

Con il patrocinio di:



Regione Umbria
Assemblea legislativa



Provincia di Perugia



Comune di Perugia



**CONVEGNO
NAZIONALE**

**PERUGIA
9-11/06
2016**

LE NUOVE FRONTIERE DEL LAVORO

Il mestiere del giuslavorista ai tempi del jobs act



«*Il danno è altro*»

La nuova frontiera del risarcimento del danno nei rapporti di lavoro pubblico a termine dopo la sentenza 5072/2016 delle Sezioni Unite

*Dr. Marco Medoro
Giudice del Lavoro del Tribunale di Perugia*

Premesse della sentenza



- La clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva CE 70/1999 prevede l'obbligo degli Stati di adottare misure che evitino l'abusiva successione di contratti a termine prescrivendo ragioni obiettive o limiti al numero o alla durata dei rinnovi *in mancanza di norme equivalenti* e tenendo conto delle esigenze di specifici **settori o categorie** di lavoratori;
- Sono precetti non autoapplicativi (Impact, Angelidaki, Affatato, Kokou) che lasciano ai singoli paesi *tra l'altro* il compito di stabilire *quando v'è* successione di contratti e *quando v'è* conversione (Cass., s.u. 31.5.2016 n. 11374): la giurisprudenza CGUE costante nell'affermarne l'applicabilità al settore del pubblico impiego;
- L'ordinamento interno contiene (d.lgs. 368/2001 e d.lgs. 165/2001) precetti limitativi del ricorso delle P.A. ai contratti a termine mentre sul piano sanzionatorio l'art. 36 del d.lgs. 165/2001 divieta la conversione del rapporto facendo salva la sola statuizione di risarcimento danni;
- La sentenza 392/12 del S.C. stabilisce che il risarcimento, secondo gli ordinari canoni della responsabilità contrattuale, è subordinato alla prova della perdita di occasioni lavorative maggiormente remunerative;
- A questo punto la CGUE, dopo avere più volte affermato (cfr punti 40 e ss. ord. Affatato) che la clausola 5 non osta al trattamento diverso che un ordinamento interno riserva ai contratti a termine nel settore pubblico e che allo stesso spetta individuare misure di tutela (adeguate, effettive, dissuasive, equivalenti a situazioni analoghe) precisa, con ordinanza 12.12.2013 (Papalia), che *se* il risarcimento danni è subordinato ad oneri probatori eccessivamente gravosi per il lavoratore ed è l'unica misura di tutela, le norme interne *sono in conflitto* con la direttiva.

Caso Marrosu e Sardino



- Trib. Genova, sentenza 5.4.2007, stante illegittimità di alcuni contratti a termine intercorsi con P.A. e il divieto di conversione stabilito dalla normativa interna, effettua rinvio pregiudiziale alla CGUE, la quale, con sentenza 7.9.2006 afferma: (1) la direttiva 70/1999 si applica *anche* al settore del pubblico impiego (2) la disciplina comunitaria (clausola 5) non osta alla permanenza del divieto di conversione a condizione che sussista altro rimedio *effettivo* e *dissuasivo* dell'abusivo ricorso del contratto a termine;
- Richiamando la giurisprudenza europea (*Halifax, Adeneler, Peterbroeck*), il Tribunale afferma che il nostro ordinamento contiene effettivamente misure tali da rendere *effettive* le situazioni tutelate, realmente *dissuasive* rispetto alle possibili violazioni ed *equivalenti* a situazioni analoghe di diritto interno e le individua nel risarcimento del danno per equivalente ex art. 36 del d.lgs. 165/2001 applicato per il tramite dell'art. 18 St. lav. usato come *tertium comparationis*;
- **«Il pregiudizio arrecato ai ricorrenti nel caso di specie corrisponde alla perdita del posto di lavoro e dunque di uno stabile trattamento retributivo assicurato dal rapporto d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico»:** viene quindi individuato l'art. 18 *sia* in virtù della capacità dissuasiva collegata al meccanismo di forfetizzazione con effetto deterrente (5 mensilità danno minimo presunto) *sia* perché è l'unica norma che individua **il valore convenzionale del posto di lavoro assistito da stabilità reale** (15 mensilità in sostituzione della reintegra).



