

## L'incidenza della giurisprudenza di merito sul sistema del lavoro flessibile nell'ambito della P.A.

Francesco Spada\*

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, l'art. 36, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 prevede la facoltà di utilizzo del contratto di lavoro a tempo determinato, inteso quale strumento di flessibilità nel reclutamento del personale (1).

Prima di esaminare la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, appare opportuno richiamare l'attenzione sul principio generale affermato dal legislatore all'art. 36, comma 1, ossia quello dell'affermazione del modello *standard* del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e della limitazione del ricorso alle forme flessibili ad ipotesi residuali rigidamente circoscritte: “*per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato (...)*”.

In altre parole, il co. 1 disegna un nesso virtuoso (2) tra dipendenti in servizio e fabbisogno delle amministrazioni, dal momento che queste ultime determinano il proprio fabbisogno sulla base delle attività istituzionali chiamate a svolgere e il fabbisogno si esprime, poi, attraverso la definizione delle dotazioni organiche. Le assunzioni a tempo indeterminato comportano, infine, l'immissione in ruolo del personale e, quindi, la copertura della relativa dotazione organica, determinando così il completamento del circolo virtuoso descritto.

Il co. 2 stabilisce, poi, che le pubbliche amministrazioni possono avvalersi “*delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa*”.

L'attuale formulazione dell'art. 36 è frutto di una serie di recenti interventi legislativi (3), nati dall'esigenza di reagire al contesto caratterizzato dall'emer-

---

(\*) Dirigente di II fascia del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato.

*Il presente contributo riflette le opinioni dell'Autore e non impegna in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.*

(1) Sul contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico, in generale, BATTISTI, *Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Torino, 255 e ss.; DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009; D'ONGHIA – RICCI (a cura di), *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, Milano, 2009; DI PAOLA – FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2011, 527 e ss.; MEZZACAPO, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 516 e ss.

(2) In questo senso, Dipartimento della Funzione Pubblica, circolare n. 3/2008.

(3) Il riferimento è al decreto legge n. 112/2008 e al decreto legge n. 78/2009.

genza del fenomeno del precariato, determinato, a sua volta, da un uso eccessivo del lavoro flessibile, spesso utilizzato come strumento di elusione del principio costituzionale dell'accesso al pubblico impiego tramite concorso.

In particolare, gli interventi legislativi succedutisi a partire dal 2008 hanno, da un lato, disegnato una disciplina più ampia e complessa della speciale procedura di stabilizzazione già introdotta dalla legge finanziaria per il 2007 e, dall'altro, imposto misure restrittive e di rigore sull'utilizzo del lavoro flessibile, ribadendo con forza la centralità dell'assunzione a tempo indeterminato e del concorso pubblico.

Sulla base del rinvio operato dal co. 2, dunque, anche alle amministrazioni pubbliche si applica la normativa di cui al d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che rappresenta la fonte di disciplina generale del contratto di lavoro a termine, in recepimento della direttiva comunitaria 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (4).

Dalla disposizione di cui al co. 2 consegue una quasi totale omogeneità (5) della regolamentazione del contratto a tempo determinato nel rapporto di lavoro pubblico ed in quello privato, con particolare riguardo, tra l'altro, alle disposizioni relative alla forma scritta del contratto, ai divieti di utilizzo nelle ipotesi previste dalla legge, alla proroga del termine di durata iniziale, al principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato.

Affermata, in linea di principio, la tendenziale assimilazione del regime giuridico del lavoro pubblico a quello del lavoro privato, in coerenza con i principi espressi, in generale, dall'art. 2, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, la disposizione rinvia alla contrattazione collettiva per la disciplina della materia, fermo restando che, secondo l'orientamento prevalente, si tratterebbe di un rinvio privo di valore precettivo, in quanto la contrattazione collettiva potrebbe soltanto integrare la disciplina legislativa.

La principale finalità dell'intervento della contrattazione collettiva è, in concreto, quella di garantire ai dipendenti con rapporto di lavoro a tempo determinato la tutela prevista dal vigente quadro normativo, in quanto gli stessi sono destinatari del medesimo trattamento economico e giuridico del personale a tempo indeterminato, con l'esclusione di quegli istituti che non sono coerenti con la temporaneità della prestazione richiesta (6).

