

CONVERSIONE DEI CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO NEL PUBBLICO IMPIEGO

di Giovanna delli Falconi

Tribunale di Siena - Sez. lavoro
Sentenza 27 settembre 2010
(Giudice dott. Cammarosano)

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A mezzo di ricorso depositato il 16/9/09, A.F. [...] esercitava contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana [...] azione di [...]:

“1) accertare e dichiarare che il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente (o i successivi contratti) si è convertito – per tutte le motivazioni sopra riportate o per quelle che l'Ill.mo Giudice adito vorrà indicare - in contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del 16.09.2002 (primo contratto a tempo determinato sottoscritto dalle parti), ovvero dalla decorrenza degli altri contratti stipulati tra le parti (dal 15.10.04 o dal 01.09.2005 o dal 01.09.2006 o dal 01.09.2007) o dalla diversa data ritenuta di giustizia dall'Ill.mo Giudice adito, e per l'effetto

2) accertare e dichiarare il diritto della parte ricorrente a riprendere il posto di lavoro precedentemente occupato e, conseguentemente, condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana a reinserire in servizio la parte ricorrente nello stesso posto di lavoro per lo svolgimento delle stesse mansioni (personale Docente) svolte durante la vigenza dei rapporti di lavoro a tempo determinato impugnati o nella diversa posizione che l'Ill.mo Giudice riterrà di giustizia;

3) condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente per l'illegittima apposizione del

termine di durata al rapporto di lavoro, da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione (cioè dal 21.08.2008), ovvero dalla diversa data di giustizia, sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, ovvero nella diversa, maggiore o minore, misura che sarà ritenuta di giustizia; in ogni caso con rivalutazione monetaria ed interessi legali come per legge.

IN VIA SUBORDINATA

condannare il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e l'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana al pagamento del risarcimento del danno in base all'art. 36 comma VI D.lgs. 165/2001, successivamente modificato nel II comma dall'art. 4 del d.l. 10 gennaio 2006 n. 4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006, n. 80, equivalente alla retribuzione globale di fatto a decorrere dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione (cioè dal 21.08.2008) o dalla diversa data ritenuta di giustizia, fino al compimento del 60° anno di età o alla data e nell'ammontare ritenuto di giustizia secondo i criteri che l'Ill.mo Giudice adito riterrà di applicare o secondo i criteri della giurisprudenza di merito sopra richiamata che ha liquidato mediamente venti mensilità delle retribuzioni globali di fatto spettanti, o secondo equità ex art. 1226 c.c..

Con vittoria di spese, funzioni ed onorari”.

(Omissis)

Motivi della decisione

1. La sequenza di lavoro precario del/la lavoratore/rice ricorrente.

A.F. ha sottoscritto con il Ministero della Pubblica Istruzione, dell'Università e della Ricerca, tramite l'Ufficio Scolastico Regionale della Toscana, n. 6 contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di attività di Docente:

- dal 28.10.1999 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2000 presso l'Istituto (...) di Siena e dal 16.09.2002 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2003 presso l'Istituto Superiore (...) Piccolomini di Siena (doc. 1);
- dal 15.10.2004 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2005 presso l'Istituto Comprensivo (...) di Siena (doc. 2);
- dal 01.09.2005 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2006 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 3);
- dal 01.09.2006 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2007 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 4);
- dal 01.09.2007 come supplente fino al termine delle attività didattiche fino al 30.06.2008 presso l'Istituto Superiore (...) di Siena (doc. 5).

2. Nullità dei rapporti di lavoro a termine.

La sequenza della forma di lavoro precario instaurata dal/la ricorrente con l'Amministrazione scolastica, sopra descritta e documentata, ai sensi dell'art. 4, l. 1999/n. 124, disvela un utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, contrastante anzitutto con i precetti del d.lgs. 2001/n. 368.

Datore di lavoro, infatti, non è la singola struttura didattica di turno, nell'ambito della quale potrebbe in astratto discutersi della obiettiva temporaneità della esigenza lavorativa soddisfatta con l'instaurazione del singolo rapporto di lavoro a termine, ma il Ministero, l'Amministrazione scolastica, nel cui ambito quel rapporto soddisfa una esigenza lavorativa istituzionale ordinaria, corrente, nel tempo immutata, tutt'altro che eccezionale o temporanea, ma destinata a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro.

Del resto, è la stessa configurazione normativa dei contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze, "in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo", che scaglia nell'orbita della illegittimità, in contrasto con la luce di fondamentali principi nazionali e comunitari, l'assetto della materia e, comunque, la vicenda sostanziale del caso concreto

conferma l'abuso paventato sin dalla lettura della norma astratta.

Rileviamo incidentalmente, che il perpetuarsi di questa illegittimità ci pare palese, ad es., nell'art. 1, co. 2, d.l. 2009/n. 134, conv., l. 167: "*tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n. 124 [deroga] [Tenuto conto di quanto previsto dal comma 1 e al fine di assicurare la qualità e la continuità del servizio scolastico ed educativo, per l'anno scolastico 2009-2010 ed in deroga alle disposizioni contenute nella legge 3 maggio 1999, n. 124, e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo], e nei regolamenti attuativi relativi al conferimento delle supplenze al personale docente e al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, l'amministrazione scolastica assegna le supplenze per assenza temporanea dei titolari, con precedenza assoluta ed a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie di istituto, al personale inserito nelle graduatorie ad esaurimento previste dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, ed al personale ATA inserito nelle graduatorie permanenti di cui*

all'articolo 554 del testo unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado, di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, e nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, già destinatario di contratto a tempo determinato, annuale o fino al termine delle attività didattiche, nell'anno scolastico 2008-2009, che non abbia potuto stipulare per l'anno scolastico 2009-2010 la stessa tipologia di contratto per carenza di posti disponibili, non sia destinatario di un contratto a tempo indeterminato e non risulti collocato a riposo".

