

Tribunale di Brindisi

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Brindisi, in composizione monocratica, in persona del dott. Francesco De Giorgi, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA CONTESTUALE

nella causa discussa all'udienza dell'8.7.2015, promossa da:

_____, rappresentato e difeso, con mandato a margine del ricorso,
dall'avv. _____ e G. Berlocco

Ricorrente

CONTRO

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca e Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia e Ambito Territoriale per la provincia di Brindisi, rappresentato e difeso ex art. 417 bis c.p.c. dal dott. L. Ostuni e R. Ieva

Resistente

Oggetto: illegittima apposizione termine su contratti a tempo determinato

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con atto depositato il 19.5.2011, la ricorrente di cui in epigrafe affermava di aver ricevuto incarichi a tempo determinato per lo svolgimento di supplenze su posto vacante e disponibile per oltre un triennio come da documentazione allegata. Sosteneva l'illegittimità dell'apposizione dei termini sui contratti. Chiedeva, pertanto che, accertata la nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro, l'amministrazione resistente fosse condannata al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento del danno, al pagamento delle retribuzioni medio tempore maturate e al riconoscimento degli scatti di anzianità, oltre interessi e rivalutazione.

Si costituivano il Ministero, l'ufficio scolastico e concludevano per il rigetto del ricorso. Tanto premesso, il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini di seguito indicati.

Il ricorrente deduce di avere stipulato contratti a tempo determinato con la P.A. resistente in violazione di norme interpretative, sia sotto il profilo della nullità ab

origine dell'apposizione del termine ai contratti, sia sotto il profilo del superamento del limite temporale massimo.

Lamenta difatti di essere stata assunta a termine non per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali, come previsto dall'art. 36 comma 2 del D.Lgs. 165/01, ma per esigenze connesse con il fabbisogno ordinario della P.A. e quindi per soddisfare esigenze stabili e durevoli della amministrazione scolastica, in violazione del comma 1 dell'art. 36 citato (valido per tutto il pubblico impiego). Deduce inoltre la parte ricorrente che i periodi di insegnamento da lei espletato superano complessivamente il limite massimo di trentasei mesi previsto dalla normativa in materia di contratti a termine (art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/01).

Conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato: infondatezza.

Le modalità di assunzione della ricorrente sono conformi alla disciplina di reclutamento del personale scolastico, che prevede il ricorso alle cd. supplenze annuali o temporanee come strumento ordinario per coprire le cattedre ed i posti di insegnamento vacanti. La materia è regolata dall'art. 4 della legge 124/99¹ in base al quale le supplenze vengono

¹ La materia delle supplenze nella scuola è disciplinata dall'art. 4 della l.n. 124/99 che così espressamente prevede: *"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 semprechè 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.

in tal senso depone anche il tenore letterale dell'art. 70 comma 8 del D.Lgs. 165/01 e le peculiarità del servizio scolastico rendono non irragionevoli tali differenze.

La normativa scolastica non è contraria nemmeno alla normativa in materia di contratti a termine; anzi l'art. 1 D.Lgs. 368/01 prevede espressamente: "*È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro*", e quindi non solo per rispondere ad esigenze temporanee o eccezionali, come previsto invece dall'art. 36 del Testo Unico sul Pubblico Impiego. Si deve ritenere che anche il sistema delle supplenze, annuali o temporanee, rientri in tale ipotesi di contratti a termine la cui legittimità è già predeterminata da un sistema normativo complesso e tuttora in vigore, allo scopo di evitare che l'insegnamento scolastico subisca interruzioni durante l'anno. In questi casi, l'apposizione del termine non è stata ritenuta priva di causa, trattandosi invece di ipotesi in cui la causa è predeterminata per legge come peraltro ribadito dalla Corte Costituzionale in relazione alla legittimità di utilizzo di contratti a termine in altri settori nevralgici (trasporto aereo, servizio postale).

