

## Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione\*

Michele De Luca

1. Precariato pubblico: tra *condizionalità* eurounitaria e divieti nazionali di *conversione* (impostazione del tema di indagine). 193
2. Segue: *discrezionalità* degli stati membri nello stabilire divieti di *conversione*. 194
3. Segue: condizionalità eurounitaria. 196
4. Segue: tra misure alternative alla conversione, nel nostro diritto vivente, e condizionalità eurounitaria. 200

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 134/2017

**1. Precariato pubblico: tra *condizionalità* eurounitaria e divieti nazionali di *conversione* (impostazione del tema di indagine).**

In principio è la *condizionalità* – stabilita dal diritto dell'Unione europea – per il *divieto di conversione* – in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato – che sia previsto, da ordinamenti interni degli stati membri, per il *caso* di successione *abusiva* di contratti a termine.

Il *divieto* è subordinato, infatti, alla *condizione* che, negli ordinamenti interni, siano contestualmente previste misure alternative – alla *conversione*, appunto – dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell'Unione: *equivalenza* – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dallo stesso ordinamento interno – si coniuga, in tale prospettiva, con *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva*.

La *discrezionalità* degli stati membri – nello stabilire *divieti di conversione* – non può, quindi, prescindere dalla *condizionalità* imposta dal diritto dell'Unione.

**1.1.** Nel rispetto della *condizionalità* – in relazione, appunto, alla previsione di misure alternative dotate dei requisiti indefettibili prescritti dal diritto dell'Unione – i divieti di *conversione* restano, tuttavia, affidati alla *discrezionalità* degli stati membri ed assoggettati – del pari, in via esclusiva – a limiti e regole stabiliti dai loro ordinamenti interni.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, il principio costituzionale del *pubblico concorso* per l'accesso al posto di lavoro (articolo 97 cost.) – all'evidenza, incompatibile con la *conversione* – riguarda soltanto le pubbliche amministrazioni.

Si coniuga, tuttavia con previsioni analoghe di leggi ordinarie, anche regionali.

Resta da domandarsi se – e quali – limiti incontrino le stesse leggi in principi e disposizioni della costituzione, anche in materia di riparto della *potestà legislativa* tra stato e regioni.

**1.2.** Tutti i divieti nazionali di *conversione* – compresi quelli di fonte costituzionale – sono comunque subordinati alla *condizionalità eurounitaria*.

Le fonti nazionali – di *divieti della conversione* e di *misure* ad essa alternative – risultano, infatti, *cedevoli* rispetto alla *condizionalità eurounitaria*.

**1.3.** In altri termini, gli stati membri possono, bensì, stabilire *discrezionalmente* divieti di *conversione*, nel rispetto di principi e disposizioni dei propri ordinamenti interni.

La coerenza dei divieti stessi con il diritto dell'Unione è subordinata, tuttavia, alla *condizione* che siano contestualmente previste – dagli ordinamenti interni – misure alternative, alla *conversione* appunto, dotate dei requisiti indefettibili imposti dallo stesso diritto dell'Unione: la *equivalenza* – rispetto al trattamento garantito, per casi analoghi, dall'ordinamento interno – si coniuga, per quanto si è detto, con *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva*.

Pertanto il diritto dell'Unione europea osta ai divieti di *conversione*, che gli ordinamenti degli stati membri impongano – nell'esercizio della propria *discrezionalità* – senza prevedere

contestualmente, tuttavia, misure alternative, alla *conversione* appunto, dotate dei requisiti indefettibili imposti dallo stesso diritto dell'Unione.

## 2. Segue: *discrezionalità degli stati membri nello stabilire divieti di conversione.*

Invero – nel difetto di previsioni specifiche, sul punto, del diritto dell'Unione – spetta alle autorità nazionali l'adozione di misure sanzionatorie per la repressione, appunto, del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato: lo ribadisce la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia<sup>658</sup>, in coerenza con la giurisprudenza consolidata della stessa Corte (richiamata contestualmente).

La *discrezionalità* degli stati membri, tuttavia, incontra i limiti che risultano dalla imposizione di requisiti indefettibili per le stesse misure sanzionatorie: la *effettività* si coniuga, in tale prospettiva, con la *proporzionalità*, la *equivalenza* – rispetto a misure “*che riguardano situazioni analoghe di natura interna*” – e la *efficacia dissuasiva*.<sup>659</sup>

### 2.1. Non risulta imposto, però, agli stati membri l'*obbligo generale* di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato.<sup>660</sup>

Di conseguenza, l'ordinamento dell'Unione europea non osta a che uno stato membro riservi sanzioni diverse – per il *ricorso abusivo* alla successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato – a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro, appartenente al settore privato, oppure con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.<sup>661</sup>

<sup>658</sup> Vedi Corte giust. Ue, III Sezione, sentenza 26 novembre 2014, in cause riunite C-22, 61, 62, 418/13 *Mascolo* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, in Foro it., 2014, IV, 569; Mass. giur. lav., 2015, 138, n. VALLEBONA, ROMEO, URSO, SIMONCINI; Rass. avv. Stato, 2014, fasc. 4, 58, n. SCIASCIA; Lavoro giur., 2015, 135, n. NUNIN; Argomenti dir. lav., 2015, 167, n. SANTORO PASSARELLI; Giur. cost., 2014, 4779, n. CALVANO e 2015, 157 (m), n. GHERA; Riv. giur. lav., 2015, II, 193 (m), n. AIMO; Riv. it. dir. lav., 2015, II, 309, n. CALAFÀ, MENGHINI.

Sulla *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia, vedi, altresì, M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav.pp.aa.*, 2014, 499 ss.; ID., *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *Lavoro* nella giurisprudenza 2016, 1053, ed – in un testo più ampio – in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) gennaio 2017, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: G. BOLEGO, *Prevenzione e rimedi contro l'abuso del termine nel p.i.*, in *Labor*, 2017, 21.

<sup>659</sup> in tal senso – oltre la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia – vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 94; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 51; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 36; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 62, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 44; 14 settembre 2016, Nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 36

<sup>660</sup> Vedi, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 91; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 47; del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-308/07, EU:C:2009:250, punti 145 e 183; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 65, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 47; 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 39.

<sup>661</sup> Vedi, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia e del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 48, nonché del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 33; 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 40.

