

## Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali\*

Antonio Preteroti

1. Gli assetti regolativi nel lavoro pubblico e privato: dall'uniformazione alla diversificazione.	84
2. L'applicabilità del d. lgs. n. 368 del 2001 ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati".	85
3. Gli effetti abrogativi del d. lgs. n. 368 del 2001.	86
4. La giustificazione del termine dopo le ultime novelle: il d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e il d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.	87
5. La funzione del contratto collettivo nella determinazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine.	91
6. Divieto di conversione e regime sanzionatorio speciale: l'art. 36 comma 5 d. lgs. n. 165/2001.	93
7. La legittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria.	94
8. I rapporti tra la normativa nazionale e l'ordinamento comunitario alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia.	96
9. Divieto di conversione e diritto al risarcimento del danno: la quantificazione del risarcimento per una "tutela effettiva".	98

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 95/2010

## 1. Gli assetti regolativi nel lavoro pubblico e privato: dall'uniformazione alla diversificazione.

L'impianto normativo introdotto con il d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dal d. lgs. n. 80 del 1998 e trasfuso nel d. lgs. n. 165 del 2001, ha senz'altro rappresentato un intervento di delegificazione delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro pubblico volto a sanare la tradizionale spaccatura con il lavoro privato<sup>252</sup>.

Ferma la natura amministrativa degli atti di macro-organizzazione pubblicistica degli uffici ed i vincoli alla spesa pubblica, si prevede infatti la diretta applicabilità del diritto comune al rapporto di lavoro pubblico, con la conseguenza che i rapporti di lavoro pubblico privatizzato vengono regolati dal Codice civile e dalle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa (art. 2 comma 2, d. lgs. 165 del 2001), fermo restando il limite delle "diverse disposizioni" contenute nel d. lgs. n. 165/2001, una delle quali (v. art. 36) riguarda proprio le forme contrattuali flessibili di assunzione.

La contrattazione collettiva, ammessa dapprima in via limitata e mediata dalla l. n. 93/1983, veniva svincolata e dotata di un potere di delegificazione rispetto ad ogni fonte difforme<sup>253</sup>.

In particolare, l'art. 2 comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 rappresentava una delle norme fondamentali per la tutela del regime privatistico anche nei confronti di future regolamentazioni speciali, potendo la contrattazione collettiva disapplicare le norme legali speciali e successive, in quanto destinate solo ad alcune amministrazioni pubbliche o a determinate categorie di dipendenti.

Il quadro non è però rimasto tale.

In controtendenza è l'esclusione del lavoro pubblico dalla riforma del mercato del lavoro operata dalla l. n. 30 del 2003 (art. 6), e dal d. lgs. attuativo n. 276 del 2003 (art. 1, comma 2): la differenziazione torna la regola e l'uniformità l'eccezione<sup>254</sup>.

Altrettanto si verifica con la l. 4 marzo 2009, n. 15, che novella il d. lgs. n. 165 del 2001 in funzione di una maggiore efficienza, trasparenza, e produttività della P.A., nonché del contenimento della spesa pubblica – sulla scia del d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, della legge finanziaria 2009 (l. n. 203 del 2008) e del d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009<sup>255</sup>.

<sup>252</sup> M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 35; B. Caruso, *La storia interna della riforma del pubblico impiego: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, pp. 973 e ss.; M. Dell'Olio, *Privatizzazioni – Privatizzazione del pubblico impiego*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV; C. D'Orta, *Introduzione ad un ragionamento sulla flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, III, pag. 515 e segg.; L. Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario diretto da F. Carinci e M. D'Antona, Giuffrè, Milano, 2000, II, 1029; M. Persiani, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 621; M. Rusciano, *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in *Dir. lav.*, 1998, 212; V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in questa Rivista, 90/2009, pp. 2-3.

<sup>253</sup> Fatte salve, come detto, ex art. 2 comma 2, le diverse disposizioni contenute nel d. lgs. n. 165/2001.

<sup>254</sup> Sul punto S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 45/2006, p. 4.

<sup>255</sup> F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in questa Rivista, 88/2009, pp. 3-7; V. Talamo, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, cit., 4, secondo cui "in questi interventi traspare, in coerenza con la sostanziale sfiducia nei confronti di una contrattazione collettiva sfuggita al controllo, il carattere di ricentralizzazione normativa e la prevalente rilegificazione del rapporto di lavoro".

Con la l. n. 15 del 2009 e il d. lgs. attuativo del 27 ottobre 2009, n. 150, si apre pertanto una fase inversa di rilegificazione, perché la deroga collettiva deve essere espressamente prevista dalla legge (art. 2 comma 2, così come modificato dall'art. 1, comma 1, della l. n. 15 del 2009), mentre è attribuita ai decreti delegati la regolamentazione totale o parziale di una serie di istituti normativi (non economici<sup>256</sup>) afferenti al rapporto di lavoro e prima riservati alla contrattazione collettiva<sup>257</sup>.

Rilegificazione garantita infine dall'applicabilità delle regole civilistiche sulla sostituzione automatica e sulla nullità parziale (artt. 1339 e 1419 c. 2 c. c.), e quindi dall'eterointegrazione normativa in caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva.

Si assiste così ad un sensibile allontanamento tra i due settori (pubblico e privato) in controtendenza non solo con la legislazione originaria ma con la stessa l. n. 15 del 2009, il cui art. 2, comma 1, lett. a), prevede quale obiettivo la convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali.

Ad ogni modo le innovazioni legislative degli ultimi anni, concernenti anche e soprattutto le forme contrattuali flessibili, sono tali da necessitare un approfondimento di carattere generale che esula da questo scritto il cui oggetto è limitato ad un'indagine sulla disciplina attualmente applicabile ai rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato che la versione originaria dell'art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001, si limitava a sancire la facoltà di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, mentre oggi contiene una disciplina particolareggiata.

## 2. L'applicabilità del d. lgs. n. 368 del 2001 ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati".

Il problema che si pone all'interprete è quello di stabilire se, ed eventualmente entro quali limiti, il d. lgs. n. 368 del 2001 possa trovare applicazione ai rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici "privatizzati", visto che tale decreto, diversamente da altri<sup>258</sup>, non contiene alcun espresso riferimento al lavoro pubblico.

Nel silenzio del dato normativo la questione non può essere risolta senza usufruire delle indicazioni contenute nella direttiva n. 1999/70/CE, il cui ambito di applicazione è definito dalla clausola 2 dell'accordo-quadro cui essa dà attuazione.

Ai sensi del primo comma di tale disposizione, l'accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti

<sup>256</sup> È stato lasciato intatto dalla riforma l'art. 2 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, a garanzia perequativa ed omogeneizzante delle retribuzioni: "le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti collettivi cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale".

<sup>257</sup> P. es. valutazione, merito, sanzioni disciplinari, progressioni di carriera. Cfr. L. Zoppoli, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in questa Rivista, 87/2009, pp. 9-11 e 14-17; V. Talamo, cit., pp. 5-9. Sul punto anche F. Verbaro, Legge 4 marzo 2009, n. 15. Le strategie per innovare il lavoro pubblico, in C. Maceli (a cura di), *La Legge delega "Brunetta": la riforma della riforma*, in Dossier Adapt n. 3 dell'11 maggio 2009, pp. 2 e ss. in <http://www.csmb.unimore.it/>; P. Fuso, E. Massagli, *Lavoro pubblico. Ritorno al passato?* Sintesi del convegno Cgil presso Cnel il 16 febbraio 2009, in Dossier Adapt n. 3 dell'11 maggio 2009, pp. 17 e ss.

<sup>258</sup> Si pensi all'art. 10 del d. lgs. n. 61 del 2000 in materia di lavoro *part-time*.

collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro<sup>259</sup>.