Assolutamente irrilevante sul piano giuridico, ancora, il rilievo dell'Amministrazione convenuta che "il rapporto di lavoro del personale scolastico supplente è regolamentato da distinti contratti di lavoro, che possono riferirsi anche a supplenze annuali o fino al termine delle lezioni, che, se anche conferite allo stesso docente nell'immediato anno scolastico successivo, non traggono origine dalla precedente nomina e non costituiscono una prosecuzione senza soluzione di continuità del rapporto di lavoro, ma traggono origine da diversi provvedimenti, determinati da distinte procedure di nomina discendenti da apposite graduatorie di aspiranti" nota 25/9/08 della Direzione Generale per il personale scolastico del Dipartimento per l'Istruzione), un argomento formalistico che non sfiora le istanze sostanziali di tutela antiabusiva in materia.

E' poi noto come la direttiva 28/6/99/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalle organizzazioni intercategoriali di carattere generale UNICE, CEEP e CES il 18/3/99 (clausola 2: "il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore in ciascun Stato membro") - applicabile al settore pubblico (ad es. sentenza Adeneler, 4/7/06, C-212/04; sentenza Angelidaki, 23/4/09, C-378-80/07) - si incentri su due grandi valori, il principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato e la prevenzione dell'abuso derivante dalla reiterazione del lavoro a termine, profili entrambi di specifica rilevanza nella concreta fattispecie.

Nello spirito, esplicitato, della direttiva il contratto di lavoro a tempo indeterminato resta la forma ordinaria del rapporto di lavoro, contribuendo la stessa non solo "alla qualità della vita" dei lavoratori interessati, ma anche "a migliorarne il rendimento".

Nell'ambito del rapporto di lavoro privato, per Cass. SL. 2008/n. 12985, "l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" (...)".

E, sempre sul piano comunitario, non parrebbe dubbio che l'utilizzazione del contratto di lavoro a tempo determinato, proprio al fine di prevenire discriminazione e abuso, debba essere necessariamente basata su ragioni "oggettive" (v. punto 7 delle considerazioni generali).

Del resto, in tal senso si muove, e in tal senso deve essere interpretato, l'art. 1 d.lgs. 2001/n. 368: "è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro) (parole aggiunte dall'art. 21, d.l. 2008/n. 112, conv. l. 2008/n. 133)".

Infine, con l. 2007/n. 247, è stato inserito dall'art. 1, co. 39, a decorrere dall'1/1/08, il nuovo testo del co. 1 dell'art. 1, d.lgs. 2001/n. 368, per il quale "il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato".

E' certo, occorre precisare, che il d.lgs. 2001/n. 368 trovi applicazione nel settore pubblico, sebbene sia altrettanto certo che la normativa generale debba coordinarsi con eventuali norme speciali.

Cronologicamente la fattispecie oggetto di controversia si inserisce in un paradigma di regola ed eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato che accomuna il settore del lavoro pubblico a quello privato.

Non solo. A differenza del settore privato, in quello pubblico il legislatore ha imposto alle

amministrazioni l'obbligo di "assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato" in presenza di "esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario", ripristinandosi la possibilità di avvalersi di forme contrattuali flessibili "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali" (art. 36, co. 1, modif. art. 49, d.l. 2008/n. 112, conv. l. n. 133, ma v. già art. 4, l. 2006/n. 80), con disciplina, dunque, più restrittiva, nella proclamazione del superamento del "lavoro precario" (disciplina dapprima ancor più irrigidita con la riscrittura dell'art. 36 nella finanziaria 2008, l. 2007/n. 244, art. 3, co. 79).

In ogni caso, anche dopo le modifiche introdotte dal d.l. 2008/n. 112, conv. l. n. 133, e dal d.l. 2009/n. 78, conv. l. 2009/n. 102, deve ritenersi che il lavoro a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione rimanga ipotesi eccezionale, da interpretarsi restrittivamente.

Sanzione.

Nell'ambito del rapporto di lavoro privato, anche recentemente, Cass. SL. 2008/n. 12985: *"l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (principio applicato in fattispecie di primo ed unico contratto a termine)".*

Decisamente più problematica, invece, l'individuazione della conseguenza della specifica violazione di legge, della illegittimità della adozione del rapporto di lavoro a termine ad opera di una pubblica amministrazione, in particolare la questione della applicabilità della regola sanzionatoria consistente nella nullità della clausola del termine, per violazione di norma imperativa, senza estendersi all'intero contratto di lavoro, che resta, si "converte", a tempo indeterminato, per mezzo della sostituzione di diritto delle clausole nulle da norme imperative (art. 1419, co. 2. c.c.).

La questione centrale nella disciplina del rapporto di lavoro a termine alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in contrapposizione al settore privato, è comunemente individuata nel divieto di trasformazione del rapporto, sancito dall'art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165: "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", ed espressamente il riconoscimento del diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno, "derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

Si tratta della codificazione di un principio già affermato nella legislazione anteriore, ancor prima della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, recepito dalla giurisprudenza dominante (contra viene segnalata, ad es., Consiglio di Stato, Sez. V, 1984/n. 254).

Sanzione della violazione, dunque, la nullità del rapporto di lavoro costituito in violazione di norme imperative, con esclusione della conversione del rapporto e riconoscimento al lavoratore del solo trattamento economico ex art. 2126 c.c. (v. infine art. 36, d.lgs. 1993/n. 29).

La negazione della possibilità della costituzione di uno stabile rapporto di lavoro, in caso di violazione della normativa legale sul rapporto a termine, ha informato costantemente l'assetto normativo della materia nel pubblico impiego, fino alla sua conferma nell'attuale Testo Unico.

Con sentenza 2003/n. 89, la Corte Costituzionale ha escluso la sussistenza di una violazione del principio di uguaglianza, nella supposta diversità

delle situazioni messe a confronto, lavoro privato e lavoro pubblico.