**2.2.** Con riferimento al nostro ordinamento, quindi, la garanzia del principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost.)<sup>662</sup> risulta idonea a giustificare — quando il rapporto di lavoro subordinato intercorra, appunto, con amministrazioni pubbliche — l'esclusione della conversione — in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato — della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato.

Coerentemente, “*il principio fondamentale (...) dell'accesso mediante concorso pubblico*” (enunciato dall'art. 97, 3° comma, Cost.) — in materia d'instaurazione del rapporto d'impiego alle dipendenze di amministrazioni pubbliche — giustifica, sul piano costituzionale, il divieto di *conversione*, in contratto a tempo indeterminato, nel caso di illegittima apposizione del termine — come della violazione di altre *disposizioni imperative* — in contratti di pubblico impiego (ai sensi dell'articolo 36, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165).<sup>663</sup>

Ne risulta che — in difetto del pubblico concorso — il lavoratore, vittima dell'abuso, ha diritto, in tal caso, soltanto al *risarcimento del danno*.

**2.3.** Resta da domandarsi, tuttavia, se sia vero il contrario.

Si tratta di stabilire, cioè, se a seguito di pubblico concorso — per l'instaurazione di rapporto di lavoro, a tempo determinato, alle dipendenze di amministrazioni pubbliche — il lavoratore abbia diritto alla *conversione* — in contratto a tempo indeterminato — nello stesso caso di illegittima apposizione del termine — come della violazione di altre *disposizioni imperative* — nei contratti di pubblico impiego stipulati all'esito di procedura concorsuale.

La soluzione positiva della questione — anche all'esito di *interpretazione orientata* (costituzionalmente e/o eurounitariamente) — pare coerente, in tal caso, con l'instaurazione del rapporto di lavoro a termine — risultato *abusivo* — dopo la sottoposizione del lavoratore, vittima dell'abuso, all'unica procedura concorsuale esigibile.

In alternativa, resta la questione di legittimità costituzionale — sollevata dal Tribunale di Foggia, (anche) sotto il profilo ora prospettato<sup>664</sup> — che potrebbe condurre, oltre che al denegato rigetto, ad una pronuncia interpretativa, parimenti, di rigetto o di accoglimento — che sostanzialmente accolga, sia pure in forme diverse, la *interpretazione adeguatrice* auspicata — oppure ad una pronuncia di accoglimento.

<sup>662</sup>Sul punto, vedi, per tutte, Corte cost. 21 aprile 2005, n. 159 (in Foro it., 2005, I, 1981; Giur. it., 2005, 2249; Giur. costit., 2005, 1290) — ed, ivi, riferimenti ulteriori di giurisprudenza — che ha dichiarato in costituzionale la disposizione impugnata (art. 1, 1° e 2° comma, l.reg. Calabria 5 dicembre 2003, n. 28), nella parte in cui prevede — in deroga al *principio del pubblico concorso*, appunto — la riserva, soltanto a personale interno, della partecipazione al concorso.

<sup>663</sup>Vedi Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in Foro it., 2003, I, 2258; Giust. amm., 2003, 542, n. OLIVERI; Mass. giur. lav., 2003, 443, n. BARBIERI; Lavoro nelle p. a., 2003, 355 (m), n. GRECO; Lavoro giur., 2003, 831, n. SCIORTINO; Giur. costit., 2003, 711.

<sup>664</sup>Vedi Trib. Foggia, ordinanza 26 ottobre 2016, in GU n. 11 del 15 marzo 2017, sulla quale vedi, per tutti, F.M. Putaturo Donato, *Preariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, in ADL, 2017, I, 65, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, spec. nota 1.

**2.4.** Resta da interrogarsi, poi, sulla potenzialità espansiva – al di fuori, cioè, dei rapporti di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (ai quali è limitato il *principio costituzionale del pubblico concorso*, di cui all'articolo 93, 3° comma, cost.) – del divieto di conversione, che ne consegue, al caso di previsione dello stesso *principio* in leggi ordinarie, anche regionali.

Resta da stabilire, in particolare, se il divieto di conversione – in dipendenza del *principio del pubblico concorso* imposto per legge<sup>665</sup> – possa prescindere dalla *natura giuridica* del datore di lavoro.

In altri termini, si tratta di stabilire se possa riguardare soltanto enti pubblici non economici oppure anche enti pubblici economici e, addirittura, società partecipate, aventi natura privatistica.<sup>666</sup>

Allo stato, la giurisprudenza pare orientata per la soluzione più ampia: dopo un *obiter dictum* delle sezioni unite<sup>667</sup>, la sezione lavoro della Corte di cassazione pare, infatti, orientata in tal senso.<sup>668</sup>

Non è questa la sede per affrontare *funditus* il problema.

Tuttavia è lo stesso principio del *pubblico concorso* – ancorché imposto da legge ordinaria, statale o regionale (nell'ambito, beninteso, delle competenze rispettive) – a risultare incompatibile con la *conversione*, in quanto elusiva dello stesso principio.

### 3. Segue: condizionalità eurounitaria.

Qualsiasi *divieto di conversione* – comunque imposto dall'ordinamento nazionale degli stati membri – risulta conforme all'ordinamento dell'Unione europea solo se la stessa normativa nazionale prevede – contestualmente – “*un'altra misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi*”.<sup>669</sup>

**3.1.** Con riferimento al nostro ordinamento, quindi, la stessa garanzia costituzionale del principio del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost) risulta, bensì, idonea a giustificare — quando il rapporto di lavoro subordinato intercorra, appunto, con amministrazioni pubbliche — l'esclusione della conversione — in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato — della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato.

<sup>665</sup> Nel rispetto, tra l'altro, del riparto di *competenze legislative* tra stato e regioni.

<sup>666</sup> Per l'impostazione del problema, vedi M. DE LUCA, Diritti di lavoratori *flessibili*, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune *versus* declino delle garanzie, in LPA 2013 941, spec. § 3.4., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

<sup>667</sup> Vedi Cass., sez. un. civ., n. 4685 del 9 marzo 2015 ( in Lavoro nella giurisprudenza, 2015, 588 ss., con nota di R. NUNIN, *Dopo "Mascolo" (ed in attesa della Consulta...): un obiter delle Sezioni Unite su nullità del termine e sanzioni nel pubblico impiego*), che – con riferimento ad *ente pubblico economico* sottoposto a tutela o vigilanza della Regione Sicilia – nega, bensì, la *conversione*, ma – come precisa con un *obiter dictum*, appunto – soltanto fino a quando (con l'entrata in vigore della sopravvenuta legge regionale Sicilia 5 novembre 2004, n. 15) “*la reintroduzione di una concorsualità qualificata o, comunque, semplificata per le assunzioni impedisce, di conseguenza, l'automatica trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato*”.

