valutazione è affidata a due esperti del tema trattato designati dal Direttore della Collana, anche fra i componenti del Comitato scientifico, che rivestano, o abbiano rivestito, la posizione di professore universitario di prima fascia nelle università italiane o posizione equivalente nelle università straniere. I revisori giudicano sull’opportunità o meno di accogliere il lavoro scientifico nella Collana tenendo conto dei parametri valutativi di cui alla vigente legislazione. Sulla base di tali parametri i revisori, entro 60 giorni dal ricevimento dell’elaborato, formulano un giudizio motivato sull’opportunità della pubblicazione del lavoro – senza modifiche o previo apporto di modifiche – o di rigetto.

Nel caso di giudizio discordante tra i due revisori, la decisione finale è assunta dal Direttore della Collana. Il Direttore, infine, su propria responsabilità, può decidere di non assoggettare a revisione i lavori pubblicati su invito o comunque di autori di particolare prestigio.

Collana *Le giurisdizioni nella costruzione dell’Europa*

1. E. Falletti - V. Piccone (a cura di), *Il filo delle tutele nel dedalo d’Europa*

# IL FILO DELLE TUTELE NEL DEDALO D'EUROPA

a cura di

Elena Falletti e Valeria Piccone

EDITORIALE SCIENTIFICA  
NAPOLI

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.  
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo  
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

© Editoriale Scientifica srl 2016  
Via San Biagio dei Librai, 39  
Palazzo Marigliano  
80138 Napoli

isbn 978-88-6342-923-7

## INDICE

GIUSEPPE TESAURO, <i>Prefazione</i> .....	p. IX
---	-------

### PARTE PRIMA

#### IL PRIMATO DEL DIRITTO DELL'UNIONE E I GIUDICI NAZIONALI

VALERIA PICCONE	
La <i>primauté</i> nell'Unione allargata .....	» 3
KOEN LENAERTS	
L'eredità del procedimento <i>Costa c. ENEL</i> .....	» 15
ERNESTO LUPO	
La <i>primauté</i> del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (riflessioni sulla sentenza <i>Taricco</i> ) .....	» 33
BRUNO NASCIBENE	
Il primato, l'Unione allargata e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia .....	» 53
LUCIA SERENA ROSSI	
«Stesso valore giuridico dei Trattati»? Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea .....	» 73
ANTONIO RUGGERI	
Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione .....	» 101

PARTE SECONDA  
LA TUTELA DEI DIRITTI  
NELLA ESPERIENZA APPLICATIVA DELLE CORTI

SEZIONE PRIMA  
LALENTE DEL DIRITTO CIVILE

ANDREA ALLAMPRESE La protezione dei lavoratori in una europa in crisi: le potenzialità della Carta Sociale Europea .....	p. 127
GIOVANNI AMOROSO Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo .....	» 155
ANSELMO BARONE Brevi note in tema di discriminazioni a rovescio .....	» 207
RAFFAELLA CALÒ I licenziamenti discriminatori e l'ambito applicativo della direttiva 2000/78/CE: la <i>primauté</i> comunitaria nella più recente giurisprudenza del lavoro .....	» 223
ROBERTO CONTI Il mutamento del ruolo della Corte di Cassazione fra unità della giurisdizione e unità delle interpretazioni .....	» 235
ROBERTO COSIO La nuova disciplina dei licenziamenti collettivi nello Jobs Act ed il diritto primario dell'UE. Il ruolo del rinvio alla Corte di giustizia .....	» 255
VINCENZO DI CERBO Il Ruolo dell'Unione Europea per la realizzazione di una cultura giuridica comune e di uno spazio europeo per la tutela dei diritti .....	» 273
ANTONELLA DI FLORIO Dalle nuove frontiere del danno ad un danno risarcibile senza frontiere .....	» 277
ELENA FALLETTI L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano .....	» 289
PIERPAOLO GORI Dialogo tra Corti e risarcimento nella CEDU .....	» 321

GUALTIERO MICHELINI

I punti critici dei giuristi con l'unione europea ..... p. 337

LOREDANA NAZZICONE

I poteri officiosi del giudice nazionale di fronte alla Corte di  
giustizia ..... » 341

FILIPPO PATRONI GRIFFI

Margine di apprezzamento e dialogo tra Corti ..... » 357

CESARE POZZOLI

Abuso del contratto a termine nell'impiego pubblico e danno  
risarcibile ..... » 363

