



Contratti a termine illegittimi con la PA: resta aperta la questione della tutela risarcitoria.

(*nota a Trib. Trapani sez. lav. n. 745 del 2012*)

DI CLAUDIA MARRANCA

Abstract – *Starting from an excursus of various jurisprudence on determination of damages for illegitimate fix term in contracts with the PA, (in laking both of conversion in employment in the public sector employment and of equal measure for economic prejudice) the paper case critically analyses the solution provided by the judgment in question. The p.a. is ordered to pay a sum equal to the "future" wages, that would have been perceived by the end of the illegitimate term in contracts until the retirement age of the applicants, using criteria which dilate excessively the sums due.*

Résumé -4. *Après un bref excursus en ce qui concerne la jurisprudence sur le quantum du dégât dont ont peut être dédommagé pour illégitime apposition du terme au contrat de travail avec les administrations publiques, en absence de la conversion dans un contrat à temps indéterminé (CDI) et d'un critère univoque pour la détermination du préjugé économique, la note analyse la solution herméneutique de l'arrêt objet d'étude. Le juge condamne l'administration publique à indemniser une chiffre correspondante aux salaires "futurs", qu'ont aurait perçu de l'échéance du terme illégitime jusqu'à la mise à la retraite des appelants, en utilisant des critères qui dilatent les sommes dues.*

Resumen - Ante-puesto un breve *excursus* del variegado panorama jurisprudencial sobre la determinación del daño resarcible por la ilegítima aposición del término a contratos estipulados con la administración pública, en falta de la conversión del contrato a tiempo indeterminado en el sector del público empleo y de un criterio unívoco de cuantificación del perjuicio económico, la nota analiza críticamente la solución interpretativa acogida por la sentencia. El juez condena la administración pública a indemnizar una suma igual a los pagos "futuros", que habrían sido percibidas desde el plazo del término ilegítimo hasta el logro de la edad jubilable de las recurrentes, utilizando criterios dirigidos a dilatar de manera desbaratada las sumas debidas.

Riassunto – Premesso un breve *excursus* del variegato panorama giurisprudenziale sulla determinazione del danno risarcibile per l'illegittima apposizione del termine a contratti stipulati con la p.a., in mancanza della conversione del contratto a tempo indeterminato nel settore del

* La sentenza è stata pubblicata con una postilla di Cammalleri, Se così fan tutti. (Ovvero quanto potrebbero costare le graduatorie permanenti), in questa rivista Vol. 5 n. 1 del 2013 <http://www.temilavoro.it/index.php/tml/article/view/51/pdf>, in coppia con la sentenza dello stesso giudice n. 90 del 2013 con nota di Cammalleri, *Minority report*. (Ovvero il danno futuro e l'ermeneutica orientata). Pubblichiamo adesso un commento esteso alla prima sentenza.

pubblico impiego e di un criterio univoco di quantificazione del pregiudizio economico, la nota analizza criticamente la soluzione interpretativa fornita dalla sentenza in commento. Il giudice condanna la p.a. a risarcire una somma pari alle retribuzioni “future”, che sarebbero state percepite dalla scadenza del termine illegittimo fino al raggiungimento dell’età pensionabile delle ricorrenti, utilizzando criteri volti a dilatare in maniera spropositata le somme dovute.

Sommario – 1. Divieto di conversione e rimedio risarcitorio nella giurisprudenza nazionale e comunitaria 2. Orientamenti della giurisprudenza di merito sulla determinazione del danno risarcibile 3. Il caso del Tribunale di Trapani e l’illegittima apposizione del termine nei contratti di pubblico impiego 4. Responsabilità della p.a. e quantificazione del risarcimento nella sentenza in commento 5. Osservazioni conclusive

1. DIVIETO DI CONVERSIONE E RIMEDIO RISARCITORIO NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E COMUNITARIA

La giurisprudenza di merito torna a pronunciarsi sulla questione del risarcimento del danno a favore del lavoratore, in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine da parte della p.a. In particolare, il Tribunale di Trapani contribuisce, ancora una volta, ad arricchire il già variegato panorama di pronunce giurisprudenziali che hanno applicato i più differenti criteri di quantificazione del rimedio risarcitorio, considerata l’espressa previsione per il settore pubblico della non conversione del rapporto a tempo indeterminato e la mancata indicazione da parte del legislatore di un criterio univoco di determinazione del pregiudizio economico.

Com’è noto, l’art. 36, co. 5 del d.lgs. n. 165 del 2001 disciplina l’ipotesi di illegittima utilizzazione del contratto a termine ad opera delle pubbliche amministrazioni¹. La norma dispone 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, ferma restando ogni responsabilità e sanzione”², e, d’altra parte, ammette il diritto del lavoratore irregolarmente utilizzato ad un non meglio definito risarcimento del danno derivante dalla prestazione di la-

¹ Cfr. A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, 851; D. GAROFALO, *Quale risarcimento al dipendente pubblico per contratti a termine illegittimi?*, in *Lav. giur.*, 2007, 1097; R. DIAMANTI, *Pluralità di contratti a tempo determinato con la Pubblica Amministrazione*, in *Quest. lav.*, 2011, 100.

² Art. 36, comma 5, come modificato dall’art. 49 d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008. Il d.l. n. 78/2009 (convertito in l. n. 102/2009) ha successivamente apportato ulteriori modifiche all’art. 36, lasciando invariato il quinto comma. Sui vari rimaneggiamenti subiti nel corso del tempo dall’art. 36 sia consentito rinviare a A. FENOGLIO, *Il lavoro a termine di nuovo nell’occhio del ciclone: osservazioni sulla legge 3 agosto 2009, n. 102*, in *RGL*, 2010, I, 175 ss.

voro in violazione di disposizioni imperative³. Tuttavia, il sistema sanzionatorio congegnato in tal modo dall'ordinamento nazionale per l'abuso di contratti a termine alle dipendenze di una p.a., non convince nella misura in cui gli esiti applicativi della norma continuano ad essere del tutto variabili e rimessi all'opzione interpretativa prescelta dall'organo giudicante⁴. In assenza di un criterio certo e predeterminato di quantificazione del danno, molteplici sono le soluzioni interpretative con cui la giurisprudenza di merito ha cercato di superare i limiti dell'art. 36 riguardo al profilo risarcitorio, al fine di garantire ai lavoratori pubblici una tutela non meno favorevole rispetto ai lavoratori del settore privato⁵.