Mentre in virtù del secondo comma della clausola, la direttiva offre agli Stati membri la facoltà di sottrarsi alle disposizioni dell'accordo soltanto per quel che riguarda i rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato e i contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici.

Ciò posto, non sembra pertanto che la direttiva abbia inteso escludere dal suo campo di applicazione i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni<sup>260</sup>.

Ma all'interprete non è concesso terminare il suo sforzo perché, una volta risolta la questione dell'ambito di applicazione del decreto nei termini di cui si è detto, rimane l'esigenza di rimediare alle possibili antinomie derivanti dalla sovrapposizione di due normative interne (d. lgs. n. 165 del 2001 e d. lgs. n. 368 del 2001).

### 3. Gli effetti abrogativi del d. lgs. n. 368 del 2001.

Il primo comma dell'art. 11 del d. lgs. n. 368 del 2001 individua espressamente le norme abrogate e, cioè, la l. n. 230 del 1962 e successive modificazioni, l'art. 8 bis della l. n. 79 del 1983<sup>261</sup>, l'art. 23 della l. n. 56 del 1987<sup>262</sup>, ed infine tutte le norme "comunque incompatibili e non espressamente richiamate".

Questa disposizione pone subito un interrogativo, ossia se le norme precedenti incompatibili, e non espressamente richiamate nel d. lgs. n. 368 del 2001, debbano ritenersi in ogni caso abrogate, ovvero possano rimanere in vigore quando si dimostri la loro specialità.

Seguendo una prima corrente di pensiero<sup>263</sup>, le norme speciali rimarrebbero in vigore solo se compatibili ovvero se richiamate; una tesi, questa, corroborata dallo stesso tenore letterale del primo comma dell'art. 11 del d. lgs. n. 368 del 2001 "comunque incompatibili e non espressamente richiamate" che altrimenti risulterebbe pleonastico, se non privo di senso, per via dell'art. 15 disp. prel. Cod. Civ. che già di per sé sancisce l'automatica abrogazione delle norme incompatibili.

<sup>259</sup> La clausola 3 definisce i lavoratori a tempo determinato come persone con un contratto o un rapporto di lavoro di durata determinata.

<sup>260</sup> Corte Giustizia sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*, punto 54; v. anche Corte di Giustizia 7 settembre 2007, C-180/2004; da ultimo Corte di Giustizia 23 aprile 2009, causa C-378-80/07, *Angelidaki e a.*, (in <http://eur-lex.europa.eu>) pronunciatisi sulla compatibilità della disciplina ellenica dell'impiego a tempo determinato nel settore pubblico con le clausole 5 e 8.3 della Direttiva 99/70/CE (si vedano le Dichiarazioni finali, e tra tutte, la n. 2).

<sup>261</sup> La disposizione normativa riguardava i lavoratori stagionali.

<sup>262</sup> Il comma 1 dell'art. 23 l. n. 56 del 1987 prevedeva la possibilità, per i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, di individuare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine. Il secondo comma disponeva, invece, il diritto di precedenza dei lavoratori a termine in caso di nuove assunzioni.

<sup>263</sup> La tesi è di A. Maresca, *Abrogazioni e disciplina transitoria*, in *Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces* (a cura di G. Santoro Passarelli), in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, I, pag. 117 e ss.

In altre parole, visto l'intento del legislatore delegato di produrre un effetto "abrogativo ad ampio raggio", perché una norma non venga abrogata, non è sufficiente che essa sia speciale, ma occorre che venga richiamata espressamente dalla nuova disposizione, come sarebbe confermato dal fatto che, per mantenere in vigore determinate discipline, sono state previste disposizioni *ad hoc* (ad esempio il quinto comma dell'art. 10 del d. lgs. n. 368 del 2001).

Secondo altra scuola di pensiero<sup>264</sup>, le argomentazioni su riferite non sarebbero idonee a giustificare l'inapplicabilità del noto principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis* se si pensa che, tra l'altro, "identificare il limite oltre il quale la disciplina anteriore e speciale diventa incompatibile con quella generale successiva", si risolve spesso in una valutazione eccessivamente complessa.

Inoltre, un effetto abrogativo così esteso e di così forti ripercussioni pratiche non pare possibile mediante una pregiata acrobazia esegetica del dato normativo, essendo necessaria, invece, un'espressa previsione in tal senso, come è avvenuto per le altre normative<sup>265</sup>.

Quest'ultima tesi, del resto, è stata già accolta in giurisprudenza<sup>266</sup> nella misura in cui è stato ritenuto applicabile, al lavoro pubblico, il secondo comma (ora quinto comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 ove è sancito che, in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con quelle amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione; possibilità, invece, prevista dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 per i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze di datori di lavoro privati.

Risultato possibile per l'evidente carattere di specialità dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 inserito in un corpo normativo volto a regolare, anche con autonome caratteristiche, il rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Ne è seguita pertanto, in base ai principi generali che regolano la successione delle leggi nel tempo, l'impossibilità di ritenere tale disposizione tacitamente abrogata dal successivo d. lgs. n. 368 del 2001 che ha carattere generale e non contiene alcun riferimento ai contratti a termine con la pubblica amministrazione<sup>267</sup>.

#### **4. La giustificazione del termine dopo le ultime novelle: il d.l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e il d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.**

Alla luce di quanto detto nei paragrafi che precedono è certo che il d. lgs. n. 368 del 2001 trovi applicazione nel settore pubblico, ma è altrettanto certo che, per verificare la legittimità del termine apposto al contratto di lavoro, l'interprete deve coordinare il decreto citato con le disposizioni contenute nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 da considerarsi norma speciale.

<sup>264</sup> G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2009, pag. 275.

<sup>265</sup> Legge n. 230 del 1962; art. 8 *bis*, l. n. 79 del 1983; art. 23, l. n. 56 del 1987.

<sup>266</sup> Corte di Giustizia 7 settembre 2006, C-180/2004; Corte Costituzionale 27 Marzo 2003, n. 89, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 273; Trib. Bologna, 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav.*, II, 2008, 598 e ss. con nota di M. M. Nanni; Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 906; Trib. Genova 5 aprile 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 906, con nota di L. Tebano; Trib. Roma 3 febbraio 2004, in *Arg. dir. lav.*, III, 2005, 851 e ss. con nota di A. Preteroti; Trib. Napoli 6 febbraio 2004, in *Guida lav.*, 13, 2004, 247.

<sup>267</sup> Trib. Roma 3 febbraio 2004, cit.

Orbene, l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 è stato oggetto di una serie di interventi legislativi, gli ultimi dei quali rappresentati dal d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008 e dal d. l. n. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009.

Sino all'entrata in vigore della l. n. 80 del 2006, le pubbliche amministrazioni misuravano la legittimità del termine esclusivamente sulla base delle prescrizioni contenute nel d. lgs. n. 368 del 2001, in quanto l'art. 36 comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, si limitava a sancire la facoltà di utilizzare le forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Cosicché la legittima apposizione del termine al contratto di lavoro dipendeva dall'esistenza di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, da indicare *ex ante* in forma scritta *ad substantiam*<sup>268</sup>, ma comunque entro condizioni non particolarmente rigide, inidonee a scoraggiare un utilizzo improprio di questo strumento contrattuale<sup>269</sup>.

In questo quadro si inserisce il legislatore del 2006, che proprio al fine di evitare un uso distorto delle forme negoziali flessibili, è intervenuto con l'art. 4 della l. n. 80 del 2006 introducendo il comma 1 *bis* dell'art. 36, alla stregua del quale le amministrazioni potevano stipulare contratti a termine *solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, c. 1, lettera a), del d. lgs. n. 276 del 2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi.*

Ciò voleva dire che nella pubblica amministrazione le assunzioni a termine erano legittime soltanto in presenza di ragioni oggettive (*ex art* 1 comma 1 d. lgs. n. 368 del 2001) connotate dai requisiti della temporaneità ed eccezionalità: requisiti che dovevano sussistere contemporaneamente e non alternativamente.