- La sentenza di primo grado viene integralmente confermata in appello e la sola Azienda Ospedaliera presenta ricorso per cassazione: il giudizio di legittimità **verte quindi, unicamente, sull'esistenza e sui limiti del diritto al risarcimento del danno sancito dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001** e non più sulla domanda di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato;
- Con ordinanza n. 16363 del 4.8.2015, la Sezione lavoro rimette al Primo Presidente affinché la questione sia esaminata dalle Sezioni Unite sia per la «massima particolare importanza» delle questioni da discutere in ordine al risarcimento del danno sia per il contrasto *medio tempore* registratosi nelle sezioni semplici: in base all'ordinanza di rimessione le Sezioni Unite devono esprimersi su:
 - **1) definizione**
 - **2) portata applicativa**
 - **3) parametrizzazione**

del danno risarcibile definito «comunitario»



- *Definizione*

A differenza di quanto statuito nelle sedi di merito, oggetto dell'indagine è il

«diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative»

Il pregiudizio ristorato **non è perciò** la perdita del posto di lavoro (mancata assunzione a t.i.) perché non esiste diritto a conseguirlo al di fuori del meccanismo concorsuale o delle alternative derogatorie previste per legge ed a maggior ragione questo vale laddove la pretesa di accedere tragga origine da una fattispecie di reclutamento *contra legem*.

Perciò efficacemente si afferma che «**il danno è altro**» e risiede nella *precarizzazione dell'attività lavorativa svolta*



- La regola **generale** anche in questa materia è quella della responsabilità contrattuale ex art. 1223 c.c.: il risarcimento comprende il danno emergente e il lucro cessante e necessita di allegazione e prova delle poste di danno;
- I pregiudizi possibili sono identificabili nella perdita di *chances* di ottenere un rapporto stabile prendendo parte ad un concorso che la PA avrebbe potuto bandire se non avesse fatto ricorso ai contratti a termine o impiegando le proprie energie nel settore privato in un percorso di tipo alternativo e nella prolungata precarizzazione della vita lavorativa;
- L'onere probatorio grava sul danneggiato e (nonostante la possibilità di fare ricorso alle presunzioni) è difficilissimo da assolvere e per questo rende non effettiva la tutela anti-abusiva: ***solo in questi limiti*** e cioè allo scopo di sancire la necessità di un'interpretazione conforme al diritto UE nell'ambito quindi dei soli contratti a termine è consentito derogarvi mediante meccanismi di *presunzione e forfezzazione*;



Principali orientamenti precedenti

(1) Cass. 19371/2013: art. 32 legge 183/10 (oggi art. 28 d.lgs. 81/15) da considerarsi come una penale ex lege da applicarsi in caso di illegittimità dell'apposizione del termine;

(2) Cass. 27481/2014 conia la definizione di «danno comunitario» (connotato da adeguatezza, effettività, dissuasività, equivalenza) ed ipotizza di ricorrere all'art. 8 della legge 604/1966 e quindi 2,5-6 mensilità quale *tertium comparationis* del danno ex art. 36 TUPI. Esclude l'art. 32 legge 183/10 parametro «ingiustificato e riduttivo» e l'art. 18 St. lav. inappropriato per il lavoro pubblico. La quantificazione deve tenere conto del numero dei contratti, degli intervalli, della durata complessiva, del grado di correttezza e buona fede.

Cass. SU 5072/16 Esclusione di tutte le discipline dei licenziamenti che sia o meno applicabile la reintegra (quindi anche dell'art. 8 della legge 604/1966 e del d.lgs. 23/15) in quanto evocano la perdita del posto, riferimento ad ambito normativo omogeneo e strettamente contiguo: la scelta **cade sull'art. 32 legge 183/10**. **Salva la facoltà di prova di un maggior danno**, il lavoratore può così ottenere da 2,5 a 12 mensilità tramite un meccanismo indennitario che lo esonera dalla prova, dovendo presumersi il pregiudizio nell'illegittima utilizzazione a termine da quantificarsi ai sensi dell'art. 8 legge 604/1966.