RENATO RORDORF

Evoluzione giuridico-istituzionale e crisi dell'Unione Europea  
tra diritto interno e diritto internazionale ..... » 377

AMELIA TORRICE

Dialoghi, strappi, mediazioni, ansia da Strasburgo e rimozioni  
tra i giudici italiani alle prese con l'art. 6 della Convenzione per  
la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fonda-  
mentali e con l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali del-  
l'Unione Europea ..... » 383

LUCIA TRIA

Immigrazione e disagio sociale: due realtà da trattare insieme ... » 391

## SEZIONE SECONDA

## LALENTE DEL DIRITTO PENALE

ANTONIO CLUNY - VITO MONETTI

Il Progetto di regolamento che istituisce l'Ufficio del pubblico  
ministero europeo: garanzie e responsabilità ..... » 409

ANTONIO CORBO

Riqualificazione giuridica del fatto di ufficio: Corte di cas-  
sazione e corti internazionali ..... » 431

GAETANO DE AMICIS

Cooperazione giudiziaria penale, mutuo riconoscimento e diritti  
fondamentali ..... » 443

GIOVANNI DIOTALLEVI

Per un Diritto penale europeo: linee di tendenza ed argomenti  
di discussione ..... p. 461

IGNAZIO PATRONE

Quasi una introduzione: La materia «cooperazione penale» nel  
Trattato di Lisbona sei anni dopo: problemi aperti e prospettive » 479

EUGENIO SELVAGGI

L'Italia e la giustizia penale dell'Unione: delusioni e disillusioni » 483

ANDREA VENEGONI

Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela  
delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale ..... » 487

FRANCESCO VIGANÒ

Il caso Contrada e i tormenti dei giudici italiani: sulle prime ri-  
cadute interne di una scomoda sentenza della Corte EDU ..... » 503

## PARTE TERZA

## IL FUTURO COSTITUZIONALE DELL'EUROPA

GIUSEPPE BRONZINI

L'Europa del nostro sconcerto. La rivincita della (cattiva) poli-  
tica sui diritti fondamentali di rango europeo ..... » 517

PIERVIRGILIO DASTOLI

L'Unione europea è (ancora) uno Stato di diritto? ..... » 535

LUIGI FERRAJOLI

La crisi del progetto dell'«Unione europea» ..... » 543

FRANCO IPPOLITO

Diritti, giuristi e giudici per l'Europa ..... » 563

PAOLA MORI

Procedura di infrazione e Carta dei diritti fondamentali dell'UE » 569

ORESTE POLLICINO

Trasfigurazione di un «argomento» giurisprudenziale. Le tra-  
dizioni costituzionali comuni dal passato remoto al futuro  
prossimo ..... » 585

ELEANOR SPAVENTA

Brexit - E ora?..... » 627



CESARE POZZOLI

ABUSO DEL CONTRATTO A TERMINE  
NELL'IMPIEGO PUBBLICO E DANNO RISARCIBILE

La recente giurisprudenza formatasi in materia di risarcimento del danno in caso di abuso di contratti a termine da parte della P.A. sta tracciando un interessante crocevia tra il diritto nazionale e il diritto comunitario facendo emergere una nuova nozione di «*danno comunitario*» diversa da quella fin qui tradizionalmente accolta dal nostro ordinamento giuridico.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è occupata in varie occasioni della compatibilità delle discipline nazionali sui contratti di lavoro a tempo determinato con le norme comunitarie (e in particolare con la Direttiva 99/70/CE).

In linea generale, la Corte di Giustizia Europea ha, sia pur con diversi accenti, affermato che non è necessaria una normativa nazionale che preveda, nel caso di contratti a termine illegittimi, la sanzione della conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; ha tuttavia statuito che in tale fattispecie la sanzione prevista dagli ordinamenti nazionali deve avere *carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo* ed ha altresì affermato il divieto di *reformatio in peius* della disciplina nazionale rispetto ai principi espressi dalla Direttiva.

Segnatamente la Corte di Giustizia è intervenuta a più riprese sulla fattispecie del c.d. «*precariato*» nelle pubbliche amministrazioni italiane.