Ma il contesto normativo viene ulteriormente irrigidito, sempre nell'ottica di un superamento radicale e definitivo del "lavoro precario"<sup>270</sup>, a seguito dell'entrata in vigore della legge finanziaria 2008 (l. n. 244 del 2007) il cui art. 3, comma 79, ha riscritto l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 prevedendo che *"le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme di lavoro contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni*

<sup>268</sup> Art. 1 c. 2 d. lgs. n. 368/2001. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 214 dell'8 luglio 2009 (<http://www.giurcost.it/>, anno: 2009), ha chiarito come, per le ragioni sostitutive, il requisito dell'indicazione del nome del lavoratore sostituito e della causa di sostituzione sia implicitamente confluito nella suddetta norma, laddove prima era esplicitamente previsto dall'art. 1 c. 2 lett. b), l. n. 230 del 1962. In questo modo risulta impedita una pronuncia di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 76, 77 e 117 c. 1 della Costituzione.

<sup>269</sup> Specie laddove si pensi che alle causali elastiche si aggiungeva l'impossibilità di considerare il contratto a termine un contratto a tempo indeterminato anche nel caso in cui queste fossero risultate insussistenti.

<sup>270</sup> Si veda già in questa direzione la finanziaria del 2007 (l. n. 296 del 2006) - e la c.d. procedura di stabilizzazione.

per maternità relativamente alle autonomie territoriali<sup>271</sup>.

È fin troppo evidente il capovolgimento di fronte operato dalla l. n. 244: una disciplina del lavoro a termine costruita intorno alla durata limitata dello stesso che, salvo alcune deroghe, non poteva superare (compresa l'eventuale proroga) i tre mesi.

La legittimità del termine era pertanto ancorata ad un limite di durata massima nonché alla esistenza delle ragioni oggettive di cui all'art. 1, comma 1, del d. lgs. n. 368 del 2001.

Non sussisteva invece il limite dei tre mesi in caso di esigenze stagionali.

Si trattava delle ipotesi previste dal D.P.R. n. 1525 del 1963 il quale contiene un elenco di attività che, a ben vedere, nella maggior parte dei casi, mal si attagliano alla pubblica amministrazione visto che riguardano prevalentemente il settore dell'agricoltura<sup>272</sup>.

Da ultimo, a distanza di sei mesi dall'entrata in vigore della l. n. 244 del 2007, è stato approvato il d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, che, nel riscrivere l'art. 36 d. lgs. 165 del 2001, ha alleggerito i vincoli preesistenti<sup>273</sup>.

In particolare la nuova disposizione prevede che in caso di *esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario* le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro

<sup>271</sup> Inoltre il provvedimento di assunzione deve contenere l'indicazione del nominativo della persona da sostituire. E in nessun caso è ammesso il rinnovo del contratto o l'utilizzo del medesimo lavoratore con altra tipologia contrattuale.

<sup>272</sup> Si tratta infatti dei seguenti casi: 1. Sgusciatura delle mandorle. 2. Scuotitura, raccolta e sgranatura delle pine. 3. Raccolta e conservazione dei prodotti sottobosco (funghi, tartufi, fragole, lamponi, mirtili, ecc.). 4. Raccolta e spremitura delle olive. 5. Produzione del vino comune (raccolta, trasporto, pigiatura dell'uva, torchiatura delle vinacce, cottura del mosto, travasamento del vino). 6. Monda e trapianto, taglio e raccolta del riso. 7. Motoaratura, mietitura, trebbiatura meccanica dei cereali e pressatura dei foraggi. 8. Lavorazione del falasco. 9. Lavorazione del sommacco. 10. Maciullazione e stigliatura della canapa. 11. Allevamento bachi, cernita, ammasso e stuccatura dei bozzoli. 12. Ammasso, sgranatura, legatura, macerazione e stesa all'aperto del lino. 13. Taglio delle erbe palustri, diserbo dei canali, riordinamento scolice delle opere consortili di bonifica. 14. Raccolta, infilatura ed essiccamento della foglia del tabacco allo stato verde. 15. Cernita e condizionamento in colli della foglia di tabacco allo stato secco. 16. Taglio dei boschi, per il personale addetto all'abbattimento delle piante per legname da opera, alle operazioni per la preparazione della legna da ardere, alle operazioni di carbonizzazione nonché alle relative operazioni di trasporto. 17. Diradamento, raccolta e trasporto delle barbabietole da zucchero. 18. Scoratura del sughero. 19. Salatura e marinatura del pesce. 20. Pesca e lavorazione del tonno. 21. Lavorazione delle sardine sott'olio (per le aziende che esercitano solo tale attività). 22. Lavorazione delle carni suine. 23. Produzione di formaggi in caseifici che lavorano esclusivamente latte ovino. 24. Lavorazione industriale di frutta, ortaggi e legumi per la fabbricazione di prodotti conservati vegetali e alimentari (limitatamente al personale assunto nel periodo di lavorazione del prodotto fresco). 25. Produzione di liquirizia. 26. Estrazione dell'olio dalle sanse e sua raffinazione. 27. Estrazione dell'olio dal vinacciolo e sua raffinazione. 28. Estrazione dell'alcool dalle vinacce e dalle mele. 29. Fabbricazione del ghiaccio (durante il periodo estivo). 30. Estrazione di essenze da erbe e frutti allo stato fresco. 31. Spiumatura della tiffa. 32. Sgranellatura del cotone. 33. Lavatura della paglia per cappelli. 34. Trattura della seta. 35. Estrazione del tannino. 36. Fabbricazione e confezionamento di specialità dolciarie nei periodi precedenti le festività del Natale e della Pasqua. 37. Cave di alta montagna. 38. Montaggio, messa a punto e collaudo di esercizio di impianti per zuccherifici, per fabbriche di conserve alimentari e per attività limitate a campagne stagionali. 39. Fabbricazione dei laterizi con lavorazione a mano o mista a mano e a macchina nelle quali si faccia uso di essiccatoi all'aperto. 40. Cernita e insaccamento delle castagne. 41. Sgusciatura ed insaccamento delle nocciole. 42. Raccolta, cernita, spedizione di prodotti ortofrutticoli freschi e fabbricazione dei relativi imballaggi. 43. Raccolta, cernita, confezione di uve da tavola e da esportazione. 44. Lavaggio e imballaggio della lana. 45. Fiere ed esposizioni. 46. Lavori preparatori della campagna salifera (sfangamento canali, ripristino arginature, mungitura e cilindratura caselle salanti, sistemazione aie di stagionatura), salinazione (movimento di acque, raccolta del sale). 47. Spalatura della neve. 48. Attività svolta in colonie montane, marine e curative. 49. Preparazione e produzione di spettacoli per il personale non menzionato nella lettera e) dell'art. 1 della legge 18 aprile 1962, n. 230, addetto a singoli spettacoli o serie di spettacoli consecutivi di durata prestabilita. 50. Attività del personale addetto alle arene cinematografiche estive. 51. Attività del personale assunto direttamente per corsi di insegnamento professionale di breve durata e soltanto per lo svolgimento di detti corsi. 52. Conduzione delle caldaie per il riscaldamento dei fabbricati.

<sup>273</sup> Giudica positivamente queste modifiche B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 79/2008, p. 10, secondo cui la disposizione precedente conteneva un irrazionale meccanismo di contrasto al precariato.

subordinato a tempo indeterminato, seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35.

Mentre in presenza di *esigenze temporanee ed eccezionali* le amministrazioni pubbliche 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti.

Ne segue che il contratto di lavoro a termine sarà legittimo solo a fronte di *esigenze temporanee ed eccezionali* e non anche e semplicemente in presenza di ragioni di carattere meramente oggettivo.

