



TRIBUNALE DI NAPOLI

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

SENTENZA

nella causa civile n. 52274/10 R.G.A.C. avente ad oggetto conversione del rapporto di lavoro a termine, decisa all'udienza del 16.06.2011 e vertente

TRA

Serse Paola, nata a Nola (NA) il 26.8.81, rapp.ta e difesa dall'avv. Domenico Balbi ed elett.te dom.to presso lo studio di questi in Palma Campania (NA), via Querce n. 149 **RICORRENTE**

E

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro p.t., nonché Istituto Tecnico Statale per Attività Sociali Elena di Savoia, con sede in Napoli, in persona del l.r.p.t., rapp.ti e difesi dalla Avvocatura distrettuale dello Stato di Napoli **RESISTENTI**

CONCLUSIONI

All'udienza di discussione è comparso il costituito procuratore il quale conclude come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto depositato il 17.12.10 la ricorrente conveniva in giudizio dinanzi a questo giudice il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca

e l'Istituto Tecnico Statale per Attività Sociali Elena di Savoia, con sede in Napoli, esponendo:

- di essere stata assunta dal convenuto con plurimi contratti a tempo determinato, come assistente tecnico di laboratorio (personale A.T.A.);
- che in particolare era stata assunta dal 21.10.03 al 12.6.04, dal 24.11.04 al 31.8.05, dal 22.2.06 al 30.6.06, dal 19.10.06 al 30.6.07, dal 1.9.07 al 31.8.08, dal 1.9.08 al 31.8.09, dal 10.9.09 al 31.8.10, dal 1.9.10 a, presumibilmente, il 31.8.10;
- che si trattava di rapporti di lavoro successivi e, praticamente, ininterrotti, per cui si trattava, con palese evidenza, di esigenze stabili;
- che i contratti non recavano neppure la indicazione della esigenza o ragione che avrebbe giustificato la assunzione, ex DLgs 368/01;
- che il disposto di cui all'art 36 del DLgs 165/01 che vietava la trasformazione dei rapporti di lavoro, era in contrasto con il DLgs 368/01 e le esigenze di appartenenza dell'Italia alla UE;
- che le esigenze non erano transitorie, ma permanenti e durevoli, come provato dalla circostanza che solo il 39% del fabbisogno del personale nel settore scuola era soddisfatto con assunzioni a tempo indeterminato;
- che quindi doveva procedersi o a risarcimento del danno, per violazione dell'art 36 del DLgs 165/01, ovvero a conversione del rapporto di lavoro.

Tanto premesso chiedeva che il giudice volesse accertare la illegittimità della reiterazione dei contratti e dichiarare e il suo diritto alla conversione dei contratti di lavoro in un contratto a tempo indeterminato in un contratto a tempo indeterminato, ed al risarcimento del danno, in via subordinata o aggiuntiva, in misura quantificabile in 20 mensilità di retribuzione, con condanna del convenuto alla conversione stessa ed al pagamento delle conseguenti differenze retributive, ovvero a risarcirgli i

danni cagionati, con rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla domanda al soddisfo.

Il Ministero convenuto si costituiva in giudizio tardivamente, unitamente all'interventore Istituto Tecnico Statale per Attività Sociali Elena di Savoia, con sede in Napoli deducendo:

- che il D.Lgs. n. 368/01 non disciplina la materia di cui è causa;
- che era applicabile solo la normativa di settore, integralmente rispettata;
- che il divieto di conversione discendeva direttamente dall'art 97 della Costituzione;
- che vi era tipizzazione legislativa delle ipotesi di legittima apposizione del termine;
- che mancava qualsivoglia illiceità nella condotta del Ministero convenuto ed in ogni caso il anno era prescritto.

Tanto premesso instava per la declatoria di inammissibilità e comunque per il rigetto del ricorso, con vittoria spese.

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

L'istante si duole della illegittima reiterazione di contratti con la P.A. convenuta.

Ritiene questo giudice che la domanda sia fondata e debba essere accolta, in forza della applicazione dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. n. 368/01, considerato che l'istante tra il 24.12.07 ed il 25.11.09 ha stipulato un contratto a termine, ancora in corso all'1.4.09, che, con gli altri contratti a termine antecedenti, supera la durata massima di 36 mesi di cui alla predetta disposizione.

L'art.70, comma 8, D.Lgs. n.165/2001 statuisce: **Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola.** Restano ferme le disposizioni di cui all' articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59 e del decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 35. **Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola** di cui al decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e successive modificazioni ed integrazioni. La disposizione conferma testualmente l'applicazione del D.Lgs. n.368/2001, come richiamato dall'art.36, comma 1, D.Lgs. n.165/2001.

Deve solo incidentalmente rilevarsi che la salvezza delle procedure di reclutamento non è incompatibile con la applicazione dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 165/01, non essendo necessario effetto automatico della applicazione delle procedure di reclutamento il superamento dei 36 mesi (diversamente è conseguenza necessaria la a-causalità dei contratti e delle proroghe ovvero la distanza ravvicinata tra i contratti).

Ne deriva che i contratti di cui è causa trovano la loro regolamentazione anche nel DLgs n. 368/01 e non potrebbe essere diversamente. Infatti, se si accedesse alla opposta tesi, si dovrebbe concludere che, nello specifico ambito della Scuola, la Direttiva 1999/70/CE non trova inammissibilmente applicazione: in particolare non sarebbe prevista alcuna misura ostativa alla libera, pertanto vietata, reiterazione dei contratti di lavoro (cfr Clausola 5 della Direttiva indicata). Infatti ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n. 124/99 (commi 11 e 1) è possibile la assunzione a termine (incarichi) anche su posti vacanti e detta disciplina è confermata anche dal Decreto (Inter)Ministeriale 13 dicembre 2000, n. 430, che prevede (art 1): «nei casi in cui non sia stato possibile assegnare sulle disponibilità di posti di personale amministrativo, tecnico e ausiliario,

personale soprannumerario in utilizzazione o, a qualsiasi titolo, personale con contratto a tempo indeterminato, si dispone con:

a) supplenze annuali, per la copertura dei posti vacanti, disponibili entro la data del 31 dicembre, e che rimangano presumibilmente tali per tutto l'anno scolastico;

b) supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche, per la copertura di posti non vacanti, di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico;

c) supplenze temporanee, per ogni altra necessità di supplenza diversa dai casi precedenti secondo quanto specificato all'articolo 6.».

Appare evidente che per in contratti a termine in forza della disciplina specifica **non è statuito l'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive** di cui all'art.1 D.Lgs. 368/01, non è prevista la disciplina della proroga di cui all'art. 4 dello stesso D.Lgs. e delle riassunzioni (art. 5). Appare quindi evidente che la compatibilità tra disciplina del precariato della Scuola e l'Ordinamento europeo è data solo dalla applicazione della disciplina generale di cui al D.Lgs. n. 368/01.

Si deve rilevare, *ad abundantiam*, che detta interpretazione trova espressa conferma nella sentenza del 23 aprile 2009, resa nella causa Angelidaki, procedimento da C-378/07 a C-380/07, della Corte di giustizia dell'Unione Europea (*La clausola 5, n. 1, lett. a*), *dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa si oppone a che una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale venga applicata dalle autorità dello Stato membro interessato in un modo tale che il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi nel settore pubblico sia considerato giustificato da «ragioni obiettive» ai sensi di tale clausola per la sola*

ragione che detti contratti sono fondati su disposizioni di legge che ne consentono il rinnovo per soddisfare talune esigenze provvisorie, mentre, in realtà, tali esigenze sono permanenti e durevoli. Per contro, la medesima clausola non si applica nel caso di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato). Detto principio era peraltro già stato affermato nella Sentenza Adeneler (Sentenza della GGUE, Grande Sezione, del 4.7.06, procedimento C-212/04). Se non fosse applicabile la normativa generale (salvo espresse e specifiche deroghe) l'ordinamento interno del settore consentirebbe la diuturna ripetizione di contratti a termine senza la previsione della benché minima misura ostativa: ovviamente, stanti gli obblighi di interpretazione conforme, questo giudice non può addivenire ad una interpretazione in palese contrasto con gli obblighi di appartenenza dell'Italia alla Unione europea.