In particolare, con la sentenza *Vassallo* (C. giust. CE, II, 7.9.2006, C-53/04) e la sentenza *Marrosu e Sardino* (C. giust. CE, II, 7.9.2006, C-180/04), la Corte ha affermato che «*l'accordo quadro sul lavoro a*

*tempo determinato concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla dir. Cons. Ce. 28 giugno 1999 n. 70, relativa all'accordo quadro Ces, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale (quale quella italiana: art. 36, comma 2, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165) che, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, esclude che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico».*

Nella specie, la Corte ha inoltre osservato che *«una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporto di lavoro a tempo determinato<sup>1</sup>, sembra prima facie soddisfare i requisiti ricordati ai punti 51-53<sup>2</sup> della presente sentenza».*

<sup>1</sup> Trattasi in particolare dell'art. 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165/2001, secondo cui (testo attuale): *«In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286».*

<sup>2</sup> *«51 Inoltre quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui siano stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente ef-*

Con l'ordinanza *Affatato* (C. giust. UE, ord. 1.10.2010 C-3/10), la Corte ha affermato che «*l'accordo-quadro allegato alla Direttiva 1999/70 in materia di contratti a termine deve essere interpretato nel senso che le misure previste da una normativa nazionale al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti a termine non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna, né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione*».

Sulla scorta di tali osservazioni, la Corte ha precisato che «*spetta tuttavia al giudice del rinvio, l'unico competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni del diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della p.a. di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato*».

Con l'ordinanza *Papalia* (C. giust. UE, ord. 12.12.2013, C-50/13), la Corte è arrivata ad affermare che «*l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla Direttiva 1999/70/Ce del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di*

fettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 94).

52 Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, Racc., p. I-4599, punto 12, nonché *Adeneler e a.*, cit., punto 95).

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

*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. Spetta al giudice del rinvio 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».*

Infine, con la sentenza *Mascolo + altri* (C. giust. UE, sez. III, 26.11.2014, C-22/13, C da 61/13 a 63/13, C-418/13), la Corte – chiamata a scrutinare la validità della l. 124/1999<sup>3</sup> – è giunta ad affermare che *«la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e,*

<sup>3</sup> La legge citata, rubricata *«Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico»*, disciplina il rapporto di lavoro a tempo determinato del personale docente, amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola.

*dall'altro*, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato».

Tale sentenza potrebbe assumere rilevanza non solo sulla specifica situazione del precariato scolastico pubblico, ma sullo stesso processo di stabilizzazione dei «*precari*» della pubblica amministrazione.

Quanto ai precari scolastici, va ricordato che si è formato un primo orientamento di merito (*ex plurimis* cfr. Trib. Napoli, 21.1.2015 sentenze 528, 529 e 530) che ha ritenuto l'applicabilità dell'art. 5 comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, comma 40, lett. *b*, l. n. 247/2007 per i contratti a termine che abbiano superato il limite di 36 mesi<sup>4</sup>.

Alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria (ord. Palatia e sent. Mascolo) i giudici nazionali sono chiamati a determinare le *conseguenze derivanti dal ricorso abusivo al contratto a termine nella P.A.*

La giurisprudenza comunitaria pone ai giudici nazionali due possibili opzioni interpretative.

Una prima via interpretativa suggerirebbe di adottare un sistema sanzionatorio di tipo unicamente risarcitorio, che pare essere quello maggiormente rispettoso della normativa interna (art. 36 d.lgs. n. 165/2001 e art. 97 Cost. che escludono la costituzione senza concorso di rapporti a tempo indeterminato).

La seconda ipotesi interpretativa indurrebbe ad ammettere la conversione del rapporto a tempo indeterminato (disapplicando l'art. 36 cit. ed estendendo al pubblico impiego l'efficacia dell'art. 5 d.lgs. n. 368/2001), eventualmente accompagnata da un risarcimento del danno.

Allo stato, la prima opzione è quella accolta dalla Corte di Cassazione<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Conseguentemente, il Tribunale di Napoli ha dichiarato la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione e ha condannato quest'ultima al risarcimento del danno quantificato nelle retribuzioni dovute per il periodo di interruzione del rapporto fino alla riammissione in servizio.

<sup>5</sup> Si vedano le recentissime Cass. n. 32 del 5.1.2016 e Cass. nn. 24805-24808 del 15.10.2015 che, pur non pronunciandosi specificamente sulla quantificazione del risarcimento, rimandando sul punto alle già citate sentenze Morrosu e Sardino e Cass. 30.12.2014, n. 24781, hanno escluso il diritto alla conversione del rapporto anche nel

Tuttavia, ad oggi, non si è registrato, in particolare *quoad* risarcimento, un orientamento giurisprudenziale univoco.