Si può pertanto osservare che la nuova formula legislativa si distanzia (nel senso che la circoscrive ulteriormente) da quella di cui all'art. 1 comma 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, ma anche da quella precedentemente presente nel settore pubblico dopo la modifica operata dalla l. n. 244 del 2007 (stavolta ampliandola).

A ben vedere la formula usata dal legislatore del 2008 sembra riprodurre quella introdotta dalla l. n. 80 del 2006, dalla quale si differenzia per alcuni aspetti:

- nella nuova formulazione non compare più l'inciso che circoscriveva l'assunzione a termine al *"previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, c. 1, lettera a), del d. lgs. n. 276 del 2003, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi;*

- mentre compare (*rectius* compariva) una importante novità, contenuta nel comma 3 dell'art. 36, d. lgs. n. 165 del 2001, e finalizzata ad evitare abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, in virtù della quale le amministrazioni non potevano ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio.

Ho detto compariva perché l'art. 36 comma 3 del d. lgs. n. 165 del 2001 è stato recentemente sostituito dall'art. 17 comma 26 lett. b del d. l. n. 78 del 1 luglio 2009 (convertito in l. 3 agosto 2009, n. 102).

La nuova norma dispone che: *"Al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile, entro il 31 dicembre di ogni anno, sulla base di apposite istruzioni fornite con Direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, le amministrazioni redigono, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, nonché alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica che redige una relazione annuale al Parlamento. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato"*.

Dunque, il riferimento ad una durata massima complessiva delle varie forme flessibili di lavoro subordinato è stato eliminato, in favore di un semplice meccanismo di controllo.

Si badi però che, venuta meno la norma speciale contenuta nel comma 3 dell'art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001 e riguardante il limite dei 36 mesi nell'ultimo quinquennio, rimane comunque in vigore

la regola generale di cui al comma 4bis dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001 (in tema di successione di contratti a termine).

Ne segue che, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti non può superare (salvo deroghe espressamente previste) i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro.

Ad ogni modo, anche dopo le modifiche operate dal d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, e dal d. l. 78 del 2009, convertito in l. n. 102 del 2009<sup>274</sup>, il lavoro a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione rimane ipotesi eccezionale, da interpretare restrittivamente.

### 5. La funzione del contratto collettivo nella determinazione delle ipotesi di legittima apposizione del termine.

Sin dalla entrata in vigore del d. lgs. n. 368 del 2001 è stato correttamente osservato<sup>275</sup> che le norme dei contratti collettivi nazionali, regolanti le modalità di utilizzo del lavoro a termine nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, continueranno fino alla loro scadenza a spiegare efficacia e a regolare i rapporti di lavoro.

Il dubbio, semmai, poteva riguardare il significato da attribuire al primo comma (ora secondo comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 in base al quale "i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato"<sup>276</sup>.

Ma una lettura attenta di tale disposizione permetteva di affermare, almeno in astratto, la possibilità per la pubblica amministrazione di utilizzare i nuovi strumenti offerti dal d. lgs. n. 368 del 2001, pur senza l'intervento della contrattazione collettiva, alla quale la norma non avrebbe attribuito "funzione di fonte esclusiva"<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> La stessa norma, all'art. 17 comma 26 lett. d, introduce il comma 5-bis all'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, che così stabilisce: "Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto (*id est* il d.lgs. n. 165/2001)"

In altri termini il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, introdotto dalla l. n. 247/2007 per i lavoratori a termine nel settore privato, viene esteso ai lavoratori assunti presso le P. A., ma soltanto per coloro che siano stati iscritti nelle liste di collocamento ed avviati secondo la legislazione vigente.

<sup>275</sup> Cfr. R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, in *Il nuovo lavoro a termine* (a cura di M. Biagi), Giuffrè, Milano, 2002, 270 e ss. Sul punto U. Poti, *Contratti a termine e lavoro pubblico: riflessioni a margine del d. lgs. n. 368/2001*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 785 e ss.; B. Voltattorni, *La riforma del contratto a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, V, 365 e ss. Si veda anche A. M. Battisti, *Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il contratto a tempo determinato* (a cura di G. Perone), Giapichelli, Torino, 2002, 255 e ss.

<sup>276</sup> Cfr. M. Delfino, *Sub art. 36*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche* (a cura di A. Corpaci - M. Rusciano - L. Zoppoli, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, II, 1279 e ss. Secondo l'autore "proprio questa formula poteva far sorgere qualche dubbio sulla immediata applicazione al pubblico dei rapporti di lavoro flessibili, in quanto potrebbe essere intesa come un rinvio obbligatorio alla fonte contrattuale. Secondo questa interpretazione, senza l'intervento della contrattazione collettiva, sarebbe escluso l'applicazione degli <istituti della flessibilità> al lavoro pubblico".

<sup>277</sup> L'espressione riportata tra virgolette è di R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, cit., 271. In materia si veda inoltre il recente contributo di B. Caruso, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. n. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". *IT* – 79/2008, pp. 9 e ss.

Un ragionamento dimostrato, in concreto, dalla circostanza che la stessa contrattazione collettiva intervenuta<sup>278</sup> ha evitato disposizioni particolareggiate, preferendo optare per una linea blanda, timorosa, o addirittura riprodotiva del dato legislativo.

Ma *quid juris* nel caso in cui i contratti collettivi nazionali<sup>279</sup>, oltre a prevedere le c.d. clausole di contingentamento, individuino, nell'ambito della loro autonomia, casi di legittima apposizione del termine?

Occorre chiedersi, in altre parole, se questa casistica sia una mera esemplificazione delle causali, ferma restando la possibilità di individuare altri casi nell'ambito dell'autonomia individuale; ovvero se si tratti di situazioni che esauriscono il significato delle ragioni tecniche produttive, organizzative o sostitutive (art. 1 comma 1, d. lgs. n. 368 del 2001) riferibili ad esigenze temporanee ed eccezionali (cfr. art. 36 comma 2 d. lgs. n. 165 del 2001).

In proposito ho già espresso il mio sommo avviso<sup>280</sup>, con riferimento al settore privato, interpretando l'intervento dei sindacati unicamente come "meccanismo non esaustivo di riempimento" della clausola generale testé citata, poiché diversamente si dovrebbe sostenere, senza alcun appiglio normativo di riferimento, che il d. lgs. n. 368 del 2001 ha affidato ai sindacati un vero e proprio potere di gestione dell'istituto.

In altri termini si passerebbe da una tipizzazione legale delle ipotesi di legittima apposizione del termine (cfr. l. n. 230 del 1962) ad una loro tipizzazione contrattuale variabile<sup>281</sup>, ergo ad un intervento dell'autonomia sindacale che restringerebbe l'ambito delle possibili assunzioni anziché aumentarlo, come accadeva, invece, nel vigore dell'art. 23 l. n. 56 del 1987.

Per quanto concerne il settore pubblico, è possibile distinguere due situazioni. In un caso, immaginiamo l'intervento della contrattazione collettiva, ergo l'individuazione di causali ad opera del sindacato; in altro, il mancato intervento, ossia la mancanza di causali di fonte collettiva ovvero, il che è lo stesso, il rinvio alla fonte legislativa.

Bene, con riferimento alla prima ipotesi, due sono le possibili opzioni interpretative. O si considera la funzione dell'autonomia collettiva, in virtù della specifica previsione contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001<sup>282</sup>, come meccanismo esaustivo di riempimento delle causali di cui al primo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 (letto in comunione con l'art. 36, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001), con la conseguenza che le parti individuali non possono stipulare contratti

<sup>278</sup> Cfr.; CCNL per il personale non dirigente dell'Enea del 21 febbraio 2002, il quale fissa solo il tetto del 10%; CCNL comparto ministeri del 12 giugno 2003; CCNL comparto enti locali del 22 gennaio 2004; CCNL del personale di comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione accordo di rinnovo del 7 aprile 2006 che si limita a fissare il limite massimo del 20 %.