IL QUADRO NORMATIVO FINO AL 24.12.07

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

Il sistema pubblico in realtà è stato caratterizzato, come sarà dato vedersi fino a 2007 (*rectius* fino all'1.4.09), dalla sola sanzione risarcitoria di cui all'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 (cfr, nella attuale numerazione, il comma 5): *in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.*

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

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

Deve esaminarsi la portata del principio statuito dall'art. 36 in esame.

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

Da ciò ne deriva che il termine apposto al contratto è nullo, il contratto deve ritenersi ab origine a tempo indeterminato, ma l'art. 36 determina un effetto risolutivo dello stesso, impedendone gli effetti.

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

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

Non giova nella presente sede una compiuta disamina delle diverse argomentazioni giuridiche: ciò che è necessario avere presente è la assoluta incertezza del piano delle conseguenze della violazione del disposto di cui alla direttiva 1999/70/CE, che rende, a distanza di 10 anni dalla scadenza dei termini di trasposizione della stessa, estremamente indeterminato e confuso il piano della effettività delle conseguenze sanzionatorie e la consequenziale efficacia dissuasiva della sanzione prevista dall'art. 36 verso la P.A.. Non risulta ad oggi alcuna pronuncia della Corte di Cassazione sul punto.

La compatibilità della normativa interna, ed in particolare dell'art. 36 in parola, con la Direttiva 1999/70/CE non costituisce un dato certo (*spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato*- Sentenza Marrosu Sardino, causa C-53/04, CGUE Sezione II, sentenza 7 settembre 2006).

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

L'EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO DAL 24.12.07

Ai sensi della Clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE *per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

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

L'ordinamento italiano non prevedeva, fino al 24.12.07, la misura ostantiva sub b).

Il legislatore interno è intervenuto, introducendo specificamente detta misura, con la legge 24 dicembre 2007, n. 247, che ha modificato l'art. 5 del DLgs 368/01, introducendo il comma 4-bis (cfr art 1, comma 40, L. n. 247/07). Esso dispone:

*4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia **complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2.** In deroga a quanto disposto dal*

*primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato (il comma è stato poi così modificato dal Decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito: *Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente piu' rappresentative sul piano nazionale, **qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2.** In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più**

rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato).

Il comma 4-ter prevede espressamente una ipotesi di esenzione nella applicazione del comma 4 bis che non riguarda però la P.A.: il legislatore, quindi quando ha ritenuto di escluderne la applicazione, lo ha fatto esplicitamente (attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525...., nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative).

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

a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo;

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

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

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

Preliminarmente deve rilevarsi che l'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01 sanziona solo la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori: il superamento della durata complessiva dei contratti non riguarda l'assunzione, ovvero vizi propri del contratto. L'art. 36 trova la sua origine nel DLgs n. 29/93 ed all'epoca la direttiva 1999/70/CE non era stata adottata: il legislatore aveva previsto una sanzione risarcitoria per vizi del contratto di assunzione, ovvero riguardanti le modalità di svolgimento del rapporto, in via assolutamente generale.

D'altro canto deve prendersi atto di come la violazione del limite massimo di 36 mesi non riguarda l'impiego di lavoratori, ovvero le modalità di svolgimento della prestazione: si tratta piuttosto di una ipotesi di costituzione automatica del contratto di lavoro, sanzione esterna al contratto di assunzione (che considerato di per sé è assolutamente conforme a norma), avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di contratti a termine.

Seguono ulteriori argomenti sistematici che depongono nel senso indicato.

Il primo argomento sistematico è contestuale alla modifica del predetto art. 5. Contemporaneamente il legislatore ha modificato il D.Lgs 368/01, con la coeva legge n. 244, sempre del 24 dicembre 2007, vietando alla

PA di procedere alla stipula di contratti a termine (cfr il testo allora vigente a seguito della sostituzione operata dall'articolo 3, comma 78, legge n. 24 dicembre 2007, n.244). Il legislatore in particolare ha previsto:

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

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

3. Le amministrazioni fanno fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali attraverso l'assegnazione temporanea di personale di altre amministrazioni per un periodo non superiore a sei mesi, non rinnovabile.

*4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 **non possono essere derogate** dalla contrattazione collettiva.....*

6. 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. Le amministrazioni pubbliche che operano

in violazione delle disposizioni di cui al presente articolo non possono effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo alla suddetta violazione.

7. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano agli uffici di cui all'articolo 14, comma 2, del presente decreto, nonché agli uffici di cui all'articolo 90 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. Sono altresì esclusi i contratti relativi agli incarichi dirigenziali ed alla preposizione ad organi di direzione, consultivi e di controllo delle amministrazioni pubbliche, ivi inclusi gli organismi operanti per le finalità di cui all'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144.

8. Gli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno e che comunque abbiano una dotazione organica non superiore alle quindici unità possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.

9. Gli enti del Servizio sanitario nazionale, in relazione al personale medico, con esclusivo riferimento alle figure infungibili, al personale infermieristico ed al personale di porto alle attività infermieristiche, possono avvalersi di forme contrattuali di lavoro flessibile, oltre che per le finalità di cui al comma 1, per la sostituzione di lavoratori assenti o cessati dal servizio limitatamente ai casi in cui ricorrano urgenti e indifferibili esigenze correlate alla erogazione dei livelli essenziali di assistenza, compatibilmente con i vincoli previsti in materia di contenimento della spesa di personale dall'articolo 1, comma 565, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

10. Le pubbliche amministrazioni possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di programmi o attività i cui oneri sono finanziati con fondi dell'Unione europea e del Fondo per le aree sottoutilizzate. Le università e gli enti di ricerca possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca e di innovazione tecnologica i cui oneri non risultino a carico dei bilanci di funzionamento degli enti o del Fondo di finanziamento degli enti o del Fondo di finanziamento ordinario delle università. Gli enti del Servizio sanitario nazionale possono avvalersi di contratti di lavoro flessibile per lo svolgimento di progetti di ricerca finanziati con le modalità indicate nell'articolo 1, comma 565, lettera b), secondo periodo, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'utilizzazione dei lavoratori,

con i quali si sono stipulati i contratti di cui al presente comma, per fini diversi determina responsabilità amministrativa del dirigente e del responsabile del progetto. La violazione delle presenti disposizioni è causa di nullità del provvedimento.

È stato quindi previsto un divieto generalizzato di assunzioni a termine ed un divieto categorico di procedere a rinnovo del contratto con il medesimo lavoratore.

In pratica la sanzione di cui all'art 5, comma 4 bis, del DLgs 368/01, come contestualmente introdotta, non veniva ad operare nei confronti della P.A., non in forza di una previsione normativa interna all'art. 5, ma *ab externo*, in forza dello specifico divieto di reiterazione nelle assunzioni di cui al D.Lgs. n. 165/01.

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

L'art. 36, di applicabilità generale, è stato poi sostituito, dall'art. 49 del decreto-legge n. 112 del 2008 (sul punto non modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008), con la seguente disposizione:

Art. 36 (Utilizzo di contratti di lavoro flessibile). - 1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità

organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, 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, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

3. Al fine di evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, le amministrazioni, nell'ambito delle rispettive procedure, rispettano principi di imparzialità e trasparenza e non possono ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

4. Le amministrazioni pubbliche trasmettono alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato le convenzioni concernenti l'utilizzo dei lavoratori socialmente utili.

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

Con il D.L. n. 112/08 è stato quindi rimosso il già previsto divieto di reiterazione dei contratti di lavoro a termine, con ciò rimuovendo, in fatto, l'ostacolo alla verifica dell'evento sanzionato dall'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 (il superamento dei 36 mesi). Lo stesso legislatore (con il medesimo D.L. 112/08) è altresì intervenuto sulla specifica disciplina del contratto a termine (DLgs 368/01) con l'art. 21, inserendo da un lato l'art 4-bis (poi dichiarato incostituzionale) e dall'altro **operando proprio sull'art 5, comma 4 bis**, nonché sul comma 4-quarter.