I dubbi di ammissibilità della differenza di disciplina rispetto al settore privato possono dirsi attualmente superati sia sul fronte costituzionale sia su quello comunitario. Da un lato, la Corte Costituzionale ha, infatti, sostenuto la non convertibilità del contratto temporaneo in contratto a tempo indeterminato facendo leva sul profilo genetico del rapporto di pubblico impiego⁶, fondato non solo sul principio dell'accesso tramite concorso pubblico ai sensi dell'art. 97 Cost., ma anche sul principio di contenimento della spesa pubblica, di programmazione del fabbisogno personale e di definizione delle dotazioni organiche.

D'altra parte, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente ammesso, almeno *prima facie*, la conformità della normativa italiana a quella comunitaria. L'applicazione della clausola 5, n. 2, lett. b, dell'accordo quadro europeo allegato alla Direttiva n. 1999/70 è rimessa, infatti, per effetto dell'inciso "se del caso" che la precede, alla discrezionalità degli Stati membri, e ben può essere adottata anche un'altra misura idonea a reprimere gli abusi e, soprattutto, a prevenirli, quale il risarcimento dei danni, purchè si tratti in ogni caso di sanzione che abbia carattere "effettivo, proporzionato e dissuasivo"⁷ degli abusi del contratto a termine.

³ Cfr. L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata, e dissuasiva?* in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 907.

⁴ Cfr. A. GABRIELE, *Profili sanzionatori per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, a cura di A. BELLAVISTA - A. GARILLI - M. MARINELLI, Giappichelli, 2009, 150.

⁵ Cfr. A. FENOGLIO, *Una giurisprudenza creativa: il contratto a termine nel pubblico impiego e il regime sanzionatorio*, in www.noteinformative.it, 2011, n.52.

⁶ Cfr. C. cost. 27 marzo 2003, n.89, GI, 2004, 19, nt. Di MEZZACAPO e LG, 2003, 831, nt. SCIORTINO.

⁷ Cfr. CGUE Sezione II, sentenza 7 settembre 2006, sentenza Marrosu-Sardino, causa C-53/04, FI 2007 IV, 72 e in *Racc.*, 2006, 7213. CGUE, sentenza 7 settembre 2007, Vassallo, causa C-180/04, in *LG*, 2006, 965 e anche in *Racc.* 2006, 7251. Da ultimo tale principio è stato richiamato anche nella causa Affatato, Corte di Giustizia, sez. VI, ordinanza 1° ottobre 2010, causa C-3/10 in www.anpacosenza.it.

Le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dunque, sono state rilevanti al fine di dare applicazione alla “sanzione” del risarcimento del danno ai sensi dell’art. 36, 5° comma, del d.lgs. n. 165 del 2001, dal momento che nell’ordinamento nazionale si rinviene “un sistema sanzionatorio capace, in ragione di una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore, di prevenire, dapprima, e sanzionare, poi, in forma adeguata l'utilizzo abusivo da parte della p.a. dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato⁸”. Ed in base a tale orientamento, numerose sono le pronunce della giurisprudenza di merito⁹, e da ultimo anche di legittimità, che hanno ritenuto “conforme ai principi comunitari, oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione in rapporti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, ed il risarcimento del danno previsto dall’ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare abusi da parte degli enti pubblici¹⁰”.

Da tempo, tuttavia, si è constatato che la concreta esperienza giudiziale italiana del co. 5 dell’art. 36 in tema di risarcimento del danno, con la sua varietà di soluzioni interpretative sul *quantum*, accompagnata all’assenza di notizie di azioni di responsabilità nei confronti dei dirigenti, dimostra come gli strumenti interni per prevenire e reprimere gli abusi non abbiano poi le caratteristiche volute dalla giurisprudenza europea¹¹. Sull’entità del risarcimento e sulle tecniche di quantificazione del danno, resta dunque “aperto tra i tribunali di merito il torneo tra chi possa escogitare la soluzione più adeguata ai principi di diritto comunitario e di diritto interno¹²”.

⁸ Cfr. Cass. Sez. lav. n. 392 del 13.1.2012 con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, 1, 144 ss.

⁹ Cfr. Corte App. Perugia, 8.3.2011 n. 524 in *Giust. civ.* 2011, 7-8, 1869; Trib. Torino, 2.3.2011; Trib.-Trieste, 28.5.2011; Trib. Genova, 24.5.2011; Corte App. Genova 9.11.2011 in *Riv. crit. dir. lav.* 2012, 1, 136 (nota di NESPOR); Corte App. Roma 13.3.2012 in *Riv. crit. dir. lav.* 2012, 1, 137 (nota di NESPOR); Trib. Pisa 21.3.2012.

¹⁰ Cfr. Cass. civ. n. 4417 del 2012, inedita.

¹¹ L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con le p.a.: il rilievo del principio di non discriminazione*, intervento alla Tavola Rotonda su “Il lavoro a termine nelle amministrazioni pubbliche: profili discriminatori”, svoltasi a Roma il 14 giugno 2012 presso la Corte di Cassazione. Il testo è pubblicato in www.europeanrights.eu, agosto 2012.

¹² Cfr. A. GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555/10 della Corte di Cassazione in Rivista telematica di diritto del lavoro*.

A complicare il già confuso quadro normativo e giurisprudenziale si è aggiunto, inoltre, il dibattito sulle argomentazioni, poi rivelatesi contraddittorie, presentate alla Corte di Giustizia dalla Avvocatura dello Stato nella causa *Affatato*, secondo cui “nel nostro ordinamento per evitare gli abusi costituiti dalla reiterata successione di contratti a termine nel settore pubblico esiste il limite dei 36 mesi oltre i quali il contratto si ritiene concluso a tempo indeterminato, ai sensi dell’art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. n. 368/2001”¹³, e alla luce delle quali la Corte ha sostenuto che una “disciplina nazionale siffatta” potrebbe soddisfare i requisiti europei.

Al riguardo, invero, bisogna pur prendere atto di quel recente filone di giurisprudenza “creativa” che, proprio in considerazione dell’elevato grado di incertezza che comporta l’applicazione dei diversi criteri di quantificazione del danno, ritiene applicabile anche al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro¹⁴.