<sup>279</sup> Si veda, specie nel settore privato, CCNL per i dipendenti di catene alberghiere; CCNL per i dipendenti esercenti l'attività di escavazione e lavorazione dei materiali lapidei.

<sup>280</sup> A. Preteroti, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale* (a cura di G. Santoro Passarelli), Milano, Ipsoa, 2009, 249 e ss. Un pensiero confortato dai primi riscontri giurisprudenziali, Trib. Firenze 23 aprile 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2005, 195 e ss. Secondo il giudicante, infatti, la contrattazione collettiva costituisce unicamente "un elemento di garanzia e di oggettivo riscontro in ordine alla reale sussistenza delle ragioni esposte nella motivazione degli atti medesimi".

<sup>281</sup> "Variabile" perché ciascun contratto collettivo potrebbe prevedere ipotesi diverse.

<sup>282</sup> Ai sensi del secondo comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato.

a termine all'infuori delle ipotesi già predeterminate, pur se rientranti nella macrocausale. Ovvero si considera una mera esemplificazione, come nel settore privato.

A ben vedere, sembra preferibile quest'ultima ricostruzione, ritenendo che anche nel lavoro pubblico possano valere le stesse osservazioni fatte per il settore privato.

E ciò, *a fortiori*, dopo la riscrittura dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 operata dall'art. 49 del d. l. n. 112 del 2008, convertito in l. n. 133 del 2008, che ha anteposto l'inciso "ferma restando la competenza delle amministrazioni in ordine alla valutazione delle necessità organizzative" all'espressione "i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia"<sup>283</sup>.

Per quanto riguarda la seconda ipotesi, pertanto, *nulla quaestio* è ravvisabile poiché, tanto quando la stessa contrattazione collettiva rinvia alla fonte legislativa la regolamentazione della materia, quanto nelle ipotesi di vuoto normativo (ovviamente di fonte collettiva) si ritorna, senza eccezioni, alla regola di cui all'art. 1 d. lgs. n. 368 del 2001 letta in comunione con l'art. 36 comma 2.

#### 6. Divieto di conversione e regime sanzionatorio speciale: l'art. 36 comma 5 d. lgs. n. 165/2001.

A seguito delle riflessioni fin qui svolte, sembra certo che il d. lgs. n. 368 del 2001 non possa trovare piena applicazione nel settore pubblico, quantomeno con riferimento al regime sanzionatorio<sup>284</sup>.

Infatti il quinto comma (già secondo comma) dell'art. 36 d. lgs. 165 del 2001 dispone che "in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte di 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.

Da ciò, è facile desumere che l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, in quanto norma speciale, deroga la norma successiva generale<sup>285</sup> in ossequio al principio generale *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, comportando l'impossibilità, per il dipendente a termine delle P. A., di invocare la conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato; tale possibilità, si ripete, è invece prevista dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 per i lavoratori a

<sup>283</sup> Mentre, prima di questa modifica, qualora nel contratto collettivo fossero state specificate causali da intendersi come *numerus clausus*, non sarebbe stato possibile all'amministrazione utilizzare il contratto a termine al di fuori di quelle ipotesi. Ciò in quanto l'art. 36 rinviava *sic et simpliciter* alla contrattazione collettiva la quale, una volta intervenuta nei termini di cui sopra, forte del rinvio legislativo contenuto in una norma speciale (l'art. 36 d. lgs. n. 165 del 2001 appunto) non poteva essere derogata, prevalendo pertanto anche sul d. lgs. n. 368 del 2001 che, come noto, lascia invece alla autonomia individuale l'individuazione delle ragioni oggettive di cui al comma 1.

<sup>284</sup> Così R. Santucci, *Contrattazione collettiva e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 Maggio 2002, Milano, 2003, 350.

<sup>285</sup> Pertanto non si applica la sanzione di cui all'articolo 5, commi 2 e 4, decreto legislativo numero 368 del 2001, cfr. L. De Angelis, *Scadenza del termine e sanzioni. Successione di contratti*, in *La nuova disciplina del lavoro a termine* (a cura di L. Menghini), Ipsoa, Milano, 2002, 132 e ss.; nonché A. Vallebona-C. Pisani, *Il nuovo contratto a termine*, Cedam, Padova, 2001, 60.

tempo alle dipendenze di datori di lavoro privati<sup>286</sup>.

E non essendo possibile dichiarare *ab origine* l'avvenuta costituzione di un rapporto a tempo indeterminato o, in via subordinata, l'avvenuta trasformazione *ipso jure*, in base alle disposizioni delle leggi che regolamentano i rapporti privatistici, l'unica tutela offerta al lavoratore a termine alle dipendenze della pubblica amministrazione è quella prevista dall'art. 2126 c.c.; fatto salvo, ovviamente, il risarcimento del danno ulteriore<sup>287</sup>.

Sembra più che legittimo, allora, chiedersi quali giustificazioni sorreggano una tutela così tanto differenziata.

### 7. La legittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria.

Nei confronti del secondo comma (ora quinto) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale per via di una pretesa violazione dell'articolo 3 della Costituzione, in quanto, nonostante l'intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e la dichiarata applicabilità al suddetto rapporto del d. lgs. n. 368 del 2001, l'articolo 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 discriminerebbe i dipendenti pubblici rispetto a quelli privati nella misura in cui non garantisce ai primi- nel caso di violazione delle norme imperative sul lavoro a termine- la tutela rappresentata dalla cosiddetta conversione del rapporto<sup>288</sup>.

La Corte Costituzionale, però, ha escluso l'esistenza di una violazione del principio di uguaglianza, stante la diversità delle situazioni messe in relazione<sup>289</sup>.

Il principio di eguaglianza, infatti, impone di disciplinare situazioni uguali in modo uguale e situazioni differenti in modo differente.

Secondo la Corte, la privatizzazione riguarda soltanto lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma non il momento della sua costituzione, restando immutate le peculiari esigenze di selezione del dipendente pubblico, a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), che generalmente impongono il ricorso alla procedura concorsuale, salvo eccezioni.

<sup>286</sup> Sul punto già B. Voltattorni, *La riforma del contratto a termine*, cit., 372 "La sanzione della conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato non è applicabile nel pubblico impiego". Si ricorda, in proposito, che la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'applicabilità dell'articolo 2, comma 2, l. n. 230/62 al pubblico impiego, argomentando che la conversione legale del contratto in rapporto a tempo indeterminato comporterebbe una illegittima elusione della regola del concorso, così tra i numerosi interventi dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, si vedano le decisioni numeri 1, 2 e 5 del 1992, in *Cons. St.*, 1992, I, 133 e ss.

<sup>287</sup> Trib. Napoli 6 febbraio 2004, n. 3107, in *Guida lav.*, 13, 2004, 247. Si veda art. 13 CCNL comparto enti locali del 22 gennaio 2004, ove è ribadito lo stesso principio. Cfr. M. Delfino, *Sub art. 36*, cit., 1286 e ss. L'articolo 2126 cod. civ. trova infatti un'applicazione molto più ampia nel settore pubblico che in quello privato, cfr. C. Zoli, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 2, 474. Secondo M. L. De Margheriti, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, II, 136 "non si capisce il motivo per il quale nell'articolo 36 non si sia richiamato *de plano* l'art 2126". Cfr. anche L. Fiorillo, *Il reclutamento del personale pubblico*, cit., 1087 e ss.; C. Zoli, *Prestazione di fatto*, cit., 486 e ss.

<sup>288</sup> Cfr. articolo 5 d. lgs. n. 368/2001.

<sup>289</sup> Corte Costituzionale 27 Marzo 2003, n. 89, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 273. Sul punto problematicamente Chieco, *I contratti "flessibili" della p. a. e l'inapplicabilità della sanzione "ordinaria" della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, in *Lav. pubbl., amm.*, 3-4, 2003, 489 e ss.