Del pari conforme al meccanismo legislativo relativo alle graduatorie ad esaurimento è la reiterazione delle assunzioni nel corso degli anni, con proroghe o rinnovi: anche sotto tale profilo, non si ravvisano concreti profili di illegittimità della normativa, la quale è stata anzi concepita nel senso di favorire la massima ripetizione di assunzioni e rinnovi; da tale meccanismo non discende un danno concreto per i supplenti interessati, per i quali, anzi, ogni periodo lavorato comporta l'aumento del punteggio interno alla graduatoria e, quindi, la progressione nell'ordine di preferenza per le successive assunzioni.

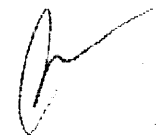
Viene poi eccepita la contrarietà della normativa in questione rispetto alla direttiva n. 70/1999/CE, con particolare riferimento alla clausola 5 - lettere a), b) e c): al riguardo, si deve però sin da subito rilevare che la direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di adottare almeno una delle misure indicate da tale clausola allo scopo di prevenire gli abusi: non è quindi necessario che siano adottate tutte o anche più di una. Ne consegue che l'eventuale mancata previsione di una o più di tali misure non determina l'illegittimità della normativa interna, purché sia prevista anche solo una delle misure indicate dal legislatore comunitario.

Fondato è invece il motivo di censura relativo al superamento del limite dei trentasei mesi previsto dall'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/01.

L'art. 36 comma 2 D.Lgs. 165/01 stabilisce che i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368. È chiaro che ciò non vuol dire che tutte le norme previste da tale decreto legislativo siano concretamente applicabili nel caso di specie, dovendosi verificare se vi siano deroghe in base allo stesso decreto legislativo, ovvero in base ad altri atti normativi (quale lo stesso art. 36, al comma 5); la presenza di elementi di specialità legata alle peculiarità di uno specifico settore, tuttavia, non comporta che tale settore sia interamente sottratto alla normativa in materia di contratti a termine.

Con specifico riferimento al pubblico impiego contrattualizzato, la giurisprudenza nazionale è univoca nel senso che i contratti di lavoro a termine stipulati dalla P.A. sono disciplinati sia dal D.Lgs. 368/01, sia dall'art. 36 D.Lgs. 165/01; il primo decreto legislativo, successivo al secondo, non ne ha abrogato le parti contrastanti e, anzi, in caso di contrasto tra le norme citate, prevalgono le previsioni contenute nel D.Lgs. 165/01 in base al principio di specialità (la legge speciale non può essere sostituita da una legge generale successiva).

Anche con riferimento al diritto comunitario, la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ormai univoca nel senso che anche i contratti di lavoro stipulati con le amministrazioni ed altri enti del settore pubblico rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva n. 70/1999 e, quindi, del D.Lgs. 368/2001 che ha attuato tale direttiva nel diritto nazionale. Ne deriva che anche tali contratti sono soggetti all'art. 5 comma 4 bis D.Lgs. 368/01, che prevede un limite finale complessivo di 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono fra un contratto e l'altro. Tale norma vale in generale per tutti i contratti a termine e non trova deroghe, espresse o implicite, nel testo unico sul pubblico impiego. Anzi, ciò trova ulteriore conferma nell'art. 36 comma 5 bis del D.Lgs. 165/01, che prevede l'applicabilità – sia pure a determinate condizioni – dell'art. 5 commi 4 quater, 4 quinquies e 4 sexies del D.Lgs. 368/01. Non sembra che vi siano ragioni concrete per ritenere che ciò non valga anche nell'ambito del settore scolastico. Non rileva in senso contrario l'art. 10 comma 4 bis del D.Lgs. 368/01, in base al quale: *“Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui all'articolo 40, comma 1, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni, all'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124, e all'articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati*



di assunzioni – interruzioni – rinnovi, senza che sia previsto un numero massimo di rinnovi o una durata massima complessiva.

È evidente che il meccanismo, pur non essendo di per sé illegittimo, lo diventerebbe ove interpretato nel senso che esso possa essere protratto praticamente all'infinito: di qui la necessità di un limite temporale finale e, in assenza di un limite previsto dalla normativa di settore, deve ritenersi applicabile quello generale di trentasei mesi.