Tra le argomentazioni invocate a sostegno di questa interpretazione, diffuso il riferimento alla violazione della regola dell'accesso alla pubblica amministrazione mediante concorso (ad es. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1983/n. 164), ancora una volta valorizzata dalla Corte Costituzionale, ad es. nella sentenza 2005, n. 159, come forma generale e ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego.

Ma la regola costituzionale non risulta in effetti violata, posto che l'art. 97 della Costituzione prevede espressamente la possibilità per il legislatore ordinario di derogare al principio della concorsualità. Deroga non necessaria, del resto, poiché l'art. 36 del d.lgs. 2001/n. 165, come modificato dal d.l. 2008/n. 112, conv. l.

n. 133, prevede che anche le assunzioni a termine siano effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35.

La mancata estensione al settore del lavoro pubblico della conversione legale non può trovare pertanto giustificazione nell'art. 97 Cost. Il principio di non convertibilità, certamente di favore datoriale, tuttora diffusamente persistente nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non si alimenta soltanto, come appena detto, insufficientemente, della imprescindibilità della regola della assunzione mediante pubblico concorso, sottolineandosi in dottrina come "scopo del divieto è di scongiurare il rischio che attraverso la conversione di rapporti precari si possano incardinare rapporti a tempo indeterminato senza una programmazione del fabbisogno del personale e con il rischio di assumere un numero di persone maggiore di quanto possano consentire gli stanziamenti in bilancio" (cfr. anche C. Cost. 1997/n. 59).

Con due interventi del 9/06, nei procedimenti C-180/2004 (Vassallo) e C-53/2004 (Marrosu + 1) sulla legislazione italiana, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha dichiarato che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18/3/99, in allegato alla direttiva del Consiglio 28/6/99, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato - applicabile come sopra detto al settore pubblico - dev'essere interpretato nel senso che "non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che escluda, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione

di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i 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".

Cfr. analogamente sent. 7/9/07, nel procedimento C-180/2004.

Ancor più recentemente, con sent. 23/4/09, nella causa C-378-380/2007, ric. Angelidaki e altri, la Corte di Giustizia ha ribadito: "in circostanze come quelle delle cause principali, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda, nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi.

Spetta tuttavia al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi".

In un primo approccio alla materia abbiamo ritenuto in taluni precedenti, che anche a livello comunitario, dunque, al di là delle perplessità dell'interprete, la questione sanzionatoria parrebbe "blindata", "suggellata", "cerchio chiuso" rispetto a più incisive aperture di tutela sostanzialmente costitutiva in conversione del rapporto di lavoro a termine in regime di abuso.

E' il giudice dell'ordinamento interno, ha precisato la Corte (2006, par. 39)(cfr. anche sentenza 4/7/06, nel procedimento C-212/2004, Adeneler, sulla legislazione greca), che deve verificare la soddisfazione dei requisiti di "adeguatezza" della sanzione, cioè "di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo" (par. 36), come di "equivalenza" ed "effettività" (parr. 37-38), prevista, nella specie, dall' art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165.

Il nostro ordinamento, nel settore del lavoro pubblico, appresta

contro l'abuso del rapporto di lavoro a termine la sanzione del risarcimento del danno, "derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative" (art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165).

La tutela risarcitoria a favore del/la lavoratore/trice, per rispondere ai requisiti precisati dalla Corte di Giustizia, deve essere pertanto duplice, "effettiva" e "dissuasiva".

Anzitutto, per l'intero periodo in cui il rapporto ha avuto attuazione dovrà essere corrisposto il trattamento economico differenziale, tra quanto percepito e quanto spettante al/la lavoratore/trice ex art. 2126 c.c. per la instaurazione di fatto (nulla) di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, cioè "il risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di norme imperative".

La giurisprudenza ha spesso fatto ricorso a questa forma di tutela, ritenendola talora l'unica per il dipendente pubblico, conformemente a parte della dottrina.

Il principio di non trasformabilità, che caratterizza con specialità il settore, non ci pare ostativo al riconoscimento, sul piano meramente risarcitorio, della sostanziale instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per il tempo della prestazione, in ogni caso alla integrale riparazione risarcitoria per l'illegittimità posta in essere dal datore di lavoro pubblico.

Il principio in discorso, peraltro, entra in gioco all'atto della risoluzione del rapporto per scadenza del termine (fattispecie verificatasi nel caso concreto), ostando sia al ripristino del rapporto oltre il tempo della effettiva prestazione, sia, ci pare, a tutele risarcitorie interamente parametricate alla realtà della tutela, che ne costituisce il loro presupposto. Se

l'ordinamento non contempla la trasformazione del rapporto a termine abusivamente utilizzato, invalido, la tutela risarcitoria stessa ragionevolmente non potrà ricalcare sia pure per equivalente la trasformazione vietata (comprendendo, in altre parole, le retribuzioni maturate dalla cessazione del rapporto fino alla domanda, o alla decisione, o alla ricostituzione del rapporto ad opera dell'Amministrazione).

Pur tuttavia, quella tutela dovrà rispondere ai descritti canoni imposti dai ricordati interventi della Corte di Giustizia.

Come parametro, solo come parametro, possiamo allora muovere da una misura risarcitoria non inferiore alle cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dall'art. 18, co. 4, l. 1970/n. 300, indicazione di diritto positivo rilevante.

Simile misura, tuttavia, per difetto, non può assolutamente ritenersi dissuasiva, preventiva dell'abuso del lavoro a termine da parte della pubblica amministrazione.

Sempre e solo parametricamente, invero, possiamo individuare quindi l'indennità pari a quindici mensilità della retribuzione globale di fatto, prevista dal co. 5, come facoltà del lavoratore di richiesta al datore di lavoro in sostituzione della reintegrazione, ulteriore indicazione di diritto positivo rilevante.