<sup>668</sup> Vedi, da ultime, Cass., sez. lav., 1 marzo 2017, n. 5286 (come altre rese alla stessa udienza), che – con riferimento ad *ente pubblico economico* - nega la *conversione*, appunto, essenzialmente in base al rilievo che ne è prevista (dall'articolo 23 legge reg. Sardegna n. 16/1974) l'assunzione del personale “*esclusivamente mediante concorso pubblico*”.

<sup>669</sup> Così, testualmente, Corte giustizia 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 41.

Nello stesso senso, tuttavia, vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 105; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 49; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 34, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 161 e 184.

La stessa esclusione, tuttavia, è subordinata alla *condizione* che siano previste, dallo stesso ordinamento nazionale, misure effettive volte a prevenire ed a punire eventuali usi abusivi dei contratti a tempo determinato.

Pertanto è subordinata a tale *condizione* – sebbene sia fondata sul principio costituzionale del pubblico concorso – l'esclusione della conversione – in un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato – della successione *abusiva* di più contratti di lavoro a tempo determinato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Né può essere trascurato che la prospettata *compatibilità condizionata* – tra garanzia del principio costituzionale del pubblico concorso, appunto, e ordinamento comunitario – risulta coerente con il *primato* dello stesso ordinamento rispetto alle fonti – anche costituzionali – degli ordinamenti nazionali degli Stati membri, fatta esclusione per i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed i diritti inalienabili della persona.<sup>670</sup>

### 3.2. Coerente risulta, quindi, la conclusione della *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia.<sup>671</sup>

Ne risulta palese, infatti, il contrasto della nostra disposizione nazionale *di cui trattasi nei procedimenti principali*<sup>672</sup> – con l'ordinamento dell'Unione europea<sup>673</sup> – sia laddove prevede la

<sup>670</sup> Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, In Foro it. 2007, V, 149, spec. § 6 e *passim*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Sul *primato* del diritto della Unione europea e la conseguente *prevalenza* – rispetto al diritto degli stati membri – vedi:

- Dichiarazione 17 *relativa al primato* (allegata al trattato sul funzionamento dell'Unione europea):

“La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)”.

- Articolo 11 comma 1, della Costituzione italiana:

“L'Italia (...) consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (...)”.

Molto ampie risultano, poi, dottrina e giurisprudenza sul *primato*: Vedi, per tutti, A. RUGGERI., *Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*, www.giurcost.org, 2016, fasc. 1; ID., *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*. In Quaderni costituzionali, 2015, 931; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio - I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*. www.rivistaac.it, 2016, fasc. 2

<sup>671</sup> Nei termini testuali seguenti:

“La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit., appunto), che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.”

<sup>672</sup> L'articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit., appunto.

<sup>673</sup>E, segnatamente, con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

successione di contratti di lavoro a tempo determinato – ritenuta *abusiva* dalla Corte di giustizia – sia laddove, coerentemente, non commina alcuna sanzione per la stessa successione di contratti.

Ora è, bensì, vero che la stessa *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia non ha comportato l'espunzione dal nostro ordinamento, né la *non applicazione* della normativa interna (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, cit.), contestualmente ritenuta confliggente con l'ordinamento dell'Unione europea.<sup>674</sup>

Coerenti con la stessa sentenza della Corte di giustizia, ne sembrano, tuttavia, i *seguiti* nel nostro ordinamento: la legge<sup>675</sup> si coniuga, in tale prospettiva, con la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.<sup>676 677</sup>

**3.3.** Per quel che qui interessa, la *sentenza Mascolo* della Corte costituzionale<sup>678</sup> muove dalla declaratoria di illegittimità costituzionale (per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla clausola 5, comma 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) della stessa disposizione (art. 4, commi 1 e 11, della legge n. 124 del 1999), che la Corte di giustizia aveva ritenuto in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

E perviene alla conclusione che *“il primato del diritto comunitario e la esclusività della giurisdizione costituzionale nazionale, in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, impongono delicati equilibri, evidenziati anche nell'ordinanza del rinvio pregiudiziale, in cui questa Corte ha posto in evidenza i principi costituzionali che vengono in rilievo nella materia in esame, e cioè l'accesso mediante pubblico concorso agli impieghi pubblici (art. 97, quarto comma, Cost.), e il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.)”*.

Il rilievo che *“la disciplina comunitaria in questione non si pone in contrasto con nessuno dei due principi”* e che *“la statuizione della Corte del Lussemburgo, al contrario, appare rispettosa delle competenze degli Stati membri, cui riconosce espressamente spazi di autonomia”* risulta preliminare, poi, alla delimitazione di *tali spazi*, che *“riguardano in particolare le ricadute sanzionatorie dell'illecito”*.

Ed, in tale prospettiva, prende atto che – occupandosi di *tali ricadute* – la Corte di giustizia ha ritenuto che *“la normativa comunitaria in materia non prevede misure specifiche, rimettendone*

<sup>674</sup> Sul punto, vedi M. DE LUCA, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, cit., spec. § 4 e 5.

<sup>675</sup> Vedi legge 13 luglio 2015, n. 107, *Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*, cit.

<sup>676</sup> Vedi sentenza Mascolo della Corte costituzionale 20 luglio 2016, n.187, in Foro it., 2016, I, 2993, n. PERRINO; Mass. giur. lav., 2016, 615, n. FRANZA; Lavoro giur., 2016, 882, n. NUNIN.

<sup>677</sup> Per un esame analitico dei *seguiti* della sentenza Mascolo della Corte di giustizia nel nostro ordinamento, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. 1056 ss. e – nel testo più ampio – § 3

<sup>678</sup> Vedi *sentenza Mascolo* della Corte costituzionale 20 luglio 2016, n.187, cit.