Di seguito una sintetica ricognizione, partendo anzitutto dalla giurisprudenza di merito.

1) Un primo orientamento ha ricondotto il risarcimento nell'ambito della categoria del danno da *illecito extracontrattuale*<sup>6</sup>. Tale indirizzo appare difficilmente coerente con i canoni di proporzionalità, effettività e adeguatezza dettati dalla Corte di Giustizia Europea poiché il lavoratore che chiede il risarcimento è tenuto a provare, oltre al comportamento illecito della P.A., il danno subito e il nesso di causalità tra danno ed evento, il che rende quindi fortemente incerto il rimedio risarcitorio. Peraltro tale orientamento potrebbe anche essere in contrasto con il principio comunitario di equivalenza, giacché se il lavoratore privato ha diritto alla conversione del rapporto e all'indennità risarcitoria *ex art. 32 l. n. 183/2010*, viceversa, il lavoratore pubblico sarebbe onerato dell'ardua prova *supra* ricordata.

2) Un secondo orientamento ha fatto invece ricorso a *valutazioni di natura equitativa ex art. 1226 c.c.*<sup>7</sup>.

3) Un terzo orientamento ha commisurato l'entità del risarcimento in relazione al *tempo medio necessario per reperire una nuova occupazione* stabile, tenuto conto dell'area geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio del lavoratore<sup>8</sup>.

caso in cui la normativa di riferimento «*preved(a) le assunzioni tramite il collocamento, senza la procedura del concorso pubblico*», specificando che «*non è (...) solo il principio del concorso la ratio ispiratrice dell'art. 36 comma 5 richiamato, che ne determina la compatibilità costituzionale, ma anche l'esigenza di garantire prevedibilità e uniformità nel reclutamento da parte delle pubbliche amministrazioni, anche in ossequio alle regole di buon andamento e imparzialità, parimenti di rango costituzionale, nonché nelle esigenze di contenimento, controllo e razionalizzazione della spesa pubblica*». In chiusura, poi, avendo ad oggetto le sopra menzionate sentenze una serie di casi riguardanti rapporti di lavoro afferenti alla Regione Sardegna, la quale notoriamente gode di Statuto speciale, la Suprema Corte ha precisato che non vale ad escludere l'applicabilità dell'art. 36 comma 5 del d.lgs. 156/2001 neppure la natura di «*regione ad autonomia differenziata*» dell'ente pubblico di riferimento, in quanto anche a questi particolari enti vanno applicati i «*principi generali dettati dalle norme statuali in tema di accesso al lavoro*».

<sup>6</sup> Trib. Foggia, 6.11.2006, Trib. Trieste, 29.3.2011 e 31.5.2011.

<sup>7</sup> Trib. Trapani, 30.1.2007, App. Potenza, 28.1.2014 (che ha commisurato il risarcimento alle retribuzioni maturate dalla data di messa in mora alla pronuncia giudiziale); Trib. Milano, 22.6.2010, App. Brescia, 8.7.2010.

<sup>8</sup> Cfr. Trib. Rossano Calabro, 14.12.2009 che, tenendo conto di tali criteri, ha determinato un danno di 17 mensilità di retribuzione globale di fatto. Tale sentenza è stata

4) Un quarto orientamento ha ritenuto che il risarcimento dovesse essere ragguagliato al *trattamento retributivo non corrisposto nei periodi di intervallo tra un contratto a termine e l'altro*<sup>9</sup>. Anche tale indirizzo, non prevedendo alcun risarcimento per il pregiudizio derivante dalla perdita del posto di lavoro, pare difficilmente coerente con i principi espressi dalla Corte di Giustizia Europea di proporzionalità, dissuasività, effettività ed equivalenza.