Si tratta di un indirizzo minoritario inaugurato da una sentenza del Tribunale di Siena¹⁵, che, facendo leva sul principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, che sarebbe violato proprio dalla differente misura di ristoro tra il settore pubblico e quello privato, ha ritenuto la sanzione del risarcimento dei danni non sufficiente a prevenire gli abusi, in quanto priva di effettività, proporzionalità, dissuasività ed equivalenza.¹⁶ La mancata estensione al settore del lavoro pubblico della conversione legale non troverebbe giustificazione nell’art. 97 Cost., perlomeno in tutti quei casi in cui le assunzioni a termine siano effettuate nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all’art. 35, d.lgs. n. 165/2001, così come richiesto dall’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, modificato dalla l. n.

¹³ V. il punto 48 dell’ordinanza della Corte di Giustizia (Sesta Sezione) 1° 10. 2010, C-3/10, *Affatato*, in *Foro it.*, 2011, IV. 70.

¹⁴ Cfr. Trib. Napoli 16.6.2011 con nota di M. FERRETTI, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi “creativi” della giurisprudenza di merito*, in *Lav. pubbl. amm.* 2011, 3-4, 0491, p.4. Vedi anche Trib. Siena, 27.09.2010; Trib. Livorno 25.01.2011; Trib. Trani 19.09.2011, n. 4556. Trib. Trani, 15.03.2012 n° 1545.

¹⁵ Trib. Siena 27 settembre 2010, *LG*, 2010, 1107, nt. DI MICHELE; Trib. Siena 15 ottobre 2010, inedita; T. Terni 17 novembre 2010, inedita; Trib. Livorno 25 gennaio 2011, *G.Lav.*, 2011, n. 10, 17, nt. PUTATURO DONATI; Trib. Siena, 13 dicembre 2010, n. 263, *Riv. it. dir. lav.* 2011, 2, 374, nt. SIOTTO, *Una breccia nel muro del lavoro pubblico: la disapplicazione del divieto di conversione del contratto di lavoro a termine*.

¹⁶ Cfr. A. GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l’applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555/10 della Corte di Cassazione in Rivista telematica di diritto del lavoro*. In tal senso si era già espresso T. Reggio Emilia 18 aprile 2007, inedita, citata da A. Gabriele, *Profili sanzionatori per l’utilizzo abusivo dei contratti a termine nel pubblico impiego privatizzato, in Il lavoro a termine dopo la legge 7 agosto 2008, n. 133. Privato e pubblico a confronto*, a cura di A. BELLAVISTA, A. GARILLI, M. MARINELLI, Giappichelli, 2009, 145.

133/2008¹⁷. Infatti, ove dovesse operare la sanzione della conversione, il principio dell'imparzialità della pubblica amministrazione non risulterebbe comunque leso in forza della procedura selettiva realizzata prima della costituzione del rapporto di lavoro flessibile che garantirebbe una selezione meritocratica¹⁸.

Una tale soluzione suscita, però, notevoli perplessità per l'evidente contrasto col dettato dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/01, nonché col principio di rilevanza costituzionale della necessità del pubblico concorso (art. 97 Cost.) ed i suddetti principi di tutela della programmazione finanziaria, di razionalizzazione e controllo della spesa pubblica. Al di là di queste ardite pronunce di merito, l'orientamento della Corte di Cassazione tende a ribadire la specialità del regime sanzionatorio applicabile alla p.a. rispetto a quello del lavoro privato, che impedisce ogni effetto reintegrativo stante la regola generale del concorso per l'assunzione del personale.

2. ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO SULLA DETERMINAZIONE DEL DANNO RISARCIBILE

I profili maggiormente problematici rimangono quelli che attengono sia alla qualificazione del danno sofferto dal lavoratore, sia alla quantificazione del risarcimento dovuto, ed è su questo piano che riemergono le perplessità circa la reale efficacia dissuasiva dell'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001. In particolare, a fronte della sinteticità del dato normativo di cui al 5 co. non si registrano univoci orientamenti dottrinali e giurisprudenziali nell'individuazione del tipo di danno risarcibile e del regime probatorio applicabile.

Secondo parte della giurisprudenza, il danno risarcibile *ex art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001* "se non merita la definizione di danno da inadempimento, poiché non scaturisce dalla violazione di clausole pattizie pienamente vincolanti in quanto valide ed efficaci, nemmeno può esaurire la propria giuridica rilevanza nella sola fase delle trattative contrattuali, ma 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"¹⁹. Il

¹⁷ In questo senso già era intervenuto l'art. 4 della l. n. 80 del 2006 introducendo il comma 4 *bis* all'art. 35 d.lgs. n. 165 del 2001, su cui cfr. A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 122 s.; S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 12 ss.

¹⁸ Sul punto v. A. FENOGLIO, *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego: luci e ombre della recente riforma legislativa*, in *LD*, 2009, p.290 ss.

¹⁹ Tribunale di Foggia 6 novembre 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 912; Trib. Trapani 2 dicembre 2008, in *GM*, p.1278

danno risarcibile non sarebbe il corrispettivo automatico della precarizzazione (o della mancata stabilizzazione) del rapporto²⁰, con la conseguenza di far gravare sul lavoratore l'onere di provare la violazione in cui è incorsa l'amministrazione, il danno in concreto subito ed il nesso causale tra violazione e danno.

Più recente, invece, l'orientamento che costruisce la responsabilità di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 come conseguente alla risoluzione legale del contratto, con l'obbligo da parte della PA di risarcire la perdita del lavoro, e con effetti quindi omogenei e simili a quelli previsti per la disciplina privatistica ordinaria, essendo in entrambi i casi regolamentato il piano degli effetti di un contratto di lavoro che sarebbe *ab origine* a tempo indeterminato²¹. Tale soluzione comporta l'esenzione a carico del lavoratore dell'onere di provare quale sia esattamente il danno subito, che può essere sempre identificato nella perdita del posto di lavoro.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità²², allo stato attuale, sia rigida nel negare la configurabilità di un danno *in re ipsa*, ed anche per questa ipotesi di danno ritenga necessaria sempre l'allegazione della prova da parte del lavoratore, non mancano, infatti, pronunce di merito che invece continuano a ritenere ammissibile il risarcimento del danno a prescindere dalla prova concreta di un effettivo pregiudizio subito dal lavoratore stesso²³. Bisognerebbe, dunque, risolvere dapprima il non facile nodo della natura giuridica della responsabilità, qualificandola come contrattuale piuttosto che extracontrattuale, per poter adottare il regime particolare di ripartizione dell'onere probatorio previsto dall'art. 1218 c.c.