Simile misura, abbiamo ritenuto in propri precedenti, può ritenersi soddisfacente i requisiti di "adeguatezza" della sanzione (cioè "di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo"), come di "equivalenza" ed "effettività", secondo i ricordati lineamenti comunitari, soprattutto se, come riteniamo preferibile, insensibile alle tematiche dell'aliunde perceptum/percipiendum. Si tratta, è evidente, di soluzioni ampiamente compromissorie, opinabili.

V. in tal senso, ad es., Trib. Genova, sent. 14/12/06, che perviene invero alla determinazione di venti mensilità, sommando la misura minima del risarcimento del danno (5 mensilità), alla indennità sostitutiva (15 mensilità), che spetta, in effetti, "fermo il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma" dell'art. 18. l. 1970/n. 300.

Tale determinazione, se da un lato può apparire più tranquillizzante in termini di adeguatezza della tutela, e non abbiamo remore a riconoscerlo, dall'altro sconta una eccessiva modellazione su una realtà posta in dubbio dal

principio di non trasformazione, oltre al dato che la scadenza del termine, ancorchè illegittimamente apposto, non equivale sul piano giuridico formale a licenziamento.

Solo l'elaborazione giurisprudenziale successiva potrà condurre alla più puntuale ed omogenea individuazione di tutele risarcitorie adeguate, probabilmente ispirate anche alla ponderazione di elementi individuali (professionalità, immagine, dignità, chance) in attenuazione di una eccessiva rigidità criteriologica.

Indicativamente, v. l'ampia disamina del Tribunale di Rossano Calabro, nella sentenza emanata all'udienza 4/6/07, nella causa 450/2006 rgl (edita ad es. in Foro it. 2007, I, 2589) che perviene alle seguenti conclusioni sul punto: *“per la quantificazione dello stesso non si può procedere alla capitalizzazione delle retribuzioni che si sarebbero percepite per tutta la durata della vita lavorativa, considerato che si deve ritenere la possibilità per i ricorrenti di trovare una nuova occupazione in uno spazio di tempo più o meno lungo. Unico criterio che pare equo è agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio. I ricorrenti hanno prodotto uno studio statistico dell'ISFOL e del Ministero del lavoro, dell'anno 2005, quindi sufficientemente aggiornato, sulla scorta del quale pare equo condannare la convenuta al pagamento di 17 mensilità di retribuzioni (16 oltre una per TFR), considerato che tale è il tempo mediamente necessario per trovare una nuova occupazione.*

Sembra equo compensare in parte il danno (quello previdenziale) considerato che la prestazione di attività lavorativa è produttiva altresì di spese connesse a trasporto, necessità di vestirsi e eventualmente acquistare generi alimentari”.

Corretto, inoltre, abbiamo in precedenza ritenuto il riconoscimento del trattamento di fine rapporto, che il/la lavoratore/trice avrebbe percepito alla cessazione in caso di assunzione a tempo indeterminato (così ad es. Trib. Napoli, 12/1/05, ad es. in Riv. critica dir. lav., 2005/n. 167, e Trib. Trapani, sent. 30/1/07, ad es. in LPA, 2007, n. 1154).

In assenza di un criterio certo e predeterminato, le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali sono state numerose e

di vario contenuto, talora definite “bizzarre”, un vero e proprio “marasma” nello sforzo di riempire un grave vuoto legislativo, pur animato dall'apprezzabile tentativo di superamento dei limiti posti dall'art. 36 d. lgs. 2001/n. 165 al fine di garantire ai lavoratori pubblici una effettiva tutela.

Il caso qui sottoposto all'attenzione cognitiva e decisoria del giudice, sia per la specialità del settore, sia per la pregevolezza argomentativa della difesa della parte ricorrente, induce ad ulteriore riflessione e a rompere quell'argine di rispetto di un privilegio del quale sono depositarie le pubbliche amministrazioni, consistente quasi in una licenza di precarizzare.

Un primo dato argomentativo può rinvenirsi nella mutata convinzione della non effettività, della inadeguatezza, della sanzione meramente risarcitoria, rispondendo in tal modo più pienamente alla sollecitazione che indubbiamente perviene dalla giurisprudenza comunitaria.

Sul punto non sarebbe neppure utile argomentare lungamente, trattandosi di operare una decisa scelta interpretativa tra valori, ampiamente discrezionale, cioè tra l'unica effettività reale della tutela in forma specifica e l'imperfetta adeguatezza virtuale di quella per equivalente monetario.

Dati empirici conducono agevolmente alla soluzione, attesa la macrodimensione del fenomeno del lavoro precario pubblico irregolare, evidentemente non dissuaso dall'apparato sanzionatorio, che possiamo aggettivare debole e pertanto non conforme al diritto comunitario, poiché le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle relative disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

Non solo. Negli stessi casi concreti, la sequenza talora lungamente inanellata di rapporti di lavoro a termine conduce ad analogha osservazione valutativa.

Non spetta, invece, all'interprete giudiziale una valutazione di convenienza economica dello strumento della conversione rispetto alla erogazione di risarcimenti del danno, che tuttavia per essere effettivi ed equivalenti, non potrebbero che assurgere a dimensioni così

ingenti da contrastare, in definitiva, con quella stessa istanza di contenimento della spesa pubblica che ispira, tra altro, la tesi avversa alla sanzione della conversione in materia.

Ma, anche su un piano sistematico del nostro ordinamento, condividiamo il sostrato argomentativo espresso ad es. in giurisprudenza dalle Sezioni Unite, con la nota sent. 2006/n. 141: “(...) (la) tesi, che considera la tutela per equivalente del diritto soggettivo come la regola e la tutela specifica come l’eccezione, non può essere condivisa. Già nell’ambito generale del diritto privato l’art. 2058 cod. civ. nega un rapporto regola-eccezione così fatto ed anzi lo capovolge: l’illecito aquiliano - ma la norma si estende all’illecito contrattuale - attribuisce al danneggiato (nel rapporto contrattuale, al creditore insoddisfatto) la “reintegrazione in forma specifica”, se giuridicamente e materialmente possibile (comma 1) ed il risarcimento “per equivalente” alla subordinata condizione che la reintegrazione risulti, secondo il giudice, eccessivamente onerosa per il debitore (comma 2).