5) Un quinto orientamento ha ritenuto che il criterio risarcitorio più rispondente alla Direttiva europea e al relativo accordo quadro fosse quello di cui ai *commi 4 e 5 dell'art. 18 l. n. 300/70 ante l. 92/2012*<sup>10</sup>. Secondo tale indirizzo, detto criterio consente al giudice di risarcire il danno consistente nella perdita del posto di lavoro, considerando che nel comparto privato la illegittima apposizione del termine viene sanzionata con la trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato. La misura di 15 mensilità prevista dal V comma dell'18 costituirebbe pertanto un parametro che nel nostro ordinamento «*monetizza*» il valore del posto di lavoro nell'ambito della c.d. «*tutela reale*» nella quale rientrano di norma le pubbliche amministrazioni. L'art. 18, IV comma sanzionerebbe e ristorerebbe invece (con la misura di 5 mensilità) il periodo pregresso di «*precaricato*». Detto sistema risarcitorio rispetterebbe i canoni di «*dissuasività*», «*equivalenza*» ed «*effettività*» dettati dalla Corte di Lussemburgo.

6) Un sesto orientamento di merito ha applicato il criterio risarcitorio ex *art. 8 l. n. 604/66* (2,5 - 6 mensilità)<sup>11</sup>.

7) Un ultimo orientamento ha utilizzato quale criterio risarcitorio l'indennità forfettizzata compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità ex *art. 32 l. n. 183/2010*<sup>12</sup>.

Si segnalano altresì ulteriori sentenze di merito in cui sono stati utilizzati parametri risarcitori «*misti*» e/o ulteriori rispetto a quelli *supra* sommariamente evidenziati.

poi riformata da C. App. Catanzaro, 1.4.2010 che ha applicato il criterio risarcitorio di cui all'art. 8 l. n. 604/66.

<sup>9</sup> Trib. Catania, 19.1.2007.

<sup>10</sup> Trib. Genova, sent. 14.12.2006, 5.4.2007, 25.3.2011; App. Genova, 19.11.2008, 9.1.2009; Trib. Roma, 19.5.2001; Trib. Latina, 27.11.2007, Trib. Napoli, 25.2.2008; Trib. Foggia, 5.11.2009; App. Roma, 13.3.2012. Da ultimo Trib. Torino, 30.1.2015.

<sup>11</sup> Si vedano *ex plurimis* App. Ancona, 3.3.2015, App. Catanzaro, 1.4.2010.

<sup>12</sup> Trib. Treviso, 28.1.2011 e Trib. Roma, 23.2.2011.

Quanto alla recente giurisprudenza della Suprema Corte, si riportano le più significative pronunce.

1) *Cass. 13.1.2012, n. 392* secondo cui «*ove venga accertata l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro pubblico contrattualizzato, il danno non può ritenersi 'in re ipsa', ma deve essere provato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, comprese le presunzioni*»<sup>13</sup>. Ergo, il danno *ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001* dovrebbe essere interpretato secondo le regole civilistiche «*classiche*» del diritto interno.

2) *Cass. 23.12.2014, n. 27363* secondo cui, anche alla luce dell'ordinanza Papalia della Corte giust. UE, «*seppure la disciplina comunitaria impedisca di rendere eccessivamente difficoltoso al lavoratore illegittimamente assunto a termine da una pubblica amministrazione il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, nella fattispecie difetta, assorbentemente, la prova, anche presuntiva, del danno in tesi subito, dovendosi chiarire che anche in caso di illegittima assunzione a termine da parte di una pubblica amministrazione, il danno non può comunque ritenersi in re ipsa, ma va provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti, tali dunque da non rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, da parte del lavoratore*».

3) *Cass. 2.12.2013, n. 26951* che ha riconosciuto il carattere sanzionatorio e non solo risarcitorio della norma di cui all'art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001 (e dunque un risarcimento svincolato dalla prova di un effettivo danno subito) ritenendo che «*il risarcimento del danno cui il lavoratore ha diritto ai sensi dell'art. 36 comma 5 d.lg. n. 165 del 2001 può essere ragionevolmente quantificato nel tempo verosimilmente necessario per trovare un nuovo lavoro*» e che «*la sentenza impugnata ha attribuito alla lavoratrice il risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità di retribuzione, ritenendo che tale misura fosse adeguata a compensare la ricorrente dell'ingiustizia patita e non mancando peraltro di richiamare la sentenza della Corte di*

<sup>13</sup> Ciò in aderenza all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il risarcimento del danno scaturente dal rapporto di lavoro va provato in giudizio con tutti i mezzi e anche con le presunzioni, fornendo al giudice elementi di fatto, gravi, precisi e concordanti, la cui valutazione può condurre all'apprezzamento dell'esistenza di un danno patito dal lavoratore (Cass., SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, Cass., SS.UU., 24.3.2006, n. 6572).



