



## TRIBUNALE DI TRAPANI

Il Tribunale di Trapani, in funzione di Giudice del Lavoro, nella persona del dott. Mauro Petrusa, nel procedimento tra:

**GIUSEPPA SANTORO** (C.F. SNTGPP69T52G208L), difesa dall'avv. S. Galleano e dall'avv. F. Campo,

- Parte ricorrente

e

**COMUNE di VALDERICE** (C.F. 93008050812) in persona del Sindaco *pro tempore*, difeso dall'avv. G. Messina

- Parte resistente

e

**PRESIDENZA del CONSIGLIO dei MINISTRI** (C.F. 93008050812) in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo

- Parte resistente

avente ad oggetto la legittimità del termine finale apposto al contratto di lavoro stipulato in data 4.10.2010 e prorogato più volte, fino al 31.12.2016,

vista la mancata adesione della ricorrente alla proposta transattiva formulata dal giudice ai sensi dell'art. 420 cpc.,

visto l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 5072/2016 il quale, in ottemperanza alle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia Europea in molteplici occasioni (da ultimo nella causa C-22/13 e altre riunite, caso Mascolo), ha indicato come misura tesa a sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato da parte delle Amministrazioni pubbliche l'indennità di cui all'art. 32 co. 5° L. 183/2010 (da 2,5 a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto da ultimo percepita), salva la prova a carico del lavoratore del maggior danno subito,



ritenuto necessario adire la Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di verificare l'effettiva idoneità di detta misura a disincentivare l'abuso di contratti a termine da parte delle Amministrazioni nazionali (principio di Effettività) e per appurare se questa rispetti il principio di Equivalenza, ribadito dalla Corte di Giustizia nel punto n. 52 della sentenza del 7.11.2006 (caso Marrosu) e poi, da ultimo, nel punto n. 79 della del 26.11.2014 (caso Mascolo),

ha pronunciato la seguente

## ORDINANZA

### **1. Premessa in fatto:**

La ricorrente, dal 1996 al 2002, aveva prestato attività lavorativa come Lavoratore Socialmente Utile in favore del Comune di Valderice e, poi, era stata impiegata presso il medesimo Ente con contratto di collaborazione coordinata e continuativa fino al 2010.

In data 4.10.2010 ha stipulato con il Comune di Valderice un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale per il periodo compreso fra la data di stipulazione e il 31.12.2012 (doc. AA).

Detto contratto è stato però prorogato per tre volte e ha avuto, quindi, una durata complessiva che si è protratta fino al 31.12.2016.

In sostanza, ad oggi, la ricorrente ha lavorato per il Comune di Valderice, col vincolo della subordinazione, giusta contratto a tempo determinato, per più di 5 anni, ossia, oltre il limite dei 36 mesi stabilito dalla Direttiva 1999/70/CE, e recepito nel diritto interno dall'art. 5 del D.lgs. n. 368/2001.

Con il ricorso in oggetto la ricorrente ha formulato le seguenti richieste:

*"1. Accertare e dichiarare che l'amministrazione convenuta ha, in violazione della Direttiva UE 1999/70, posto in essere un abuso nell'utilizzazione dei contratti a termine stipulati con la parte ricorrente;*

*2. Per l'effetto condannare la stessa al risarcimento del danno subito dal ricorrente in forma specifica, ordinando la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del compimento del 36° mese di lavoro alle dipendenze dell'ente convenuto;*

*3. In subordine - salvo gravame ed azione nei confronti dello Stato italiano per violazione della Direttiva UE - condannarsi l'Amministrazione convenuta al risarcimento del danno in forma monetaria nei termini specificati in ricorso;*

*4. In ulteriore subordine, condannarsi lo Stato italiano in via graduata al risarcimento in forma specifica, ordinando che proceda, nell'ambito dei suoi poteri ex art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, e dall'articolo 41 della legge 234/2012 alla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'ente convenuto in giudizio, ovvero, in via graduata, a risarcire il danno in forma monetaria nei termini specificati in ricorso;*



**5.** Condannarsi inoltre l'Amministrazione convenuta, in applicazione dell'art. 6 D.Lgs. 368/2001, dell'art. 45 D.Lgs. 165/2001 e, comunque, della clausola 4 della Direttiva UE 1999/70, a retribuire e trattare sotto il profilo giuridico il ricorrente nella stessa misura di un lavoratore a tempo interminato suo dipendente con la medesima anzianità di servizio, condannandolo al risarcimento dei danni nella misura da quantificarsi in separata sede, in caso di mancata ottemperanza da parte dell'ente convenuto, con rivalutazione ed interessi".

## **2. NORMATIVA E GIURISPRUDENZA DELL'UNIONE EUROPEA:**

**La Direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999**, con la clausola n. 1, lett. b, pone l'obiettivo di *"creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato"*; la clausola n. 4, poi, sancisce il principio di non discriminazione fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato.

La clausola n. 5 introduce l'obiettivo di *"prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato"*, e indica talune misure che gli Stati membri sono chiamati a recepire (con l'obbligo di introdurne almeno una fra quelle elencate).

La clausola in esame, tuttavia, riguarda le misure "a monte", ossia, quelle inerenti alla legittimità della pattuizione contrattuale, non il rimedio applicabile per il caso di violazione dei limiti dettati dalla normativa nazionale.

Sotto questo aspetto, la Direttiva non sancisce espressamente neppure un principio di "parità di trattamento" fra diversi settori lavorativi e, in particolare, non afferma espressamente che nel settore del pubblico impiego debba applicarsi la stessa misura predisposta nel settore del lavoro privato.

Conseguentemente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha più volte escluso che, nel settore dell'impiego pubblico, la violazione del divieto di reiterazione del rapporto oltre il trentaseiesimo mese debba essere necessariamente sanzionata col medesimo rimedio applicabile nel lavoro privato (in Italia, con la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato).

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha comunque ritenuto necessario elaborare un principio di "Equivalenza" fra posizioni lavorative affini; sebbene tale principio abbia portata meno incisiva di quello di "parità di trattamento", esso rappresenta senz'altro un parametro che gli Stati membri sono tenuti ad osservare.

In sostanza, l'abusiva reiterazione di contratti a tempo determinato, nel settore pubblico, deve dare luogo all'applicazione di rimedi di peso comparabile a quelli applicati nel settore privato.