Peraltro, non è mancato chi ha ricondotto la suddetta responsabilità ad una responsabilità di tipo precontrattuale, desumendola in primo luogo dal tenore letterale della norma, la quale discorre di "danno derivante dalla prestazione di lavoro", e dunque non si tratterebbe del danno derivante dal non avere prestato attività lavorativa ma, al contrario, di danno derivato proprio dall'aver lavorato. In secondo luogo, la natura precontrattuale discenderebbe dalla necessità di tener conto del divieto previsto dall'art. 97 Cost., il quale, nel momento in cui fissa il principio del concorso pubblico, esclude la meritevolezza dell'interesse ad essere assunto a tem-

²⁰ Cfr. Trib. Civitavecchia, 8 aprile 2010, in *www.dirittoscolastico.it*; Trib. Trieste, 28 maggio 2011, in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2011 con nota di BUSICO; Trib. Pisa, 14 giugno 2011, inedita.

²¹ Cfr. Trib. Rossano 13 giugno 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, 736 (s.m.), nota di Martini.

²² Cfr. Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 138 e Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, p.870.

²³ Cfr. Corte App. Genova 9 gennaio 2009 con nota di M. GARATTONI, *La violazione della disciplina sul contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni: la tutela risarcitoria effettiva, adeguata e dissuasiva*, in *Riv. It. Dir. lav.* 2012, 1, 144 ss. Sul punto v. anche L. ZAPPALA', *Le oscillazioni del pendolo: La riforma "continua" del contratto di lavoro a tempo determinato nelle P.A.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, 305-306.

po indeterminato presso le pubbliche amministrazioni in mancanza di pubblico concorso²⁴.

Anche per quanto attiene il profilo della quantificazione del risarcimento, l'attuale perdurante varietà di tecniche elaborate ai sensi dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, non garantisce l'effettività dello strumento sanzionatorio²⁵.

Tra le soluzioni proposte al fine di reperire un corretto parametro di riferimento, ha trovato larga diffusione, soprattutto tra i giudici genovesi, l'applicazione in via analogica dei meccanismi sanzionatori dei commi 4 e 5 dell'art.18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, unici istituti mediante i quali il legislatore ha monetizzato il posto di lavoro assistito da stabilità reale, quale è quello alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, commisurando il risarcimento del danno al valore minimo (cinque mensilità) più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità)²⁶.

Parte della giurisprudenza, invece, ha rinvenuto un criterio affidabile nell'art. 8 della l. 604 del 1966, commisurando il risarcimento ad un importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità. Altra parte, più di recente, ha rintracciato, pur in assenza di conversione del rapporto, un utile parametro di quantificazione del danno nell'indennità *ex art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, "nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"*²⁷.

In alcuni casi si è fatto riferimento "al periodo medio necessario a trovare una nuova occupazione, in relazione all'area geografica, all'età, al sesso ed al titolo di studio del ricorrente"²⁸. In taluni altri, alla differenza tra quanto percepito dal lavoratore e quanto gli sarebbe spettato se, nel medesimo periodo, fosse stato assunto a tempo indeterminato²⁹. Ed in altri ancora, si è cercato di valutare in concreto il dan-

²⁴ Cfr. Trib. Reggio Calabria 1 febbraio 2012, inedita.

²⁵ Cfr. A. GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555/10 della Corte di Cassazione* cit.

²⁶ Cfr. Trib. Genova, 14 dicembre 2006, in *Dir. lav. merc.*, 2007,131 con nota di SOTTILE; Trib. Genova, 14 maggio 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007,II,906 con nota di TEBANO, *Lav. prev. oggi*, 2007,1514 con nota di VICECONTE; App. Genova, 19 settembre 2008, in *Giur. merito*, 2009,2973 con nota di CRIELLO; App. Genova, 9 gennaio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010,II,133 con nota di GARATTONI; Trib. Foggia, 5 novembre 2009, in *Lav. giur.*, 2010,171 con nota di IRMICI, *Riv. crit. dir. lav.*, 2010,453 con nota di ROTA; Trib. Genova, 24 maggio 2011, in *Lav. giur.*, 2011,697 con nota di DE MICHELE; Trib. Torino, 31 agosto 2011, in www.dirittoscolastico.it.

²⁷ Trib. Treviso, 28 gennaio 2011, inedita; Trib. Roma 23 febbraio 2011.

²⁸ Trib. Rossano calabro, 4 giugno 2007, in *FI*, 2007, I, 2589 e anche in *RGDL*, 2008, 433.

²⁹ Trib. Milano, 12 gennaio 2007, in *D&L*, 2007, p.182. Trib. Milano, 22 giugno 2010, n.2836, inedita: ove il giudice ha tenuto conto di tutti gli istituti retributivi, ivi compresa l'incidenza sul trattamento di fine rapporto.

no patito, tenendo conto “del dispiegarsi del rapporto e degli accadimenti successivi alla sua interruzione”, condannando pertanto l’amministrazione a risarcire il danno in una misura pari alle retribuzioni spettanti dalla data di messa in mora alla data della sentenza³⁰.

3. IL CASO DEL TRIBUNALE DI TRAPANI E L’ILLEGITTIMA APPOSIZIONE DEL TERMINE NEI CONTRATTI DI PUBBLICO IMPIEGO

Nella sentenza in commento, il giudice del Tribunale di Trapani ha ravvisato nella condotta dell’amministrazione un’ipotesi di responsabilità da contatto sociale, dunque contrattuale, condannandola a risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento, compreso l’eventuale lucro cessante futuro, quantificabile in un importo pari alle retribuzioni “future” che sarebbero state percepite dalla scadenza del termine illegittimo fino al raggiungimento dell’età pensionabile delle ricorrenti. Si tratta di una pronuncia che, nel solco di un recente orientamento giurisprudenziale, al fine di rendere la tutela risarcitoria concretamente accessibile e conforme alle indicazioni della Corte di Giustizia Europea, adotta però una soluzione estrema, fin troppo “generosa”, condannando la p.a. a corrispondere cospicue somme di denaro per abuso dei contratti a termine.

La vicenda trae origine da un ricorso per illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro stipulati per l’espletamento di mansioni di assistenti sociali, in assenza delle necessarie “ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo”. La detta assunzione era scaturita, peraltro, da una rimodulazione delle piante organiche effettuata dall’amministrazione, per cui i posti da coprire risultavano vacanti pur non sussistendo alcun ostacolo all’assunzione di nuovo personale. Pertanto, le ricorrenti chiedevano al Giudice del lavoro di accertare l’illegittimità dell’apposizione del termine, ovvero, della proroga del rapporto, e di dichiarare la conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato con corresponsione dell’indennità omnicomprensiva ex art. 32 L.183/10. In via subordinata, si optava per il risarcimento del danno da quantificarsi in via equitativa.