Ma, soprattutto, è la stessa formulazione dell'art. 10 comma 4 bis che induce a ritenere che tale norma non comporti affatto gli effetti dalla stessa dichiarati; infatti, dopo aver esordito con l'esclusione dell'applicazione del presente decreto ai contratti con i supplenti, il comma si conclude prevedendo espressamente che : *"In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto"*.

Ritiene, pertanto, lo scrivente che l'interpretazione data sia l'unica possibile che consenta di sanare l'illogicità interna a tale norma.

Ciò non comporta l'inapplicabilità del limite massimo di 36 mesi (in assenza del quale la normativa sarebbe illegittima per contrasto con la clausola 5 della direttiva), ma comporta solo che – in caso di superamento del limite - non si applica la conversione in rapporto a tempo indeterminato prevista da tale norma; in realtà, così interpretata, la norma in questione diventa superflua, in quanto ciò è già previsto dall'art. 36 comma 5 del D.Lgs. 165/01, che – in materia di pubblico impiego - prevede il divieto di tutela in forma specifica, intesa come conversione in rapporto a tempo indeterminato.

Rimane salvo il diritto al risarcimento dei danni subiti per effetto della violazione di norme imperative, tale dovendosi considerare l'art. 5 comma 4 bis in questione, nella parte in cui prevede l'apposizione del limite massimo di 36 mesi, quale unica misura applicabile nella materia de qua tra quelle previste dalla clausola 5 della direttiva n. 70/1999.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia si è già espressa sul punto, indicando quale sia l'interpretazione della direttiva in questione; la Corte ha infatti più volte stabilito che tale direttiva non osta ad una normativa di diritto interno che preveda sanzioni alternative alla conversione del rapporto, quale appunto quella risarcitoria prevista dal diritto italiano in materia di pubblico impiego. Sostiene la Corte che tale sanzione è conforme al diritto comunitario solo ove sia effettiva ed equivalente, con un accertamento demandato al singolo giudice della causa (cfr. sentenza della Grande sezione del 4.7.2006 causa Adeneler; sentenze del 7.9.06 Marrosu – Sardino - procedimento C-53/04; Vassallo proc. C-180/04; sentenza del 23.4.09 Kiriaki e infine

ordinanza Affatato dell'1.10.2010 proc. C- 3/2010). Appare di tutta evidenza che anche a livello comunitario si ammetta la possibilità che vi sia una discrepanza tra settore pubblico e privato, purchè non si traduca in un difetto di tutela per il lavoratore, a nulla rilevando invece il peculiare mezzo scelto a tutela dello stesso (conversione o risarcimento del danno) qualora sia apprestata una tutela effettiva, adeguata, proporzionata e sufficientemente sanzionatoria.

Coerente con tale impostazione, non solo la giurisprudenza nazionale, ma anche quella comunitaria, che ha registrato il recentissimo intervento della sentenza Mascolo (*Corte di Giustizia dell'UE del 26.11.2014*).

Quanto alla prima, la Corte di cassazione (cfr. Cass.civ.sez.lav. n.392/2012;n. 14350/10) ha più volte affermato:

- che in materia di pubblico impiego un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lg. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte cost. (sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lg. 6 settembre 2001 n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato.

- che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti.

Tanto perché il meccanismo della conversione contrasterebbe con il principio costituzionale per il quale l'instaurazione del rapporto di impiego con le pubbliche amministrazioni deve avvenire mediante concorso, principio posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui al primo comma dell'art. 97 Cost.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dal canto suo, si è ripetutamente pronunciata sulla compatibilità della normativa nazionale con i principi della direttiva, da ultimo con la menzionata sentenza 26 novembre 2014, ai punti 77-80, affermando che la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella dell'art. 36 d.lg. n. 165 del 2001, la quale, nell'ipotesi di abuso derivante dal ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione da un datore di lavoro del settore pubblico, vieta che questi ultimi siano convertiti in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, quando, tuttavia, l'ordinamento giuridico interno dello Stato preveda, nel settore interessato, altre

misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione.