Vanno quindi richiamate le seguenti pronunce:

**Sentenza emessa dalla Corte di Giustizia il 26.11.2006 nella causa C-53/04 (Caso Marrosu+1/Ospedale San Martino di Genova)**, in cui si afferma che, sebbene non vi sia un obbligo per gli Stati Membri di predisporre la conversione dei contratti di lavoro a termine abusivamente reiterati e, quindi, (punto 48) *“la clausola 5 dell’accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico”* ... (punto 49) *“come risulta dal punto 105 della citata sentenza Adeneler e a., affinché una normativa nazionale ... che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all’accordo quadro, l’ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un’altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l’utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione”*.

In sostanza, il principio di Equivalenza consente sì agli Stati membri l’adozione di misure contenutisticamente differenti nei due settori, ma impone che, nella sostanza, le diverse reazioni contro gli (analoghi) abusi commessi nei due settori siano di intensità comparabile fra di loro, ossia, che la tutela (anche riparatoria) attribuita al lavoratore sia soddisfacente in egual misura nei due campi di applicazione.

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

Il principio di effettività (che, accanto a quello di equivalenza, deve dirigere lo Stato membro nell’individuazione di misure alternative alla conversione del rapporto) è stato ben esplicito dalla Corte di Giustizia anche **nell’Ordinanza del 12.12.2013, resa nel processo C-50/2013 (caso Papalia)**, in cui si è affermato che l’onere probatorio che il lavoratore deve assolvere per godere



della protezione avverso l'abusiva reiterazione dei contratti a termine oltre il limite dei 36 mesi, non deve essere tanto gravoso al punto da svilire la tutela. In particolare, al lavoratore che intenda conseguire il risarcimento del danno non può essere chiesto di provare la perdita di migliori opportunità lavorative.

**La Sentenza emessa dalla Corte di Giustizia in data 26.11.2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 A C-63/13 e C-418/13, c.d. caso Mascolo**, in ordine all'individuazione dell'*an* dell'illecito, ha confermato in modo definitivo che la reiterazione di rapporti a tempo determinato, anche nell'ambito del settore pubblico (e salve talune eccezioni inquadabili nell'ambito della lettera A della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE), costituisce un abuso e, in quanto tale, deve essere necessariamente sanzionata. Per quanto concerne l'individuazione in concreto della misura repressiva applicabile (questione rilevante ai fini che qui interessano), la pronuncia suddetta, nei punti 77-83, ha ribadito che *“quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 62 nonché giurisprudenza ivi citata).*

*Seppure, in mancanza di una specifica disciplina dell'Unione in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 63 nonché giurisprudenza ivi citata).*

*Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 64 nonché giurisprudenza ivi citata).*

*A tale proposito, occorre ricordare che, come sottolineato ripetutamente dalla Corte, l'accordo quadro non enuncia un obbligo generale degli Stati membri di*



*prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato.*

Nella pronuncia in esame la Corte ha ribadito che *essa “non è competente a pronunciarsi sull’interpretazione delle disposizioni del diritto interno”, in quanto “Spetta ... al giudice del rinvio valutare in che misura i presupposti per l’applicazione nonché l’effettiva attuazione delle disposizioni rilevanti del diritto interno costituiscano una misura adeguata per prevenire e, se del caso, punire l’uso abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato”. Ma ha poi ricordato che “la Corte, nel pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale, può fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione”.*

Proprio al fine di stimolare la Corte di Giustizia a fornire le suddette precisazioni, questo Tribunale solleva la presente questione pregiudiziale.

Va chiarito che l’oggetto dei quesiti non investe la valutazione della legittimità o l’illegittimità dei contratti di lavoro protratti dalle Amministrazioni pubbliche oltre i limiti consentiti (questione ormai superata dalla folta giurisprudenza della Corte di Giustizia, da ultimo anche nel settore scolastico con la citata sentenza resa nel caso Mascolo), bensì riguarda soltanto l’individuazione di una concreta misura “dissuasiva”, applicabile nel caso in cui l’abusiva reiterazione dei rapporti a tempo determinato sia avvenuta nel settore pubblico, posto che, nei rapporti di lavoro privato, la normativa nazionale prevede i rimedi che appresso si diranno.

### **3. NORMATIVA NAZIONALE APPLICABILE:**

**L’art. 117 della Costituzione italiana** ha recepito il principio di primazia del diritto dell’Unione europea affermando, nel primo comma, che *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.*

Il **D.lgs. n. 368/2001**, recependo la Direttiva 1999/70/CE, ha delimitato il perimetro della legittimità dei contratti a tempo determinato e, nella versione applicabile *ratione temporis* al caso di specie, ha “sanzionato” l’abusiva protrazione/reiterazione dei rapporti a termine con la c.d. “conversione” del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato.

L’art. 5 del decreto, nel comma 4-bis (introdotto dalla L. 247/07), infatti, così recita: *“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. ...*".

Il comma 2, infatti, stabilisce che *"Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-bis, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini."*

In sostanza, il D.lgs. n. 368/2001 stabilisce che, nel caso in cui il dipendente venga impiegato oltre il limite stabilito dal contratto ovvero oltre il limite massimo di 36 mesi, il rapporto si "converte" e diviene a tempo indeterminato.

La predetta "conversione", però, si ritiene applicabile al solo settore di lavoro privato, in quanto nel pubblico impiego vige una disposizione che ha carattere di specialità rispetto alla disciplina anzidetta: **l'art. 36 del D.lgs. n. 165/2001**. Tale disposizione scaturisce dal dettato dell'art. 97 della Costituzione italiana, che impone alle pubbliche amministrazioni di assumere personale solo a seguito di procedure selettive.

Nello specifico, l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01, nel primo comma stabilisce che *"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"*, e nel comma 5 chiarisce quanto segue: *"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...."*

Da un lato, la disposizione predetta esclude la "conversione" del rapporto, ossia il rimedio che nel settore del lavoro privato costituisce il cardine della tutela del lavoratore, dall'altro, essa indica quale rimedio il risarcimento del danno.

La locuzione *"danno derivante dalla prestazione di lavoro"* non deve fuorviare, nel senso che non può essere letta come volta a richiedere l'esistenza e la prova di un nesso di causalità fra lo *svolgimento* della prestazione e il pregiudizio (come invece viene affermato in talune sentenze italiane).