Il ragionamento del giudice si sofferma, dapprima sulla corretta o meno indicazione nel contratto delle ragioni tecnico-organizzative giustificatrici dell’apposizione del termine, per poi occuparsi del profilo della qualificazione del danno sofferto dalle lavoratrici, e della quantificazione del risarcimento dovuto, in mancanza della conversione del contratto nel settore del pubblico impiego.

³⁰ Trib. Trapani 30 gennaio 2007 con nota di MILITELLO, *La sanzione in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p.1155 ss.

Va subito precisato un punto che in genere non emerge in giurisprudenza, facendo a tal fine riferimento al sistema delle fonti indicato dall'art. 2, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Invero, la materia del lavoro a termine, se non vi sono specifiche norme per particolari categorie di dipendenti, e a prescindere dal ruolo della contrattazione collettiva, è disciplinata dalle norme "generali" del lavoro pubblico del d.lgs. n. 165/2001, che prevalgono su quelle di cui al d.lgs. n. 368/2001 recante la disciplina per il settore dell'impiego privato, che, pur essendo successivo, non ha inteso intaccare il sistema delle fonti³¹. Solo in via residuale, per gli aspetti della materia non espressamente regolati dalle norme del lavoro pubblico, legali o di contrattazione collettiva, ai contratti flessibili possono applicarsi le regole che valgono per i rapporti di lavoro privatistici, e quindi quelle di cui al d.lgs. n. 368/2001.

Il d.lgs. n. 165 del 2001 pone espressamente determinati vincoli alla stipula del primo e unico contratto a tempo determinato nel settore del pubblico impiego. Pertanto, prima di tutto, occorre verificare la sussistenza delle condizioni richieste dall'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, e cioè di quelle "*esigenze temporanee ed eccezionali*", per far fronte alle quali le pubbliche amministrazioni possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti.

Mentre nel settore privato è sufficiente che le esigenze giustificatrici di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 siano di tipo temporaneo, con una temporaneità che può derivare anche da scelte imprenditoriali; nel settore pubblico, invece, le esigenze stesse devono essere oltre che temporanee, anche eccezionali, e cioè imprevedibili e non ricorrenti e comunque non destinate a soddisfare il fabbisogno ordinario di personale, pena la illegittimità della clausola per contrasto con norma imperativa di legge. Le esigenze di copertura della dotazione organica, intese come esigenze di carattere continuativo e duraturo e quindi permanente, devono invece trovare soddisfazione esclusivamente con le assunzioni a tempo indeterminato. Si tratta di condizioni più restrittive rispetto alla disciplina privatistica del contratto a tempo determinato, ma non si può pensare di applicare quest'ultima in presenza di norme espresse regolatrici del settore pubblico.

Le differenze si sono, peraltro, oggi accentuate con la Riforma Fornero, che consente la prima assunzione a-causale per un massimo di 12 mesi, con norma non applicabile al lavoro pubblico non solo in virtù dei commi 7 e 8 dell'art. 1, come specificato dalla Nota di Dipartimento della funzione pubblica del 28 settembre

³¹ Cfr. L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 701.

2012, ma anche in virtù dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, dato che le condizioni per la stipula del primo contratto sono fissate dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001 stesso³². Fuori da tali limiti ed in presenza di una lacuna del d.lgs. 165/2011 in merito, alla proroga dei contratti a termine è applicabile, quantomeno a detta del Dipartimento della funzione pubblica, il d.lgs. 368/2001 anche con le modifiche successivamente introdotte dalla Riforma Fornero, argomentando dal richiamo effettuato dall'art. 36, comma, 2, del d.lgs. n. 165/2001.

4. RESPONSABILITÀ DELLA P.A. E QUANTIFICAZIONE DEL RISARCIMENTO NELLA SENTENZA IN COMMENTO

Per quanto riguarda la tutela risarcitoria, il giudice ravvisa innanzitutto in capo alla p.a. un'ipotesi di "responsabilità da contatto sociale qualificato", per cui trova applicazione la disciplina della responsabilità da inadempimento *ex art. 1218 e ss. c.c.*, con le relative conseguenze in termini di onere della prova e prescrizione del diritto al risarcimento.

Tale responsabilità scaturirebbe dalla circostanza che l'amministrazione non può considerarsi un "passante occasionale", ma è un soggetto con il quale il danneggiato ha instaurato un pregresso rapporto fiduciario durante la fase di trattativa, tale da ingenerare un preciso obbligo di protezione e di rispetto dell'affidamento della controparte, dalla cui violazione scaturisce una vera e propria responsabilità da inadempimento. Fonte della prestazione risarcitoria non sarebbe né la violazione del principio del *neminem ledere*, né l'inadempimento della prestazione contrattualmente assunta, ma la lesione di obblighi di protezione, di comportamento, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

D'altra parte, sempre a detta del giudice, anche a voler ravvisare nel caso di specie una responsabilità precontrattuale, si deve ritenere comunque superato l'antico dogma secondo il quale il risarcimento del danno potrebbe riguardare solo la lesione dell' "interesse negativo" (a non essere coinvolti da una trattativa inutile). Infatti, tenuto conto delle recenti evoluzioni dell'istituto di cui agli artt. 1337 e ss., per le quali il danno risarcibile ben può essere rappresentato dal cosiddetto "interesse positivo differenziale", e non solo dalla lesione dell'interesse "negativo", il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto a risarcire al lavoratore il medesimo danno patrimoniale che dovrebbe risarcire in applicazione delle regole sull'inadempimento.

³² Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della Riforma Fornero*, in *Lav. pubbl. amm.* 6/2012, p. 971.

La situazione in esame, dunque, sarebbe analoga a quella disciplinata dall'art. 1440 c.c., (sul dolo incidente), con la differenza che l'incidenza sul contenuto del contratto (il cui oggetto è divenuto l'assunzione a termine anziché a tempo indeterminato) potrebbe essere dovuta al fatto meramente colposo della PA, e non necessariamente ad un comportamento doloso della stessa. Ne consegue che la parte che ha determinato tale sviamento è tenuta a risarcire all'altra il cosiddetto danno differenziale, ossia, a riportare il patrimonio di questa nella situazione in cui si sarebbe presumibilmente trovata laddove il contenuto del contratto non fosse stato alterato.