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

Ma non basta.

La legge n. 102/09 (art 17) ha modificato l'art 36 del DLgs 165/01 ed ha **espressamente previsto:**

2. Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti. Ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla individuazione delle necessità organizzative in coerenza con quanto stabilito dalle vigenti disposizioni di legge, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio di cui alla lettera d), del comma 1, dell'articolo 70 del decreto legislativo n. 276 del 2003, e successive

modificazioni ed integrazioni, in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, 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, dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 per quanto riguarda la somministrazione di lavoro, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina con riferimento alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile. Non è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

3. Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.

.....

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

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

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

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

Ma non basta.

Per lo specifico settore della Scuola il legislatore del 2009 ha dettato una disposizione ostativa alla conversione, che sarebbe priva di significato, ovviamente, se l'ostacolo fosse già contenuto nel DLgs n. 165/01: l'art 1, comma 14 bis, del DLgs 124/1999. La disposizione nella sua originaria formulazione (cfr D.L. n. 134/09, in vigore dal 25.9.09) prevedeva: *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.

La disposizione come convertita (legge di conversione 24 novembre 2009, n. 167) dispone: **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, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni.**

L'art.1, comma 1, D.L. 25.09.2009, n. 134, è stato introdotto proprio al fine di impedire la riqualificazione automatica ex lege dei rapporti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego del Comparto Scuola: detta disposizione non sarebbe stata necessaria (e sarebbe priva di alcuna efficacia) se la conversione fosse già esclusa sulla scorta dell'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01: una interpretazione diversa dell'art. 36, con riferimento ai rapporti di durata superiore ai 36 mesi, condurrebbe ad una interpretazione che priverebbe di significato il predetto comma 14-bis [in relazione a detta disposizione deve darsi, pur incidentalmente, atto di come resti aperto il problema, che esula dal presente giudizio, se essa possa costituire effettivo ostacolo alla costituzione di un rapporto di lavoro in un settore che rimane privo di alcuna misura ostativa, pur imperativamente necessaria ai sensi della Direttiva 1999/70/CE, quindi sia possibile una condanna giudiziale alla immissione in ruolo, in specie in ipotesi di superamento del periodo limite di 36 mesi, potendosi

argomentare che si tratta pur sempre di ipotesi di costituzione di rapporto di lavoro *ai sensi delle disposizioni vigenti* (l'inciso *e sulla base delle graduatorie previste* potrebbe essere interpretata anche come "sia" sulla base delle graduatorie previste, quindi la "e" come disgiuntivo-cumulativa); si noti altresì il diverso tenore della disposizione come convertita rispetto alla omologa, ben più categorica, come introdotta dal D.L. 134/09 e non convertita, nonché la successiva adozione di specifica misura ostativa alla conversione, introdotta con l'art. 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, in vigore da tale data, di cui si tiene conto nel prosieguo].

Ma non basta.

Il D.L. n. 225/10 (convertito, senza modifiche sul punto, con Legge 26 febbraio 2011, n. 10) all'art 2, comma 6, prevede: *Per garantire l'operatività degli sportelli unici per l'immigrazione nei compiti di accoglienza e integrazione e degli uffici immigrazione delle Questure nel completamento delle procedure di emersione del lavoro irregolare, il Ministero dell'interno, in deroga alla normativa vigente, è autorizzato a rinnovare per un anno i contratti di lavoro di cui all'articolo 1, comma 1, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio 29 marzo 2007, n. 3576. **Ai fini di cui al presente comma non si applica quanto stabilito dall'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dall'articolo 1, comma 519, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e dall'articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.** Agli oneri derivanti dal presente comma, pari a 19,1 milioni di euro per l'anno 2011, si provvede ai sensi dell'articolo 3.*

Il legislatore ha espressamente previsto, nello specifico caso, *expressis verbis*, la eccezione alla applicabilità dell'art. 5 del D.Lgs. n. 368/01, così confermando che la disposizione si applica integralmente in via generale (altrimenti la necessità di espressa deroga non avrebbe senso).

Ma vi è di più.

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

Il legislatore ha esplicitamente previsto che il D.Lgs. n. 368/01 non si applica ai *contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA*: appare evidente quindi che **proprio detta disposizione dimostra inequivocabilmente che prima il D.Lgs. n. 368/01, e segnatamente l’art 5, comma 4-bis, si applicava al contratto di cui è causa.**

Non è rilevante nella presente sede verificare se l’art. 5, comma 4-bis, trovi applicazione fino al 25.9.09 (data di entrata in vigore del D.L. n. 134/09) ovvero fino al 13.5.11 (data di entrata in vigore del D.L. n. 70/11) e le conseguenze, per il periodo successivo, della possibile assenza nella materia de qua di alcuna misura ostativa (ipotizzabile forse

la violazione della Direttiva 1999/70/CE), vista l'epoca dei rapporti di lavoro a termine di cui è causa.

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

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

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

La interpretazione fatta propria dal giudicante, circa la integrale applicabilità alla P.A. dell'art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 (comprensiva della conversione del contratto a termine), dopo le leggi

nn. 244/07 e 247/07 è stata confermata da ben otto disposizioni successive (D.L. n. 112 del 2008, Legge n. 102/09, D.L. n. 134/09, Legge n. 167/09, D.L. 25.09.2009, n. 134, D.L. n. 225/10, Legge n. 10/11 e D.L. 70/11), per cui ogni diversa interpretazione appare, sulla scorta del dato normativo interno, insostenibile, perché le predette otto disposizioni normative sarebbero prive di alcun effetto e significato (inammissibile *interpretatio abrogans*).

L'istante ha siglato un nuovo contratto di lavoro dopo l'entrata in vigore dell'art. 5, comma 4-bis, in esame (il contratto valevole per il periodo dall'1.9.08 al 31.8.09), per cui esso beneficia della *deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368* (cfr art. 1, comma 43, lett. a, della legge n. 247/09), ma dall'1.4.09, ex art. 1, comma 43, lett. b, della legge n. 247/09, ***il periodo di lavoro già effettuato si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis.*** A tale data l'istante, in servizio con contratto a termine, ha superato il termine massimo di 36 mesi e non operava ancora la preclusione di cui all'art 1, comma 12-bis, della legge 124/99, come già introdotta dal D.L. 134/09. La norma ostacolo (sempre che debba ritenersi tale) infatti è in vigore solo dal 25 settembre 2009 (data di entrata in vigore del D.L. 134/09, poi convertito con modificazioni con legge 167/09).

Deve conclusivamente darsi atto come non si possa trarre contrario principio giurisprudenziale dalla Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, n. 14350/10. Infatti la stessa riguarda fattispecie normativa diversa ed in particolare non la misura sanzionatoria conseguente al superamento del tempo limite di 36 mesi (art. 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 165/01), bensì altre misure previste dal D.Lgs. n.

165/01 (sul punto basti constatare che la controversia riguardava contratti a termine fino al 2002 ed il predetto comma 4-bis è stato introdotto il 24.12.07).

**INTERPRETAZIONE COMUNITARIAMENTE ORIENTATA,
ORDINANZA AFFATATO ED ART. 4 DEL TRATTATO
ISTITUTIVO DELL'UNIONE EUROPEA.**

Detta conclusione è rafforzata (rectius imposta) da una interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 5, comma 4 bis, in esame.

Nella Causa C-3/10 lo Stato italiano, innanzi la Corte di Giustizia dell'Unione europea, ha affermato (a margine i punti della Ordinanza della Corte, Sesta Sezione, 1° ottobre 2010, Affatato):

(punto 48) *A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il **governo italiano** ha sottolineato, in particolare, che **l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007**, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel **settore pubblico**, **ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato** e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato. Inoltre, l'art. 36, quinto comma, del d. lgs. n. 165/2001, come modificato nel 2008, prevedrebbe, oltre al diritto del lavoratore interessato al risarcimento del danno subito a causa della violazione di norme imperative e all'obbligo del datore di lavoro responsabile di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo*

dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato.