Infatti, nell'ordinamento civile italiano vige il principio della atipicità dell'illecito, per cui, *"Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un*



*danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”* (art. 2043 cod. Civ.).

L’art. 36 del D.lgs. n. 165/01, cioè, non circoscrive la portata generale della tutela risarcitoria stabilita dalle norme civilistiche e, quindi, la locuzione che identifica il danno come “*derivante dalla prestazione di lavoro*” non può essere letta come volta ad escludere la risarcibilità di altri danni, scaturiti da diverse cause di matrice dolosa o colposa.

Altra disposizione nazionale rilevante al fine di risolvere la questione in oggetto è l’**art. 32 comma 5° della L. 183/2010**: “*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*”. Con tale disposizione il legislatore nazionale ha voluto evitare che un fattore aleatorio, come la durata del processo per l’accertamento dell’illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, possa incidere sulla misura del danno risarcibile. Si tratta cioè di un emolumento volto a dare ristoro per la perdita delle retribuzioni che sarebbero maturate nell’arco di tempo compreso fra la scadenza del termine apposto al contratto e la pronuncia di accoglimento del giudice.

Va da subito evidenziato che, conformemente a tale *ratio*, nel settore di lavoro privato l’indennità in esame si applica “in aggiunta” alla conversione del rapporto lavorativo. Ciò scaturisce non solo dal tenore testuale della norma (che esordisce con la locuzione: “*nei casi di conversione*”), ma pure dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2011 (“*l’indennità prevista dall’art. 32, commi 5 e 6, della legge n. 183 del 2010 va chiaramente ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario*”).

In sostanza, l’indennità di cui all’art. 32 della L. 183/2010 non sostituisce il rapporto lavorativo (che viene riconosciuto mediante una tutela “reale”, ossia attraverso il meccanismo di conversione, di cui sopra), ma sostituisce solo le retribuzioni che sarebbero state percepite nelle more dell’accertamento delle ragioni del lavoratore.

#### **4. SINTESI DELLA QUESTIONE:**

La necessità di adire la Corte di Giustizia scaturisce da una recente pronuncia resa **dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite, con sent. n. 5072/2016**.



Con essa la corte nazionale ha ritenuto di dare corretta e puntuale esecuzione alle istruzioni impartite dall'Ordinamento Comunitario, in particolare dalle sentenze Marrosu del 2006 e Mascolo del 2014, le quali hanno sancito la possibilità per gli Stati Membri di adottare forme di tutela diverse dalla "conversione" del rapporto lavorativo, lasciando agli Stati membri una certa discrezionalità di scelta.

Fra la soluzione "in natura" (la conversione del rapporto previa disapplicazione dell'art. 36 del D.lgs. n. 165/01) e quella "per equivalente", la Corte di cassazione ha chiaramente mostrato di preferire la seconda.

Le perplessità sollevate dallo scrivente nascono dal fatto che la pronuncia in esame ha quantificato l'emolumento da attribuire al privato-danneggiato con criteri che possono apparire scarsamente incisivi, specie se rapportati alla tutela (ben più intensa) riconosciuta all'Ordinamento nazionale nel settore del lavoro privato.

Il complesso di misure che le Sezioni Unite ritengono sufficienti a soddisfare i parametri dettati dalla Corte di Giustizia con la sent. Mascolo (C-22/13) si articola nel seguente modo:

- 1- Una "**responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine**",
- 2- Un **risarcimento del danno** che si compone di due elementi:
  - a. Un indennità forfetaria, attribuita senza che il lavoratore sia chiamato a fornire alcuna prova, da quantificare fra un minimo di 2,5 mensilità e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione (ossia, nell'indennità di cui al citato art. 32 co. 5° L. n. 183/2010 che, come detto, nel lavoro privato viene riconosciuta "in aggiunta" alla conversione del rapporto);
  - b. Un risarcimento per la perdita di chances favorevoli, previo assolvimento di un pesante onere probatorio a carico del lavoratore. Costui deve dimostrare che, se l'Amministrazione avesse regolarmente indetto un concorso, egli sarebbe risultato vincitore o, comunque, che talune possibilità di impiego alternative sono sfumate a causa del rapporto a termine instaurato con l'Amministrazione.

Il danno risarcibile, secondo la Corte di cassazione, non riguarda la "mancata conversione del rapporto" né la "perdita del posto di lavoro". Secondo la Corte di cassazione "*il danno è altro*" e riguarda la perdita di chance.

Giova riportare i passaggi principali della decisione della Corte di cassazione (sent. 5072/2016): "*Il lavoratore, che abbia reso una prestazione lavorativa a termine in una situazione di ipotizzata illegittimità della clausola di apposizione*



*del termine al contratto di lavoro o, più in generale, di abuso del ricorso a tale fattispecie contrattuale, essenzialmente in ipotesi di proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione contra legem, subisce gli effetti pregiudizievoli che, come danno patrimoniale, possono variamente configurarsi.*

*Si può soprattutto ipotizzare una perdita di chance nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell'illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore. (...) L'evenienza ordinaria è la perdita di chance risarcibile come danno patrimoniale nella misura in cui l'illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile.*

*Ma non può escludersi che una prolungata precarizzazione per anni possa aver inflitto al lavoratore un pregiudizio che va anche al di là della mera perdita di chance di un'occupazione migliore.*

*In ogni caso l'onere probatorio di tale danno grava interamente sul lavoratore. Pur potendo operare il regime delle presunzioni semplici (art. 2729 c.c.), però indubbiamente il danno - una volta escluso che possa consistere nella perdita del posto di lavoro occupato a termine - può essere in concreto di difficile prova; di qui il monito della Corte di giustizia con riferimento all'ipotesi dell'abuso del ricorso al contratto a termine.*

*Occorre allora un'operazione di integrazione in via interpretativa, orientata dalla conformità comunitaria, che valga a dare maggiore consistenza ed effettività al danno risarcibile. (...)*

*A livello di normativa interna la prova del danno grava sul lavoratore che eserciti in giudizio la pretesa risarcitoria regolata dalla disciplina codicistica (art. 1223 c.c.). La circostanza che effettivamente il lavoratore abbia difficoltà a provare il danno subito, che consiste essenzialmente nella perdita di chance di un'occupazione migliore, costituisce un inconveniente di mero fatto che non mina la legittimità - si ripete, a livello interno - di tale normativa applicata a questa fattispecie.*