La soluzione giurisprudenziale fornita si fonda, inoltre, sulla dicotomia tra “atto” e “comportamento”, per cui, secondo il giudice, l’illegittima apposizione del termine come “atto negoziale” può considerarsi non produttiva di alcun effetto, dovendosi dare prevalenza al principio consacrato nell’art. 97 Cost. , ma come “comportamento illecito” non limita la responsabilità dell’amministrazione, laddove sussista il dolo o la colpa (nel caso in questione si tratterebbe di colpa specifica per violazione dell’art.1 d.lgs. n.368/01) per aver inciso sul patrimonio di terzi. E tale situazione di illegittimità deve trovare uno sbocco risarcitorio a prescindere dall’obbligo per la PA di assumere mediante concorso pubblico.

Dal momento che la condotta censurata è rappresentata dall’abusiva apposizione del termine, ossia dal non aver stipulato un contratto a tempo indeterminato, “*il datore di lavoro deve risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento*” cioè, *le diminuzioni patrimoniali scaturite “immediatamente e direttamente” dalla condotta (art. 1223 c.c.), purché siano “prevedibili” (art. 1225 c.c.) e non riconducibili al fatto proprio del danneggiato (art. 1227 c.c.)*”. Di conseguenza, come accennato, il giudice è pervenuto a condannare la pubblica amministrazione a corrispondere una somma, a titolo risarcitorio, di ammontare pari alle retribuzioni che sarebbero state percepite dalla cessazione del rapporto per effetto della scadenza del termine illegittimo fino quella che sarebbe stata la naturale cessazione del rapporto al raggiungimento dell’età pensionabile delle ricorrenti.

Il ragionamento seguito dal giudice si basa sull’applicazione della logica del “più probabile che non”, per cui i danni risarcibili sono quelli che in assenza della condotta illecita della p.a. sarebbero stati presumibilmente evitati con una probabilità appena superiore al 50% , e che invece la p.a. è chiamata a risarcire integralmente pur in assenza di alcuna prova certa. In definitiva, è in base all’*id quod plerumque accidit*, ad una massima di esperienza, che si presume che senza la condotta illecita della p.a., le lavoratrici sarebbero state assunte, com’è di regola, a tempo indeterminato, senza che abbiano rilevanza il mancato espletamento del concorso, né le *chances* di vittoria da parte delle stesse, e che queste avrebbero conservato il

loro rapporto di lavoro fino al raggiungimento dell'età pensionabile. In tal senso, rileverebbe anche l'ampliamento delle piante organiche e l'incremento delle unità destinate alle mansioni poi effettivamente svolte dalle ricorrenti, sia pure in base ad un incarico a tempo determinato.

Dall'applicazione della disciplina generale in tema di risarcimento del danno, per cui va risarcito "tutto il danno cagionato e normalmente prevedibile", consegue, in primo luogo, l'esclusione del ricorso al criterio equitativo ex art. 1226 c.c., ben potendo nel caso di specie il danno da lucro cessante essere provato in base alla regola del "più probabile che non". Avendo l'intervento equitativo del giudice, infatti, solo la funzione di superare una oggettiva difficoltà probatoria per il danneggiato, nessuna valutazione di merito può essere effettuata, anche laddove l'ammontare del danno provato dovesse apparire "eccessivo" in base ad un giudizio di valore.

In secondo luogo, viene escluso anche l'utilizzo dei meccanismi di quantificazione in via forfettaria del danno subito dal lavoratore. La critica alle soluzioni interpretative che hanno applicato il criterio del risarcimento del danno da illegittimo licenziamento indicato forfettariamente dalla L. 604/66 e dall'art. 18 St. Lav., ovvero l'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/2010, muove dal presupposto comune che si tratta di norme che, eccezionalmente e in casi particolari stabiliti dal legislatore, derogano alle regole generali di determinazione del danno e che, pertanto, non possono essere applicate in via analogica. In particolare, si esclude l'applicazione dell'indennità ex art. 32 L. n. 183/2010 in quanto *"se ci si limitasse ad applicare ai dipendenti pubblici la sola indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. n. 183/2010, si finirebbe per radicare una evidente disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e dipendenti privati in quanto, a fronte della medesima situazione (ossia, sulla illegittima apposizione del termine finale del rapporto), ai secondi spetterebbe oltre all'indennità in esame pure l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta solo l'indennità dell'art. 32"*.

5. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Va osservato come la soluzione prospettata dal Tribunale di Trapani in merito al fondamento della responsabilità della p.a. possieda un grado di originalità tale da creare tecniche di garanzie che vanno oltre la precomprensione dell'interprete, finendo per utilizzare criteri di quantificazione del danno che dilatano oltremisura le somme dovute.

Innanzitutto, si consideri come alla responsabilità da contatto sociale siano ricondotte di solito ipotesi caratterizzate oltre che dall'assenza di un contratto tra presunto danneggiante e danneggiato, dalla particolare "qualità dell'attività" svolta dal possibile danneggiante, alla quale, proprio per gli echi pubblicistici legati alla destinazione dell'attività, l'ordinamento giuridico collega obblighi di comportamento, anche a tutela di valori costituzionali (es. in capo al medico, dipendente da struttura sanitaria, nei confronti del paziente; nel caso dell'insegnante, dipendente dall'istituto scolastico, nei confronti dello studente, per il danno cagionato dall'alunno a se stesso; recentemente anche nel caso di danno conseguente a inesatte informazioni previdenziali fornite, a richiesta, dall'ex datore di lavoro³³). Dalla struttura dell'obbligazione nascente dal contatto sociale discende che una volta provata l'obbligazione, il creditore deve soltanto allegare l'inadempimento; il debitore, invece, potrà dimostrare di aver esattamente adempiuto oppure che «l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile», secondo l'art. 1218 c.c.³⁴. In tali casi, dunque, il ricorso al contatto sociale comporta indirettamente per il danneggiato un alleggerimento del carico probatorio, limitato alla prova dell'obbligazione ed all'allegazione dell'inadempimento.

Peraltro, secondo parte della dottrina, l'attenzione al contatto amministrativo qualificato ha sicuramente il pregio di evidenziare fattispecie di responsabilità della P.A. non direttamente collegate all'accertamento della spettanza del bene della vita, ma non convince appieno nella parte in cui la tutela risarcitoria viene fatta discendere in via automatica, o quasi, dalla violazione delle regole procedurali e viene inquadrata all'interno della responsabilità contrattuale. Sembra quasi che l'inquadramento sistematico in tale categoria dipenda non tanto dalle caratteristiche obiettive delle fattispecie, ma dall'esigenza di risolvere, in senso favorevole al danneggiato, i problemi della colpa della P.A. e dell'onere di provarla e della difficoltà di accertamento della spettanza del bene della vita in tutte le ipotesi di attività caratterizzata da margini di discrezionalità amministrativa³⁵.