Tuttavia, la specialità del rapporto di lavoro pubblico emerge anche nella

---

(4) Il legislatore comunitario persegue, in sintesi, un duplice obiettivo: da un lato, evitare la discriminazione dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato e, dall'altro, evitare gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine, richiedendo la sussistenza di "ragioni oggettive" per il rinnovo dei rapporti a termine (cfr. clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro).

(5) In questo senso, CARABELLI U. – CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, 2007, 118 e ss.

(6) L'ARAN, con parere 24 maggio 2011, ha escluso, ad esempio, che i dipendenti con contratto di lavoro a tempo determinato possano usufruire dei permessi di studio di cui all'art. 13 del CCNL Ministeri del 16 maggio 2001.

materia del contratto a tempo determinato, presentando alcuni significativi elementi di differenziazione rispetto al settore privato.

In primo luogo, il sistema della c.d. “causale generale”, previsto dall’art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 368/2001 per il contratto a tempo determinato nel settore privato (7), non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni, le quali, ai sensi dell’art. 36, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, possono ricorrere all’utilizzo del contratto a termine esclusivamente per esigenze “*temporanee*” ed “*eccezionali*” (8), nel rispetto delle previsioni previste dai contratti collettivi nazionali dei singoli comparti di riferimento (9).

In secondo luogo, nell’ambito del rapporto di lavoro pubblico, non si applica il principio dell’assunzione diretta e nominativa dei lavoratori, in quanto la pubblica amministrazione – in forza del principio costituzionale dell’accesso tramite concorso pubblico agli impieghi (art. 97, co. 3, Cost.) – è tenuta a stipulare il contratto a termine nel rispetto inderogabile delle procedure di reclutamento (concorsuali e/o selettive) tipiche del lavoro pubblico (art. 35, d.lgs. n. 165/2001).

Infine, la specialità del rapporto di lavoro pubblico determina l’inapplicabilità della regola della conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato, nell’ipotesi in cui il giudice accerti la nullità della clausola appositiva del termine, regola che è, al contrario, pacificamente ammessa per il contratto a tempo determinato concluso nel settore privato (10).

Sotto questo profilo, infatti, il legislatore stabilisce, all’art. 36, co. 5 del d.lgs. n. 165/2001 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*”.

---

(7) Come noto, nel settore privato, l’apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro è consentita “*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività del datore di lavoro*”.

(8) Nel settore privato, l’identico presupposto richiesto per la stipula di contratti a termine viene attenuato, atteso che è possibile far ricorso a tale tipologia di lavoro flessibile anche per l’attività ordinaria dell’impresa.

(9) Nel settore pubblico, quindi, le causali risultano specificate, con riferimento ai singoli comparti, dalla contrattazione collettiva. Ad esempio, il CCNL Ministeri del 16 maggio 2001 prevede, all’art. 19, che le amministrazioni possano stipulare contratti a tempo determinato nei seguenti casi: sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto; sostituzione di personale assente per gravidanza e puerperio; particolari esigenze straordinarie, anche derivanti dall’assunzione di nuovi servizi o dall’introduzione di nuove tecnologie, non fronteggiabili con il personale in servizio; attività connesse allo svolgimento di specifici progetti o programmi predisposti dalle amministrazioni, quando alle stesse non sia possibile far fronte con il personale in servizio; temporanea copertura di posti vacanti nelle diverse categorie, per un periodo massimo di otto mesi e purché siano avviate le procedure per la copertura dei posti stessi.

(10) Nel settore privato, l’art. 5, co. 4, del d.lgs. n. 368/2001 prevede infatti che “*Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto*”.

Il legislatore esclude, quindi, l'applicabilità di una tutela di carattere ripristinatorio, prevedendo una tutela di carattere risarcitorio, nel senso che il lavoratore pubblico assunto con contratto a tempo determinato illegittimo ha diritto unicamente al "*risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*", la cui concreta quantificazione è demandata alla valutazione del giudice di merito.

La Corte Costituzionale (11) ha ritenuto che la sanzione del risarcimento non determinerebbe alcuna disparità di trattamento rispetto ai lavoratori del settore privato, ma si limiterebbe a disciplinare in modo diverso i rapporti di lavoro pubblici in ossequio al principio di cui all'art. 97 Cost.