*Se però ci si sposta a livello comunitario, la situazione è differente ed è tale in ragione proprio del ricordato monito della giurisprudenza della Corte di giustizia: la difficoltà della prova non può dirsi che costituisca un inconveniente di mero fatto, ma - in caso di abusivo ricorso al contratto a termine che va prevenuto con misure equivalenti, di efficacia non inferiore a quelle previste dalla clausola 5 del citato accordo quadro - ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria e quindi in violazione di quest'ultima; la quale, per essere (pacificamente) non autoapplicativa, opererebbe non di meno come parametro interposto ex art. 117, primo comma, Cost. e potrebbe inficiare la legittimità*



costituzionale della norma interna (art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001) che tale pretesa risarcitoria disciplina in termini comunitariamente inadeguati nel caso di abuso nella successione di contratti a termine.

(...)

La fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua, è invece quella del citato art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 che prevede - per l'ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto a tempo determinato nel settore privato - che "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" (in tal senso già Cass. 21 agosto 2013, n. 19371).

La misura dissuasiva ed il rafforzamento della tutela del lavoratore pubblico, quale richiesta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è proprio in questa agevolazione della prova da ritenersi in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 del più volte citato accordo quadro: il lavoratore è esonerato dalla prova del danno nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo.

La trasposizione di questo canone di danno presunto esprime anche una portata sanzionatoria della violazione della norma comunitaria sì che il danno così determinato può qualificarsi come danno comunitario (così già Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481 e 3 luglio 2015, n. 13655) nel senso che vale a colmare quel deficit di tutela, ritenuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la cui mancanza esporrebbe la norma interna (art. 36, comma 5, cit.), ove applicabile nella sua sola portata testuale, ad essere in violazione della clausola 5 della direttiva e quindi ad innescare un dubbio di sua illegittimità costituzionale; essa quindi esaurisce l'esigenza di interpretazione adeguatrice. La quale si ferma qui e non si estende anche alla regola della conversione, pure prevista dall'art. 32, comma 5, cit., perché - si ripete - la mancata conversione è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione.

(...)

Deve aggiungersi che solo apparentemente può sembrare che il lavoratore privato consegue - in termini di tutela approntata dall'ordinamento - qualcosa di più (la conversione del rapporto e quindi la reintegrazione nel posto di lavoro oltre all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, cit.) rispetto al lavoratore pubblico (al quale è riconosciuto solo il risarcimento del danno da quantificarsi innanzi tutto nella misura della stessa indennità risarcitoria).

In realtà così non è.



*L'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, cit. ha una diversa valenza secondo che sia collegata, o no, alla conversione del rapporto.*

*Per il lavoratore privato l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è in chiave di contenimento del danno risarcibile per essere - o poter essere - l'indennizzo meno del danno che potrebbe conseguire il lavoratore secondo i criteri ordinari; contenimento che è risultato essere compatibile con i parametri costituzionali degli artt. 3, 4 e 24 Cost. (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.).*

*Per il lavoratore pubblico invece l'indennizzo ex art. 32, comma 5, è, all'opposto, in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore.”*

*In sostanza il lavoratore pubblico - e non già il lavoratore privato - ha diritto a tutto il risarcimento del danno e, per essere agevolato nella prova (perché ciò richiede l'interpretazione comunitariamente orientata), ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5. Ma non gli è precluso di provare che le chance di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno patrimoniale più elevato.*

*Invece il lavoratore privato non ha questa possibilità e questa restrizione è stata ritenuta costituzionalmente non illegittima (Corte cost. n. 303 del 2011, cit.) considerandosi che egli ha comunque diritto alla conversione del rapporto.*

Riassumendo, la Corte di cassazione afferma che, sebbene il dipendente privato consegua apparentemente “qualcosa di più” rispetto ad al lavoratore pubblico comparabile, ossia il rapporto lavorativo in natura, questa differenza sarebbe solo fittizia, perché compensata da un’agevolazione probatoria in favore del pubblico dipendente, il quale potrebbe conseguire l’indennità dell’art. 32 L. 183/10 senza dover fornire alcuna prova.

In realtà, però, allo scrivente sembra che le due situazioni vengano trattate in modo radicalmente diverso e che il lavoratore pubblico (nonostante ciò che afferma la Suprema Corte), sia fortemente penalizzato rispetto al dipendente privato “comparabile”.

In estrema sintesi:

- Nel settore privato, se il contratto prosegue oltre il limite di 36 mesi, viene riconosciuto (come detto) sia il rapporto in natura (con la conversione) che l’indennità di cui all’art. 32 L. 183/10. Entrambi i benefici vengono attribuiti *senza che debba essere fornita alcuna prova* in ordine alle conseguenze dell’illecito (basta la prova della violazione del limite dei 36 mesi).
- Nel settore pubblico, l’abusiva successione di contratti dà luogo al riconoscimento della sola indennità di cui all’art. 32 L. 183/2010, senza



attribuzione “automatica” di alcun emolumento che sostituisca il rapporto. Solo laddove il lavoratore provi di aver perduto una migliore opportunità lavorativa (a causa del rapporto a termine instaurato con l’Amministrazione), ovvero, che laddove fosse stato indetto un concorso lo avrebbe vinto, allo stesso spetterà il risarcimento integrale del danno.

Bisogna ricordare che la pronuncia resa dalle Sezioni Unite che qui si sta esaminando si prefigge dichiaratamente l’obiettivo di individuare una misura (alternativa alla conversione del rapporto) che la Corte di Giustizia, con le sentenze che hanno definito il caso Mascolo e il caso Marrosu, aveva detto essere compatibile con l’ordinamento dell’Unione europea.

Occorre quindi appurare se la soluzione elaborata dalla Corte di cassazione rispetti i (già richiamati) principi di Equivalenza e di Effettività.

##### **5. OSSERVAZIONI DEL GIUDICE REMITTENTE:**

Con riferimento al principio di Effettività, va detto che è meramente teorica la possibilità che il lavoratore provi la perdita di una migliore occasione lavorativa favorevole, ed è addirittura giuridicamente impossibile che provi (sia pure con l’ausilio di presunzioni) l’ipotetica vittoria di un eventuale concorso pubblico (concorso mai concretamente bandito dall’Amministrazione).