*Giustizia Europa del 7 settembre 2006, secondo cui la Direttiva n. 70 del 1999 non osta ad una normativa nazionale che escluda la conversione in contratto a tempo indeterminato nel settore del pubblico impiego, purché tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante in tale settore. In sostanza la Corte di merito ha correttamente applicato il principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente, ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia».*

4) Cass. 23.1.2015 n. 1260 (conforme a Cass. 30.12.2014, n. 24781) che ha fornito una nuova interpretazione dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 secondo cui «fermo restando 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, salva l'applicazione di ogni responsabilità e sanzione – il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, nella parte in cui prevede “il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”, deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di “DANNO COMUNITARIO”.

*In altri termini, si deve trattare di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro – che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse – mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze “falsamente indicate come straordinarie e temporanee” essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum)».*

Relativamente alla quantificazione del danno «in applicazione del generale principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), in forza del quale casi analoghi devono essere giudicati, per quanto possibile, in modo analogo,

*alla cui attuazione è anche finalizzata la funzione di nomofilachia propria di questa Corte di cassazione (vedi, per tutte: Corte cost. ordinanza n. 149 del 2013), si ritiene opportuno, anche al fine di assicurare un migliore recepimento, in ambito nazionale, della giurisprudenza della CGUE in argomento, di indicare come criterio tendenziale da utilizzare – da parte del giudice del merito – come parametro per la liquidazione del suddetto danno da perdita del lavoro quello indicato dalla l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8, apparendo, invece, da un lato, ingiustificato e riduttivo, il ricorso in via analogica al sistema indennitario onnicomprensivo previsto dalla l. n. 183 del 2010, art. 32, che riguarda la diversa ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato e dall'altro improprio il criterio previsto dall'art. 18 St. lav., anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha alcuna attinenza con il lavoro pubblico (arg. ex: Cass. 21 agosto 2013, n. 19371; Cass. 8 settembre 2014, n. 18855; Cass. 10 settembre 2014, n. 19112)».*

5) *Cass. n. 19371 del 21.8.2013* che ha escluso il diritto alla conversione del rapporto e ha commisurato il risarcimento nella misura dell'indennità prevista dall'art. 32, commi 5 e 7, l. n. 183/2010 a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova concreta di un danno.

6) Da ultimo va segnalata *l'ordinanza del 4.8.2015* in cui la Corte di Cassazione, nel caso Morrosu e Sardino (già noto alla Corte di giustizia UE, come sopra ricordato) adita per l'impugnazione della sentenza App. Genova, 9.1.2009 sopra citata, ha rimesso gli atti al Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite. L'udienza di discussione avanti le Sezioni Unite si è tenuta in data 1.12.2015. Tuttavia, la Corte non risulta essersi ancora pronunciata.

Nell'ordinanza la Suprema Corte dà atto che *«l'impugnazione interroga la Corte sulla legittimità del criterio prescelto dal giudice di merito per la liquidazione del danno ex art. 36, secondo comma d.lgs. n. 165 del 2001. Segnatamente questo Collegio è chiamato a decidere se esso debba essere individuato nelle venti mensilità (15+5) arg. ex art. 18 Stat. Lav., come ritenuto dalla Corte di appello nella sentenza impugnata, o in altro, diverso parametro»* e richiama alcune sentenze pronunciate dalla Corte su tale questione. In particolare la Corte di Cassazione richiama:

– Cass. n. 19371/2013 *supra* cit. che, escluso il diritto alla trasformazione del rapporto, ha accolto i criteri risarcitori di cui all'art. 32, commi 5 e 7, l. n. 183/2010;

– Cass. n. 27481/2014 *supra* cit. che ha interpretato l'art. 36, comma 5, del d.lgs. 165/2001 nel senso di «*danno comunitario*» ammettendo un risarcimento nella misura prevista dall'art. 8 l. n. 604/66;

– Cass. n. 13655/2015 che ha confermato il principio del danno comunitario e del risarcimento *ex* art. 8 l. 604/66.

La Corte ha evidenziato, da ultimo, che i contrasti sui criteri risarcitori riguardano sia la modalità di riparazione del pregiudizio sofferto dai lavoratori per la mancata conversione del rapporto di lavoro, sia la sanzione a carico della P.A. per il comportamento illegittimo posto in essere nei confronti dei medesimi.