Parte della giurisprudenza ritiene che il lavoratore possa usufruire soltanto della tutela prevista dall'art. 2126 c.c., nel senso che conserverà il diritto alla retribuzione, alle competenze accessorie ed al versamento dei contributi previdenziali per tutto il periodo in cui ha avuto esecuzione la prestazione lavorativa.

Ma, ove si accogliesse questa soluzione, la sanzione prevista non avrebbe alcuna portata dissuasiva: la tutela di cui all'art. 2126 c.c. appare, quindi, insufficiente (12), nel senso che spetterà ai giudici verificare, di volta in volta, se vi sia spazio per il risarcimento di danni ulteriori.

Al riguardo, sono state prospettate soluzioni diverse.

In dottrina, taluno (13) ha ipotizzato che il lavoratore ha diritto ad ottenere un risarcimento del danno pari alle retribuzioni non percepite dalla data di scadenza dell'ultimo contratto a termine sino a quella di nuova assunzione. Altra parte della dottrina (14) si sofferma sul danno all'immagine, alla reputazione, alla professionalità e alla perdita di *chance*.

Anche in giurisprudenza sono stati adottati approcci differenti.

Parte della giurisprudenza sostiene che, nel caso previsto dall'art. 36, co. 5, si profilerebbe una responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 2043 c.c., con la conseguenza che il lavoratore deve dimostrare di aver subito effettivamente i danni lamentati.

In particolare (15), "*il danno risarcibile ex art. 36 del d.lgs. n. 165/2001*

---

(11) Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 355 e ss., con nota di M.G. GRECO, *La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego supera il vaglio di costituzionalità*.

(12) In dottrina si è osservato (CARABELLI U. – CARINCI M.T., *cit.*) che detta tutela risarcitoria risulta di scarso rilievo pratico e, quindi, priva di concreta efficacia dissuasiva: ad esempio, in tema di apposizione e proroga del termine, nonché di reiterazione del contratto, si è osservato che se il dipendente ha prestato attività lavorativa, percepito la retribuzione e si è visto accreditati i contributi spettanti, allora è difficile configurare un danno per il medesimo, risarcibile ai sensi della disposizione.

(13) SOTTILE, *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di giustizia europea*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2007, 131 e ss.

(14) SANTUCCI, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato con riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2003, 220 e ss.

(15) Tribunale Foggia, 6 novembre 2006, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, 1099 e ss.

*viene ricollegato all'abusivo utilizzo, da parte della P.A., di una prestazione lavorativa, oltre i modi ed i tempi consentiti dalle norme imperative, rientrando a pieno titolo nella categoria dei danni da illecito aquiliano, fonte di pregiudizio risarcibile nei limiti del danno emergente e del lucro cessante (c.d. interesse positivo)''.*

Secondo un diverso orientamento (16), il risarcimento del danno avrebbe natura contrattuale, con conseguenze differenti sul piano dell'onere della prova e, soprattutto, con conseguente risoluzione del contratto.

Alla nullità del contratto, stante la impossibilità di ipotizzare la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato per come disposto dal d.lgs. n. 368/2001, conseguirebbe l'obbligo della pubblica amministrazione di risarcire il danno nelle forme del danno emergente e del lucro cessante (17).

Anche per la quantificazione del danno risarcibile, sono stati proposti diversi criteri applicativi di riferimento (18).

Secondo un primo orientamento (19), il *quantum* del risarcimento deve essere determinato sulla base dei criteri previsti per il risarcimento del danno spettante al lavoratore illegittimamente licenziato nell'area della c.d. "tutela reale" (art. 18 dello Statuto dei lavoratori: legge 20 maggio 1970, n. 300). In particolare, alcune decisioni hanno sommato le mensilità previste dall'art. 18, co. 4 e 5, della legge n. 300/1970 (5 mensilità di retribuzione globale di fatto quale importo minimo della misura del risarcimento + 15 mensilità di retribuzione globale di fatto corrispondente all'importo dell'indennità sostitutiva della reintegrazione), condannando il datore di lavoro pubblico al risarcimento di una somma pari a 20 mensilità.