Sul punto è di esemplare chiarezza l’ordinanza che ha definito il caso Papalia (C-50/2013). La Corte di Giustizia ha già una volta censurato il ragionamento operato dalla Corte di cassazione affermando quanto segue (punti 26 e ss. dell’ordinanza citata): *“dalla decisione di rinvio si evince che la normativa interna in questione nel procedimento principale, nell’interpretazione datane dalla Corte suprema di cassazione, pare che imponga che un lavoratore del settore pubblico, quale il sig. Papalia, il quale desideri ottenere il risarcimento del danno sofferto, nell’ipotesi di utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non goda di nessuna presunzione d’esistenza di un danno e, di conseguenza, debba dimostrare concretamente il medesimo. Secondo il giudice del rinvio, una prova siffatta, quanto all’interpretazione seguita nell’ordinamento nazionale, richiederebbe che il ricorrente sia in condizioni di provare che il proseguimento del rapporto di lavoro, in base a una successione di contratti a tempo determinato, l’abbia indotto a dover rinunciare a migliori opportunità di impiego.*

(...)

32 *Nel caso di specie, secondo la decisione di rinvio, la prova richiesta in diritto nazionale può rivelarsi difficilissima, se non quasi impossibile da produrre da parte di un lavoratore quale il sig. Papalia. Pertanto, non si può escludere che*



questa prescrizione sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento dell'Unione e, segnatamente, del suo diritto al risarcimento del danno sofferto, a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

33 Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche del caso. In tale cornice, è suo compito anche esaminare in che misura, ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza, possano agevolare quest'onere della prova e, di conseguenza, incidere sull'analisi concernente il rispetto del principio di effettività in una controversia quale quella di cui al procedimento principale”.

Ebbene, come ha riconosciuto la Corte di Giustizia nella pronuncia di cui sopra, il riconoscimento del diritto al ristoro della perdita di *chances* favorevoli, previa dimostrazione di una *deminutio* sopra delineata, appare essere più apparente che concreto.

Peraltro il richiamo alle presunzioni, operato dalla Corte di cassazione con la sentenza 5072/16, non è di alcun ausilio effettivo al danneggiato, in quanto non è chiaro quale dovrebbe essere il “fatto noto” dal quale procedere per risalire al “fatto ignoto” da provare (ossia alla perdita di opportunità lavorative migliori). Va ricordato che, ai sensi dell’art. 2727 cod. civ. “*Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato*”.

- Se il fatto noto lo si volesse intendere “in astratto”, ossia come la generica attitudine del lavoratore a trovare altri impieghi, alla capacità professionale del lavoratore etc., allora la tesi della Corte di cassazione sfocerebbe necessariamente in un rigetto del risarcimento in quanto appare quantomeno dubbio che in giudizio il danneggiato possa fornire la prova della propria appetibilità sul mercato del lavoro. Anche se il lavoratore tentasse di fornire la detta prova, peraltro, è discutibile che il giudice la possa apprezzare.

Infatti, la valutazione delle presunzioni non è affidata alla sensibilità del magistrato, ma a precisi indici, come chiarito dall’art. 2729 cod. civ.: “*Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti.*” Quindi, il giudice non può applicare il sillogismo se non dopo aver accertato che il fatto noto esprima una elevata probabilità di esistenza del fatto ignoto (gravità), incompatibile con diverse conclusioni (precisione) e non sconfessata da altre risultanze (concordanza).



Applicando queste coordinate al caso di specie, appare puramente teorica la possibilità che un giudice ritenga che il lavoratore, con il proprio *curriculum* e le proprie capacità professionali, aveva una consistente probabilità di ottenere impieghi alternativi. Al contrario: l'esistenza di un elevato numero di disoccupati (anche con ottimi *curricula*) e il fatto che il mercato del lavoro segua spesso regole che esulano dalla meritocrazia, sono circostanze che rendono impossibile applicare un sillogismo tale per cui, in relazione alla capacità professionale del soggetto, si possano formulare prognosi circa la sua possibilità di impiego.

- Se, invece, il fatto noto lo si volesse intendere "in concreto", interpretando la tesi della Corte Costituzionale nel senso che il lavoratore, per conseguire il risarcimento, debba provare di aver ricevuto tangibili proposte di impiego a tempo indeterminato, e che le abbia dovute rifiutare perché vincolato dagli impegni assunti nei confronti dell'amministrazione, allora il risarcimento del danno menzionato dalla Corte italiana dovrebbe essere comunque negato, in quanto, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., il danneggiato ha il dovere giuridico di limitare il danno e non può pretendere il risarcimento del danno che avrebbe potuto evitare attivandosi diligentemente.

In altri termini, il lavoratore che reperisca una concreta ed effettiva possibilità di impiego a tempo indeterminato mentre è impegnato in un rapporto contrattuale a termine con altro datore di lavoro, è tenuto a comportarsi in modo tale da ridurre il più possibile il proprio pregiudizio; egli dovrà, quindi, in primo luogo tentare di mediare fra le diverse esigenze (ad esempio proponendo al proprio datore di lavoro uno scioglimento consensuale e anticipato del rapporto) e, nel caso di insuccesso, ha l'onere di dimettersi dall'impiego a tempo determinato (risarcendo ovviamente il danno causato col proprio recesso anzitempo) e di accettare l'impiego a tempo indeterminato offertogli.

Laddove ciò non faccia, e si limiti a rifiutare l'incarico migliore, non potrà poi pretendere di essere risarcito per il danno connesso alla perdita dell'opportunità di lavoro, in quanto tale perdita sarà a lui stesso ascrivibile.

Da quanto precede emerge che, nonostante l'apparente alleggerimento dell'onere probatorio mediante il ricorso alle presunzioni, il risarcimento della perdita di *chances*, ossia uno dei due pilastri sui quali poggia la tutela approntata dalla Corte di cassazione, è solo apparente. L'unica forma di tutela effettiva, pertanto, è rappresentata dall'indennità di cui all'art 32 L. 183/2010.



Ancor più evidente è l'impossibilità per il lavoratore di provare (come invece ipotizzato dalla Corte nazionale) che, se fosse stato indetto in regolare concorso, questo sarebbe stato vinto.