Sulla base di queste disposizioni già la dottrina immediatamente successiva all’entrata in vigore del codice del 1942 notò come il legislatore avesse stabilito anzitutto il diritto del creditore “all’esatto adempimento della prestazione dovuta” e come “soltanto in linea subordinata ed eventuale” questa potesse ridursi al risarcimento del danno. Il legislatore del novecento aveva così superato “l’anacronistica reminiscenza del diritto romano” (542[^], 1[^], 13, 1 “... in pecuniam numeratam condemnatur ...”) recepita nell’art. 1142 del codice civile francese, secondo cui ogni obbligazione di fare o di non fare si risolve (se resout) nella prestazione di danni e interessi nel caso di inadempimento; reminiscenza già scomparsa del resto già nel codice tedesco, di fine ottocento, il quale nel par. 280, comma 3, permette il risarcimento del danno in luogo della prestazione (Schadenersatz statt der Leistung) solo sulla base di determinati e circoscritti presupposti.

La sostituzione di un’obbligazione di risarcimento all’azione primitiva – si notava ancora in dottrina - non è dunque come in diritto romano un fenomeno generale e costante, collegato in modo necessario e per così dire automatico al far valere in giudizio l’obbligazione, bensì un fenomeno affatto

speciale e saltuario, condizionato da particolari circostanze di fatto.

Oggi l’obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l’esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell’equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all’art. 24 Cost., (Corte Cost. 24 giugno 1994 n. 253, 10 novembre 1995 n. 483), secondo cui il processo (ma potrebbe dirsi: il diritto oggettivo, in caso di violazione) deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale (da ult. Cass. Sez.Un. 5 luglio 2004 n. 12270).

Nè la difficoltà o l’impossibilità materiale di attuare in sede esecutiva questo principio costituzionalmente rilevante, dovute all’inesistenza nel nostro ordinamento di un sistema atipico di misure coercitive, può incidere sulla questione sostanziale qui in esame, relativa al rapporto regola-eccezione fra risarcimento specifico e per equivalente; la difficoltà di predisporre norme esecutive di più intensa garanzia del creditore non può influire sullo statuto civilistico del rapporto obbligatorio.

7. Questa conclusione valida sul piano generale – osservano le Sezioni Unite - serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità, come si dirà tra breve, ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l’art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica. In tal senso va intesa la sentenza della Corte Costituzionale 7 febbraio 2000 n. 46, secondo cui la tutela reale del lavoratore può essere limitata discrezionalmente dal legislatore: questi effettua il bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti e ben può ritenere, come nella materia qui in esame, che le ragioni dell’impresa di piccole dimensioni debbano prevalere sulla tutela specifica del lavoratore illegittimamente licenziato. Non v’è però

ragione di negare che questa limitazione del diritto al lavoro debba essere affidata al soggetto interessato ossia al datore di lavoro, e di affermare al contrario che essa debba aggiungersi agli elementi costitutivi di quel diritto, con conseguenze in ordine alla ripartizione dell'onere della prova.

8. Nè le tesi, sostenute da una parte dalla stessa dottrina privatistica, che pongono sullo stesso piano la tutela specifica del diritto soggettivo a quella per equivalente, connettendo la prima ai diritti assoluti e la seconda ai diritti di credito, possono trovare applicazione nei rapporti di lavoro subordinato. A ciò ostano non solo le ragioni già dette ma anche la rilevanza degli interessi coinvolti, che impediscono di ricondurre quei rapporti esclusivamente a fattispecie di scambio e, nell'ambito di queste, di ridurre la posizione del prestatore di lavoro semplicemente a quella di titolare del credito avente ad oggetto la retribuzione. Al contrario, il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale nei sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari indicati nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36 (cfr. Cass. Sez. un. 12 novembre 2001 n. 14020). Subito dopo l'entrata in vigore della Carta fondamentale un'autorevole dottrina civilistica qualificò come assoluto lo stesso diritto alla retribuzione.

Pertanto, anche se si ammettesse la validità dello schema "diritto assoluto-tutela specifica; diritto di credito-tutela risarcitoria", esso non potrebbe applicarsi allo status del lavoratore subordinato.

9. È necessario ancora dare conto – osservano ancora le Sezioni Unite - della tendenza di una parte della dottrina lavoristica a considerare la disciplina dei licenziamenti, così come altri istituti del settore, quale regime speciale, avulso dal "diritto comune".

Da ciò deriverebbe la non riconducibilità della l. n. 300 del 1970, art. 18, e della L. n. 604 del 1966 al modello codicistico del risarcimento in forma specifica o per equivalente. La tendenza non appare però da seguire perché contraria al principio di unità e coerenza dell'ordinamento, riconducibili al principio di eguaglianza sostanziale di cui al capoverso dell'art. 3 Cost.. Già in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, or è

circa un secolo, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni, cedendo al "cieco empirismo", mentre il richiamo all'unità dell'ordinamento quale postulato non logico ma di giustizia percorre il diritto non solo italiano nell'età delle specializzazioni.

Non è possibile poi adoperare quale argomento sistematico, onde dimostrare l'eccezionalità della tutela reintegratoria, "il numero notevole dei destinatari del precetto legislativo, nella capillare ed articolata diffusione nel territorio di piccole e medie imprese" (così Cass. n. 4337 del 1995 cit. condivisa dal Pubblico Ministero in udienza). L'esigenza di contenere gli oneri economici a carico di queste imprese ben può indurre il legislatore ad incentivi ed agevolazioni da attribuire attraverso scelte di diritto sostanziale, insindacabili a qualsiasi livello di giurisdizione (artt. 101 Cost., comma 2; L. 11 marzo 1953 n. 87, art. 28), ma non può influire sull'interpretazione delle norme che disciplinano il processo (...).