Un diverso indirizzo giurisprudenziale ricollega invece il danno risarcibile alle retribuzioni non percepite per il tempo mediamente necessario per trovare una nuova occupazione stabile, tenuto conto della zona geografica, dell'età anagrafica, del sesso e del titolo di studio dei lavoratori (20). Tale decisione è stata tuttavia riformata dal Giudice di appello (21), che ha previsto quale metodo di quantificazione del danno, il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (in materia di licenziamento del danno nell'area della c.d. "tutela obbligatoria"), commisurando dunque il risarcimento del danno al pagamento di un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

---

(16) Tribunale Rossano, 4 giugno 2007.

(17) MARCIANÒ, *Lavoro a termine come terreno di confronto tra lavoro privato e lavoro pubblico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2008, 867 e ss.

(18) Per una ricostruzione di sintesi, cfr. *Fondazione Studi Consulenti del Lavoro* Parere n. 2 del 2 febbraio 2012.

(19) Appello Genova 9 gennaio 2009; Trib. Foggia 5 novembre 2009.

(20) Tribunale Rossano, 13 giugno 2007.

(21) Appello Catanzaro, 1 aprile 2010.

Un ulteriore orientamento (22) ritiene che il risarcimento del danno subito dal lavoratore per illegittima stipulazione del contratto a termine è pari alle retribuzioni spettanti dalla data del licenziamento sino a quella dell'emanazione della sentenza, con decurtazione dell'eventuale *aliunde perceptum*.

Un altro indirizzo (23) ritiene che, in caso di reiterata stipulazione di contratti a termine illegittimi, il lavoratore ha diritto, sotto il profilo risarcitorio, a percepire le differenze retributive corrispondenti alle retribuzioni che avrebbe percepito se fosse stato assunto a tempo indeterminato fin dalla conclusione del primo contratto a termine e quelle effettivamente corrisposte.

Un altro orientamento (24) ha invece commisurato il danno al numero ed alla durata complessiva dei rapporti a termine succedutisi negli anni, il cui trascorrere diminuirebbe la possibilità di rinvenire un impiego e determinerebbe un ragionevole affidamento sulla possibilità di protrarsi ulteriormente dei rapporti stessi.

Infine, secondo un recente orientamento, un idoneo parametro di quantificazione del danno potrebbe essere rappresentato dall'art. 32, co. 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato Lavoro), secondo cui *“nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno 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 [e cioè: 1. numero dei dipendenti occupati; 2. dimensioni dell'impresa; 3. anzianità di servizio del lavoratore; 4. comportamento e condizioni delle parti]”*.

È importante, infine, segnalare uno specifico orientamento (25), per il quale il danno risarcibile non è *“una misura sanzionatoria automatica (che) risponde al generale paradigma della responsabilità civile, così da doversi ammettere e liquidare solo nel caso in cui il lavoratore postuli specifiche voci di danno effettivo, fornendone allegazione e prova rigorose”*.

Inoltre, l'amministrazione condannata al risarcimento del danno nei confronti del lavoratore deve successivamente agire per il recupero delle somme versate nei confronti dei dirigenti che hanno commesso la violazione delle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato con *“dolo”* o *“colpa grave”* (art. 36, co. 5, terzo periodo, del d.lgs. n. 165/2001).

Sulla natura giuridica della responsabilità dei dirigenti si discute: secondo l'orientamento dominante, si tratterebbe di una responsabilità amministrativa per danno erariale, esperibile innanzi alla Corte dei Conti.

---

(22) Tribunale Milano, 25 maggio 2010.

(23) Tribunale Treviso, 20 luglio 2010; Tribunale Padova, 1 ottobre 2010; Tribunale Civitavecchia, 8 aprile 2010.

(24) Tribunale Orvieto, 19 novembre 2010.

(25) Tribunale Trieste, 28 maggio 2011.

Secondo un diverso avviso, invece, si tratterebbe di una responsabilità contrattuale che dovrebbe essere fatta valere dall'amministrazione, su cui graverebbe un obbligo di recupero delle somme illegittimamente corrisposte.

Infine, al dirigente che sia stato ritenuto responsabile della violazione non può essere erogata la retribuzione di risultato ed è imputata la c.d. "responsabilità dirigenziale" ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 (art. 36, co. 5, quarto periodo, del d.lgs. n. 165/2001).