In mancanza di un bando di gara che indichi i requisiti di partecipazione alla selezione, i criteri di scelta, le cause di esclusione, le cause di incompatibilità dell'incarico, appare decisamente impossibile sapere se il lavoratore sarebbe risultato o meno vittorioso.

Neppure è possibile risarcire la sola perdita delle *chances* di vittoria della selezione, perché per misurare queste probabilità occorre almeno conoscere il numero di posti da occupare ed il numero di candidati (per poi risalire alle probabilità che il soggetto aveva di conseguire la vittoria).

In sostanza, ogni riferimento contenuto nella sentenza della Corte di cassazione n. 5072/2016 all'eventualità che il lavoratore provi l'esistenza di un danno effettivo, va ignorato in quanto si tratta di affermazioni valide solo sul piano filosofico e teorico, che in concreto non possono portare ad alcuno sbocco risarcitorio per il lavoratore.

Pertanto, il solo strumento di tutela che la Corte di cassazione ha riconosciuto al lavoratore vittima di una illegittima protrazione del rapporto oltre il 36° mese è rappresentato dall'indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità della retribuzione. Ciò fa dubitare, innanzitutto, del rispetto del principio di Effettività elaborato dalla Corte di Giustizia.

Allo scrivente appare infatti poco verosimile che, per l'Amministrazione, possa avere una valenza dissuasiva la condanna a pagare un importo che può anche arrivare a sfiorare i limiti del risibile (2,5 mensilità di retribuzione).

Ma quel che balza agli occhi è la differente intensità della tutela accordata nel settore privato, quindi, la possibile lesione del principio di Equivalenza.

Come già detto, nel settore privato il lavoratore (vittima del medesimo abuso) può ottenere il bene "posto di lavoro" e, per ripagarlo della perdita delle retribuzioni durante lo svolgimento del processo, anche l'indennità di cui all'art. 32 L. 183/2010. Quest'ultima, cioè, non rappresenta l'elemento fondamentale del rimedio, ma è di mero contorno, perché sostituisce solo il prezzo dell'attesa, come ha evidenziato la Corte Costituzionale con la già citata sentenza n. 303/2011.

Nessuna prova deve essere fornita dal lavoratore privato il quale, dopo aver dimostrato il superamento del limite dei 36 mesi, ha diritto senz'altro all'applicazione di entrambe le misure suddette.



E' veramente difficile comprendere l'affermazione della Corte di cassazione secondo la quale, queste tutele sarebbero Equivalenti a quelle riconosciuta nel settore pubblico. La sola misura (concreta) applicata in tale contesto, infatti, è l'indennità dell'art. 32 L. 183/2010, ossia, quella che nel lavoro privato rappresentava un *quid pluris* (verrebbe da dire: "la glassa sulla torta"). La misura coniata dalla Corte italiana s'incentra sul profilo marginale e nega la sostanza della tutela; questo deficit, secondo la Corte nazionale, dovrebbe essere compensato dall'esonero per il lavoratore pubblico da ogni onere probatorio, ma in realtà, come si è detto, anche nel lavoro privato vi analogo esonero dalla prova, quindi, non è chiaro quale sia il vantaggio attribuito nel settore pubblico che valga a compensare la perdita del posto di lavoro. Se non si individua un beneficio "sostitutivo", si dovrebbe necessariamente ritenere che le due tutele non siano "Equivalenti" fra di loro.

Posto che, se l'Ordinamento nazionale intende predisporre nel settore privato un rimedio diverso dalla conversione del rapporto può farlo, ma ha l'obbligo di introdurre diverse misure che *"non devono essere ... meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna"*, (come ha chiarito la Corte di Giustizia nei casi Mascolo e Marrosu), allora è evidente che l'attribuzione al lavoratore pubblico della sola indennità di cui all'art. 32 L. 183/2010 esprime senza dubbio una tutela "meno favorevole" di quella predisposta nel lavoro privato.

A parere dello scrivente l'errore di fondo ravvisabile nella sentenza resa dalla Corte di cassazione col n. 5072/2016 sta nel metodo logico seguito: la Corte ha sviluppato un ragionamento che prendeva le mosse dal diritto interno, raggiungendo la conclusione (condivisibile) che, secondo i parametri del diritto nazionale, al dipendente pubblico non possa essere erogato un risarcimento che tenga luogo del valore del posto di lavoro, perché per il diritto nazionale quel posto di lavoro non sarebbe mai spettato al dipendente, che non ha mai superato alcun concorso. Secondo il diritto nazionale, *"il danno è altro"*, come afferma (correttamente) la Corte in due punti della sentenza del 2016.

Tuttavia, poiché la predetta conclusione avrebbe violato palesemente le istruzioni impartite dall'Unione europea, la Corte nazionale ha dovuto operare una forzatura delle norme interne e ha quindi cercato di attribuire un minimo di tutela anche al dipendente pubblico. Nel tentativo di limitare al massimo la forzatura del diritto italiano, la Corte di cassazione ha concentrato l'attenzione sull'elemento accessorio della tutela predisposta nel settore privato (l'indennità volta a ripagare il lavoratore per l'attesa del riconoscimento delle sue ragioni), anziché su quello principale (l'attribuzione del posto di lavoro) e ha cercato di



esaltare i caratteri dell'emolumento economico attribuito in modo eccessivo (addirittura facendo apparire come agevolazioni per il lavoratore pubblico quegli esoneri probatori che, in realtà, sono riconosciuti anche al lavoratore privato). La Corte, in ultimo, ha mostrato di lasciare teoricamente aperta la possibilità che il dipendente consegua un pieno ristoro del danno, salvo poi subordinare tale evenienza a un onere probatorio di fatto impossibile da raggiungere.

Piuttosto, a parere dello scrivente, l'iter logico da seguire è diametralmente opposto: occorre partire dall'obiettivo indicato dall'Ordinamento dell'Unione europea, la quale ha indicato un punto di arrivo ben preciso lasciando ai giudici nazionali il compito di scegliere il modo di raggiungerlo: l'intensità della tutela nei vari settori deve essere "Equivalente"; quindi, se nel settore privato è stata disposta la costituzione forzosa di un rapporto a tempo indeterminato, in quello pubblico, se non si vuole estendere la medesima tutela, devono essere introdotte misure che *"non devono essere tuttavia meno favorevoli"*.