Spetta al giudice del rinvio accertare se le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle pertinenti disposizioni del diritto interno configurino uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare il ricorso abusivo da parte della p.a. a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione.

La giurisprudenza comunitaria, pertanto ha ribadito che il legislatore nazionale deve adottare misure adeguate al riguardo, che debbono avere il carattere della proporzionalità e della effettività, sì da dissuadere dalla violazione (principio di effettività).

Le normative di attuazione devono, inoltre, rispettare il principio della equivalenza ovvero non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano nel diritto interno situazioni analoghe.

La Corte di Giustizia ha dunque sempre espressamente affermato che la previsione da parte del legislatore nazionale, per il settore pubblico, della esclusione della conversione dei contratti a termine, diversamente dal settore privato, non è contraria alla direttiva europea, a condizione del rispetto dei principi di equivalenza e di effettività della tutela, che deve essere verificato dal giudice nazionale.

Ne deriva che non può pertanto procedersi alla conversione del contratto a tempo determinato in un rapporto di lavoro indeterminato, come invece richiesto da parte ricorrente.

Violazione del limite dei trentasei mesi: conseguenze.

La conversione in contratto a tempo indeterminato – pur essendo stata fatta propria da parte della giurisprudenza di merito – non convince: il giudice può disapplicare le norme di diritto interno contrastanti con il diritto comunitario solo quando non vi siano altre soluzioni interpretative possibili, non essendo sufficiente che vi sia un'altra interpretazione maggiormente conforme al diritto comunitario. Nel caso di specie, come detto, la direttiva n. 70/1999/CE stabilisce una serie di principi, demandando ai singoli Stati il compito di determinare le modalità di attuazione. In relazione al meccanismo sanzionatorio, la tutela in forma specifica viene indicata solo in termini di preferenza rispetto ad altre forme di tutela, quale appunto quella risarcitoria, che non sono quindi in contrasto con la citata direttiva. Ne consegue che il giudice interno non può disapplicare l'art. 36 comma 5 D.Lgs. 165/01, senza prima verificare l'effettività e l'equivalenza della sanzione risarcitoria prevista da tale norma, in luogo della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Ciò tanto più ove si consideri che l'interpretazione di tale norma fornita dalla ricorrente è in aperto e dichiarato contrasto con l'art. 97 Cost., soprattutto per come interpretato dalla Corte Costituzionale a partire dalla sentenza n. 89/2003 in poi. In realtà, secondo la giurisprudenza più restrittiva, alla quale si ritiene di dover aderire, il divieto non si fonda su un'applicazione diretta dell'art. 97 Cost., ma sul dato letterale dell'art. 36 comma 5 D.Lgs. 165/01, norma che deve ritenersi vigente ed applicabile a tutto il pubblico impiego, compreso il settore scolastico, oltre che prevalente rispetto all'art. 5 comma 4 bis D.Lgs. 368/01 in virtù del principio di specialità e trova giustificazione anche nell'esigenza di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo. Deve infatti rilevarsi che la dottrina maggioritaria giustifica il divieto di conversione non solo con la copertura dell'art. 97 Cost., ma anche con i principi di predeterminazione delle esigenze di lavoro stabile espresse attraverso la dotazione organica, di tutela della programmazione finanziaria e di controllo e razionalizzazione della spesa pubblica (cfr. anche Cass. civ. n.6699/03 e Cass. civ.n.11161/08). In definitiva la citata direttiva comunitaria, per come interpretata dalla Corte di Giustizia, pone l'unico limite che la normativa interna preveda almeno una delle misure previste dalla clausola 5, quale appunto la durata massima di cui alla lettera b), e che preveda, in caso di violazioni di tale limite di durata, un sistema di tutela che, pur essendo diverso da quello previsto per i lavoratori privati, presenti comunque caratteristiche di effettività ed equivalenza.