Tutto ciò, a parere del giudice delle leggi, impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento come, a mio modesto avviso, risulta confermato dalla “rigida disciplina pubblicistica delle piante organiche e dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica”<sup>290</sup>.

Allo stato, dunque, la disposizione contenuta nell’articolo 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 rimane in vigore rispetto alla nuova disciplina contenuta nel d. lgs. n. 368 del 2001<sup>291</sup>.

Si badi, però, che il giudice delle leggi, non ha spiegato cosa succeda nel caso in cui l’assunzione a termine avvenga tramite concorso o, comunque, procedure selettive idonee a garantire il rispetto dell’art. 97 Cost., e al contempo siano state violate le condizioni prescritte dal d. lgs. n. 368 del 2001 e dal d. lgs. 165 del 2001.

È fin troppo evidente che nessun dubbio può sorgere in caso di assunzione a termine tramite mera selezione effettuata esclusivamente in base ad una valutazione del *curriculum vitae* e dei titoli prodotti.

In questo caso i lavoratori non sostengono alcuna prova tesa a verificare la loro professionalità e il tutto viene confermato, al termine della selezione, dalla compilazione di una lista di idonei in luogo della tradizionale graduatoria, che sarebbe l’atto tipico che conclude il pubblico concorso.

Pertanto, se da un lato sembra consentito giustificare il divieto di conversione, d’altro lato, si potrebbe sostenere che, in ipotesi diverse, ossia ove non è invocabile l’art. 97 Cost., perchè rispettato al momento dell’assunzione, l’impossibilità di considerare il rapporto a tempo indeterminato determinerebbe la violazione dell’art. 3 Cost., per il venir meno, si ripete, della diversità (specialità) della situazione posta in relazione<sup>292</sup>.

E la situazione prospettata può svestirsi dei panni di caso di scuola per divenire ipotesi frequente a seguito dell’entrata in vigore dell’art. 4 comma 1 della l. n. 80 del 2006.

L’art. 4 appena menzionato, introducendo il comma 4 bis all’art. 35 d. lgs. n. 165 del 2001, ha stabilito che l’avvio delle procedure concorsuali di cui al comma 4 si applica anche alle procedure di reclutamento a tempo determinato per contingenti superiori alle cinque unità<sup>293</sup>.

Ciò fa riemergere con forza l’interrogativo circa l’applicabilità della sanzione della conversione anche ai datori pubblici specie ove si consideri che a volte, lo stesso contratto collettivo, prevede una tale possibilità<sup>294</sup>.

---

<sup>290</sup> D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 3-4, 2003, 514; R. Salomone, *Contratto a termine e lavoro pubblico*, cit., 275.

<sup>291</sup> Da subito in questo senso G. Santoro Passarelli, *Diritto dei lavori*, cit., 275.

<sup>292</sup> E alla considerazione secondo la quale l’art. 97 Cost. andrebbe rispettato anche dopo l’assunzione che ha determinato il rapporto di lavoro a termine, si potrebbe obiettare sostenendo che lo stesso art. 97, comma 3, Cost. prevede che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede tramite concorso salvo i casi previsti dalla legge, ossia, per quel che a noi interessa, salvo le ipotesi ad esempio disciplinate dall’art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001. Cfr. sul punto A. Preteroti, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: in particolare il regime sanzionatorio*, in *Arg. dir. lav.*, III, 2005, pp. 859, 860.

<sup>293</sup> Cfr. S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 498 e ss.; S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 9 marzo 2006, n. 80*, cit., p. 15 e ss.

<sup>294</sup> Art. 5 comma 2 CCNL del personale di comparto delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione accordo di rinnovo del 7 aprile 2006 secondo cui “qualora l’assunzione a tempo determinato avvenga con le medesime modalità e procedure previste dalla

## 8. I rapporti tra la normativa nazionale e l'ordinamento comunitario alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia.

A parte il profilo costituzionale, sono stati sollevati dubbi sulla conformità del quinto comma (già secondo comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 all'ordinamento comunitario, tanto è vero che è stata sollevata alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale, ex art. 234 Trattato CE, relativa alla interpretazione delle clausole 1 lett. b), e 5 dell'accordo quadro europeo, recepito dalla direttiva n. 1999/70 CE, al fine di chiarire se queste ultime - fissando il divieto di abuso in materia di successione di contratti a termine - ostino ovvero no all'applicazione del quinto comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 e di conseguenza se prevalgono o meno sulla disposizione nazionale<sup>295</sup>.

Non si tratta di un interrogativo di poco momento poiché, come vedremo in seguito, l'operatività del quinto comma dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, potrebbe affievolire l'obiettivo della direttiva, consistente nel creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato<sup>296</sup>.

Un giudice di merito<sup>297</sup>, ancor prima della pronuncia della Corte di Giustizia, ha affermato che "il secondo comma (oggi quinto comma) dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 non contrasta con la direttiva 1999/70/CE dal momento che la sanzione della conversione non è l'unica misura contemplata dalla normativa comunitaria, ben potendo gli Stati membri stabilire altre sanzioni (come quella risarcitoria) per assicurare le finalità di tutela e di prevenzione degli abusi".

Oggi, tale lettura risulta confermata e opportunamente integrata dalla pronuncia della Corte di Giustizia Angelidaki<sup>298</sup>, che ha recentemente chiarito come "*l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda, nel settore in questione, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ai sensi della clausola 5, n. 1, di detto accordo, esso non osta all'applicazione di una norma di diritto nazionale che vieti in modo assoluto, nel solo settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che, in quanto destinati a soddisfare esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro, devono essere considerati abusivi*", escludendo dalla valutazione dell'effettività il singolo contratto a termine.

Di tal guisa diviene cruciale il ruolo svolto dal giudice del rinvio che deve "*valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle pertinenti disposizioni di diritto interno ne fanno uno strumento adeguato 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*

---

legge per i concorsi a tempo indeterminato, l'Ente potrà, nei limiti stabiliti del fabbisogno di personale e previo il superamento di un'ulteriore verifica sull'attività svolta e sulla qualificazione conseguita, trasformare il rapporto a tempo indeterminato. Nella stessa direzione CCNL personale non dirigente dell'Enea accordo di rinnovo del 20 dicembre 2006.

<sup>295</sup> Trib. Genova, ord. 21 gennaio 2004, in *Lav. giur.*, 9, 2004, 885 e ss. Sulla prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno (fatti salvi i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, nonché i diritti inalienabili della persona umana che, come è ovvio, esulano dall'art. 97 Cost.) cfr. Corte di Giustizia, Carra, causa C 258/98, 8 giugno 2000; Marleasing, causa C 106/89, 13 novembre 1990; Simmenthal, causa 106/77, 9 marzo 1978.

<sup>296</sup> Cfr. clausola 1 lett. b) dell'accordo quadro europeo, recepito nella direttiva n. 1999/70 CE.

<sup>297</sup> Trib. Roma 3 febbraio 2004, in *Arg. dir. lav.*, III, 2005, 851 e ss. con nota di A. Preteroti.

<sup>298</sup> Corte di Giustizia, Sez. III, 23 aprile 2009, cit., dich. 5 e 6, punti 200-203, 208-13.

successivi”.

E si badi che il giudice comunitario, già in una precedente pronuncia, aveva avuto cura di precisare che *“l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico*<sup>299</sup>.

Questa considerazione, che riprende pedissequamente le conclusioni dell'avvocato generale<sup>300</sup>, si basa sulla convinzione che il secondo comma della clausola 5 della direttiva n. 1999/70 CE, rimettendo alla valutazione discrezionale dei singoli Stati di stabilire a quali condizioni i contratti o rapporti a tempo determinato devono essere considerati successivi, nonché a quali condizioni devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato, permetterebbe un diverso regime sanzionatorio in presenza di condizioni diverse.