Movendo da tale premessa, se lo scrivente ha correttamente inteso il significato delle pronunce della Corte di Giustizia sopra menzionate, il parametro per individuare la misura applicabile nel settore dell'impiego pubblico va desunta da quelle in vigore nel settore privato, quantomeno con riferimento al grado di intensità della tutela.

Se quindi nel settore privato è stato previsto che il lavoratore che abbia subito l'abuso ha diritto a conseguire in natura il bene "posto di lavoro a tempo indeterminato" senza dover provare alcun pregiudizio, nel settore pubblico, laddove l'Ordinamento nazionale scelga di non applicare la misura suddetta, dovrà essere elaborato uno strumento alternativo per attribuire al privato la stessa utilità del bene "posto di lavoro a tempo indeterminato", anche in questo caso senza alcun onere probatorio.

In dettaglio, se l'Ordinamento sceglie una tutela di matrice risarcitoria, il risarcimento non potrà che avere ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.

Se queste coordinate sono corrette, allora diviene errata l'affermazione cardinale della pronuncia della Corte di cassazione del 2016 ("*il danno è altro*"): il danno, nel caso di specie, deve essere esattamente pari al valore di *quel* posto di lavoro che nel settore privato tale posto di lavoro sarebbe stato attribuito in natura. Non importa il fatto che il lavoratore non aveva diritto all'assunzione perché non aveva superato il concorso: la fonte del risarcimento non va ricercata nel principio del "danno effettivo" (che vige nell'ordinamento civile nazionale), ma nel fatto che, in situazioni analoghe, nel settore privato



l'ordinamento italiano ha scelto di attribuire in natura il bene "assunzione a tempo indeterminato", quindi, dovendo prevedere per il dipendente pubblico misure che *"non devono essere tuttavia meno favorevoli"*, l'emolumento non potrà che avere ad oggetto il valore economico del posto di lavoro negato. La fonte del rimedio, in sostanza, non va ricercata nel diritto nazionale, ma in quello dell'Unione europea.

E' ovvio che, così ragionando, si deroga a tutti i parametri conosciuti nel diritto civile italiano perché si finisce per configurare una vera e propria sanzione civile che è del tutto svincolata dal principio del "danno effettivo". Ma questa conclusione non deve sconvolgere: il principio di primazia dell'Ordinamento dell'Unione europea impone agli Stati membri di superare i propri dogmi (anche i più radicati, come quello della matrice riparatoria e non sanzionatoria del risarcimento del danno) al fine di raggiungere gli obiettivi indicati dall'Unione. Del resto, anche nel settore del lavoro privato il D.lgs. n. 268/2001 ha derogato a taluni principi cardinali del diritto civile per dare spazio alla tutela del lavoratore vittima dell'abuso, come richiesto dalla direttiva 1999/70/CE.

Il principio di "autonomia negoziale", infatti, consente ad un soggetto di prestare o di non prestare il proprio consenso alla stipulazione di un contratto. Nel settore imprenditoriale, poi, il detto principio è rafforzato dall'art. 41 della Costituzione il quale afferma che *"L'iniziativa economica privata è libera"*. In altri termini, l'imprenditore privato sarebbe stato libero di assumere o di non assumere il lavoratore a propria discrezione.

Quindi, anche il dipendente vittima dell'abusiva protrazione del rapporto a termine, nel settore privato, non avrebbe avuto diritto ad ottenere il posto di lavoro.

Ciononostante, il legislatore italiano, ravvisata la necessità di proteggere il lavoratore privato (come imposto dalla Direttiva comunitaria del 1999 e dall'art. 4 della Costituzione: *"La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto"*), è intervenuto a tutela del dipendente vittima dell'abuso sacrificando sia la portata dell'art. 41 della Costituzione che quella del principio di "autonomia negoziale", ossia imponendo al datore di lavoro privato la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (che lo stesso non avrebbe voluto instaurare), e addossandogli l'obbligo di erogare al lavoratore la retribuzione fino alla cessazione naturale del rapporto (di regola, fino al raggiungimento dell'età pensionabile del dipendente).

Se questa è stata la reazione dell'ordinamento nel settore privato, e se il principio di Effettività impone allo Stato membro di attivarsi per raggiungere un



analogo risultato nel lavoro pubblico, ogni eventuale intralcio che impedisca il raggiungimento della “Equiparazione” deve essere superato in via interpretativa o, al limite, con a disapplicazione da parte della magistratura nazionale delle norme ostative (ciò per il principio di primazia del diritto comunitario, recepito dall’art. 117 della Costituzione italiana).

Quindi, veramente non si comprende il perché nel settore pubblico il principio del “danno effettivo” e quello del concorso pubblico debbano rappresentare ostacoli insormontabili, tali da rendere impossibile l’attribuzione al lavoratore di un emolumento economico che sostituisca il rapporto.

In altri termini, a parere dello scrivente è errato affermare (come fa la Corte di cassazione) che, siccome il lavoratore nel settore pubblico non aveva diritto al posto di lavoro, perché non aveva superato il concorso, allora non può essere applicata né la conversione del rapporto, né il risarcimento del danno commisurato al valore del posto di lavoro. Ragionando in questi termini, cioè, pure nel settore privato al lavoratore dovrebbe essere negata la conversione del rapporto in quanto il datore di lavoro non ha mai espresso alcuna volontà di assumere quel dipendente e, considerata la protezione costituzionale delle scelte imprenditoriali (art. 41 Cost.), l’Ordinamento nazionale non avrebbe potuto introdurre alcuna misura che obbligasse l’azienda ad incrementare il proprio organico. Invece, l’Ordinamento italiano ha inteso proteggere il lavoratore vittima dell’abuso erodendo la portata dei suddetti diritti dell’imprenditore.

L’erosione del principio di autonomia negoziale e della protezione costituzionale delle scelte imprenditoriali è stata possibile grazie all’art. 4 della Costituzione e dall’Ordinamento comunitario, che impone alla Repubblica di proteggere il lavoratore.

Ma allora, considerato che anche il dipendente pubblico gode della medesima protezione costituzionale, l’Ordinamento interno avrebbe dovuto seguire la stessa logica applicata nel settore privato (per il principio di Equivalenza di matrice comunitaria), erodendo la portata del principio del danno effettivo e riconoscendo al lavoratore l’attribuzione di un emolumento che esprimesse il valore del posto di lavoro.