La sentenza Mascolo (e prima ancora l'ordinanza Papalia, Co. Gius. 12.12.2013) infatti prende atto dell'esclusione, nell'ordinamento italiano, per i lavoratori pubblici del settore della scuola, tanto di qualsivoglia diritto al risarcimento del danno, quanto della possibilità di trasformazione del rapporto - a fronte di abusi quali quelli considerati - in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. l'unica possibilità di arrivare ad una stabilizzazione, per un lavoratore che abbia effettuato supplenze nella scuola pubblica - ed in assenza di concorsi banditi con data certa - risiede dunque nella possibile immissione in ruolo per effetto del progressivo avanzamento in graduatoria, possibilità peraltro del tutto aleatoria e tale da non poter essere considerata una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo (v. i §§ 115-117 della sentenza): da qui il giudizio di non conformità, anche sotto tale profilo, della normativa italiana sottoposta al vaglio della Corte, non essendo rinvenibile nella stessa alcuna misura capace di prevenire e sanzionare in modo efficace gli abusi relativi alla successione di contratti di lavoro a tempo determinato. In ogni caso, quindi, sia pure come alternativa "debole" alla stabilizzazione in ruolo, sembra ora assai difficile che - alla luce del "combinato

disposto" dell'ordinanza Papalia e della sentenza Mascolo - possa non essere riconosciuto quantomeno un adeguato risarcimento del danno ai lavoratori pubblici che siano 'vittime' di un patologico abuso nel tempo del contratto a termine.

Tanto premesso, deve preliminarmente convenirsi sul rilievo che in linea generale nel nostro ordinamento la misura del risarcimento del danno è intesa come misura di riparazione di una perdita effettiva e non come pena privata ovvero misura sanzionatoria della violazione di legge. Tuttavia il regime della prova del danno non deve essere tanto rigoroso da rendere eccessivamente difficile - se non praticamente impossibile - la tutela del diritto (principio di effettività della tutela). Orbene, il sostenere che l'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego non reca in sé danno al lavoratore - in quanto il dipendente, non essendo assunto per concorso, non avrebbe mai potuto avere alternativamente accesso all'impiego "di ruolo"- rischia di rendere eccessivamente difficile la dimostrazione del danno, in contrasto con il principio di effettività. Ragionare in tal senso consentirebbe, per paradosso, di ritenere addirittura vantaggioso per il lavoratore l'utilizzo abusivo del contratto a termine, quale unica possibile forma di impiego non- concorsuale. Verrebbe conseguentemente meno anche la effettività della sanzione e la sua dissuasività.

La Corte di legittimità non ha ancora assunto una posizione consolidata sulla questione della sanzione che dovrebbe conseguire alla illegittima apposizione del termine ed in particolare sulla natura della responsabilità, sugli oneri allegatori e probatori del lavoratore, sui criteri per la quantificazione del danno.

Sul punto vi sono stati interventi contraddittori.

Nella sentenza 392/12, ad esempio, la Corte non dubita dell'astratta configurabilità del danno, ma sul fronte della prova in concreto del danno-conseguenza esclude la possibilità di configurare un danno *in re ipsa*. In Cass. nr. 27363/14 trovasi ancora affermato: "*deve rilevarsi che seppure la disciplina comunitaria impedisca di rendere eccessivamente difficoltoso al lavoratore illegittimamente assunto a termine da una pubblica amministrazione il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, nella fattispecie difetta, assorbentemente, la prova, anche presuntiva, del danno in tesi subito, dovendosi chiarire che anche in caso di illegittima assunzione a termine da parte di una pubblica amministrazione, il danno non può comunque ritenersi in re ipsa, ma provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti.*".

Di segno contrario appaiono invece altre sentenze.

Nell'arresto del 21 agosto 2013 n. 19371 la Suprema Corte ribadisce il divieto di conversione ma accoglie il motivo di impugnazione sul mancato riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, liquidando d'ufficio l'indennità forfettizzata ex art. 32, quinto comma, l. n. 183 del 2010, di cui sottolinea la natura di "penale ex lege" a carico del datore di lavoro.