*l'individuazione alle autorità nazionali e limitandosi a definirne i caratteri essenziali (dissuasività, proporzionalità, effettività)".*

In tale cornice, quindi, la Corte costituzionale colloca lo scrutinio sulle *ricadute sanzionatorie dell'illecito* e, segnatamente, sulla coerenza – eurounitaria e costituzionale – del sistema sanzionatorio previsto dal *seguito legislativo*.<sup>679</sup>

**3.4.** Intanto per lo scrutinio – sull'esercizio della *discrezionalità* riservata alle autorità nazionali, nella determinazione di un sistema sanzionatorio dotato dei prescritti *caratteri essenziali (equivalenza, appunto, effettività, proporzionalità ed efficacia dissuasiva)*<sup>680</sup> – *"s'impone una integrazione del dictum del giudice comunitario, che non può che competere a questa Corte"*.<sup>681</sup>

Con specifico riferimento, poi, al sistema sanzionatorio – per i contratti a termine stipulati sulla base della disposizione (articolo 4, commi 1 e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124, *cit.*, appunto), ora espunta dal nostro ordinamento, perché abrogata e, nel contempo, investita da declaratoria di incostituzionalità (in relazione all'articolo 117, primo comma, cost.) – la Corte costituzionale – dopo avere analizzato la disciplina a regime – concentra il proprio scrutinio (punti 14.4. e seguenti) sulle *disposizioni transitorie*.<sup>682 683</sup>

**3.5.** Compete, tuttavia, ai *giudici comuni* la determinazione del *risarcimento*, che – in alternativa alla *conversione* vietata – è dovuto da amministrazioni pubbliche in dipendenza del ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La *discrezionalità* delle autorità nazionali (comprese, all'evidenza, quelle giudiziarie) – nella determinazione di tale *risarcimento* – incontra, però, i limiti che risultano, per quanto si è detto, dalla imposizione di *requisiti indefettibili* (anche) per lo stesso risarcimento: la *effettività* si coniuga, in tale prospettiva, con la *proporzionalità*, la *equivalenza* – rispetto a misure *"che riguardano situazioni analoghe di natura interna"* – e la *efficacia dissuasiva*.<sup>684</sup>

Né può essere trascurato che il risarcimento risulta alternativo rispetto alla *conversione* vietata – (anche) in ossequio al principio costituzionale del pubblico concorso (art. 97, 3° comma, Cost.) – solo se presenta i *requisiti indefettibili* che sono stati prospettati.

<sup>679</sup> La legge 13 luglio 2015, n. 107, *cit.* appunto.

<sup>680</sup> In tal senso – per quanto si è detto – è la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia.

<sup>681</sup> Così, testualmente, Corte costituzionale 20 luglio 2016, n. 187, *cit.*

<sup>682</sup> Della stessa legge 13 luglio 2015, n. 107, *cit.*

<sup>683</sup> Per un esame analitico dello scrutinio sulle *disposizioni transitorie*, vedi M. DE LUCA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>684</sup> in tal senso – oltre la *sentenza Mascolo* della Corte di giustizia – vedine le già citate sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 94; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 51; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 36; del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 62, nonché ordinanza dell'11 dicembre 2014, León Medialdea, C-86/14, non pubblicata, EU:C:2014:2447, punto 44; 14 settembre 2016, Nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 36

Tali requisiti non sembrano ricorrere, tuttavia, nel risarcimento, che – in alternativa alla *conversione* – risulta stabilito dal nostro *diritto vivente*.

#### 4. Segue: tra misure alternative alla conversione, nel nostro diritto vivente, e condizionalità eurounitaria.

In materia di *risarcimento* – per illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – il nostro *diritto vivente*<sup>685</sup> e, segnatamente, le sezioni unite civili della Corte di cassazione<sup>686</sup> – risolvendo *questione di massima di particolare importanza* – hanno enunciato i principi di diritto seguenti:

- “il danno risarcibile di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed è configurabile come perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c.”

“la misura risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla Corte di Giustizia UE (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso – siccome incongruo – il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinato tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggior pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato

<sup>685</sup> Sul diritto vivente — nella accezione accolta dalla Corte costituzionale — v., per tutti, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 371 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, 1988, 285 ss.; ID., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, G. Cost, 1986, I, 1148; nonché i contributi di R. LENZI, G. NAVONE e G. PERLINGIERI, in *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza - Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, a cura di S. PAGLIANTINI, Giappichelli, 2011; V. CARBONE, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, CG, 2011, 183; A.S. BRUNO - M. CAVINO (a cura di), *Esperienze di diritto vivente - La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, Giuffrè, 2011, *passim*; G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente» - Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, SD, 2008, fasc. 3, 37; V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, DLRI, 2008, 613; S. CHIARLONI et al., *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, GI, 2009, I, 1599; S. EVANGELISTA - G. CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, FI, 2005, V, 82; A. ANZON, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente*, nota a C. cost. 23 aprile 1998, n. 138, G. Cost, 2008, 1082; ID., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, *ivi*, 1984, I, 304; M.R. MORELLI, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 1995, I, 149; M- DE LUCA, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro diritto vivente*, RIDL, 2016, I, 235, *passim*, spec. nota1.

In giurisprudenza, vedi, da ultimo, Corte cost. n. 53 del 2017.

<sup>686</sup> Vedi Cass., sez. un. civ., 15 marzo 2016, n. 5072 (in Foro it., 2016, I, 2994, n. PERRINO; Giur. it., 2016, 1169, n. TOSI); Nuova giur. civ., 2016, 1305, n. D'ASCOLA; Riv. it. dir. lav., 2016, II, 597, n. ALLOCCA; Mass. giur. lav., 2016, 589, n. VALLEBONA, PUTATURO DONATI; Riv. giur. lav., 2016, II, 337 (m), n. COPPOLA, che riguarda la controversia tra l'Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino Di Genova e Sardino e Marrosu (sulla quale era già intervenuta la Corte di giustizia, a seguito di rinvio pregiudiziale).

Conforme alla sentenza delle sezioni unite, risulta la sentenza 3 agosto 2016, n. 16226 ed altre della *sezione filtro* (6° sezione), che suppongono il *consolidamento* dell'orientamento giurisprudenziale, che ne risulta espresso.

Parimenti conformi, alla sentenza delle sezioni unite, sono – sul medesimo punto del *risarcimento* – le recentissime sentenze della sezione lavoro della Corte di cassazione numero 22552/22558 del 7 novembre 2016, 23534 del 18 novembre 2016 e numerose altre, in corso di pubblicazione, parimenti discusse nell'udienza del 18 ottobre precedente (vedi comunicato-stampa della Corte in data 7 novembre 2016).