Il fatto che non vi sia stato un intervento del legislatore italiano è irrilevante: gli obiettivi dell’Unione europea possono essere perseguiti con qualsiasi mezzo e da qualsiasi autorità nazionale (com’è noto, per l’Unione è irrilevante che la misura venga coniata dal legislatore nazionale, ovvero, dalla giurisprudenza dello Stato membro; la sola cosa che rileva è il raggiungimento della finalità indicata).



Posto che il Parlamento italiano non ha legiferato in alcun modo in ordine alla questione in oggetto, la magistratura italiana è chiamata ad realizzare quelle forzature interpretative che sono necessarie per recepire le istruzioni impartite dalla Corte di Giustizia europea, eventualmente finendo per disapplicare le norme nazionali che fungono da ostacolo, anche laddove queste ultime abbiano il rango di norme costituzionali.

Pertanto, non è possibile invocare il principio del danno effettivo per negare il ristoro al dipendente vittima dell'abuso, perché la fonte del danno da risarcire non è il pregiudizio da costui effettivamente patito, ma il fatto che l'Unione abbia richiesto di adottare al lavoro pubblico misure analoghe a quelle applicate nel settore privato al "lavoratore comparabile". Così come per il dipendente privato (che non aveva il diritto di essere assunto) è stato coniato dal legislatore il "diritto alla conversione forzosa del rapporto" (sacrificando il diritto dell'imprenditore a gestire la propria azienda protetto dall'art. 41 Cost.), allo stesso modo per il dipendente pubblico deve essere necessariamente coniato (eventualmente dalla giurisprudenza nazionale) il diritto a conseguire il valore del rapporto, sacrificando quei dogmi tradizionali che impedirebbero di raggiungere tale conclusione (il principio del danno effettivo).

La sola alternativa, laddove lo Stato italiano volesse mantenere fermo il principio del "danno effettivo", sarebbe quella di disapplicare l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01, estendendo anche al settore pubblico la conversione del rapporto. In questo modo, però, verrebbe sacrificato il principio dell'accesso per concorso al pubblico impiego. Non si tratta di una soluzione inattuabile, perché va ricordato che anche le norme costituzionali interne soffrono il principio di primazia del diritto comunitario. Piuttosto è un problema di opportunità "politica" della scelta. Taluni giudici italiani (ad es. il Tribunale di Napoli) hanno optato per il sacrificio del principio del concorso pubblico (quindi, hanno pronunciato la conversione del rapporto).

Altri Tribunali hanno invece preferito mantenere fermo il principio costituzionale sacrificando il dogma del danno effettivo, quindi, hanno coniato un risarcimento di matrice sanzionatoria quantificando l'importo del ristoro al valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.

Sarebbe stato preferibile che il legislatore italiano fosse intervenuto sulla questione (che, come detto, investe profili di opportunità "politica"). Nel silenzio dello stesso, però, la magistratura è chiamata a curare il rispetto degli obiettivi comunitari mediante il c.d. "controllo diffuso" ad opera dei singoli giudici.

La necessità di adire la Corte di Giustizia europea con la presente ordinanza nasce dal fatto che, dalla sentenza emessa dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nel 2016, che presumibilmente verrà recepita dalla magistratura di



merito, scaturisce una “terza via” che, sul piano del diritto interno, riesce a non sacrificare né il principio del pubblico concorso né il dogma del danno effettivo (in quanto non applica né la conversione del rapporto né l’attribuzione per equivalente del posto di lavoro).

Appare invece discutibile che la detta pronuncia rappresenti una effettiva applicazione delle istruzioni impartite dalla Corte di Giustizia europea, quindi, è necessario adire quest’ultima per verificare se e in che misura i principi di Equivalenza ed Effettività di cui alle pronunce sopra citate siano stati applicati.

In conclusione, a parere dello scrivente, le uniche soluzioni possibili (nel silenzio del legislatore), per tutelare il lavoratore pubblico nel medesimo modo in cui in Italia si è scelto di tutelare il dipendente privato vittima di un’abusiva reiterazione del rapporto a termine sono le seguenti:

- 1- Forzare la nozione di “risarcimento del danno” e attribuire al lavoratore pubblico, senza prova di alcuna *deminutio*, il valore economico del posto di lavoro negatogli;
- 2- Disapplicare il divieto di conversione di cui all’art. 36 D.lgs. n. 165/012 (e l’art 97 Cost. che ne rappresenta l’antecedente logico) estendendo anche nel pubblico impiego la c.d. conversione del rapporto a seguito dell’abuso, ossia, attribuire anche al lavoratore pubblico il posto di lavoro in natura.

Se tale premessa è corretta, allora, avendo l’Ordinamento nazionale scelto la prima soluzione (come emerge non solo dal testo dell’art. 36 D.lgs. n. 165/01, ma pure dalla giurisprudenza della Corte di cassazione), la misura dissuasiva applicabile nel settore pubblico non può che essere rappresentata dal valore in termini economici del posto di lavoro a tempo indeterminato.

## 6. QUESITI:

Il Tribunale di Trapani, in persona dello scrivente, solleva questione di pregiudizialità invitando la Corte di Giustizia dell’Unione europea a fornire le “*precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione*” menzionate nella sentenza emessa nel corso della causa C-22/2013 e cause riunite (Casa Mascolo), quindi, ai sensi dell’art. 267 TFUE, a pronunciarsi sui seguenti quesiti:

- 1) **Se rappresenti misura Equivalente ed Effettiva, nel senso di cui alle pronunce della Corte di Giustizia Mascolo (C-22/13 e riunite) e Marrosu (C-53/04), l’attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell’ultima retribuzione (art. 32 co. 5° L. 183/2010) al dipendente pubblico, vittima di un’abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l’integrale ristoro del danno solo**



**provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto.**

- 2) Se, il principio di Equivalenza menzionato dalla Corte di Giustizia (fra l'altro) nelle dette pronunce, vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.**

**P.Q.M.**

Visto l'art. 267 TFUE,  
dispone la remissione alla Corte di Giustizia dell'Unione europea delle questioni di interpretazione indicate in motivazione.

Sospende il processo sino alla pronuncia della Corte di Giustizia.

Manda alla Cancelleria per i conseguenti incumbenti.

Si comunichi alle parti costituite

Trapani 5.9.2016

Il Giudice  
*Mauro Petrusa*