Nella sentenza n. 26951/13 la Corte di Cassazione ha confermato la legittimità di una pronuncia che aveva riconosciuto un risarcimento del danno in misura di dieci mensilità di retribuzione, in conseguenza della illegittima apposizione del termine ad un rapporto di pubblico impiego, pur senza esprimersi in ordine alla natura di tale risarcimento ed alle problematiche probatorie ad esso connesse; ritenendo corretto "il principio secondo cui il lavoratore che sia stato assunto illegittimamente, ha diritto ad essere risarcito per effetto della violazione delle norme imperative in materia" pare avallare tuttavia la tesi che sia sufficiente la violazione per dar luogo al risarcimento.

Da ultimo, nella sentenza nr. 24781/14 si trova affermato: "...fermo restando che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, salva l'applicazione di ogni responsabilità e sanzione — l'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui prevede "il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative", deve essere interpretato nel senso che la nozione di danno applicabile nella specie deve essere quella di "danno comunitario". In altri termini, si deve trattare di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro — che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse — mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze "falsamente indicate come straordinarie e temporanee" essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum)" (in tal senso anche la recentissima Cassazione civile, sez. lavoro, n.1260/15). La sentenza in commento ribalta la precedente impostazione, facendo leva sulla più volte citata ordinanza "Papalia" della Corte di Giustizia Europea del 12 dicembre 2013 (causa C-50/13), con la quale è stato affermato che gli Stati membri non

possono subordinare il risarcimento del danno del lavoratore a termine nel settore pubblico alla fornitura di una prova eccessivamente difficile e puntualizza che deve trattarsi *“di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro – che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse – mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze “falsamente indicate come straordinarie e temporanee”*. Pertanto, *“salva restando la possibilità per il lavoratore di fare ampio uso della prova presuntiva, è sufficiente che il ricorrente fornisca elementi di fatto idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, spettando alla amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso”*. La Corte sottolinea altresì che il ristoro del danno *“deve essere completo – sia per quanto riguarda il danno da perdita di lavoro inteso in senso ampio sia per quel che concerne gli aspetti retributivi” e “proporzionato alla singola fattispecie”*. A tal fine, *“si dovrà, tra l'altro, tenere conto del numero dei contratti a termine, dell'intervallo di tempo intercorrente tra l'uno e l'altro contratto, della durata dei singoli contratti e della complessiva durata del periodo in cui è stata la reiezione. Ma si dovrà anche considerare il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (...) quale espressione del dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost.”*.

Nel caso in esame, deve evidenziarsi che parte attrice ha posto a fondamento della propria domanda la violazione dell'art. 5 comma 4 bis D.Lvo 368/01, allegando altresì i fatti integranti tale fattispecie (successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti che abbiano complessivamente superato i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, con violazione del disposto normativo perfezionato con la stipulazione del primo contratto successivo all'entrata in vigore alla l. 247/07 che abbia superato tale limite).

La successione di contratti verificatasi nel caso di specie consente di ritenere effettivamente integrata la previsione normativa sopra indicata. Si tratta infatti di molteplici contratti di cui che coprono con continuità gli anni scolastici dal 2000 al 2013, e dunque parte ricorrente ha ampiamente superato i *“trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro”*.

Al fine di far sì che il risarcimento dei danni abbia i caratteri individuati dalla Corte di Giustizia, deve ritenersi che al lavoratore che sia stato illegittimamente assunto a termine e che non possa vedere accertata la natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, spetti un risarcimento che insieme sia adeguato ristoro del danno costituito dalla impossibilità di fruire di una occupazione stabile alle dipendenze della pubblica amministrazione, possibilità invece attribuita ai dipendenti di aziende private assunti a termine illegittimamente, e contemporaneamente costituisca una valida misura dissuasiva contro l'abusivo ricorso alle assunzioni a termine.