E' questo dunque l'*humus* concettuale, sistematico, nel quale l'interprete deve individuare quale sia la sanzione adeguata, efficace, a fronte della nullità della clausola di apposizione del termine al rapporto di lavoro, vale a dire l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Deve rilevarsi, inoltre, anche nel ricordato pensiero delle Sezioni Unite della Cassazione, la generalità di quell'assetto sistematico nel diritto civile, nel diritto delle obbligazioni e nel diritto del lavoro in specie, per cui non è neppure necessaria una peraltro agevole operazione interpretativa estensiva del principio di prevalenza della tutela in forma specifica.

In ogni caso, rileviamo essere centrale, nella direttiva 1999/70 CE l'affermazione del principio di non discriminazione tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato. Un principio di immediata applicazione, diretta efficacia orizzontale. Un principio che investe tutte le condizioni del rapporto di lavoro, quindi anche la vicenda terminativa, la cui concreta modalità permea indirettamente tutto lo svolgimento del rapporto di lavoro.

La scadenza del termine, sappiamo, non è nel mondo del diritto, un licenziamento, mentre vi si avvicina di molto, invece, nella sostanza delle cose.

Ma non è un licenziamento, in quanto, e solo in quanto, sussista una oggettiva ragione giustificatrice della temporalità del rapporto, una sua naturale scadenza.

Se quella cronaca di morte annunciata, che colora macabramente la pur consensuale (molto vi sarebbe ovviamente da precisare su questo aggettivo) apposizione del termine ad un rapporto di lavoro non è sorretta da una vicenda naturale, quale la cessazione della oggettiva ragione temporale giustificatrice, il fenomeno sostanziale collima con quello formale, in altre parole, la scadenza del termine, illegittimamente apposto, non è altro che un licenziamento programmato privo di giustificazione causale, arbitrario.

Anche per questo, in una logica di parità di trattamento, non discriminatoria tra lavoratori "comparabili" (clausola 3: "2. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo indeterminato comparabile" indica un lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze.

In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nello stesso stabilimento, il raffronto si dovrà fare in riferimento al contratto collettivo applicabile o, in mancanza di quest'ultimo, in conformità con la legge, i contratti collettivi o le prassi nazionali") è il principio, comunitario, di necessaria giustificazione causale del recesso (il principio della giustificazione causale del licenziamento è consacrato nella Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 7/12/00), art. 30, quale diritto sociale fondamentale, trasfuso nell'art. 90 del Trattato che adotta una Costituzione europea: "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali") che impone, nel rapporto di lavoro temporalmente precario, una medesima sostanza economica, giudizialmente verificabile. Del resto chiara la clausola 3: "1. Ai fini del presente accordo, il termine "lavoratore a tempo determinato" indica una persona con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è

determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico".

Il principio, dunque, della tutelabilità in forma specifica del diritto del lavoratore a fronte di una vicenda risolutiva illegittima del rapporto merita paritaria attuazione tanto in caso di licenziamento, tanto in caso di apposizione del termine, realizzandosi in difetto una discriminazione tra lavoratori c.d. "comparabili".

Sotto altro profilo, l'art. 11, co. 1, d.lgs 2001/n. 368, ha disposto, che *"dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonché tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo"*.

Anche la previsione della norma dell'art. 36, co. 2, d.lgs. 2001/n. 165, che *"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"*, si presta ad essere ricompresa nell'azione della mannaia della incompatibilità, sebbene ai fini che qui interessano la complessa disquisizione sulla specialità o meno del settore del lavoro pubblico, quindi sulla compatibilità o meno della disciplina speciale anteriore, ci sembra davvero essere priva di limiti (contrastata in dottrina, risolta in genere positivamente dalla giurisprudenza, Trib. Bologna, 26/7/07; Trib. Rossano, 4/6/07; Trib. Genova, 5/4/07; Trib. Roma, 3/2/04; Trib. Napoli, 6/2/04, nel senso della insussistenza della vicenda abrogativa tacita stante la specialità del corpo normativo regolante, con caratteristiche autonome, il rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche

amministrazioni).

Quanto al bisogno avvertito dal legislatore della Finanziaria 2008 (l. 2007/n. 244, art. 3, co. 79) di ribadire il testo normativo dell'art. 36, rileviamo trattarsi di "sostituzione" con modificazioni, e non sembra possano trarsene pertanto inferenze sulla consapevolezza della necessità di reintrodurre una norma in ipotesi evidentemente abrogata.

Di maggior spessore, semmai, la previsione dell'art. 1, co. 1, d.l. 2009/n. 134, con. l. n. 167: *"all'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124, dopo il comma 14 [integrazione] è aggiunto, in fine, il seguente: 14-bis. I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo"*.

Una preoccupazione legislativa che, ripugnando all'interprete l'immagine di un legislatore che colleziona doppioni, ripetizioni, potrebbe indurre a rimeditare la problematica sopra esaminata della abrogazione dell'art. 36, d. lgs. 2001/n. 165 ad opera dell'art. 11, d. lgs. 2001/n. 368.

Da altra angolazione, ancora, l'art. 36, co. 1, d.lgs. 2001/n.