Da ultima, vedi Cass., sez. lav., 12 aprile 2017, n. 9402.

*rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfetizzata limita il danno risarcibile, per il secondo, invece, agevola l'onere probatorio del danno subito*".

#### 4.1. Articolata ne risulta, poi, la *ratio decidendi*.<sup>687</sup>

Resta da domandarsi, tuttavia, se la decisione delle sezioni unite risulti coerente con la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia.

Sembra discostarsene, infatti, laddove ritiene che *"il danno risarcibile di cui all'art. 36, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, non deriva dalla mancata conversione del rapporto, legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei, bensì dalla prestazione in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte della P.A., ed è configurabile come perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore, con onere della prova a carico del lavoratore, ai sensi dell'art. 1223 c.c."*

Sembra discostarsene, altresì, laddove prende atto che la *"difficoltà a provare il danno subito – consiste(n)te, essenzialmente, nella perdita di chance di un'occupazione migliore – (...) ridonda in deficit di adeguamento della normativa interna a quella comunitaria"*.

Ed – in funzione della *"agevolazione della prova (...) in via di interpretazione sistematica orientata dalla necessità di conformità alla clausola 5 dell' accordo quadro"* – le sezioni unite pervengono alla conclusione che *"la fattispecie omogenea, sistematicamente coerente e strettamente contigua,"* è l'indennità forfetaria (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010), che, per l'impiego pubblico, non si accompagna alla conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato – in quanto il divieto di conversione *"è conseguenza di una norma legittima, che anzi rispecchia un'esigenza costituzionale, e che non consente di predicare un (inesistente) danno da mancata conversione"* – e perciò, assume la *"diversa valenza (...), in chiave agevolativa, di maggior tutela nel senso che, in quella misura, risulta assolto l'onere della prova del danno che grava sul lavoratore"*.

4.2. Infatti pare, dalle sezioni unite, trascurata – quantomeno – la verifica circa la *effettività* e la *equivalenza* – rispetto a misure *"che riguardano situazioni analoghe di natura interna"* – del sistema sanzionatorio, che ne risulta stabilito, per illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Sembrano esulare, tuttavia, anche gli altri *requisiti indefettibili*, che la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, parimenti, impone quale limite – alla *discrezionalità* alle autorità nazionali (compresa, all'evidenza, quella giudiziaria) – nella determinazione dello stesso sistema sanzionatorio: la *proporzionalità* si coniuga, in tale prospettiva, con la *efficacia dissuasiva*.

<sup>687</sup> La *ratio decidendi*, infatti, si articola nei passaggi essenziali analiticamente esaminati in M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., – nel testo più ampio – spec. nota 33.

**4.3.** Infatti è la sentenza *Mascolo* della Corte costituzionale<sup>688</sup> che – all’esito dello scrutinio delle due misure alternative, *autorizzate dal diritto comunitario*, parimenti efficaci per sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a termine – così conclude:

*“Tale efficacia è indubbiamente tipica della sanzione generale del risarcimento, desunta dai principi della normativa comunitaria e non richiede approfondimenti; non diversa, tuttavia, è l’efficacia dell’altra misura, che sostanzialmente costituisce anch’essa un risarcimento, ma in forma specifica”.*

Palese ne risulta la configurazione esplicita della *conversione* – come *risarcimento in forma specifica* – e, coerentemente, la configurazione implicita – come *risarcimento per equivalente* – della *sanzione generale del risarcimento*.

**4.4.** Ora *“il risarcimento del danno in forma specifica e quello per equivalente sono espressione della medesima esigenza di eliminazione del pregiudizio derivante dall’illecito e si distinguono fra loro esclusivamente per le differenti modalità di attuazione.*

*Tali distinte modalità attuative sono tuttavia del tutto fungibili fra loro, essendo entrambe riconducibili alla comune finalità di porre riparo agli effetti negativi dell’illecito”.*<sup>689</sup>

Coerentemente, *“il risarcimento del danno per equivalente costituisce una reintegrazione del patrimonio del creditore che si realizza mediante l’attribuzione, al creditore, di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta, e quindi si attegga come la forma, per così dire, tipica di ristoro del pregiudizio subito dal creditore per effetto dell’inadempimento dell’obbligazione da parte del debitore, mentre il risarcimento in forma specifica, essendo diretto al conseguimento dell’“eadem res” dovuta, tende a realizzare una forma più ampia e, di regola, più onerosa per il debitore, di ristoro del pregiudizio dallo stesso arrecato, dato che l’oggetto della pretesa azionata non è costituito da una somma di danaro, ma dal conseguimento, da parte del creditore danneggiato, di una prestazione del tutto analoga, nella sua specificità ed integrità, a quella cui il debitore era tenuto in base al vincolo contrattuale”.*<sup>690 691</sup>

**4.5.** Si tratta, all’evidenza, di principi diffusamente condivisi, non solo con riferimento all’ordinamento interno della Repubblica italiana.<sup>692</sup>

<sup>688</sup> Vedi Corte cost. n. 187 del 20 luglio 2016, cit., spec. punto 15.

<sup>689</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., n. 11912 del 2014 ed, in senso conforme, la giurisprudenza *consolidata*.

<sup>690</sup> Così, testualmente, Cass. n. 12964 del 16/06/2005 ed, in senso conforme, la giurisprudenza *consolidata*.

<sup>691</sup> Alle stesse conclusioni, tuttavia, perviene la dottrina – in tema di autonomia negoziale ed illecito – che parimenti contrappone la *invalidità ed inefficacia* dell’atto, quale *sanzione meglio adeguata*, al risarcimento del danno: vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, Torino, Giappichelli, 2010, 31 ss.

<sup>692</sup> Infatti l’*ammissibilità* del risarcimento *in forma specifica o in natura* – quale alternativa al risarcimento *per equivalente* – era sostenuta, nel silenzio della legge, dalla dottrina dominante nel vigore del vecchio codice civile (che non recava una disposizione corrispondente all’articolo 2058 c.c., ora vigente): vedi, per tutti, R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità civile e danno*, cit., 252 ss. Ed, ivi, riferimenti a nota 8.