*(punto 49) Analogamente a quanto già dichiarato dalla Corte nelle citate sentenze Marrosu e Sardino (punti 55 e 56), nonché Vassallo (punti 40 e 41), nei confronti dei provvedimenti previsti dal decreto n. 368/2001 nella sua versione originaria (v., altresì, ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 128), così come in quelle riguardanti altre disposizioni nazionali paragonabili (v. sentenza Angelidaki e a., cit., punto 188, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 90), **una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.***

(punto 50) 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 di diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze Marrosu e Sardino, punto 56; Vassallo, punto 41, e Angelidaki e a., punti 164 e 188, nonché citate ordinanze Vassilakis e a., punto 135; Koukou, punti 69, 77 e 90, e Lagoudakis e a., punto 11).

Le affermazioni dello Stato italiano sono state ritenute da alcuni commentatori quali mere difese, non rappresentazione di una realtà fattuale, prive di valore giuridico.

Ritiene questo giudice che detta interpretazione sia in contrasto con l'art. 4 del Trattato istitutivo della Unione europea.

L'Unione europea si fonda sulla leale cooperazione (art. 4 del Trattato istitutivo, ma anche 119 del Trattato sul funzionamento) tra gli Stati, tra le Istituzioni della U.E. tra loro ma, soprattutto, tra gli Stati e le Istituzioni della U.E.. Tale principio non è solo il cardine dell'affermazione del primato della Unione, ma anche lo strumento primario della politica di coesione ed integrazione degli Stati, ovvero esso è **il principio fondante** l'Unione europea.

Lo stesso è alla base degli obblighi di risultato di cui alle direttive.

Esso vincola anche il giudice interno ed è posto alla base dell'obbligo di interpretazione conforme (cfr, tra le tantissime, Sentenza 13 novembre 1999, causa C-106/89, *Marleasing*, punti 8-9; Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, punti 43-47).

È stato affermato che si tratta di *un principio di solidarietà che trova più agevole accoglimento in un contesto di fiducia reciproca fra ordinamenti*. Da tale principio deriva che “gli stati membri hanno l'obbligo di facilitare alla comunità l'assolvimento dei suoi compiti” nonché *“doveri particolari di azione e di astensione”* dei Paesi membri nei confronti delle istituzioni (Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione c. Regno Unito*).

Sono istituzioni (art. 13 del Trattato) il Parlamento europeo, il Consiglio europeo, il Consiglio, la Commissione europea, la **Corte di giustizia dell'Unione europea**, la Banca centrale europea, la Corte dei conti.

Ne deriva che lo Stato deve lealmente cooperare anche nei confronti della Corte di Giustizia.

Una espressione di tale obbligo è contenuta nell'art. 4, comma 3, del Trattato: *In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati*. *Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli*

*obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli **Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti** e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.*

È compito della Corte di Giustizia, tra l'altro, assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati (art. 19) ed al fine si pronuncia *in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione* (cfr altresì l'art 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea: *La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale sul l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni*). *Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte* (art 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento). È quindi prevista una riserva interpretativa che pone al Corte in posizione nevralgica dell'Ordinamento europeo, dovendo garantire una applicazione uguale e conforme del diritto della UE sull'intero territorio dell'Unione, nonché ausiliare i giudici interni in una interpretazione conforme delle norme interne.

Neppure appare da ritenersi possibile che lo Stato possa affermare scientemente circostanze non corrispondenti al vero, perché parte, ovvero per un non meglio precisato esercizio di un diritto di difesa.

Infatti da un esame dello Statuto della Corte di Giustizia emerge che innanzi la Corte non si discute della norma interna, ma della interpretazione della normativa europea (anche se spesso la CGUE conclude con un osta o non osta), per cui la partecipazione dello Stato non riguarda l'esercizio di un diritto di difesa in senso tecnico, quanto

piuttosto gli obblighi di leale cooperazione nell'ausiliare la CGUE nel suo compito interpretativo.

Detta conclusione è rafforzata dalla circostanza che le sentenze interpretative della CGUE, non vincolano lo Stato di appartenenza del giudice remittente, ma tutti gli Stati membri, trattandosi sostanzialmente di *jus superveniens* (nel medesimo senso, costantemente, anche la Corte Costituzionale; cfr, *ex plurimis*, Ordinanza n. 252/06).

La procedura innanzi la CGUE non è contenziosa e non si conclude con una condanna, ma con una interpretazione di norma dell'Unione.

Gli artt. 22, 23, 24, 32 e 40 dello **Statuto della C.G.U.E.** dimostrano dette conclusioni.

In particolare dal raffronto tra gli artt. 22 (procedimento contenzioso che si conclude con condanna) e 23 si evince che i procedimenti sono nettamente diversi (il primo contenzioso ed il secondo non contenzioso).

L'art. 23 distingue:

1. le parti in causa (nella Affatato non lo Stato, ma una ASL che aveva diritto ad essere in giudizio autonomamente);
2. gli Stati membri;
3. la Commissione;
4. l'istituzione, l'organo o l'organismo dell'Unione che ha adottato l'atto di cui si contesta la validità o l'interpretazione.

L'art. 24 distingue le parti, che possono rifiutare di rispondere, dagli gli Stati che non siano parti in causa (e l'Italia non era tale) che devono rendere le informazioni richieste.

L'art. 32 prevede la possibilità di interrogare le parti stesse. Tuttavia queste ultime possono provvedere alla propria difesa orale soltanto tramite il proprio rappresentante (circostanza che aiuta a comprendere la radicale diversità tra parte, cui si applica l'art 32 e che può essere interrogata, e Stato nella procedura *de qua*).

L'art. 40 prevede l'intervento degli Stati membri e delle Istituzioni dell'Unione, nonché di ogni altra persona se possono dimostrare di avere un interesse alla soluzione della controversia sottoposta alla Corte (la parte è già in giudizio).

Ne deriva che gli artt. 32 e 40 distinguono chiaramente le parti dagli Stati.

Lo Stato quindi non può ritenersi parte nel procedimento di cui alla causa Affatato ed era pertanto obbligato a rispettare il principio di leale cooperazione, non potendosi evincere deroghe in tal senso dal diritto dei Trattati.

Ne deriva che lo Stato, quindi l'Italia, doveva e deve rispettare l'obbligo di leale cooperazione anche nei confronti della CGUE: ne consegue che le è vietato rappresentare scientemente fatti e circostanze non veritieri nella causa Affatato.

Ovviamente il giudice interno non è vincolato in maniera assoluta dalla interpretazione offerta dallo Stato, ma, ove quella offerta dallo stesso sia ritenuta conforme dalla CGUE (e nel caso di specie tale è stata ritenuta), ove non esista altra interpretazione delle disposizioni interne ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivati dalla appartenenza dell'Italia alla UE deve:

- 1) o ritenere la interpretazione offerta dallo Stato al di fuori degli strumenti interpretativi a sua disposizione sulla scorta del diritto interno (e così ritenere implicitamente, ma chiaramente, la violazione da parte dello Stato agli obblighi di leale cooperazione);
- 2) ovvero, interpretare nel senso indicato dallo Stato: nel caso che occupa l'interpretazione dello Stato italiano è fatta propria da questo giudice.