165, nel prevedere che *"le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono 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"*, precisa che *"i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n.451, dalla legge 24*

giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina", e nel Comparto Scuola l'art. 40 ccnl 2006/2009 contempla espressamente al co. 4, la possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato "per effetto di specifiche disposizioni normative", non alludendo direttamente alla problematica della conversione sanzionatoria, ma certamente contribuendo a consentirne pienamente l'ingresso sulla base del fondamentale riferimento del d.lgs. 2001/n. 368. E non si tratta del solo esempio in cui è la stessa contrattazione collettiva a prevedere la possibilità della conversione (cfr. analogamente art. 5, co. 2, ccnl comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione, accordo di rinnovo del 7/4/06; ancora, ccnl personale non dirigente dell'Enea, accordo di rinnovo del 20/12/06), aprendo le porte ad una piena tutela effettiva specifica del lavoratore pubblico nel caso in cui l'assunzione a termine, come nel caso di specie, avvenga tramite concorso o, comunque, procedure selettive idonee a garantire il rispetto dell'art. 97 Cost..

Appare pertanto consentita nel caso di specie la disapplicazione della normativa nazionale (art. 36 d.lgs. 2001/n. 165) a vantaggio della direttiva 1990/70 CE e delle citate pronunce della Corte di Giustizia, quindi dell'art. 5 d.lgs. 2001/n. 368.

P.Q.M.

accerta l'illegittimità dell'apposizione del termine e dichiara la conseguente nullità parziale dei contratti stipulati tra le parti, e dichiara pertanto che il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente (specificato nelle conclusioni e in motivazione § 1.) si è convertito in contratto di lavoro a tempo indeterminato e condanna pertanto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca a reinserire in servizio la parte ricorrente nel posto di lavoro per lo svolgimento delle medesime mansioni, oltre al risarcimento del danno subito dalla parte ricorrente per l'illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro, da commisurarsi alle retribuzioni globali di fatto maturate dalla data di messa in mora presentata contestualmente alla comunicazione della richiesta di tentativo obbligatorio di conciliazione in atti, sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, oltre interessi legali.

[...]
Siena, 27/9/10

(Omissis)

* * * * *

NOTA

Svolta epocale nel pubblico impiego: il Giudice del Lavoro di Siena, in persona del Dott. Delio Cammarosano, con una sentenza che segna una rivoluzione nel mondo del diritto del lavoro, ha riconosciuto la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Trattasi della sentenza emessa all'udienza del 27 settembre 2010.

La vicenda che ha dato origine alla eclatante pronuncia del Giudice del Lavoro, prende le mosse da un ricorso inoltrato da una docente nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Toscana.

Il Giudice del Lavoro di Siena, con articolata, minuziosa e dettagliata motivazione, ricca di riferimenti al diritto ed alla giurisprudenza comunitaria, ha accolto la domanda della ricorrente riconoscendo la conversione del contratto di lavoro.

In punto di fatto, nel caso di specie, tra la docente ricorrente e il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, per il tramite dell'Ufficio Scolastico Regionale della Toscana, furono stipulati sei contratti di lavoro a tempo determinato per lo svolgimento di attività di insegnamento.

I vari rapporti di lavoro non furono continuativi ma coincidevano, pressappoco, con l'intero anno scolastico.

L'analisi dell'attento Giudice prende le mosse dalla *ratio* giustificatrice del contratto di lavoro a tempo determinato.

Come è noto, infatti, il ricorso a forme flessibili di assunzione e di impiego del personale, è consentita ai sensi dell'art. 36, comma 2, D.lgs. 30 marzo

2001 n. 165, "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali".

Sul punto, osserva argutamente il Giudice del Lavoro, l'esigenza dell'insegnamento non può definirsi "temporanea" ed "eccezionale" atteso che tale attività rientra nel fine istituzionale *ordinario* del resistente Ministero.

Di per sé, questo elemento denota l'illegittimità di tutti i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la ricorrente.

A ciò si devono aggiungere, poi, tutte le considerazioni giuridiche che scaturiscono dall'esame della normativa comunitaria.

In particolar modo, l'attenzione del Magistrato si concentra primariamente sulla direttiva 28/6/99/70/CE che sancisce due grandi principi: *in primis* quello di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato; *in secundis* quello della prevenzione dell'abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato.

Sullo stesso piano sembra muoversi anche il legislatore nazionale allorché all'art. 36, comma 1, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, sancisce il noto principio secondo cui "per esigenze connesse con il proprio fabbisogno *ordinario* (il carattere corsivo è del redattore), le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro a tempo indeterminato".

Analizzando il rapporto di lavoro privato, la conversione del contratto a tempo determinato è la naturale conseguenza dell'illegittimità del termine apposto al di fuori dei casi consentiti dall'ordinamento giuridico.

Così come chiaramente esposto nella sentenza n. 12985 del 2008 da parte della Suprema Corte di Cassazione - Sezione Lavoro - qualora l'apposizione del termine avvenga al di fuori dei casi consentiti dalla normativa, pur in assenza di una specifica sanzione, deve essere riconosciuta la conversione del contratto a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ciò avviene per

effetto - sostiene la Corte di Cassazione nella sentenza citata - dell'applicazione dei principi generali in materia di nullità parziale del contratto ed interpretando l'art. 1 del D.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 in modo conforme alla direttiva 1999/70/CE e seguendo, peraltro, l'orientamento della stessa Corte costituzionale sul punto.

Situazione diversa, invece, sembrerebbe sussistere per il rapporto di lavoro pubblico.

Qui, infatti, a causa del divieto tassativo di conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato sancito dall'art. 36, comma 5, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, al lavoratore a tempo determinato assunto in violazione di norme di legge, è riconosciuto dall'ordinamento giuridico soltanto il diritto al risarcimento del danno.

A sostegno di tale scelta legislativa, sembra esservi la regola, costituzionalmente sancita, secondo cui l'accesso al pubblico impiego può avvenire solo attraverso procedure concorsuali.

Senonché, come chiaramente e sottilmente riconosciuto dal pioniere Giudice del Lavoro nella sentenza che qui si commenta, il precetto costituzionale non viene sacrificato sia perché lo stesso art. 97 Cost. prevede che il legislatore ordinario possa derogare a siffatta regola, sia perché per le assunzioni a tempo determinato vale il principio secondo cui debbano essere effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35, D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Alla luce di tanto, l'argomentazione secondo cui la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego sarebbe contraria alla Carta costituzionale, non assume alcun pregio.