L'opzione per l'art. 32 soddisfa i requisiti richiesti dalla giurisprudenza UE:

- 1) **Adeguatezza:** ristoro ottenibile può arrivare sino a 12 mensilità e resta salva la prova di maggior danno tramite presunzioni;
- 2) **Effettività:** il meccanismo presuntivo consente la soddisfazione del diritto senza eccessive difficoltà;
- 3) **Dissuasività:** il sostanziale automatismo assicura l'effetto deterrente;
- 4) **Equivalenza:** il settore privato non è «situazione analoga» secondo il diritto interno quindi termine di confronto omogeneo per la differenza essenziale data dalle esigenze poste a base del divieto di conversione. Nel primo l'indennizzo limita l'ammontare massimo del ristoro secondo parametri considerati ragionevoli (cfr Corte Cost. 303/11), nel secondo il danno può essere ottenuto per *intero* e ne è in parte agevolata la prova proprio perché non c'è conversione.

L'ordinamento contiene, quindi, le «misure energiche» sollecitate dalla giurisprudenza europea (cit. Mascolo) sotto forma di (A) nucleo disposizioni che vietano abuso contratti a termine (d.lgs. 368/2001, artt. 35-36 d.lgs. 2001) (B) risarcimento danni agevolato da presunzioni con connotati dissuasivi C) responsabilità dirigenziale e altre norme dissuasive (perdita retribuzione di risultato)



1. In molti casi (ad es. proprio Marrosu/Sardino) a monte dell'utilizzazione a termine v'è stato un reclutamento mediante **concorso** sicché si potrebbe costituire il rapporto a t.i. Al di là del caso di specie (giudicato sul punto) la preclusione *resta* perché l'accesso al ruolo passa attraverso un concorso che viene espletato *a questo scopo*. Opposta opinione produrrebbe comunque un rapporto di lavoro stabile traente origine non dalla selezione ma da rapporto di lavoro di fatto e senza considerare la lesione delle aspettative dei terzi rispetto ad una procedura bandita per incarico temporaneo;
2. Art. 35, primo comma lett. b) del d.lgs. 165/2001 reclutamento personale delle qualifiche più basse mediante **collocamento**: l'eccezione riguarda solo la *modalità* concorsuale (antieconomica in questo caso) e non il principio della selezione imparziale che avviene attraverso un sistema più semplice (Cass., 19108/2003 e 4685/2015);



3. (Galleano/Coppola) i «settori specifici» che consentono nella clausola 5 un regime derogatorio devono essere individuati sulla base di requisiti *oggettivi* collegati alle mansioni svolte e all'ambito produttivo di appartenenza e non al requisito soggettivo di dipendenti di una P.A. (avv. gen. Jansen conclusioni in C-313/10). Va obiettato che il settore pubblico è accomunato da esigenze speciali oggettive meritevoli di tutela che sono quelle di accesso con selezione imparziale, principio di eguaglianza, buon andamento e che il concetto di PA è molto diverso da Stato a Stato, ma lo stesso ordinamento europeo prevede una concezione fungibile e cangiante di amministrazione unificata *dalla tipologia dell'attività* che un soggetto svolge (si pensi alla qualifica di organismo di diritto pubblico nel settore degli appalti che abbraccia anche le società c.d. in house).

Sulla rilevanza dell'oggetto dell'attività ai fini della qualificazione non v'è però coerenza:

Cass., 14809/2007 statuto pubblicistico non si estende a dipendenti impegnati in attività diverse da quelle richieste dalle finalità istituzionali dell'ente (operai impresa agricola gestita da Provincia);

Cass., 9555/2010 portiere dell'Inail lo statuto privatistico contrattuale determina lo statuto applicabile (ma ora 10973/2015 sul regime dei Forestali della Regione Calabria nega che a dipendenti pubblici possano applicarsi CCNL privati);

Art. 18 comma 2 bis del d.l. 112/08: nella versione novellata dal d.l. 78/2009 piena estensione alle società *in house* di limiti e divieti delle PA (norma superata dalla legge 89/2014 ora generiche indicazioni).