Tuttavia non è priva di rilievo, ai nostri fini (vedi *infra*), la circostanza che – per quanto si è detto – gli stessi principi siano enunciati (anche) dalla giurisprudenza consolidata nazionale<sup>693</sup> – e risultino fondati sull'ordinamento interno<sup>694</sup> – della Repubblica italiana.

**4.6.** Ne risulta – applicando gli enunciati principi al *caso* di specie – che il *risarcimento per equivalente* – in alternativa alla *conversione* in unico contratto di lavoro a tempo indeterminato, che integra invece *risarcimento in forma specifica*<sup>695</sup>, per la *successione abusiva* di contatti a tempo determinato – non può che realizzarsi mediante l'attribuzione, al lavoratore *pubblico* vittima dell'abuso, di una somma di danaro pari al *valore del posto di lavoro*.

Solo un *risarcimento per equivalente* siffatto costituisce – in alternativa alla *conversione* vietata – “un'altra misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi”.<sup>696</sup>

**4.7.** Tuttavia non pare priva di rilievo – come è stato anticipato (vedi retro) – la circostanza che gli stessi principi – per quanto si è detto – siano enunciati (anche) dalla giurisprudenza consolidata nazionale – e risultino fondati su disposizione esplicita dell'ordinamento interno<sup>697</sup> – della Repubblica italiana.

**4.8.** Infatti soltanto il *risarcimento per equivalente* prospettato – quale alternativa alla *conversione vietata*, nel caso di *successione abusiva* di contratti a termine di pubblico impiego – risulta connotato, altresì, dal concorrente requisito della *equivalenza* rispetto al trattamento che – nell'ordinamento interno della Repubblica italiana – è riservato, in casi analoghi, dai ricordati principi in tema di rapporto tra *risarcimento del danno in forma specifica e risarcimento per equivalente*.

**4.9.** Né rileva, in contrario, la circostanza che la “*mancata conversione del rapporto (è) legittimamente esclusa sia secondo i parametri costituzionali che per quelli europei*”.

<sup>693</sup> Vedi riferimenti alle tre note che precedono.

<sup>694</sup> Vedi articolo 2058, 1° comma, c.c. che testualmente sancisce

“1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile”.

Sulla applicazione dello stesso principio sia alla *responsabilità extracontrattuale* – per la quale risulta dettato – sia alla *responsabilità contrattuale*, che qui interessa, è la giurisprudenza consolidata nazionale: vedi, per tutte, Cass. 8 marzo 2006 n. 4925, 21 febbraio 2001 n. 2569, 25 luglio 1997 n. 6985.

<sup>695</sup> In tal senso, vedi la sentenza Mascolo della Corte costituzionale, n. 187 del 2016, cit., spec. §15.

<sup>696</sup> Così, testualmente, Corte giustizia 14 settembre 2016, nelle cause riunite C-184/15 e C-197/15, punto 41 cit.

Nello stesso senso, tuttavia, vedine le sentenze del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 105; del 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 49; del 7 settembre 2006, Vassallo, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 34, e del 23 aprile 2009, Angelidaki e a., da C-378/07 a C-380/07, EU:C:2009:250, punti 161 e 184, parimenti citate.

<sup>697</sup> Vedi articolo 2058, 1° comma, c.c., che testualmente sancisce.

“1. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile”.

Sulla applicazione dello stesso principio sia alla *responsabilità extracontrattuale* – per la quale risulta dettato – sia alla *responsabilità contrattuale*, che qui interessa, è la giurisprudenza consolidata nazionale: vedi, per tutte, Cass. 8 marzo 2006 n. 4925, 21 febbraio 2001 n. 2569, 25 luglio 1997 n. 6985.

Invero il *divieto di conversione* preclude, bensì, l'accesso al posto di lavoro nel settore pubblico – senza una previa procedura concorsuale o, comunque, selettiva – ma non pare d'ostacolo, tuttavia, all'assunzione dello stesso posto di lavoro quale parametro del *risarcimento per equivalente*.

Ed il *risarcimento del danno per equivalente* – per quanto si è detto – “*si realizza mediante l'attribuzione, al creditore, di una somma di danaro pari al valore della cosa o del servizio oggetto della prestazione non adempiuta*”.

Tanto basta per integrare la carenza del requisito della *equivalenza*, oltre che della *effettività*.

**4.10.** Peraltro la configurazione dello stesso danno – come “*perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore*” – non solo risulta incoerente con gli stessi principi – che governano, per quanto si è detto, il rapporto tra *risarcimento in forma specifica* e *risarcimento per equivalente* – ma sembra precludere, anche sotto altro profilo, la *effettività* e, con essa, la *proporzionalità* e la *efficacia dissuasiva* del sistema sanzionatorio proposto alle sezioni unite.

La “*perdita di "chance" di un'occupazione alternativa migliore*”, infatti, non si coniuga necessariamente – con l'apposizione illegittima di termine al contratto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – e, comunque, non ne costituisce l'effetto pregiudizievole.

Né può essere trascurato che i requisiti indefettibili prospettati (*equivalenza*, appunto, *effettività*, *proporzionalità* ed *efficacia dissuasiva*) – nel *risarcimento per equivalente* – *condizionano*, per quanto si è detto, la legittimità – “*secondo i parametri (...) europei*” – della esclusione del *risarcimento in forma specifica* – quale, appunto, la *conversione* – che risulta vietata dal nostro ordinamento interno.

**4.11.** Con riferimento al *danno da perdita di chance*, tuttavia, soccorre – con efficacia, all'evidenza, assorbente – uno specifico *precedente* della Corte di giustizia (ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C 50/13, Papalia).

La Corte ha già avuto occasione di stabilire, infatti, che la direttiva nella soggetta materia (direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999) osta ad una normativa nazionale (anche allora del nostro ordinamento), che – per il caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato – preveda soltanto il diritto del lavoratore interessato al *risarcimento del danno*, quando il diritto stesso “*è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione*”.

**4.12.** Tanto sarebbe bastato per imporre – a qualsiasi giudice nazionale (anche) italiano – l'*interpretazione conforme* della normativa interna oppure, in alternativa, la proposizione della questione di legittimità costituzionale della stessa normativa (in relazione agli articoli 11 e 117, primo comma, cost.) ed – ai giudici nazionali di *ultima istanza* (quale la Corte di cassazione) – anche l'*obbligo del rinvio pregiudiziale*.