Deve rilevarsi come *nell'applicare il diritto interno i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva 1999/70/CE, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE. Siffatto obbligo d'interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori che posteriori alla direttiva di cui trattasi (v., in particolare, sentenza Adeneler e a., cit., punto 108, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 56). Trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli della certezza del diritto e dell'irretroattività, e non può servire a fondare un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (v. le precitate sentenze Adeneler e a., punto 110, e Impact, punto 100, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit. punto 58). Tuttavia, il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima (punti da 197 a 200 e v. citate sentenze Adeneler e a., punto 111, e Impact, punto 101, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 59). Detto obbligo esiste solamente a partire dalla scadenza del termine di attuazione di quest'ultima (Corte di Giustizia dell'Unione europea, terza sezione, sentenza 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki, C-378/07, punto 201).*

Attenendosi ai principi testè enunciati, deve rilevarsi come la misura ripristinatoria del rapporto di lavoro sia certamente soddisfattiva degli obblighi derivati dal diritto dell'Unione, determinando la definitiva eliminazione delle conseguenze dell'abuso: a fronte di una esigenza

stabile (e tale è normativamente da ritenersi una esigenza lavorativa estrinsecatasi in violazione di norma di legge, con superamento del limite legale dei 36 mesi) vi è la costituzione di un rapporto di lavoro stabile, quindi elisione dell'abuso. Di contro la misura risarcitoria, come detto difficilmente applicabile peraltro al caso di specie (non si tratterebbe, come già affermato, di nullità del contratto o di svolgimento del rapporto al di fuori delle previsioni contrattuali, bensì di ipotesi non contemplata dall'art. 36 del D.Lgs. n. 165/01), non assicura la eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (specifico obbligo; c.f.r. sentenze della Corte di Giustizia Adeneler e a., punto 94; Marrosu e Sardino, punto 51; Vassallo, punto 36, e Angelidaki e a., punto 158, nonché ordinanze Vassilakis e a., punto 125, e Koukou, punto 64), quanto piuttosto una sua compensazione economica, peraltro di non agevole applicabilità, viste le già indicate difficoltà applicative nelle quali si dibatte la giurisprudenza.

La interpretazione indicata è quindi rafforzata non solo sulla scorta degli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/CE, ma necessaria al fine di ritenere che lo Stato italiano abbia adempiuto gli obblighi di cui all'art 4 del Trattato, ovvero per adempiere, da parte di questo giudice, agli obblighi suddetti, facendo propria la interpretazione esplicitamente, seppur molto sinteticamente, offerta dall'Italia.

LA CONFORMITÀ DELLA INTERPRETAZIONE OFFERTA ALLA CARTA COSTITUZIONALE

La interpretazione offerta non contrasta con la Carta costituzionale.

Le norme che vengono specificamente il rilievo sono: gli artt. 97, commi 1 e 3, della Costituzione da un lato e gli artt. 11 e 117 dall'altro.

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

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

Quest'ultima, nella causa *Cordero Alonso* (Cgue 27.4.2006, *Cordero Alonso .c. Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)*, causa C-81/05), rispondendo al quesito se *“il principio di supremazia del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale comporta, di per sé e senza necessità di disposizioni esplicite di diritto interno, l'attribuzione agli organi giurisdizionali nazionali del potere di disapplicare qualsiasi tipo di norma di diritto interno che sia contraria al diritto comunitario, indipendentemente dal rango di tale norma nella gerarchia delle fonti”*, vale a dire anche una norma di rango costituzionale (v. punto 25 a) ha risposto in senso affermativo (la disapplicazione doveva comunque farsi valere nel caso di specie contro lo Stato). Ha risposto in analogo modo anche al quesito *“se nell'applicare le norme di diritto interno di attuazione delle disposizioni comunitarie, essi siano vincolate dal*

principio dell'uguaglianza dinanzi alla legge e dal divieto di discriminazione risultante dal diritto comunitario, con la portata precisata dall'interpretazione fornita dalla Corte, benché essa possa non coincidere con l'interpretazione dell'analogo diritto fondamentale riconosciuto dalla Costituzione spagnola quale interpretato dalla giurisprudenza del Tribunal Constitucional español (punto 25b)".

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

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

L'art 4 del D.Lgs. 297/94 prevedeva (e la *Legge 3 maggio 1999, n.124* prevede):

1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e sempreché ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. *Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.*
3. *Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee.*
4. *I posti delle dotazioni organiche provinciali non possono essere coperti in nessun caso mediante assunzione di personale docente non di ruolo.*
5. *Con proprio decreto da adottare secondo la procedura prevista dall'articolo 17, commi 3 e 4, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro della pubblica istruzione emana un regolamento per la disciplina del conferimento delle supplenze annuali e temporanee nel rispetto dei criteri di cui ai commi seguenti.*
6. *Per il conferimento delle supplenze annuali e delle supplenze temporanee sino al termine delle attività didattiche si utilizzano le graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge.*
7. *Per il conferimento delle supplenze temporanee di cui al comma 3 si utilizzano le graduatorie di circolo o di istituto. I criteri, le modalità e i termini per la formazione di tali graduatorie sono improntati a principi di semplificazione e snellimento delle procedure con riguardo anche all'onere di documentazione a carico degli aspiranti.*
8. *Coloro i quali sono inseriti nelle graduatorie permanenti di cui all'articolo 401 del testo unico, come sostituito dal comma 6 dell'articolo 1 della presente legge, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 40, comma 2, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, hanno diritto, nell'ordine, alla precedenza assoluta nel conferimento delle supplenze temporanee nelle istituzioni scolastiche in cui hanno presentato le relative domande. Per gli istituti di istruzione secondaria e artistica la precedenza assoluta è attribuita limitatamente alle classi di concorso nella cui graduatoria permanente si è inseriti.*
9. *I candidati che nei concorsi per esami e titoli per l'accesso all'insegnamento nella scuola elementare siano stati inclusi nella graduatoria di merito ed abbiano superato la prova facoltativa di accertamento della conoscenza di una o più lingue straniere hanno titolo alla precedenza nel conferimento delle supplenze sui posti i cui titolari provvedono all'insegnamento di una corrispondente lingua straniera.*

10. Il conferimento delle supplenze temporanee è consentito esclusivamente per il periodo di effettiva permanenza delle esigenze di servizio. La relativa retribuzione spetta limitatamente alla durata effettiva delle supplenze medesime.

11. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano anche al personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA). Per il conferimento delle supplenze al personale della terza qualifica di cui all'articolo 51 del contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto «Scuola», pubblicato nel supplemento ordinario n. 109 alla Gazzetta Ufficiale n. 207 del 5 settembre 1995, si utilizzano le graduatorie dei concorsi provinciali per titoli di cui all'articolo 554 del testo unico...

Le tipologie di reclutamento normativamente previste sono quindi due (art.554 DLGS 297/94, art 4 L. 124/99):

- a) l'assunzione con contratto a tempo indeterminato, con la formazione di graduatorie permanenti provinciali c.d. di 1^ fascia;
- b) la nomina con contratto a tempo determinato con supplenza annuale per la copertura di posti effettivamente vacanti e disponibili (e in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione a tempo indeterminato) o temporanea, con la formazione di graduatorie permanenti provinciali ad esaurimento (c.d. 2^ fascia). Le supplenze temporanee sono conferite fino al termine dell'attività didattica.

La normativa speciale per il reclutamento dei collaboratori scolastici non prevede quindi alcuna procedura concorsuale. Quando l'accesso all'impiego non avviene tramite concorso, ma mediante procedure selettive e regimi di reclutamento diversi, conformemente all'art.97, comma 3, della Costituzione, il richiamo all'art. 97 della Costituzione, quale norma ostativa alla conversone, pare inconferente.

Dette disposizioni sono perfettamente in linea con la norma generale sul reclutamento del personale della P.A. (art. 35 del D.Lgs. n. 165/01) che dispone: *1. L'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene con contratto individuale di lavoro: a) tramite procedure selettive, conformi ai principi del comma 3, volte all'accertamento della professionalità*

richiesta, che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno;

b) mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della legislazione vigente per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, facendo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità. 2. Le assunzioni obbligatorie da parte delle amministrazioni pubbliche, aziende ed enti pubblici dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, avvengono per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi della vigente normativa, previa verifica della compatibilità della invalidità con le mansioni da svolgere....).

La Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 41/2010 ha deliberato in senso favorevole la conformità del sistema delle graduatorie permanenti, come corretto metodo di selezione dei più meritevoli (testualmente: *Le graduatorie permanenti, ora ad esaurimento, sono, poi, periodicamente integrate mediante l'inserimento dei docenti che hanno superato le prove dell'ultimo concorso regionale per titoli ed esami e di quelli che hanno chiesto il trasferimento da una provincia ad un'altra. Contemporaneamente all'integrazione, ossia all'introduzione di nuovi candidati, viene naturalmente aggiornata la posizione di coloro i quali sono già presenti in graduatoria e che, nelle more, hanno maturato ulteriori titoli (art. 401).*

Dal quadro normativo sopra riportato si evince che la scelta operata dal legislatore con la legge n. 124 del 1999, istitutiva delle graduatorie permanenti, è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito.....La disposizione impugnata deroga a tali principi e, utilizzando il mero dato formale della maggiore anzianità di iscrizione nella singola graduatoria provinciale per attribuire al suo interno la relativa posizione, introduce una

disciplina irragionevole.....): per tale ragione la Consulta ha dichiarato incostituzionale altra disposizione normativa derogatoria al sistema delle graduatorie permanenti, contenuta in altra legge (art. 1, comma 4-ter, del decreto legge 25 settembre 2009, n. 134) .

Nessun problema di costituzionalità quindi si pone.

In ogni caso deve ricordarsi che, vertendosi in ambito di applicazione dell'Ordinamento dell'Unione europea, il principio del pubblico concorso non può essere invocato *ex se*, ma tenuto conto dei limiti derivanti dagli obblighi di appartenenza. Al fine deve farsi specifico riferimento a quanto statuito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza 9 settembre 2003, procedimento C-285/01, **Isabel Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité**. Nel caso di specie la Corte di Giustizia ha rilevato come ostacoli alla applicazione del diritto della U.E. (nel caso di specie diritto di libera circolazione) devono rispettare il principio di proporzionalità, ovvero si deve verificare che *tale ostacolo non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento dello scopo perseguito (v., in particolare, sentenza 11 luglio 2002, causa C-294/00, Gräbner, Racc. pag. I-6515, punto 39 e giurisprudenza ivi citata).*

La Corte ha ancora proseguito precisando (punto 107): *Peraltro, la normativa francese prevede, entro determinate percentuali massime degli organici, un regime definito «di accesso esterno», che consente a taluni dipendenti di essere esonerati dal concorso di ammissione all'ENSP sulla base, in particolare, della loro esperienza nel pubblico impiego.* Ha proseguito ricordando che (Punto 109) *L'esistenza di un tale regime mostra tuttavia che possono essere previsti metodi di assunzione, sotto forma di concorsi o sotto altra forma, meno restrittivi*

del concorso di ammissione all'ENSP, al fine di consentire segnatamente ai cittadini degli Stati membri, come la sig.ra Burbaud, di fare valere le proprie qualifiche specifiche.

110. Si deve, di conseguenza, considerare che l'imposizione del superamento del concorso di ammissione all'ENSP in una fattispecie come quella di cui trattasi nella causa principale va oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo di selezionare i migliori candidati a condizioni il più possibile oggettive e non può quindi essere giustificata alla luce delle disposizioni del Trattato.

Nel caso che occupa esiste procedura ordinaria di reclutamento non concorsuale, per cui non può ritenersi in alcun modo proporzionale una limitazione alla applicazione dell'art 5, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 368/01 derivante dalla asserita necessità di pubblico concorso: si tratterebbe *contro delle esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori* (Clausola 5, comma 1, 1° parte, della Direttiva 1999/70/CE) in maniera ingiustificata, perché sproporzionata allo scopo da perseguire, visto che la procedura di accesso, per i lavoratori a tempo indeterminato comparabili è non concorsuale.

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

In ogni caso l'Ordinamento interno prevede specifici rimedi a fronte di eventuali surplus di organico: la mobilità (cfr in special modo gli artt 6, 29-bis, 30, 33 e 34- bis del DLgs n. 165/01). Non può ritenersi la non conformità al principio di buona andamento della azione amministrativa di una disposizione normativa per il sol fatto che la sua applicazione

(rectius la applicazione della sanzione dalla stessa prevista) possa determinare la attivazione delle procedure di mobilità, funzionali proprio allo scopo di una allocazione delle risorse umane conformemente al principio del buon andamento della pubblica amministrazione.

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

Nel caso di specie, contrariamente a quanto statuito dalla Corte costituzionale nelle sentenze sulle stabilizzazioni regionali, si verte nel pieno di detto adempimento, per cui le questioni sono da ritenersi diverse sulla scorta delle stesse pronunce della Consulta (che altrimenti avrebbero dovuto, doverosamente, analizzare i rapporti tra artt. 97, 117 ed 11 della Costituzione). A fortiori si osservi come argomentare diversamente significherebbe ritenere che la Consulta, pur tenuta a farlo, abbia ommesso di verificare il rapporto tra art. 97 da un lato ed artt. 117 ed 11 della Costituzione dall'altro, con ciò fornendo una interpretazione chiaramente incompleta. In ogni caso quindi dette sentenze non sono rilevanti (o perché la materia è diversa ovvero perché partono da presupposti erronei).

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

È in linea con questa impostazione la Corte di Cassazione, con la recente sentenza 22 aprile 2010, n. 9555. La Corte ha escluso la sussistenza di un divieto di conversione in relazione al rapporto di lavoro fra l'Inail ed i portieri addetti alla vigilanza e custodia di edifici di proprietà dell'istituto. Detto rapporto, *pur essendo di pubblico impiego, è disciplinato, nel suo contenuto, da un contratto collettivo di natura privatistica che lo sottrae all'operatività della disciplina pubblicistica, di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 29 del 1993..... in quanto la natura dell'ente datore di lavoro non può ritenersi circostanza autonomamente sufficiente per escludere la conversione di contratti a tempo determinato, con termini nulli, in contratto a tempo indeterminato.*

In particolare la Corte di Cassazione rileva come *la... instaurazione del rapporto di lavoro, peraltro, non avviene mediante pubblico concorso e neppure tramite particolari procedure selettive, essendo richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, (D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 36, comma 1, lett. b) come modificato dal D.Lgs n. 80 del 1998, art. 22),*

oltre, beninteso, gli "eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità"; ciò che vale di per sé ad escluderne l'assoggettamento alla disciplina pubblicistica. Il rapporto...è disciplinato, nel suo contenuto, da un contratto collettivo di natura privatistica che lo sottrae all'operatività della legge sul parastato....Tale conclusione è del tutto in linea con la sentenza n. 89 del 2003, con la quale si ribadisce che la Corte Costituzionale ha sottolineato la ratio della inoperatività della conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, costituita esclusivamente dalla salvaguardia del principio del concorso nell'accesso al pubblico impiego.

Appare evidente che anche per il giudice di legittimità la regola concorsuale non è l'unica modalità di costituzione del rapporto di lavoro con la P.A. ed, in presenza di diverse regole di accesso, non può operare alcun ostacolo alla conversione, derivante dalla esigenza di un inesistente concorso pubblico.

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

Tanto premesso **il rapporto di lavoro dell'istante si considera a tempo indeterminato (art. 5, comma 4-bis DL.gs. n. 368/01) ai sensi del comma 2 ovvero (comma 2) dalla scadenza dei predetti termini. Quindi dal compimento del termine di 36 mesi, per un contratto stipulato, quindi sanzionato, nell'ambito temporale di vigenza del predetto comma 4-bis, il contratto si considera a tempo indeterminato. Detto termine è stato superato il 10.9.09, considerato che il periodo di tempo precedente si computa ai fini del superamento (art 1, comma 43, della legge 247/07) dall'1.4.09 ed il**

primo contratto successivo è quello siglato il 10.9.09, primo giorno di lavoro che, sommato ai precedenti, computabili solo dall'1.4.09, determina il superamento dei 36 mesi. Da rilevarsi che in tale data non operava ancora la preclusione di cui all'art 1, comma 12-bis, della legge 124/99 (in vigore come già detto dal 25.9.09, in forza del D.L. 134/09, poi convertito con l. 167/09).