Ma proprio in virtù di quest'ultimo passaggio, il risarcimento del danno rappresenta una misura alternativa alla conversione esclusivamente nel caso in cui si possa invocare l'art. 97 Cost.; ritenendo necessaria, negli altri casi, la conversione del rapporto, secondo le regole di cui all'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001.

Infatti, se si può comprendere un trattamento diversificato e “speciale”, con riferimento al momento genetico del rapporto lavorativo, perché la stessa clausola 5 della direttiva n. 1999/70 CE, anche se implicitamente, lo consente, l'art. 97 Cost. lo impone e il d. lgs. n. 165 del 2001 lo ribadisce; questo trattamento non si comprende quando il dipendente pubblico è a tutti gli effetti equiparabile al dipendente privato.

Tale considerazione, deriva, in particolare, dal rispetto del principio fondamentale della parità di trattamento, il quale richiede che situazioni paragonabili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, salvo obiettiva necessità<sup>301</sup>.

Ne segue che lo Stato membro, coinvolto nelle cause in oggetto, è tenuto in ogni modo possibile ad applicare la direttiva di cui si tratta in condizioni tali da non contrastare con tale principio<sup>302</sup>.

Alla luce di questo ragionamento e del principio di proporzionalità potrebbe prospettarsi, pertanto, la disapplicazione della normativa nazionale (art. 36, comma quinto, d. lgs. n. 165 del 2001),

<sup>299</sup> Corte di Giustizia 7 settembre 2007, C-180/2004.

<sup>300</sup> Conclusioni del 20 settembre 2005, cit.

<sup>301</sup> In tal senso Corte di Giustizia sentenza 14 dicembre 2004, causa C-434/02, Arnold André, consultabile sul sito <http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=it>

<sup>302</sup> Il passaggio è ripreso dalle conclusioni dell'avvocato generale anche se il risultato cui si giunge è, ovviamente, diverso.

nei limiti di cui si detto, a vantaggio della direttiva 1999/70 CE, *ergo* dell'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001.

In tal modo, in attesa di una ulteriore pronuncia della Corte, la conversione non sarebbe figlia naturale del c.d. effetto diretto verticale da cui scaturisce l'invocabilità della direttiva nei confronti dello Stato, *ergo* del datore di lavoro statale e/o comunque pubblico<sup>303</sup>, che, "stranamente", avrebbe evitato differenze di trattamento tra dipendenti pubblici e non<sup>304</sup>; ma del principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva 1999/70.

In altri termini, seguendo le parole della Corte di Giustizia, "*anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)*"<sup>305</sup>.

#### 9. Divieto di conversione e diritto al risarcimento del danno: la quantificazione del risarcimento per una "tutela effettiva".

Quanto sin'ora detto, però, non permette di dimenticare la situazione giuridica esistente.

*Rebus sic stantibus*, infatti, l'interprete non può fare a meno di confrontarsi con lo stato normativo così come interpretato dalla Corte Costituzionale e di Giustizia.

Ne consegue che l'oggetto dell'indagine risulterà circoscritto alla quantificazione del risarcimento idoneo a rappresentare la misura effettiva ed equivalente richiesta dalla Corte di Giustizia.

È da escludere pertanto che il risarcimento possa di per sé, a prescindere dal suo ammontare, rappresentare una misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato.

Un dato è certo, e si rinviene nelle pronunce della stessa Corte di Giustizia: lo strumento del risarcimento deve essere sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia

<sup>303</sup> La conversione non può essere figlia del c.d. effetto verticale perché la direttiva non indica in quali casi e a quali condizioni i rapporti a termine devono considerarsi a tempo indeterminato. Con riguardo all'effetto diretto verticale, tra le interpretazioni più estensive, cfr. Corte di Giustizia, Marshall 2, causa C-271/91, 2 agosto 1993, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 362, con nota di R. Foglia.

<sup>304</sup> Si è detto stranamente perché, in realtà, da tempo, si assiste a delle critiche tese ad evidenziare come l'efficacia diretta verticale si colori di una fisiologica discriminazione tra dipendenti pubblici e privati, non essendo possibile, a questi ultimi, avvantaggiarsi dell'effetto diretto verticale di cui si è fatto cenno. Sulla possibile discriminazione tra dipendenti pubblici e privati si rinvia a R. Foglia – G. Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1996, 59 e ss. Secondo gli autori, che condividono il pensiero di B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1987, 312 e 313, o si esclude che la direttiva penetri nell'ordinamento statale, con la conseguenza che non sarà in alcun caso invocabile; o si ammette la penetrazione, ma allora la direttiva sarà invocabile da tutti e contro tutti. Si tratterebbe, insomma, di un problema di adattamento del diritto interno al diritto comunitario e non di destinatarietà della direttiva nell'ambito di quest'ultimo diritto. Analogamente critico G. Tesaro, *Diritto comunitario*, Cedam, 2001, 151.

<sup>305</sup> Corte di Giustizia 7 settembre 2006, cit, Punto 37, che rinvia alla sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, punto 12, nonché alla sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler, punto 95.

delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro<sup>306</sup>.

In una recente pronuncia<sup>307</sup>, concernente la nullità della seconda proroga del termine perché in contrasto con l'art. 4 del d. lgs., un giudice di merito, preso atto dell'impossibilità di convertire il contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, ha riconosciuto esclusivamente il diritto alle maggiorazioni retributive ex art. 5 comma 1 del decreto per l'intera durata della illegittima prosecuzione del rapporto.

Il giudicante, quindi, ha utilizzato quale criterio per la quantificazione del risarcimento del danno previsto dall'art. 36 comma 2 (ora comma 5) d. lgs. n. 165/2001, l'art. 5 comma 1 d.lgs. 368/2001, in virtù del quale se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

Una maggiorazione che, ad avviso del Tribunale in questione, *“funge non solo da deterrente per il datore, ma assolve alla funzione di indennizzare il lavoratore per la ulteriore precarietà alla quale viene così costretto, essendo chiamato a prestare la sua attività lavorativa senza più alcuna certezza temporale e senza più alcun titolo legittimo”*.

Inoltre, al fine di escludere il danno professionale per perdita di altre occasioni di lavoro, si legge nella motivazione che proprio la temporaneità del rapporto di lavoro con l'amministrazione, avrebbe permesso al lavoratore di accedere alle sopravvenute offerte lavorative ugualmente a termine. In altre parole la perdita di *chances* è figlia di libere scelte personali che non possono essere addossate al datore di lavoro.

Orbene, la ricostruzione di questo Tribunale non convince sia per il risultato raggiunto sia per l'argomentazione giuridica adottata.

Esso si limita a riconoscere un diritto alle maggiorazioni ex art. 5 comma 1 d. lgs. 368/2001 per l'attività prestata: solo questo basterebbe per sostenere il mancato adeguamento ai principi fissati dalla Corte di Giustizia.

Una sanzione così irrisoria non si presta infatti a fungere da tutela effettiva ed equivalente alla conversione.

Tra l'altro, una sanzione del genere sarebbe applicabile solo alle ipotesi di illegittima prosecuzione del rapporto, non potendo ricomprendere i casi di illegittima apposizione del termine per insussistenza delle ragioni oggettive.

Si pensi all'ipotesi di un lavoratore assunto illegittimamente che presti la propria attività sino alla scadenza del termine o, ad esempio, cinque giorni dopo.

In questo caso, adottando i criteri del Tribunale citato, al lavoratore non spetterebbe nulla, ovvero

---

<sup>306</sup> Corte Giustizia sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler punto 94; si veda anche Corte di Giustizia 7 settembre 2007, Vassallo, C-180/2004 e Corte di Giustizia 23 aprile 2009, C-378-80/07, Angelidaki.