Nel caso in esame, comunque, non è facile intravedere l'inadempimento da parte della p.a. di obblighi di protezione o comportamento, né di alcun obbligo contrattuale specifico, a meno che si concluda che l'obbligo sia quello di non violare la

³³ Cfr. Cass. n. 15992 del 21 luglio 2011 in *Giust. civ. Mass.* 2011, 9, 1218.

³⁴ Cfr. M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.9, 2011, pag. 1693B

³⁵ Cfr. R. CHIEPPA, *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa* in *Diritto Processuale Amministrativo*, fasc.3, 2003, pag. 683ss.

disciplina in materia di contratto a termine oppure quello di non frodare la legge. Di fatto, il disposto dell'art. 36 al co. 5 parla chiaramente di diritto al risarcimento "per violazione di disposizioni imperative", e si tratta di un'autonoma fattispecie di danno, che si somma all'operare dell'art. 2126 c.c in base al quale spettano al prestatore le retribuzioni e la contribuzione per il periodo lavorato³⁶. In caso di violazione di norme imperative sull'utilizzo del lavoro a termine, è discutibile parlare di un danno da mancata costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato a cui per legge non si ha diritto. Ciò significherebbe ammettere l'esistenza di un diritto a lavorare con stabilità che l'ordinamento interno nega, laddove, piuttosto, la peculiarità del regime sanzionatorio di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 trova fondamento nel principio costituzionale di accesso all'impiego "stabile" presso la p.a. mediante il preventivo espletamento della procedura concorsuale.

Benchè, poi, la "logica del più probabile che non" sia presentata come corollario della funzione riparatoria del risarcimento del danno piuttosto che di quella sanzionatoria, è evidente, considerata la cospicua somma, che il risultato cui si è pervenuti rievoca piuttosto un intento punitivo nei confronti della pubblica amministrazione. Si finisce per confermare proprio quella tendenza, diffusa in larga parte della giurisprudenza di merito, a concepire il risarcimento di cui all'art. 36 come una sorta di penale per utilizzo abusivo del contratto a termine da parte della p.a., anziché come risarcimento del danno in senso proprio³⁷.

Se da un lato è giusto che si punti, come sostenuto anche in dottrina, ad una interpretazione della disciplina interna capace di estrarre il massimo di tutela derivante dal risarcimento del danno con una sua enfaticizzazione a livello applicativo³⁸, d'altra parte, il tentativo diffuso in dottrina e giurisprudenza di realizzare, attraverso la stima del danno, una sorta di parificazione delle sanzioni applicate al datore di lavoro pubblico e al datore di lavoro privato, non trova fondamento nell'ordinamento né interno, né europeo. Il rischio, piuttosto, è quello di *forzare* l'interpretazione per renderla coerente con le prescrizioni comunitarie e tendere a stimare il

³⁶ Cfr. C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 474; L. DE ANGELIS, *Il contratto a termine con le pubbliche amministrazioni: aspetti particolari* in *D&L*, 2002, 48.

³⁷ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *La necessaria elasticità dell'onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro*, nota a Cass. 26 gennaio 2010, n.1576, in *Dir. rel. ind.* 2, 2010,1, 146.

³⁸ Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della Corte di giustizia del 2006*, in *Lav. pubbl. amm.* 2006, 06, 1105 ss.

pregiudizio subito dal lavoratore commisurandolo alla *perdita* del posto di lavoro a tempo indeterminato³⁹.

Del resto, si è giunti ad adottare una soluzione interpretativa che amplia il risarcimento al punto tale da renderlo “equivalente” alla sanzione della conversione del rapporto a tempo indeterminato prevista nel settore privato, ed in tal senso le somme dovute finiscono per rappresentare il corrispettivo di una retribuzione (senza che vi sia però alcuna prestazione) e non un risarcimento. Senza tener conto, peraltro, che l’effettiva conversione del rapporto avrebbe comportato invece la corresponsione delle normali retribuzioni, corrispettive alle prestazioni effettivamente rese dalle lavoratrici alla pubblica amministrazione⁴⁰. La soluzione prospettata dal Giudice sembra basarsi, piuttosto, su una concezione distorta e non conforme alla direttiva europea del “criterio di equivalenza” tra le misure per la prevenzione degli abusi, nonché su un calcolo ipotetico delle retribuzioni che non tiene conto né delle situazioni soggettive delle ricorrenti, né di quella oggettiva dell’ente pubblico e del tipo di mansioni svolte, la cui utilità può presumibilmente durare nel tempo ma anche venire meno.

Inoltre, anche a voler considerare valida la soluzione interpretativa basata sulla dicotomia tra “atto” e “comportamento” richiamata in pronuncia (per cui, pur essendo pacifico che la pubblica amministrazione può assumere a tempo indeterminato solo tramite pubblico concorso, la mancata assunzione configura comunque un comportamento “*contra legem*”, perché avrebbe cagionato un danno alle lavoratrici), vero è che l’illegittima apposizione del termine come “comportamento *contra legem*” ha causato un pregiudizio alle lavoratrici che deve essere risarcito, ma, nel verificare quale sia il pregiudizio scaturito dalla violazione di legge operata dalla p.a., e dunque nel momento della quantificazione di tale danno, non si può prescindere dall’art. 97 Cost. che prevede lo sbarramento del pubblico concorso. Eliminata la condotta illecita dell’apposizione del termine, rimane a monte comunque l’ostacolo giuridico all’instaurazione del rapporto a tempo indeterminato rappresentato dalla necessità del pubblico concorso e l’assenza, nel caso in esame, di alcuna prova concorsuale sostenuta dalle lavoratrici.

Sembra allora più fondato sostenere che, pur eliminando la condotta illecita dell’illegittima apposizione del termine, non si sarebbe instaurato alcun rapporto di lavoro a tempo indeterminato e nessun lucro cessante avrebbe potuto essere risarcito, poiché non

³⁹ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *La necessaria elasticità dell’onere di specificazione delle ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro*, nota a Cass. 26 gennaio 2010, n.1576, cit., 148.

⁴⁰ Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nelle p.a. dopo le recenti innovazioni legislative e le sentenze della Corte di giustizia del 2006*, cit.,1114.

vi è alcuna prova, neanche secondo la logica del "più probabile che non", che le interessate sarebbero state assunte.