Il divieto di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato può trovare una sua giustificazione soltanto nel caso in cui l'ordinamento interno appresti altre misure effettive ed idonee a scongiurare un utilizzo improprio del contratto di lavoro a tempo determinato.

E' questo quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con due interventi del 2006.

A ciò, però, va aggiunto che - secondo la stessa Corte - è compito dei Giudici valutare se la tutela apprestata dall'ordinamento giuridico interno a favore dei lavoratori a tempo determinato, sia adeguata ed effettiva (si veda la sentenza 23.04.2009).

Orbene, il nostro ordinamento interno prevede, per i casi di utilizzo di contratti a termine fuori dai casi consentiti dalla legge, sanzioni che non tutelano affatto, a parere del Giudice del Tribunale di Siena, il lavoratore.

Infatti, da un attento esame della giurisprudenza di merito che sul punto si è formata e descritta linearmente e chiaramente dal Magistrato estensore, si desume il tentativo dei Giudici di colmare il vuoto legislativo riconoscendo ai lavoratori una tutela risarcitoria che differisce caso per caso, nell'intento di tutelare quanto più possibile la parte più debole del rapporto sinallagmatico.

A questo punto, quindi, il "rivoluzionario" Giudice va oltre e tenta argutamente di "rompere quell'argine di privilegio del quale sono depositarie le pubbliche amministrazioni consistente quasi in una licenza di precarizzare".

Di fronte all'eccessivo ricorso da parte della pubblica amministrazione al contratto a tempo determinato, si desume che la sanzione apprestata dall'ordinamento giuridico, sia tutt'altro che deterrente e quindi piuttosto inadeguata ad arginare il fenomeno.

Aderendo, pertanto, alla tesi sostenuta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 141 del 2006, il Magistrato estensore ritiene che il rimedio del risarcimento del danno debba essere ritenuto eccezionale rispetto alla tutela in forma specifica, più consona e più efficace.

Conclude, quindi, il Magistrato, nella sentenza che qui si commenta, che appare consentita nel caso di specie la disapplicazione della normativa nazionale a favore di quella comunitaria.

Al termine di queste argute argomentazioni, per la prima volta nel settore del pubblico impiego, accertata l'illegittimità dell'apposizione del termine viene conseguentemente dichiarata la *"nullità parziale dei contratti stipulati tra le parti"* e convertito pertanto, il primo contratto stipulato dalla parte ricorrente, *"in contratto di lavoro a tempo indeterminato"* con la condanna del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca al reinserimento in servizio della parte ricorrente nel posto di lavoro per lo svolgimento delle medesime mansioni, oltre al risarcimento del danno subito dalla stessa per l'illegittima apposizione del termine di durata al rapporto di lavoro.

Ebbene, la citata sentenza va accolta con entusiasmo da tutti gli operatori del diritto.

Le brillanti considerazioni del Giudice del Lavoro di Siena, accompagnate da dettagliati e precisi riferimenti alla normativa ed alla giurisprudenza comunitaria, segnano un vero e proprio traguardo nel diritto del lavoro in Italia.

La sentenza del Tribunale toscano ha coraggiosamente reso effettivo il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione.

Prima di tale intervento, i lavoratori del pubblico impiego subivano, in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro a tempo determinato, un trattamento peggiore rispetto ai "colleghi" del parallelo settore privato.

Con il riconoscimento dell'incongruità della sanzione risarcitoria e della corrispondente adeguatezza della tutela in forma specifica, si ristabilisce quell'equilibrio e quella uguaglianza che sino al 2010 avrebbe potuto definirsi inesistente.

Conseguentemente, va affermato che, i principi generali espressi dalla sentenza qui commentata, debbano ragionevolmente applicarsi a tutti i settori del pubblico impiego ed a prescindere dalla durata del rapporto di lavoro.

Infatti, la sanzione della conversione dei contratti a termine va riconosciuta

tutte le volte in cui l'apposizione del termine non sia giustificata da ragioni contingibili ed eccezionali ma risponda ad altre esigenze istituzionali cui non si possa far fronte con il personale in servizio, con conseguente proliferazione di contratti a tempo determinato finalizzati a sopperire ad endemiche ed ormai cristallizzate carenze di organico.

Di tutti questi contratti non può che essere dichiarata l'illegittimità perché utilizzati al di fuori dei limiti posti dall'ordinamento giuridico.

A tutte queste argomentazioni, va aggiunto che il principio di non discriminazione tra lavoratori del settore pubblico e lavoratori del settore privato è stato di recente ribadito in un ulteriore intervento da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea secondo cui: *"le misure previste da una normativa nazionale (...) al fine di sanzionare il ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato 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"* (cfr. ordinanza della CGUE - sesta sezione - del 1° ottobre 2010).

Del pari, allo scopo di garantire la non discriminazione dei lavoratori del settore pubblico, va dichiarata la conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato anche nel caso in cui sia violato il limite massimo di 36 mesi, previsto dall'art. 5 del D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

Trattasi, in tale caso, di fattispecie diversa da quella che qui si commenta (illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato perché al di fuori dei casi consentiti dalla legge), ma uguale dal punto di vista della sanzione: conversione del contratto per mancanza di adeguate misure idonee a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo al contratto a tempo determinato e ristabilire la parità di tutti i lavoratori (pubblici e privati).

Appare ragionevolmente auspicabile che la sentenza qui commentata, apra la

strada ad altre pronunce dello stesso tenore a garanzia del diritto di ogni lavoratore del settore pubblico di essere tutelato contro ogni forma di abuso dell'utilizzo di forme di lavoro flessibile.

Si tratterebbe, di certo, di pronunce conformi al dettato costituzionale e garantiste del diritto al lavoro.