SULLE CONSEGUENZE ECONOMICHE

Convertendosi il contratto deve procedersi alla applicazione dell'art. 30, commi da 5 a 7, della legge 183/10. La disposizione necessita di interpretazione.

Ai sensi dei commi 5 e 6 dell'art. 32, *«nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. Si deve quindi avere riguardo « alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro e al comportamento delle parti»... ».*

Preliminarmente deve rilevarsi che l'indennità non è un risarcimento. Prima della disposizione in esame il risarcimento del danno, nella materia de qua, è stato ancorato alle retribuzioni infratemporalmente maturate, dalla messa a disposizione delle energie lavorative: la circostanza che la commisurazione del «risarcimento» non tenga in alcun conto di detto dato depone chiaramente nel senso che si tratti di indennizzo.

Appare chiaro che ritenere che la disposizione addossi al lavoratore, soggetto debole, le conseguenze dell'inadempimento e i tempi processuali porterebbe a conseguenze in palese contrasto con la Direttiva 1999/710/CE essendo, per il diritto dell'Unione, il lavoratore soggetto debole del rapporto di lavoro (sentenza della Corte di Giustizia Ue 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, punto 80, nonché la sentenza 20 novembre 2010, causa C-429/09, *Fuß*, punti 80 e 81).

Le difficoltà interpretative divengono maggiori nel raffronto tra l'art 32, comma 5, con l'art. 50 della medesima legge (*“ove si accerti la natura di rapporto di lavoro subordinato in relazione a un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, il datore di lavoro è tenuto a indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità compresa tra le 2,5 e le 6 mensilità di retribuzione avuto riguardo ai medesimi criteri...”* di cui all'art. 32). La formula adoperata dal medesimo legislatore appare di maggiore ampiezza nell'ipotesi di cui all'art. 50, per cui deve darsi atto che alcuni “aspetti”, nell'ipotesi di cui all'art. 32, non sono coperti dall'indennizzo de quo.

La norma inoltre presenta rilevanti profili di incompatibilità con la clausola 4 (*Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive*) della Direttiva n. 1999/70/Ce (diretta emanazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 20 della Carta di Nizza e degli artt. 2, 9 e 21 del Trattato). Infatti l'art. 32, comma 3, del Collegato lavoro, ha equiparato il licenziamento e la interruzione del rapporto di lavoro conseguente alla illegittima apposizione del termine, per cui è lavoratore a tempo indeterminato equiparabile anche quello che

usufruisce della tutela reale di cui all'art 18 della legge n. 300/70 e in genere ogni rapporto irregolare, salvo quello di cui all'art. 50 della medesima legge.

È obbligo dello Stato eliminare le conseguenze «della violazione del diritto comunitario» per cui appare necessario creare una situazione del tutto analoga a quella che vi sarebbe stata ove l'abuso non fosse stato posto in essere, ovvero il contratto di lavoro fosse stato stipulato *ab initio* a tempo indeterminato. Il contratto a tempo indeterminato avrebbe dato luogo al pagamento delle retribuzioni per cui l'indicata disposizione, che forfettarizza il danno, in maniera del tutto avulsa dal rapporto di lavoro e in particolare dal tempo decorso dalla messa a disposizione delle energie lavorative, appare essere in radicale contrasto con la Direttiva n. 1999/70/Ce ed in particolare con l'obblighi di effettività ed equivalenza.

Precedentemente la emanazione della legge n. 183/10 la giurisprudenza della Corte di Cassazione è stata orientata nel senso della natura risarcitoria delle retribuzioni infratemporalmente maturate: detta interpretazione deve essere rivista, visto il mutato contesto normativo e gli obblighi interpretativi connessi alla appartenenza dell'Italia all'Unione europea (segnatamente principi di effettività, carattere efficace e dissuasivo della sanzione, obblighi ripristinatori/risarcitori, eliminazione delle conseguenze della violazione del diritto dell'Unione).

Ritiene questo giudice che il danno forfettizzato riguarda un danno ulteriore (biologico, morale, alla vita di relazione, esistenziale, alla professionalità), come confermato dalla diversità tra le indennità di cui all'art. 32 e all'art. 50 della stessa legge e che residuano nel primo caso aspetti non coperti dall'indennizzo.

Passando all'esame specifico dell'art. 32, comma 5, deve prendersi atto di come la disposizione fissi l'indennità «risarcitoria» tra le 2,5 e le 12 mensilità, ma non spieghi temporalmente quale periodo copra.

Infatti, se è certo il *dies a quo* (interruzione del rapporto) non è indicato in alcun modo il *dies ad quem*, ovvero la data finale “coperta” dalla indennità risarcitoria.

Le ipotesi astrattamente configurabili sono plurime:

- 1) di impugnativa stragiudiziale del termine apposto al contratto;
- 2) nella proposizione del ricorso giudiziale;
- 3) nella data della pronuncia di I grado;
- 4) nella data della pronuncia di appello;
- 5) nella data di passaggio in giudicato della sentenza (ma che accade in ipotesi di revocazione od opposizione di terzo?);
- 6) dalla prima sentenza che riattiva il sinallagma, di qual grado essa sia;
- 7) data di esecuzione della sentenza.

Posto che, nella interpretazione della disposizione in esame deve partirsi dal presupposto che il datore di lavoro abbia abusivamente stipulato contratti a termine (altrimenti non vi è questione di applicazione della disposizione in esame), deve darsi atto che le ipotesi *sub* 4 e 5 incentivano il datore di lavoro in torto alla proposizione di ulteriori gradi di giudizio a costo zero, magari ricercando un accordo sindacale (cfr comma 6) che gli consenta l’abbattimento della indennità. Una opzione interpretativa in tal senso è in antitesi con i principi in tema di abuso del processo, nonché in contrasto con gli artt. 111 e 117 della Costituzione, 47 del Trattato di Lisbona, 47 Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e 6 della Convenzione EDU.

Ancora non è possibile ancorare il *dies ad quem* alla riattivazione del sinallagma contrattuale, considerato che si tratta di obbligo non completamente coercibile (anzi scarsamente coercibile) e che non è applicabile neppure la misura coercitiva indiretta di cui all’art. 614-bis c.p.c..

Non si può ancorare il *dies ad quem* alla data della pronuncia di I grado, perché si addosserebbe alla parte che ha ragione la durata del processo, con palese violazione dei principi in materia di giusto processo.

Ancora ritenere che l'indennità in esame copra il periodo fino alla prima pronuncia che riattiva il sinallagma, di qual grado essa sia, significa addossare gli effetti di un *error in iudicando* alla parte che ha ragione. La misura risarcitorio-indennitaria inoltre non avrebbe alcuna effettiva efficacia ripristinatoria [Corte di Giustizia Ue, ord. *Vassilakis* (ma già prima con la sentenza *Adeneler*, punto 102, *Marrosu e Sardino*, punto 53, e *Vassallo*, punto 38)], perché svincolata in maniera chiara e totale dalla data in cui il lavoratore avrebbe avuto diritto ad un rapporto lavorativo stabile, conseguenzialmente a percepire le retribuzioni.

Deve a questo punto rilevarsi che il sinallagma contrattuale, in ipotesi di illegittima apposizione del termine è esistente, ma ineseguito per responsabilità del datore di lavoro. La sentenza che dichiara la nullità della apposizione del termine è meramente dichiarativa, dando atto che il rapporto sinallagmatico esiste: sono perciò dovute prestazione lavorativa e retribuzione. Il sinallagma è altresì sopito e riattivato con la impugnativa stragiudiziale del recesso, ovvero con l'atto di costituzione in mora del creditore-datore di lavoro (art. 1206 cod. civ.), con passaggio del rischio di impossibilità della prestazione lavorativa (artt. 1207) e quindi inazionabilità della eccezione di inadempimento (1460 cod. civ.), considerato che la impossibilità della prestazione lavorativa è a suo carico.