In ordine alla natura di tale ristoro giova richiamare la già menzionata S.C. (cfr. Cass. n. 24781/14) la quale, sostenendo che *"...In altri termini, si deve trattare di un risarcimento conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività rispetto al ricorso abusivo alla stipulazione da parte della PA di contratti a termine, configurabile come una sorta di sanzione ex lege a carico del datore di lavoro — che può provare l'esistenza di eventuali ripercussioni negative evitabili dall'interessato che possono essere escluse — mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze "falsamente indicate come straordinarie e temporanee" essendo esonerato dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo, quindi, ad eventuale aliunde perceptum)"* pare pronunziarsi esplicitamente nel senso che il danno derivante dalla violazione della norma comunitaria ha carattere sanzionatorio e non carattere ripristinatorio, differenziandosi per questo aspetto dalla nozione di *risarcimento* intesa come *riparazione per equivalente* di un danno effettivo, da allegare e provare in concreto.

Ritiene lo scrivente di aderire a tale orientamento, sul rilievo della necessità, ai termini della normativa europea, di sanzionare l'eventuale accertato utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine, ripetutamente affermata dalla Corte di Giustizia.

Per la quantificazione del danno, i giudici di legittimità hanno suggerito (cfr. Cass. n. 24781/2014), in via tendenziale, l'applicazione dei criteri previsti dall'art. 8 della legge n. 604/1966 (da un minimo di 5 ad un massimo di 12 mensilità). Va esclusa invece l'applicazione dei meccanismi forfettari previsti dall'art. 32 della legge n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro) e dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in quanto, secondo la Cassazione, riguardanti situazioni differenti da quella in esame. Tale orientamento, tuttavia, desta qualche perplessità. A parte la scelta del regime forfettario più penalizzante tra quelli citati, l'applicazione dei criteri predetti rischia di negare al lavoratore la

possibilità di ottenere un risarcimento "completo" e "proporzionato alla fattispecie", con una evidente disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati. Infatti, a fronte della medesima condotta illegittima, ai secondi spetterebbe, oltre all'indennità forfettaria, anche la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta la sola indennità.

Non senza dimenticare che il campo di applicazione dell'art. 8 L. 604/66 è riservato:

- a datori di lavoro di piccole dimensioni, nell'impiego privato;
- ovvero a datori di lavoro altrimenti esclusi dall'applicazione dell'art 18 L. 300/70.

Difetta, pertanto, il requisito della equivalenza delle situazioni. Appare pertanto più consono ai criteri dettati dal giudice sovranazionale in tema di effettività e dissuasività del ristoro, optare per una differente forma di risarcimento.

Nell'impiego privato l'art. 32 co. 5 della L 183/2010 prevede, nei casi di accertata illegittimità del termine apposto del contratto di lavoro, tanto la prosecuzione/trasformazione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato che il risarcimento del danno subito dal lavoratore, stabilendo che "*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 ed 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*".

Una sanzione equivalente nel rapporto di lavoro pubblico deve dunque tenere conto sia della componente relativa alla "*conversione del contratto*", sia della componente della indennità onnicomprensiva.

Sotto il primo profilo il mezzo più appropriato, stante il divieto di conversione di cui all'art. 36 D.lvo 365/2001, va rinvenuto all'interno dell'art. 18 L. 300/1970 (invece che nel richiamato art. 8 L.604/66), in quanto norma relativa a datori di lavoro che, in relazione al requisito dimensionale, possono essere comparabili ad una pubblica amministrazione; applicabile alle pubbliche amministrazioni, a prescindere dal numero dei dipendenti (art. 51 cpv. d. lgs 165/2001).

Ai sensi dell'art. 18 (commi tre e quattro del testo introdotto dalla legge 92/2012), la indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro è pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Il ricorso all'art. 18 si giustifica nei soli limiti della quantificazione ex lege del valore forfettizzato del diritto alla stabilità dell'impiego/prosecuzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso un datore di lavoro pubblico.

