www.adapt.it, 6 giugno 2011

Contratti a termine *sine die* nel settore pubblico

Un breve commento a Trib. Livorno 26 novembre 2010

di Giovanna Molè

La fattispecie contenziosa da cui trae origine la sentenza oggetto della presente analisi muove dalla verifica della congruità tecnico-giuridica della stipulazione di contratti a termine, più volte reiterati nel settore pubblico, a fronte dell'accertamento della insussistenza dei requisiti essenziali per l'instaurazione delle predette tipologie contrattuali. La controversia è stata adita presso il Tribunale di Livorno in un arco temporale (2000) connotato dalla fase di transizione, nel riparto di giurisdizione, dalla competenza del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario, a seguito dell'attuazione del cosiddetto processo di "privatizzazione del pubblico impiego" (cfr. art. 68, d.lgs. n. 29/1993, e successive modifiche e integrazioni). Si tralasciano, sul punto, le considerazioni inerenti agli aspetti squisitamente processuali che investono la decorrenza giuridica dei contratti a termine menzionati. I punti salienti, posti a fondamento delle argomentazioni giuridiche, della sentenza in commento riguardano, *in primis*, la sussistenza della "violazione di norme imperative" nella successione dei contratti a termine stipulati dalla PA; in secondo luogo, la "liceità" della sanzione da comminare per la predetta violazione, a seguito del comportamento illecito tenuto dall'amministrazione. Difatti, la sanzione applicabile alla violazione *de qua* sebbene risulti pacifica nel settore privato, sia facendo ricorso alla normativa di settore, sia facendo riferimento all'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi in materia (in tal senso anche la recente pronuncia di Trib. Pistoia 18 aprile 2011) altrettanto pacifico, non lo è nel settore pubblico dopo la produzione di alcuni arresti giurisprudenziali (*ex plurimis*, Trib. Siena 27 settembre 2010 e 13 dicembre 2010; in senso contrario, Trib. Vicenza 12 maggio 2010 e Trib. Terni 26 febbraio 2010) che hanno ritenuto ammissibili e lecite le domande di conversione dei rapporti a termine in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, in caso di verifica della sussistenza di violazione di norme imperative inerenti all'apposizione dei termini contrattuali.

In ordine al primo punto, il Tribunale di Livorno ha potuto riscontrare la violazione di alcune norme imperative, stante la verifica di numerosi contratti a termine, succedutisi nel tempo (nel caso di specie, contratti di docenza nel comparto scuola). Infatti, il contratto a tempo determinato non è la regola al pari del contratto a tempo indeterminato per la provvista del personale nel settore pubblico, bensì è uno strumento contrattuale "possibile" e "lecito" solo a determinate e precise condizioni. «Ciò era vero sotto la vigenza della L. 230/62, che prevedeva un sistema garantista che però non viene intaccato dalla riforma del 2001. Col D.lvo 368/2001 infatti, in attuazione della delega contenuta nella Legge Comunitaria n. 422 del 2000, che a sua volta attua la Direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, si sostituisce il sistema previsto dalla L. 230/62 che prevedeva la possibilità del contratto a termine solo in alcune ipotesi tassative con una previsione che richiama "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", sempre però da indicare chiaramente per scritto nel contratto a pena di nullità. Tale nuovo sistema non elide il principio garantista per cui la regola è il contratto a tempo indeterminato e il tempo determinato è la sua eccezione, pur presentando ora il sistema maggior flessibilità. Ciò è stato anche riaffermato dalla giurisprudenza successivamente alla modifica legislativa e lo si evince da norme quali la L. 247/2007, art. 39, ed è pacifico per la giurisprudenza europea, sia nell'Accordo quadro del 1999 sia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE che ha affermato che il