<sup>307</sup> Trib. Perugia 21 settembre 2007, inedita. Ma si veda anche Trib. Bologna 26 luglio 2007, in *Arg. dir. lav.*, II, 2008, 598 e ss.

una maggiorazione del 20% per i cinque giorni successivi alla scadenza del termine<sup>308</sup>.

E ciò non è ammissibile specie a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 36 comma 2, il quale consente l'apposizione del termine solo a fronte di esigenze temporanee ed eccezionali, con evidente ampliamento delle ipotesi in cui l'apposizione potrebbe risultare illegittima<sup>309</sup>.

In generale, comunque, non convincono quelli tesi volte a qualificare il danno subito dal lavoratore come illecito aquiliano, ossia come danno derivante da responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

Mi limito ad osservare che in questo modo si addosserebbe al lavoratore l'onere di provare, pur se solo in modo presuntivo o secondo un calcolo di probabilità, la realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta<sup>310</sup>.

Onere che non deve essere assolto dal lavoratore del settore privato, il quale, come visto, è sufficiente che dimostri la violazione delle norme perché possa invocare l'effetto legale sostitutivo.

Ad ogni modo, secondo una giurisprudenza più sensibile ai principi comunitari<sup>311</sup>, il pregiudizio arrecato al lavoratore 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.

Pregiudizio che può essere ristorato ancorando la determinazione del risarcimento ai commi 4 e 5 dell'art. 18 l. 300 del 1970, "unico istituto attraverso il quale il legislatore ha inteso monetizzare il valore del posto di lavoro assistito dalla cosiddetta stabilità reale, qual è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione".

Ne segue che il risarcimento sarà pari a 20 mensilità, ottenute dalla somma di cinque (ex art. 18 comma 4) più 15 (ex art. 18 comma 5).

Quest'ultima tesi risulta davvero suggestiva, almeno quanto al risultato.

In primo luogo perché fungerebbe da misura effettiva e dissuasiva in ossequio al dettato comunitario; in secondo, perché fissa con certezza l'ammontare del risarcimento.

Certamente non può essere nascosto il timore di ricadere nella *vexata quaestio* circa l'applicabilità o meno delle norme sui licenziamenti ad altre fattispecie, ormai risolta in senso negativo dai giudici di legittimità<sup>312</sup>.

<sup>308</sup> A meno che non si voglia sostenere, contro il dato letterale, che le maggiorazioni di cui all'art. 5 comma 1 d. lgs. 368/2001 spettino anche in caso di attività prestata sino alla scadenza del termine apposto invalidamente.

<sup>309</sup> Qui non si vuole disconoscere l'applicabilità dell'art. 5, comma 1, d. lgs. n. 368/2001, per i periodi c.d. di tolleranza. Anzi, per quei periodi, la sanzione è senz'altro applicabile poiché nessuna norma (compreso il d.lgs. 165/2001) lo vieta e nessuna ragione permetterebbe di differenziare il settore privato da quello pubblico. Il problema sorge con il superamento dei periodi suddetti; in quanto, proprio in quel momento, il lavoratore acquisterebbe il diritto alla "conversione", ergo al risarcimento.

<sup>310</sup> Si veda in materia di risarcimento del danno per perdita di *chance* la recente sentenza della Cass. Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 7943, in *Guida al dir.*, 18, 2008, 78.

<sup>311</sup> Trib. Genova 14 dicembre 2006, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com), la pronuncia riguardava un'ipotesi di illegittima apposizione del termine per contrasto con l'art. 1 comma 1 e 2, nonché 4 del d. lgs. n. 368 del 2001. Si veda anche Trib. Genova 5 aprile 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 906, con nota di L. Tebano; Trib. Latina 27 novembre 2007, inedita.

<sup>312</sup> L'applicazione delle norme sui licenziamenti determinerebbe, infatti, l'onere, in capo al prestatore, di impugnare entro sessanta giorni la comunicazione di cessazione del rapporto per scadenza del termine. Anche se questo timore potrebbe essere superato affermando che il rinvio all'art. 18 si intende esclusivamente "*quod poenam*".

Timore che poteva essere affievolito stabilendo un risarcimento pari a quindici mensilità piuttosto che a venti, in quanto le cinque mensilità previste dall'art. 18 comma 4 sono riferibili specificamente all'ipotesi di licenziamento inefficace o invalido.

Mentre le quindici mensilità previste dal comma 5 della stessa norma potrebbero senz'altro rappresentare la monetizzazione del posto di lavoro.

Ad ogni modo, all'interprete potrebbe risultare utile un confronto con altre fattispecie, quale ad esempio, quella delle assunzioni obbligatorie.

In queste ipotesi, come sappiamo, il lavoratore avviato legittimamente ha diritto all'assunzione e, qualora questa gli venga negata, può chiedere la condanna del datore inadempiente al risarcimento del danno, essendo esclusa la possibilità di richiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c.

Bene, in questi casi, la giurisprudenza prevalente, applicando l'art. 1226 c. c., ha quantificato il risarcimento in misura pari alle retribuzioni perdute fino al momento in cui il lavoratore stesso ottenga un altro avviamento, ovvero sino al termine del giudizio di merito<sup>313</sup>.

Restando salva, ovviamente, la possibilità di detrarre il danno evitabile con l'ordinaria diligenza ex art. 1227 c.c.

Applicando pertanto questi criteri al caso di nostro interesse, si dovrebbe sostenere che il lavoratore avrà diritto alle retribuzioni dal periodo di cessazione del rapporto (*rectius* dalla messa in mora) sino alla nuova occupazione a tempo indeterminato (perché a questo avrebbe avuto diritto in virtù del d. lgs. n. 368 del 2001). Ovvero sino alla sentenza di condanna, fatta salva la prova, (gravante sul datore di lavoro, debitore) che il protrarsi dello stato di disoccupazione del soggetto sia dovuto a colpevole inerzia del medesimo.

Ed in tutte i due i casi, a mio sommosso parere, al risarcimento andranno sommate le maggiorazioni di cui all'art. 5 comma 1 per l'eventuale attività prestata nei periodi c.d. di tolleranza.

Per quei periodi la sanzione è senz'altro applicabile poiché nessuna norma (compreso il d.lgs. 165/2001) lo vieta, e nessuna ragione permetterebbe di differenziare il settore privato da quello pubblico.

Sa bene chi scrive i limiti che incontrerebbero ambedue le opzioni, ed in particolare la prima che addosserebbe al datore responsabilità per situazioni a lui estranee, come l'andamento del mercato del lavoro<sup>314</sup>.

Ma l'inconveniente viene superato utilizzando il secondo criterio.

In altre parole l'ammontare del risarcimento sarà determinato dalle retribuzioni non percepite

---

<sup>313</sup> Tra le altre cfr. Cass. n. 5766 del 2002; Cass. n. 11877 del 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 495 e ss., con nota di V. Marino. Secondo questa pronuncia il danno deve essere temporalmente delimitato nell'ambito della pronuncia di secondo grado (ovvero di primo se non vi è stato appello), in quanto per il periodo successivo alla sentenza manca il requisito dell'attualità e della certezza della proiezione nel futuro dell'evento lesivo costituito dall'ingiusto stato di disoccupazione.

<sup>314</sup> Adotta questo criterio ispirato ad equità Trib. Rossano 4 giugno 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2007, 906, secondo cui la misura del risarcimento va correlata al periodo medio necessario a trovare una nuova occupazione secondo i dati statistici, articolati in ragione della zona geografica, dell'età, del sesso e del titolo di studio dei lavoratori. Misura che in questo caso è stata fissata in 17 mensilità commisurate all'ultima retribuzione globale di fatto.

dal momento della cessazione del rapporto sino alla nuova occupazione, e comunque non oltre la sentenza di condanna.

Diversamente opinando, probabilmente, si rischia di utilizzare letture interpretative forzate, ovvero letture da cui non conseguono tutele effettive ed equivalenti.