Pur nella consapevolezza di pervenire a condannare la p.a. ad un risarcimento di ammontare decisamente elevato, l'unica soluzione che, invece, il giudice ritiene di poter adottare, è l'applicazione della disciplina generale del risarcimento, data l'assenza di una espressa predisposizione da parte del legislatore di un adeguato meccanismo forfettario di risarcimento nell'ambito del pubblico impiego, e di quelle specifiche misure, idonee a prevenire il ricorso abusivo dei contratti a termine da parte delle p.a., che la Corte di giustizia ha più volte invitato ad adottare.

Orbene, l'indennizzo di cui all'art. 32 della l. 183/2010, pur non essendo direttamente applicabile alla p.a. perché manca il presupposto della conversione, può costituire un criterio adeguato di quantificazione del danno da utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato, data la sua natura di indennizzo forfettizzato, che prescinde dalla prova del danno, è dovuto in ipotesi anche in mancanza di danno, non è soggetto alla detrazione dell'*aliunde perceptum*, ed al quale la C. cost. nella sentenza n. 303/2011 aveva già riconosciuto una "chiara valenza sanzionatoria"⁴¹.

Il danno non è infatti costituito dalla perdita di un posto di lavoro, cui la parte ricorrente non ha diritto, bensì dal pregiudizio derivante dall'abusiva apposizione del termine al contratto, danno che il legislatore, proprio con l'art. 32, 5° co. l. n. 183/10 ha forfettizzato tra un minimo ed un massimo, da un lato, esonerando il lavoratore dall'allegazione e dalla prova di esso e, dall'altro, consentendo di modularlo in ragione del maggiore o minore impiego di contratti di lavoro a tempo determinato. Non a caso l'art. 32, 5° co. citato è norma applicabile in via generale come sanzione nell'ipotesi di illegittima apposizione del termine o di impiego abusivo del lavoro a tempo determinato e dunque può essere utilizzato nella fattispecie concreta per compensare il danno subito. Se è vero che il pubblico dipendente, a differenza di quello privato, non ha diritto alla conversione o trasformazione del rapporto,

⁴¹ Peraltro con norma di interpretazione autentica introdotta con la Legge Fornero è stato chiarito che tale indennità risarcitoria esclude il diritto del lavoratore a qualsiasi altro risarcimento del danno patrimoniale o non patrimoniale. Tale tesi ha la finalità di "imporre" l'interpretazione della Corte Costituzionale e della Cassazione e trova fondamento nell'interpretazione letterale della disposizione che prevede il pagamento di un'indennità "omnicomprensiva" che ha carattere esclusivo, e quindi si sostituisce e non si aggiunge alle conseguenze risarcitorie di diritto comune, esaurendo in sé tutte le conseguenze risarcitorie dell'accertata illegittimità del termine. V. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Dir. prat. Lav.*, 2011, p. 2759; Trib. Roma 11 gennaio 2011, in *Lav. giur.* 2011, 418; Cass. 28 gennaio 2011, n.2112, ord., in *Foro it.*, 2011, I, 1742

e quindi, sotto questo specifico profilo, non ha diritto al risarcimento, è anche vero che dalla mancata conversione subisce pregiudizi che devono trovare ristoro e che posso essere risarciti in virtù del richiamo a tale norma a motivo della somiglianza delle due condizioni lavorative⁴².

Si consideri in ultimo come, in assenza di un intervento univoco e chiarificatore circa il criterio di quantificazione del risarcimento del danno, e tenuto conto del carattere disomogeneo della giurisprudenza sul punto, la Riforma Fornero abbia perso l'occasione per sistemare la difficile applicazione del 5 co. dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, anche con un intervento minimo quale sarebbe stato trasformare il risarcimento in una indennità da quantificarsi entro un minimo e un massimo, tale comunque da rispettare i requisiti europei⁴³.

In realtà, un tentativo di modifica legislativa all'art. 36 volto ad accentuare la responsabilità dei dirigenti, come peraltro indicato dalla stessa Cass. n. 392/2012, era già contenuto nel T.U. del 25 giugno 2013 presentato come bozza del d.l. 76/2013 ma non ha avuto seguito in quella sede, non essendo stato trasposto nel testo del decreto legge, poi convertito con modificazioni nella Legge n. 99 del 9 agosto 2013. Oggi è nell'art. 4 del decreto legge 31 agosto 2013, n. 101 recante *“Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni”*, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 26 agosto, che troviamo introdotte modifiche ed integrazioni all'art. 36 d.lgs. 165 del 2001, pur non rilevanti, volte a contenere il ricorso agli strumenti di impiego flessibile della pubblica amministrazione. In particolare la nuova formulazione si limita a prevedere che le pubbliche amministrazioni potranno avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzioni e di impiego per rispondere ad esigenze di carattere **esclusivamente** temporaneo o eccezionale. Un comma aggiuntivo, 5-ter, esplica che le disposizioni previste dal d.lgs. n. 368 del 2001 si applicano alle pubbliche amministrazioni solo *“ove compatibili con la normativa specifica dei contratti a termine prevista per la PA”* da ultimo in questo decreto. Fermo restando, poi, il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, la stipulazione dei contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione dei suddetti paletti determina la nullità degli stessi e configura un'ipotesi tipica di responsabilità erariale e disciplinare dei dirigenti ai quali non potrà essere erogata la retribuzione di risultato.

⁴² Cfr. Trib. Mantova 14.12.2011, inedita.

⁴³ Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine nel settore pubblico. L'assetto normativo dopo il colpevole silenzio della Riforma Fornero*, in *Lav. pubbl. amm.* 2012, 06, p. 978.

Tuttavia, nel perdurante “silenzio colpevole” del legislatore in merito al *quantum* del risarcimento, il risultato non può che essere il sopravvenire di un contenzioso di massa, come quello del resto già aperto, con effetti dirompenti e con pericolose ricadute sulla finanza pubblica. La complessità della questione, data dall’evidente disparità di trattamento che si realizza tra gli stessi lavoratori del settore pubblico a causa dell’estrema eterogeneità delle soluzioni giurisprudenziali adottate, rende necessario oggi più di prima l’intervento della Suprema Corte di Cassazione, ma, ancor di più, quello del legislatore.

*Submitted Reviewed Month xxth, 2013 - Accepted Month yyth, 2013 on line
Month, zzth 2013 - Words xyz - Characters xyz*