beneficio della stabilità dell'occupazione costituisce "un elemento portante della tutela dei lavoratori" (causa C-144/2004 sentenza 22.11.2005)» (cfr. la sentenza qui commentata, Trib. Livorno 26 novembre 2010, in *www.adapt.it*, Osservatorio *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*). Considerata l'eccezionalità dei predetti contratti, secondo una ricostruzione del quadro normativo di settore, si affronta, dunque, nella sentenza *de qua*, l'area delle criticità dell'"apposizione del termine" contrattuale, a fronte di reiterate condotte illegittime perpetrate dalla PA. Sul punto il giudicante ha messo in luce l'indirizzo consolidato nella giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui in caso di nullità della clausola oppositiva del termine inserita nel contratto di lavoro, per violazione dei requisiti formali e sostanziali, «pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di 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 1999/1970CE e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato tracciato dalla Corte Cost. n. 210/1992 e n. 283/2005, all'illegittimità del termine e 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». Tra l'altro, si consideri che la verifica delle citate condotte ci pone di fronte ad uno dei casi in cui la nullità del contratto riguarda il fatto stesso della costituzione e dell'esistenza del rapporto, non anche quello delle ipotesi di difformità tra la disciplina del rapporto pattuita dalle parti rispetto a quella imposta dalla legge. L'unico punto realmente controverso tra le parti, quindi, è la sanzione da comminare per detta violazione di norme imperative da parte della PA e il conseguente comportamento illecito dalla stessa tenuto.
Se ci trovassimo davanti ad un datore di lavoro privato non ci sarebbe dubbio alcuno sulla sanzione da applicare, che consisterebbe nella conversione del contratto in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e nella conseguente sanzione economica. Siamo, invece, davanti ad un datore di lavoro pubblico, e la pubblica amministrazione è sempre stata considerata immune dalla possibilità di subire la conversione del contratto, avendo l'onere di assumere per concorso *ex* art. 97 Cost.
Il giudicante, seguendo l'indirizzo espresso dal Tribunale di Siena, nella decisione del 15 ottobre 2010, ha ritenuto congrue e coerenti con l'assetto normativo vigente le motivazioni ivi contenute, volte a superare il limite dell'applicazione della "regola del pubblico concorso" di cui all'art. 97 Cost., ritenendo applicabile anche al settore pubblico la conversione legale dei rapporti di lavoro. Infatti, come si argomenta, le tesi poste a fondamento del rispetto del predetto limite costituzionale non possono rappresentare una valida motivazione, stante tra l'altro la possibilità per il legislatore ordinario di poter derogare al principio della concorsualità (nella specie le ipotesi da considerare sono quelle disciplinate dall'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, e dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001), anche perché il rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001, in osservanza dell'art. 97 Cost., possono realizzarsi anche in caso di assunzione a termine tramite mera selezione effettuata esclusivamente in base ad una valutazione del curriculum vitae e dei titoli prodotti (cfr. Cass., sez. un., n. 529/2010).
Una delle pronunce appellate del Tribunale di Siena (sentenza n. 215/2010) è stata sospesa dalla Corte d'Appello di Firenze con ordinanza dello scorso 8 febbraio, in considerazione del gravissimo danno che potrebbe scaturire dall'esecuzione della sentenza impugnata, riservandosi la Corte, nel merito, di verificare le argomentazioni sollevate dal Ministero appellante, come conformi alla giurisprudenza recentissima della Suprema Corte, nella quale la normativa nazionale è stata ritenuta in linea con i principi costituzionali e comunitari (Cass. n. 14350/2010). Le motivazioni addotte dalla Corte toscana, in ordine all'accoglimento della sospensione della citata sentenza n. 215/2010, da un lato si ricollegano alle gravi interferenze che la reintegra del ricorrente nel posto occupato da altro dipendente può determinare per quest'ultimo che non ha partecipato al giudizio davanti al tribunale, tale da determinare un contrasto con il principio del buon andamento degli uffici di cui all'art. 97 Cost., dall'altro si ricollegano all'erogazione di notevolissime somme, a carico dell'erario, che non trovano riscontro in una prestazione lavorativa effettivamente eseguita ed appaiono in contrasto con i criteri di liquidazione introdotti dall'art. 32, l. n. 183/2010. Tutto ciò