Non avendolo fatto le sezioni unite civili della Corte di cassazione, il Tribunale di Trapani<sup>698</sup> ha scelto – saggiamente – l'ultima delle opzioni prospettate, sebbene non fosse obbligato al rinvio pregiudiziale né, sia detto per inciso, giuridicamente vincolato dalla pronuncia delle sezioni unite.<sup>699</sup>

**4.13.** Quanto, poi, alla indennità forfettaria (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*) – che, secondo le sezioni unire, concorre (con il risarcimento del danno da *perdita di chance*, appunto) ad integrare il risarcimento del danno da illegittima apposizione di termine a contratto di pubblico impiego – è la stessa disposizione istitutiva dell'indennità (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, appunto) a prevederne la corresponsione *nel caso di conversione*, in un unico contratto di lavoro a tempo indeterminato, della successione abusiva di contratti a termine.<sup>700</sup>

La stessa indennità risulta, peraltro, “*esaustiva del diritto al ristoro per gli "intervalli non lavorati" – in quanto inclusiva di tutti i danni, retributivi e contributivi, subiti dal lavoratore – mentre, per i "periodi lavorati", spetta, oltre alla retribuzione maturata, anche il riconoscimento dell'anzianità di servizio e, dunque, la maturazione degli scatti di anzianità*”.<sup>701</sup>

**4.14.** C'è da domandarsi, quindi, se la indennità forfettaria, di che trattasi, possa integrare da sola – una volta espunto, per quanto si è detto, il risarcimento del danno da *perdita di chance* – il ristoro del danno, da illegittima apposizione del termine a contratto di pubblico impiego, sebbene non possa concorrere la *conversione*, perché vietata.

Si tratta, all'evidenza, di domanda retorica.

In difetto della *conversione*, infatti, la stessa indennità non risulta soddisfacente del danno – da illegittima apposizione del termine a contratto di pubblico impiego, appunto – alla luce del tenore letterale della disposizione che la istituisce (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, appunto).

Né rileva, in contrario, la funzione di *agevolazione della prova* del danno subito – posta in evidenza dalle sezioni unite – in quanto connotato essenziale della indennità medesima, come di qualsiasi altra *indennità forfettaria*.

<sup>698</sup> Vedine l'ordinanza di rinvio pregiudiziale 5 settembre 2016, cit.

<sup>699</sup> Solo per le sezioni semplici della Corte di cassazione, infatti, è stabilito testualmente (art. 374, 3° comma, c.p.c.): “*Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso*”.

<sup>700</sup> L'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*, infatti, sancisce testualmente:

“*Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604*”.

<sup>701</sup> Vedi Cass.12 gennaio 2015, n. 262 e numerose altre della sezione filtro (6° sezione).

**4.15.** Soccorre, tuttavia, un *precedente specifico* della Corte costituzionale<sup>702</sup> – ignorato dalle sezioni unite – ed assume efficacia, all'evidenza, assorbente a sostegno della proposta conclusione.

Chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale della disposizione istitutiva della *indennità forfettaria* in questione (articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, cit.) – in relazione a parametri diversi (ivi compreso, per quel che qui interessa, l'articolo 117, 1° comma, cost., come integrato – quale *fonte interposta* – dalla direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato) – la Corte costituzionale, infatti, ne propone – a sostegno della pronuncia di rigetto – l'interpretazione seguente:

*“non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, andando la prevista indennità ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato”.*

**4.16.** Tanto basta per concludere che, solo se accompagnata dal *risarcimento per equivalente* – che nel settore pubblico sostituisce, per quanto si è detto, la *conversione impossibile* – l'*indennità forfettaria* concorre ad integrare – nell'ordinamento interno della Repubblica italiana – una *misura* non solo *effettiva*, ma anche *equivalente* – rispetto al trattamento previsto, in caso analogo, dallo stesso ordinamento (nell'articolo 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*, cit., appunto) – per la successione *abusiva* di contratti a termine nel pubblico impiego.

**4.17.** Tuttavia soccorre, viepiù, la conclusione raggiunta dalla stessa Corte costituzionale, con riferimento specifico al parametro che qui interessa (articolo 117, 1° comma, cost., come integrato – quale *fonte interposta* – dalla direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato).

Ne risulta, infatti stabilito:

*“Non sussiste alcuna lesione del diritto al lavoro neppure sul versante della presunta contravvenzione all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (...)”.*

Infatti *“l'esigenza di misure di contrasto dell'abusivo ricorso al termine nei contratti di lavoro, non solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive (.....) risulta nella specie soddisfatta dalla sanzione più incisiva che l'ordinamento possa predisporre a tutela del posto di lavoro. Vale a dire dalla trasformazione del rapporto lavorativo da tempo determinato a tempo indeterminato, corroborata da un'indennità di ammontare certo”.*

**4.18.** Tanto basta per concludere che il diritto dell'Unione europea (e, segnatamente, la direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, cit.,

<sup>702</sup> Vedi Corte cost. 11 novembre 2011, n.303, in Giur. cost. 2011, 6, 4224 e 2012,1, 553, n. Romei; Foro it., 2012, I, 717; Nuova giur. civ., 2012, I, 348, n. DE ANGELIS; Riv. giur. lav., 2012, II, 31 (m), n. MENGHINI; Dir. mercato lav., 2011, 645, n. ALLOCCA; Dir. relazioni ind., 2011, 1102 (m), n. BOLLANI, CORVINO; Lavoro giur., 2012, 252, n. MUGGIA; Argomenti dir. lav., 2012, 637, n. MALIZIA; Riv. it. dir. lav., 2012, II, 252, n. DI PAOLA, ZAPPALÀ; Questione giustizia, 2011, fasc. 6, 261, n. SANLORENZO; Diritti lavori mercati, 2011, 535 (m), n. SARACINI; Lavoro e prev. oggi, 2012, 179, n. ALTEA; Orient. giur. lav., 2012, I, 205, n. GIASANTI; Mass. giur. lav., 2011, 928, n. VALLEBONA.

spec. art. 5) – come interpretata dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia – osta ad una normativa nazionale – quale quella risultante dalla giurisprudenza delle sezioni unite civili della nostra Corte di cassazione – che, per la *successive abusive* di contratti a termine nel pubblico impiego, da un lato vieta la *conversione* in un unico contratto a tempo indeterminato e, dall'altro, non riconosce alla vittima dell'abuso, in sostituzione della conversione vietata, il diritto al risarcimento del danno per equivalente – commisurato al valore del posto di lavoro negato ed equitativamente liquidato in misura pari alla indennità sostitutiva della reintegrazione (di cui all'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori) – nonché alla indennità forfettizzata (di cui all'articolo 32, comma 5, della legge 183 del 2010, c.d. *collegato lavoro*), sebbene questa sia prevista in concorso con la conversione, che – nel settore pubblico – va sostituita, appunto, dal risarcimento per equivalente.<sup>703</sup>

**4.19.** La liquidazione equitativa del danno (ai sensi dell'art. 1226 c.c.), poi, può avvalersi – anche in via analogica od estensiva – di *criteri legali* previsti a fini diversi.