2) Quanto al profilo indennitario, non si ravvisano invece ostacoli alla quantificazione del risarcimento negli stessi termini indicati nell'art. 32 co. 5 legge 183/. Va anzi sottolineato che anche tale norma prevede un meccanismo forfettizzato di liquidazione che presume una misura minima del danno e fissa parametri di quantificazione (quelli dell'art. 8 L. 604/66) che prescindono dalla perdita patrimoniale concreta del lavoratore, in quanto hanno riguardo a dati oggettivi (le dimensioni dell'impresa e la anzianità di servizio del lavoratore) o - quando si riferiscono a dati soggettivi (comportamento e condizioni delle parti) - pongono sullo stesso piano le diverse posizioni del datore di lavoro e del lavoratore - danneggiato.

Sicché il danno comunitario ai sensi dell'art. 36 D.lvo 165/2001 può essere individuato sommando alle 15 mensilità sostitutive della reintegra - di cui all'art. 18 L. 300/70 - la indennità di cui all'art. 32 L. 183/2010.

Nella fattispecie di causa in ragione del periodo di servizio prestato, sia nel lungo periodo (circa 13 anni) sia in relazione alla durata dei singoli contratti (non tutti di durata annuale) appare congruo liquidare la indennità nella misura di 7 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Non possono invece riconoscersi ulteriori forme di risarcimento (differenziale sulle retribuzioni, danno non patrimoniale, scatti di anzianità ecc.).

Premesso infatti, con specifico riferimento agli scatti di anzianità che larga parte della giurisprudenza (Cass. Sez. Lav. 8060/2011; Cass. Sez. Lav. 10127/2012; da ultima la recentissima Corte Appello Roma 6.3.2015) ha escluso la fondatezza del relativo diritto per il personale supplente, va comunque rimarcato che il danno di cui all'art. 32 co. 5 L. 183/2010 è infatti una indennità onnicomprensiva, il che equivale a dire che il legislatore ha predeterminato ex lege una indennità forfettaria integralmente riparatoria del danno, da un lato presumendo in via assoluta il suo verificarsi - e così esonerando il lavoratore dal relativo onere della prova- dall' altro, tuttavia, impedendo di provare danni eccedenti la misura massima forfettariamente fissata. Tale meccanismo di riparazione, ritenuto conforme a costituzione, deve essere applicato anche al lavoratore pubblico, in ragione della necessità della equivalenza delle tutele.

Quanto agli accessori, non trova applicazione la disciplina di cui all'articolo 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 relativa "agli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale" dei pubblici dipendenti laddove la attuale condanna ha carattere risarcitorio. Deve piuttosto considerarsi che i meccanismi forfettari di liquidazione adottati prevedono una quantificazione del danno già attualizzata alla data



[Handwritten signature]

della sentenza. Per il periodo successivo alla sentenza sono dovuti gli interessi legali, secondo la disciplina comune delle obbligazioni di valuta.

Le spese di giudizio si compensano per la novità e complessità delle questioni trattate, per il notorio contrasto formatosi nell'ambito della giurisprudenza e, in proposito, tenuto conto dell'intervento chiarificatore, nelle more del giudizio, della sentenza della Corte di Giustizia 26/11/2014.

P.Q.M.

IL TRIBUNALE DI BRINDISI

In composizione monocratica, in persona del dott. Francesco De Giorgi, in funzione di giudice del lavoro,

definitivamente pronunciando sul ricorso proposto con atto depositato il 19.5.2011 da _____, nei confronti del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, dell'Ufficio Scolastico Regionale per la Puglia e Ambito Territoriale per la provincia di Brindisi, così provvede:

- 1) Accoglie il ricorso e per l'effetto per l'effetto condanna il Ministero della Istruzione al risarcimento del danno in favore di parte ricorrente nella misura complessiva di 22 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto oltre interessi legali dalla data della presente pronunzia al saldo.
- 2) Rietta per il resto il ricorso.
- 3) Spese compensate.

Brindisi, 8.7.2015

L'ASSISTENTE GIUDIZIARIO
(MANCA CORDA)

IL GIUDICE DEL LAVORO
(dott. Francesco De Giorgi)