premesso, nella sentenza oggetto di commento, per poter verificare la "liceità" della sanzione da comminare per la riscontrata violazione di norme imperative da parte della PA, il giudice estensore ha proceduto ad un esame della normativa comunitaria, facendo, tra l'altro, riferimento al recente indirizzo espresso dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-555/07 del 19 gennaio 2010 (sentenza *Kücükdeveci*), in cui, rispondendo al giudice tedesco ad esplicita domanda sul dovere del giudice nazionale di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con la normativa europea, si sostiene che «è compito del giudice nazionale […] assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendo la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale […]». Ora nel diritto comunitario la normativa di riferimento è rappresentata dalla direttiva n. 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato applicabile al settore pubblico (sentenza *Adeneler*, 4 luglio 2006, C-212/04; sentenza *Angelidaki*, 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a 380/07) che sancisce due principi fondamentali: 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 e comunque riafferma chiaramente l'eccezionalità del contratto di lavoro a termine, mentre la regola è rappresentata dal lavoro a tempo indeterminato. Occorre, a questo punto, verificare se la normativa nazionale è conforme ai citati principi comunitari.
Nei procedimenti *Vassallo* (C-180/04) e *Marrosu* (C-53/04) sulla legislazione italiana la Corte di Giustizia, a proposito della legislazione nazionale, ha dichiarato che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, in allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, applicabile al settore pubblico, dev'essere interpretato nel senso che «nulla 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 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. sentenza *Vassallo*, cit.).
Nella più recente sentenza *Angelidaki*, la Corte di Giustizia nel ribadire i principi su esposti ha, tra l'altro, precisato che «spetta tuttavia al Giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni del 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».
Secondo l'avviso del Tribunale di Livorno, la summenzionata pronuncia verrebbe ad integrare la valutazione, da parte del giudice comune dell'Unione, della scelta della congruità della sanzione che tenda ad evitare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi. Partendo da questo assetto, il giudicante ha ritenuto non adeguata, nel senso espresso dall'indirizzo del giudice comunitario (cfr. sentenza *Adelener*, cit., sulla legislazione greca), che attribuisce al giudice dell'ordinamento interno la verifica del riscontro dei requisiti di "adeguatezza della sanzione", correlabili sia alla proporzionalità, sia all'effettività, nel senso precipuo dell'equivalenza ed effettività della stessa, la sanzione prevista dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001. Non può risultare congrua una sanzione monetaria nei termini di cui al Collegato lavoro, cioè un risarcimento che non ricostruisce la carriera in termini retributivi e previdenziali: «Di fronte a abusi di reiterazione di venti o più anni di contratti a termine, però, anni che sono la vita lavorativa di una persona e ne segnano la qualità della vita in termini negativi, impedendogli progettualità di vita, togliendogli retribuzione, pensione, stabilità, il semplice risarcimento di una somma di denaro non può essere considerato da questo Giudice congrua sanzione». Pertanto, alla luce delle argomentazioni addotte, il giudicante, nel disapplicare l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, e la normativa del Collegato lavoro, al fine di garantire ai lavoratori

un'effettiva tutela, previa applicazione della direttiva n. 1999/70/CE e della citata giurisprudenza della Corte, ha ritenuto di applicare, quale "sanzione adeguata", la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato oltre al risarcimento pecuniario, pari al trattamento economico differenziale tra quanto percepito e quanto spettante al lavoratore *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.
Il Tribunale di Livorno ha ravvisato la fondatezza del riconoscimento della ricostruzione della carriera dei contratti a termine nei termini sopra esposti, alla luce della decisione del 22 dicembre 2010 della Corte di Giustizia (sentenza *Gavieiro-Iglesias*, cause riunite C-444/09 e C-456/09) anche desunta dal riferimento operato dalla Corte di Cassazione (cfr. Relazione tematica della Corte suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 12 gennaio 2011, n. 2, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*) sul carattere non sostitutivo del risarcimento previsto dal disposto dell'art. 32, l. n. 183/2010, rispetto alla conversione dei rapporti a termine.
Non è certo questa la sede per affrontare il dibattito sull'adeguatezza della tutela risarcitoria nel settore pubblico e la congruità del carattere sostitutivo e/o aggiuntivo dell'indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 6, l. n. 183/2010, rispetto alla conversione dei precitati rapporti a termine, già ampiamente dibattuti nell'analisi giuridica emersa dalla sentenza in commento, che saranno, senza dubbio, oggetto di ulteriori analisi, da parte degli organi giurisdizionali deputati a decidere nel merito le sentenze appellate. Tuttavia si desidera comunque fare una riflessione conclusiva.
L'incremento del contenzioso nel settore pubblico ci consente di fare una riflessione sulla carenza di adeguate politiche giuridiche, nel nostro assetto ordinamentale, che investono in particolare l'inadeguatezza degli stessi strumenti di *recruiting* e l'uso disomogeneo e a volte distorsivo degli strumenti di lavoro flessibile, con particolare riferimento ai contratti a termine nel comparto scuola, atti a favorire un precariato *sine die* che svilisce le "professionalità", impedendo il pieno sviluppo della persona umana, che resta un diritto fondamentale, da promuovere e tutelare, insieme alla crescita del patrimonio professionale delle risorse umane nella PA.

Giovanna Molè
Avvocato del Foro di Roma