4. Le misure anti-abusive equivalenti non possono essere introdotte ex post in via ermeneutica/pretoria (p. 101 Adeneler): in realtà il contenuto di un ordinamento è anche quello che emerge dalla ricostruzione interpretativa;
5. Tendenza ordinamentale a trascurare il rischio di un *turn-over* collettivo complessivamente abusivo: art. 1 comma 131 legge 107/15 i contratti a termine per supplenze su organico di diritto non possono superare i 36 mesi: precetto però utile ad evitare abuso visto che è per lo più negata l'applicabilità al settore del comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001;
6. Ineffettività della responsabilità dirigenziale: storicamente fondata, ma il tasso di maggiore certezza del diritto in ordine alle regole limitative del reclutamento a termine in futuro potrebbe valorizzare la responsabilità erariale dei dirigenti quale fattore accessorio deterrente rispetto alla reiterazione di contratti a termine (problema del ruolo dei Giudici nella trasmissione degli atti e rapporto con la conciliazione).



Cavallaro (Il danno del precariato pubblico, una dissenting opinion)

Un impiego temporaneo illegittimo non può fare sorgere nel lavoratore alcuna aspettativa di diritto al posto e il risarcimento può riguardare unicamente i danni valutabili ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c. (responsabilità precontrattuale, interesse negativo) e perciò la perdita, da dimostrare, di occasioni lavorative più remunerative. Contrario quindi anche all'applicazione di qualunque meccanismo di forfezzazione per applicare l'art. 36 del d.lgs. 165/2001 perché danni azionabili da prestazione lavorativa che non doveva svolgersi sono esclusivamente quelli connessi alla perdita di tempo e risorse che potevano impiegarsi diversamente.

La nullità del termine apposto al contratto di lavoro privato protegge *l'interesse del lavoratore* mentre quella apposta al contratto di lavoro con una P.A. protegge *l'interesse pubblico* dietro il quale vi sono esigenze non solo di imparziale selezione dei meritevoli ma anche di bilancio e programmazione delle piante organiche (Cass., ord. 4458/14): l'assunzione danneggia la collettività e lo stesso divieto di conversione si spiega in quanto è vietata anche la costituzione di rapporti di impiego/collaborazione con la PA al di fuori dei casi e dei limiti dell'art. 35 d.lgs. 165/2001.



- 1) Unicità del rapporto a termine: se ci si colloca fuori dalla fattispecie di successione/reiterazione è da escludersi l'applicazione dell'agevolazione probatoria dell'art. 32 (cfr CGUE, Angelidaki)
- 2) Consumazione delle mensilità indennitarie: ogni fattispecie di abuso va ristorata di per sé in modo adeguato, salva l'unitarietà della valutazione e il limite dell'abuso del diritto nel frazionamento del credito di ristoro;
- 3) V'è da registrare che Trib. Palermo (Marino, 13.4.16) considera inammissibile per carenza di interesse il ricorso teso a dichiarare illegittimo il termine se la relazione è ancora in corso per inapplicabilità in radice del c.disp. degli artt. 6 della legge 604/66 e 32 della legge 183/2010 (azione preventiva di inadempienza non ancora verificata);

Trib. Roma, G. Sordi 12.4.16

Il danno da ristorare in applicazione della sentenza 5072 si identifica nella «illegittima precarizzazione» ed è perciò *unitario* (impossibile l'erogazione dell'indennizzo in relazione ai singoli contratti illegittimamente stipulati) e va parametrato (1) al numero dei contratti, (2) alla durata complessiva dell'utilizzazione (3) agli intervalli intercorsi i primi due innalzano il terzo abbassa la significatività della precarizzazione subita. Il Giudice rileva che sono questi i parametri che specificano anzianità di servizio, comportamento e condizioni delle parti di cui all'art. 8 legge 604/66 mentre gli altri due indici (numero dipendenti e dimensione della parte datoriale) assumono rilievo solo a fronte di datore di lavoro privato cui deve accollarsi l'onere dell'indennità mentre sono neutri in questo caso.