Di qui l'ordinanza di rimessione.

Orbene, dovendo determinare il criterio risarcitorio più rispettoso del canone comunitario (in forza del quale è stata ritenuta legittima la mancata conversione del rapporto) si può ritenere adeguata la misura di 15+5 mensilità prevista dall'art. 18 Stat. Lav. (sia nella «vecchia» che – nelle note fattispecie – nella «nuova» formulazione).

Infatti, tale misura da un lato sembra adeguata a ristorare (con 15 mensilità) la mancata conversione del rapporto di lavoro in capo alla P.A. (presso la quale opera certamente una «*tutela reale*» addirittura rafforzata) nonché (con ulteriori 5 mensilità) a indennizzare il lavoratore per il pregresso periodo di «*precaricato*», spesso accompagnato da intervalli di tempo non lavorati tra un contratto e l'altro (cfr. giur. *supra* cit.) e dall'altro sembra soddisfare quel carattere di sanzione e quei canoni di effettività, efficacia, equivalenza e dissuasività statuiti dalla giurisprudenza comunitaria.

Non sembrano invece adeguati alle indicazioni della giurisprudenza comunitaria gli altri criteri risarcitori pure richiamati dall'ordinanza di rimessione ovvero:

– il risarcimento previsto dall'art. 8 l. n. 604/66 che riguarda una tutela obbligatoria «*debole*» difficilmente compatibile con un rapporto di lavoro presso una P.A. e che oltretutto (prevedendo di norma un indennizzo tra 2,5 e 6 mensilità) non pare avere una adeguata forza «*dissuasiva*», né garantire un principio di tendenziale «*equivalenza*»

rispetto ai lavoratori del settore privato (a cui è assicurata la *conversione* del rapporto di lavoro e, *in aggiunta*, un ulteriore risarcimento commisurato a un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità<sup>14</sup>);

– il (mero) risarcimento di cui all'art. 32 l. n. 183/2010 che, prevedendo un importo commisurato tra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione *in aggiunta* alla conversione del rapporto, ben difficilmente può sul piano logico giuridico applicarsi in ipotesi ove la conversione sia stata invece esclusa *ex lege*.

*Ergo*: si rende palese, quale «*danno comunitario*», un risarcimento maggiore.

Resta da svolgere una considerazione finale a supporto della adeguatezza del criterio risarcitorio *ex art. 18 Stat. Lav.*, in un contesto normativo in cui il «*pareggio di bilancio*» è divenuto un principio costituzionale<sup>15</sup> e in cui, in un certo senso, la pubblica amministrazione è stata già «*danneggiata*» per effetto dell'abuso di contratti a termine talvolta strumentalizzati per garantire indebiti risarcimenti o «*stabilizzazioni*» in difetto di concorso (arg. art. 97 Cost.).

Orbene un adeguato bilanciamento, tale da assicurare un equilibrio del sistema e quell'«*etica della responsabilità*» evocata da illustri giuristi, pare potersi ravvisare proprio nel citato art. 36 del d.lgs. 165/2001, laddove prevede un obbligo da parte delle pubbliche amministrazioni di «*recuperare le somme pagate*» a titolo di «*risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative*» «*nei confronti dei dirigenti responsabili*»<sup>16</sup>; che «*si terrà conto in sede di valutazione dell'operato*» delle violazioni commesse dai dirigenti responsabili<sup>17</sup>; che «*i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale*»<sup>18</sup> e laddove infine prevede che «*al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non [possa] essere erogata la retribuzione di risultato*»<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Art. 32, comma 5, l. n. 183/2010.

<sup>15</sup> Cfr. art. 81 Cost. introdotto dalla l. cost. 20.4.2012 n. 1.

<sup>16</sup> Art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165/2001.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Art. 36, comma 5-*quater*, del d.lgs. n. 165/2001.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

P.S. Nelle more della pubblicazione della presente relazione è intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 5072 del 15 marzo 2016 che ha affermato il 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, l. 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 l. 15 luglio 1966 n. 604*»<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> La sentenza è stata pubblicata con ampi commenti su varie riviste. Se segnala, *ex plurimis*: Giustizia civile Massimario 2016; *ilgiuslavorista.it*, 2016, 13 aprile (s.m.), nota di Giubboni.