Pur in presenza di una disposizione che prevede espressamente l'inapplicabilità della conversione al contratto a termine nel pubblico impiego, la giurisprudenza di merito, nei suoi sviluppi più recenti (26), ha ampliato gli spazi di tutela dei lavoratori interessati da fenomeni di abuso di contratti a tempo determinato, ammettendo la trasformazione del contratto a termine illegittimo anche nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sulla base di un'interpretazione evolutiva della norma, nel più ampio quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La questione è ampiamente dibattuta sia in dottrina che in giurisprudenza.

La Corte Costituzionale (27), intervenuta sulla materia, ha affermato che la disciplina di cui al d.lgs. n. 165/2001 non viola alcun principio costituzionale, in quanto l'accesso mediante concorso mette in evidenza la disomogeneità del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni rispetto al lavoro alle dipendenze di datori privati e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare, alla violazione di norme imperative, conseguenze soltanto risarcitorie e patrimoniali.

Successivamente, il Tribunale di Genova (28) ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione della conformità alla direttiva comunitaria n. 1999/70/CE della disciplina contenuta nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001.

La Corte di Giustizia (29) ha richiamato l'Italia al rispetto del principio di parità di trattamento, precisando comunque che è da considerarsi legittima una normativa nazionale (come è il caso dell'art. 36, co. 5, del d.lgs. n. 165/2001) che esclude, in caso di utilizzo abusivo di successivi contratti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni, la c.d. conversione automatica del rapporto a tempo indeterminato (nonostante tale trasformazione sia prevista per i contratti a termine illegittimi conclusi nel settore privato), purché l'ordinamento interno preveda altre misure sanzionatorie – alternative alla tutela conservativa del rapporto di lavoro – che siano idonee a soddisfare l'effetto

---

(26) Tribunale Siena, 27 settembre 2010; Tribunale Livorno, 25 gennaio 2011; Tribunale Trani, 19 settembre 2011; Tribunale Trani, 15 marzo 2012, n. 1545.

(27) V. nota n. 11.

(28) Tribunale di Genova, ordinanza 21 gennaio 2004, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2004, 893 e ss.

(29) Corte di giustizia, 7 settembre 2006, n. 53.

utile, in termini di “*dissuasività*” e di “*effettività*” delle prescrizioni stabilite dal legislatore comunitario.

In tali ipotesi, secondo la Corte di Giustizia, spetta al giudice nazionale verificare la soddisfazione dei requisiti di “*adeguatezza*” della sanzione, cioè “*di carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo*”.

Secondo la Corte, quindi, non è obbligatorio per gli Stati membri prevedere come sanzione a carico del datore di lavoro la conversione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, essendo richiesto soltanto che eventuali misure siano tali da garantire una tutela effettiva.

Rispetto all’orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, la giurisprudenza di legittimità non ha adottato una posizione ufficiale, a differenza di quella di merito.

Va infatti rilevato che, dando seguito alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza comunitaria, alcuni giudici di merito nazionali (30), con specifico riferimento a fattispecie relative all’utilizzo reiterato di contratti a termine con il medesimo lavoratore, hanno ritenuto che la tutela risarcitoria prevista dall’art. 36, co. 5, del d.lgs. n. 165/2001 per le ipotesi di illegittima apposizione del termine non può essere considerata una tutela effettiva, in quanto “*debole e pertanto non conforme al diritto comunitario, poiché le condizioni di applicazione nonché l’applicazione effettiva delle relative disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l’utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi*”.

Secondo questo orientamento – che potrebbe incidere notevolmente sull’intero sistema del lavoro flessibile nell’ambito delle pubbliche amministrazioni – il giudice nazionale è tenuto a “*disapplicare*” la normativa nazionale di cui all’art. 36, co. 5, del d.lgs. n. 165/2001, in quanto in contrasto con le prescrizioni della direttiva comunitaria e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, ed a riconoscere al lavoratore la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, con relativa riammissione in servizio nelle medesime mansioni precedentemente svolte.

I casi trattati dalla giurisprudenza di merito sopra richiamata riguardano, in particolare, le controversie instaurate da dipendenti del Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca, titolari di una pluralità di contratti a tempo determinato per lo svolgimento di attività di docenza successivi, interrotti in coincidenza delle ferie estive, ripetuti nel tempo.

L’analisi dei Giudici del lavoro prende le mosse dall’individuazione della *ratio* giustificatrice del contratto di lavoro a tempo determinato, che, ai sensi

---

(30) V. nota n. 26.

del citato art. 36, co. 2, del d.lgs. n. 165/2001, può essere stipulato “*per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali*”.