L'art. 36 del d.lgs. 165/2001 abbraccia un perimetro **più ampio** della direttiva 70/99 riconoscendo il risarcimento danni in *tutti* i casi di assunzioni o impieghi in violazione di disposizioni imperative e perciò, anche in caso di prestazioni *di fatto* ascrivibili a lavoro subordinato temporaneo (co.co.co., appalti/somministrazioni/distacchi illeciti o non genuini): secondo la sentenza 5072 la deroga al regime probatorio ordinario è finalizzata *esclusivamente* ad assicurare la conformità dell'ordinamento interno alla normativa comunitaria e va interpretata strettamente.

In senso contrario: **(1)** valorizzazione dell'art. 32 legge 183/10 come parametro di riferimento per tutti i casi di lavoro temporaneo (somministrazione e discipline assimilate, Cass., 17540/2014); **(2)** riconducibilità all'ombrello comunitario in base alla riqualificazione in sentenza della prestazione di lavoro espletata come *subordinata* a termine **(3)** rischio di *interpretatio abrogans* dell'art. 36 d.lgs. 165/2001 per impossibilità di fornire la prova del danno.



Nel settore scolastico, in attesa della sentenza della Corte Costituzionale, la giurisprudenza di merito all'esito della CGUE Mascolo resta profondamente divisa tra soluzioni di ogni tipo essendo ancora in discussione nell'an il fondamento delle pretese avanzate da docenti e personale ATA impiegati a termine: (1) accoglimento integrale delle domande avanzate con conversione del rapporto (Trib. Napoli, Coppola, 21.1.15) (2) rigetto integrale per avvenuta immissione in ruolo quale fattore escludente l'abuso anche per effetto dell'entrata in vigore della legge 107/15 (Trib. Roma, Sordi, 15.9.15, Armone 3.12.2015); (3) rigetto per impossibilità di interpretazione conforme alla direttiva 70/1999 delle norme speciali di reclutamento così che gli interessati possono al più agire in sede civile per risarcimento del danno normativo per omesso/tardivo recepimento della fonte eurounitaria (Trib. Roma, Conte 16.12.2015) (4) accoglimento limitato, attraverso l'interpretazione conforme, ai contratti a termine su organico di diritto per oltre 36 mesi con applicazione dell'art. 32 della legge 183/10 quale criterio per la determinazione del danno sino all'a.s. 2011/12 (App. Roma, 9.11.2015, est. Michelini) (5) accoglimento nella stessa modalità (o altre prima della 5072/16) ma esteso alle supplenze su organico di fatto se l'amministrazione non dimostra le esigenze temporanee connesse ai flussi demografici nel caso concreto (per tutti, App. Firenze, est. Tarquini, 14.4.2016).



La sentenza 5072/16 rappresenta il tentativo di individuare un punto di equilibrio tra una tutela effettiva ed adeguata dei diritti dei lavoratori impiegati in modo illegittimo e i principi costituzionali che regolano l'accesso all'impiego pubblico.

L'obiettivo è ambizioso ed il percorso per conseguirlo è contrassegnato da tutte le difficoltà tipiche di un sistema multilivello delle fonti del diritto, in cui un ordinamento di stampo continentale di matrice kelseniana deve integrarsi in uno più ampio che per lo più si basa sull'individuazione di misure *standard* che ogni ordinamento interno deve rispettare.

Nella sua perfettibilità, la sentenza è un esempio di questa difficile integrazione e consente di superare il *vulnus* creato dall'accertamento di un illecito che non viene sanzionato, ponendo così rimedio ad un'ingiustizia che «non è come quei veleni di cui certa medicina afferma che presi in grandi dosi uccidono, ma presi in dosi piccole risanano. L'ingiustizia avvelena anche in dosi omeopatiche» (*Calamandrei, Elogio dei giudici scritto da un avvocato*).



Grazie per l'attenzione