La opzione *sub 2* trova un riscontro in fatto. Il termine per la proposizione del ricorso giudiziale ha una durata massima di 270 giorni, pari a nove mesi (art. 32, commi 1 e 3, della medesima legge). La indennità è compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità, ovvero corrisponde ai termini minimo e massimo maggiorati di 2,5 e tre mesi di retribuzione:

la maggiorazione è collegabile alle ulteriori voci di danno (esistenziale), in precedenza non risarcite. Il comma 5 dell'art 32, con una formula volutamente ampia (*risarcimento del lavoratore con una un'indennità onnicomprensiva*), ha previsto la possibilità di liquidare anche detto ulteriore danno (da qui il sostanziale corretto riferimento all'art. 8 della legge n. 604/66, perché la condotta delle parti e l'anzianità di servizio appaiono criteri atti a fornire indici circa la professionalità inutilizzata in forza della illegittima sospensione – *anzianità di servizio* – e al *pathos* sofferto – *comportamento*).

Il comma 5 ha posto una presunzione *iuris et de iure* di un minimo danno non economico minimo (2,5 mensilità), anche in ipotesi di assenza di danno effettivo: si garantisce una effettiva efficacia dissuasiva e sanzionatoria all'ordinamento interno, in aderenza agli obblighi dell'Unione, anche quando sulla base dei comuni criteri risarcitori non vi è sanzione certa.

Ancora, a sostegno di detta opzione interpretativa, si deve rilevare come il lavoratore ha uno specifico obbligo di allegazione e prova (art. 414 c.p.c.) degli elementi da tener conto nella determinazione della indennità risarcitoria (quelli di cui all'art. 8 della l. n. 604/66). Detta conclusione è confermata dal comma 7 dell'art. 32: per le cause in corso, eccezionalmente, il legislatore ha previsto la possibilità/necessità di integrare la domanda con la indicazione degli elementi atti a determinare l'indennità risarcitoria (e l'esercizio da parte del giudice dei poteri probatori officiosi).

Considerato che il limite temporale alle allegazioni è costituito dalla data di deposito del ricorso, la indennità risarcitoria non può che riguardare tale periodo, considerato che le parti devono poter argomentare anche sulla misura della stessa (e questa nel corso del processo muta necessariamente, cambiando dimensione dell'impresa, comportamento e

condizioni delle parti), appare giocoforza evidente che non esiste altra interpretazione possibile.

Concludendo sul punto: detta interpretazione è imposta dagli artt. 11 e 117 della Costituzione, 414 c.p.c., principi in materia di abuso del processo, dagli obblighi di appartenenza dell'Italia alla U.E [in particolare effettività e dissuasività della indennità in parola, tale da garantire la piena effettività di dette misure preventive (sentenza *Kiriaki Angelidaki*, punto 161, e v., in tal senso, sentenze *Adeneler e a.*, punto 105; *Marrosu e Sardino*, punto 49, e *Vassallo*, punto 34, nonché ordinanza *Vassilakis e a.*, cit., punto 123) e, dall'altro, della sua probabile inidoneità a *eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario* (sentenza *Kiriaki Angelidaki*, punto 170)].

Tanto premesso è possibile verificare la operatività della disposizione sui giudizi in corso.

Il comma 7 dell'art. 32 prevede: *le disposizioni di cui ai commi 5 e 6 trovano applicazione per tutti i giudizi, ivi compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge.....*

La disposizione opera con chiarezza sulle cause in corso ed è posta in violazione dell'art. 47, Carta di Nizza, art. II-47, Trattato di Lisbona, art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; cfr. sentenze *FuB*, C-429/09, *Carpenter*, C-60/00, *Caballero*, C-442/00, *Kucukdeveci*, C-555/07, sulla efficacia orizzontale dei principi fondamentali dell'Ue) e all'art. 6 della Convenzione EDU (quindi dell'art. 117 della Costituzione; cfr. Corte Costituzionale Sentenze nn. 348 e 349 del 2007). In particolare, come qui interpretato, può determinare conseguenze sfavorevoli per l'una come per l'altra parte.

Tanto premesso deve rilevarsi che, nel caso di specie, la applicazione del comma 7 produce conseguenze favorevoli all'istante; lo Stato, con la disposizione in parola, ha inteso adeguare il proprio ordinamento a quello

dell'Unione. Ha previsto infatti, in ipotesi di reiterazione dei contratti a termine, una misura sanzionatoria che, come qui interpretata, è sempre dotata di effettività e dissuasività: tanto premesso nei confronti dello Stato non si può ritenere sussistente alcun ostacolo alla sua operatività (diversamente nei rapporti interprivati o contro i privati).

Ne deriva che il convenuto deve essere condannato al pagamento della indennità in esame.

La stessa, tenuto conto del numero dei dipendenti occupati (centinaia di migliaia di persone, fatto notorio), alle dimensioni dell'impresa (anche questo fatto notorio), all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro (anni 5 e mesi 9 circa), al comportamento (plurima reiterazione di contratti a termine per oltre anni 5 e mesi 9) e alle condizioni delle parti (l'istante ha continuato a lavorare in maniera pressoché stabile), deve essere determinata in 8 mensilità. Infatti tutti gli indici depongono verso il massimo (sono la prova della illegittimità della condotta tenuta), con eccezione delle condizioni dell'istante che ha continuato a lavorare.

In ultimo vi è da rilevare che il criterio adottato da alcuni Tribunali di condannare il convenuto al pagamento, a titolo risarcitorio, di una somma pari alle differenze retributive tra quanto percepito dal lavoratore a termine del Comparto Scuola, rispetto a quanto avrebbe percepito quale lavoratore a tempo indeterminato, in forza di un differente criterio di computo della anzianità di servizio a fini retributivi, appare a questo giudice non condivisibile. Infatti con lo stesso vi è una commistione tra parificazione retributiva, che attiene al corretto adempimento della obbligazione stipendiale in forza della applicazione diretta della clausola 4 (clausola antidiscriminatoria) della Direttiva 1999/70/CE, con il profilo risarcitorio/ostativo di cui alla clausola 5 della medesima direttiva (si veda sul punto la costante giurisprudenza della Cgue, dalla Sentenza della Grande Sezione del 15.4.08, procedimento C-268/06, Impact, in

poi: in particolare punto 130): da un lato vi è il principio di uguaglianza/non discriminazione, sub specie di uguali condizioni di lavoro da un punto di vista retributivo – clausola 4 – e dall'altro risarcimento del danno che attiene al quadro generale di prevenzione degli abusi – clausola 5.

Conclusivamente deve accertarsi che tra l'istante ed il convenuto sussiste un contratto a tempo indeterminato dall'1.4.09 e condannarsi il convenuto al pagamento in favore del ricorrente di 8 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita, ovviamente alla data di cessazione del contratto giudicato illegittimo, ovvero al marzo 2009.

Con riferimento alla posizione dell'Istituto Tecnico Statale per Attività Sociali Elena di Savoia, con sede in Napoli, deve osservarsi che verso lo stesso non vi è domanda, per cui la notifica del ricorso deve ritenersi mera denuntiatio litis, ai fini della opponibilità della pronuncia.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, con eccezione delle spese verso l'Istituto convenuto che sono compensate, sussistendo eccezionali ragioni ravvisate nella circostanza che lo stesso è terzo cui è stato notificato il ricorso solo a fini di denuncia di lite.

P.Q.M.

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

- 1) dichiara che tra l'istante ed il Ministero convenuto sussiste un rapporto di lavoro tempo indeterminato dall'1.4.09;
- 2) condanna il Ministero convenuto al pagamento in favore del ricorrente di 8 mensilità della retribuzione globale di fatto percepita a marzo 2009, oltre interessi legali dall'1.4.09 all'effettivo soddisfo;

- 3) condanna il Ministero al pagamento delle spese di giudizio del ricorrente che si liquidano in € 2500,00, oltre rimborso spese generali ed IVA e CPA, se dovute;
- 4) spese compensate verso l'Istituto convenuto.
- 5) È esecutiva.

NAPOLI, lì 16.6.11

IL GIUDICE
(Dott. Paolo Coppola)