I Giudici osservano, al riguardo, che l’insegnamento non può essere considerato “*esigenza temporanea ed eccezionale*”, rientrando, piuttosto, nell’ordinaria attività istituzionale del Ministero.

Da ciò i Giudici desumono, quale corollario logico, l’illegittimità dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con i ricorrenti, per carenza dei presupposti richiesti dalla normativa.

Sul piano normativo, poi, l’attenzione dei Giudici di merito nelle sentenze in esame è posta, *in primis*, sulla direttiva 28/6/99/70CE, che individua due principi, quello di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato e quello di prevenzione dell’abuso derivante dalla reiterazione del lavoro a termine.

Nel rapporto di lavoro pubblico, essendo vigente il divieto di conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato a tempo indeterminato sancito dall’art. 36, co. 5, del d.lgs. n. 165/2001, al lavoratore a tempo determinato assunto in violazione di norme di legge è riconosciuto dall’ordinamento giuridico soltanto il diritto al risarcimento del danno, con una scelta legislativa sostenuta dalla regola, costituzionalmente sancita, dell’accesso al pubblico impiego attraverso procedure concorsuali.

Tuttavia, osservano i Giudici, il precetto costituzionale non sarebbe, in realtà, sacrificato sia perché lo stesso art. 97 Cost. prevede che il legislatore ordinario possa derogare a siffatta regola, sia perché per le assunzioni a tempo determinato vale il principio secondo cui le stesse devono essere effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all’art. 35 del d.lgs. n. 165/2001.

Di conseguenza, l’argomento per cui la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico sarebbe contrario alla Costituzione non assumerebbe alcun pregio; cadrebbe, dunque, il principale motivo – ossia la violazione dell’art. 97 Cost. – finora utilizzato dalla giurisprudenza per negare la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato nel rapporto di lavoro pubblico.

Di fronte all’eccessivo ricorso da parte della pubblica amministrazione al contratto a tempo determinato, si desume che la sanzione apprestata dall’ordinamento giuridico sia tutt’altro che efficace: ciò sarebbe, peraltro, confermato da una recente pronuncia della Corte Costituzionale (31), che ha chiarito che la stabilizzazione del rapporto è la tutela più intensa che il lavoratore precario possa ricevere e che il risarcimento assume, chiaramente, valore logicamente secondario.

A fronte dell’orientamento della giurisprudenza di merito fin qui indicato,

---

(31) Corte Costituzionale, sentenza 9 novembre 2011, n. 303, relativamente alle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 32 della legge n. 183/2010.

si deve considerare che, anche di recente, la giurisprudenza di legittimità ha assunto una posizione nettamente diversa.

Al riguardo, appare opportuno riportare il contenuto di una recente pronuncia della Corte di Cassazione (32), secondo cui *“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.lgs. n. 165 del 2001, il cui disposto è stato ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale (Sent. n. 98 del 2003) e non è stato modificato dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, contenente la regolamentazione dell'intera disciplina del lavoro a tempo determinato con la conseguenza che, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti”*.

Insomma, per i giudici di legittimità, nel lavoro pubblico alla illegittimità del contratto a termine per violazione di norme imperative non può che conseguire un regime sanzionatorio che - con l'escludere ogni effetto reintegrativo, stante la regola generale del concorso per l'assunzione del personale - viene ad essere incentrato sul versante dei danni subiti dalla pubblica amministrazione e dal lavoratore.

D'altra parte, la giurisprudenza costante della Corte di giustizia europea - di recente ribadita da una ulteriore pronuncia (33) - porterebbe ad escludere l'applicazione dell'art. 5, co. 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 368 nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato.

Non resta che comprendere se la posizione dei giudici di legittimità rispetto all'orientamento di recente inaugurato da una parte - in realtà sempre più cospicua - della giurisprudenza di merito sarà differente da quella fin qui assunta sulla materia, posto che i nuovi indirizzi della giurisprudenza di merito potrebbero incidere notevolmente sull'intero sistema del lavoro flessibile nell'ambito delle pubbliche amministrazioni.

---

(32) Cassazione, 20 marzo 2012, n. 4417.

(33) Corte di giustizia, 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*.