In tale prospettiva, assume particolare rilievo la *indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro*, per la quale il lavoratore reintegrato – a seguito di accertamento della *illegittimità* del proprio licenziamento – ha *facoltà di optare* (ai sensi dell'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori)

Infatti ne risulta stabilito, sia pure a fini diversi, il *valore del posto di lavoro*, al quale va commisurato – per quanto si è detto – il *risarcimento per equivalente*.<sup>704</sup>

**4.20.** Le conclusioni raggiunte – se condivise dalla Corte di Giustizia, come auspicato dalla Commissione europea – potrebbero comportare un *salto di qualità*, per così dire, nella giurisprudenza della Corte, innovandone persino le tipologie di pronuncia.

Intanto la Corte non potrebbe limitarsi al consueto accertamento – che il diritto dell'Unione europea *osta* alla normativa interna denunciata – rinviando ai giudici nazionali per la *decisione conforme*.

<sup>703</sup> In tal senso, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. § 5.

<sup>704</sup> In tal senso, vedi M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, cit., spec. § 5, nonché – nel testo più ampio – nota 50.

Nello stesso senso, sembrano – sostanzialmente – le osservazioni scritte della Commissione europea – nella causa C-494/16, instaurata a seguito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale 5 settembre 2016 del Tribunale di Trapani, cit. – laddove così conclude:

“2) Il principio di effettività non richiede che, a fronte della mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con la pubblica amministrazione, il lavoratore danneggiato da un abuso del ricorso alla contrattazione a termine ottenga il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato. Tuttavia, detto principio non si oppone a che un simile lavoratore ottenga, in aggiunta al risarcimento del danno, l'indennità prevista dal diritto italiano per la mancata reintegrazione nel posto di lavoro”.

Tale indennità pare, poi, sostanzialmente integrata – secondo la stessa Commissione – dalla *indennità forfettaria* (di cui all'art. 32, comma 5 del c.d. *collegato lavoro*, cit.).

Infatti gli stessi giudici nazionali, in questo caso, hanno adottato – peraltro al livello più elevato (le sezioni unite civili della Corte di cassazione, appunto) – proprio la decisione della quale risulta denunciato il contrasto con il diritto dell'Unione.

La Corte dovrebbe, pertanto, adottare – direttamente – la decisione ad esso conforme, imponendo, per quanto si è detto – quale *giusta* sanzione dell'illegittima apposizione di termine a contratto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – il *risarcimento per equivalente* del danno – commisurato al *valore* del posto di lavoro ed equitativamente liquidato in misura pari alla indennità sostitutiva della reintegrazione (di cui all'articolo 18, comma 3, dello statuto dei lavoratori) – integrato, tuttavia, dalla *indennità forfettaria* (di cui all'articolo. 32, comma 5, del c.d. *collegato lavoro*).<sup>705</sup>

**4.21.** Peraltro è lo stesso *diritto vivente* a stabilire, nel nostro ordinamento, misure alternative alla *conversione*, delle quali risulta denunciato il contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Se la denuncia dovesse risultare fondata, all'evidenza si porrebbe il delicato problema se esuli, nel nostro ordinamento appunto, la *condizione* – alla quale è subordinata la conformità, al diritto dell'Unione, dei divieti nazionali di *conversione* – con la conseguenza ineludibile che ne risulterebbe parimenti in contrasto, con il diritto dell'Unione, lo stesso divieto nazionale di *conversione* dell'ordinamento italiano.

**4.22.** Né potrebbe rilevare, in contrario, la circostanza che, nel nostro ordinamento, il divieto risulta imposto da fonte costituzionale (art. 97, comma 3, cost.), ostandovi – per quanto si è detto – il *primato* del diritto dell'Unione.

Parimenti non potrebbe rilevare, in contrario, la circostanza che lo stesso divieto possa concorrere ad integrare l'*ordine pubblico internazionale*.<sup>706</sup>

La *condizionalità eurounitaria*, infatti, non impone l'applicazione, nell'ordinamento italiano, di una legge straniera che, in ipotesi, possa determinare "*effetti contrari all'ordine pubblico, da intendere come insieme dei principi essenziali della lex fori*".

Ma si limita a *condizionare* la conformità – al diritto dell'Unione – del divieto di *conversione* – imposto dall'ordinamento nazionale, per la successione *abusiva* di contratti di lavoro a termine alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – subordinandolo, appunto, alla previsione

<sup>705</sup> Come sembra ritenere la Commissione europea nelle proprie osservazioni scritte dinanzi alla Corte di giustizia, cit.

<sup>706</sup> Come ritiene Cass, sez. lav., n. 10070 del 26 aprile 2013, che risulta così *massimata*:

"Ai sensi dell'art. 16 l. 31 maggio 1995 n. 218 (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato.), l'applicazione di una legge straniera nell'ordinamento italiano è inibita se determina effetti contrari all'ordine pubblico, da intendere come insieme dei principi essenziali della *lex fori*, tra i quali rientra anche quello per cui l'accesso all'impiego pubblico deve avvenire mediante concorso, salvo eccezioni introdotte dalla legge, purché rispondenti a peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico; ne consegue che non può trovare applicazione nel nostro ordinamento la legge argentina che prevede, in caso di ingiustificato rinnovo, la conversione del contratto a termine alle dipendenze della p.a. (nella specie, il consolato d'Italia a Buenos Aires, articolazione del ministero degli esteri) in contratto di lavoro a tempo indeterminato".

contestuale – nello stesso ordinamento nazionale – di misure alternative alla *conversione*, dotate dei requisiti indefettibili stabiliti dal diritto dell'Unione.