

Mai più precari!

La Corte di Giustizia Europea, con riferimento all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999), ha da ultimo ritenuto, e ribadito, che **è contrario al diritto dell'Unione il "rinnovo di contratti a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti e di personale amministrativo, tecnico e ausiliario"**, quando ci si trovi dinanzi ad un blocco delle procedure concorsuali per l'assunzione, *"senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo il risarcimento del danno subito a causa di un siffatto rinnovo"*.

La Corte, dopo aver chiarito che l'accordo quadro **si applica a tutti i lavoratori**, sia del pubblico impiego che privato e in ogni settore di attività, evidenzia come l'accordo quadro - al fine di prevenire abusi - impone agli Stati membri che il ricorso ad una successione di contratto a tempo determinato sia disposto almeno da una delle seguenti misure:

l'indicazione delle ragioni obiettive che giustificano il rinnovo dei contratti

ovvero

la determinazione della durata massima totale dei contratti

o

del numero dei loro rinnovi

.

Gli Stati membri, inoltre, devono garantire il rispetto dell'accordo, **prevedendo una misura sanzionatoria proporzionata, effettiva e dissuasiva**

.

La misura sanzionatoria, pertanto, è lo snodo cruciale nei rapporti tra la legislazione italiana e quella europea, **il crocevia per la legittimità, o meno**, della successione dei contratti a tempo determinato.

Ciò posto, con particolare riguardo all'impiego pubblico, nel nostro ordinamento vige il principio per cui: *"In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la*

costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione.

Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative ...
” (art. 36 co. V D.Lgs. 165/2001).

In altri, termini, nel settore pubblico, a differenza di quanto previsto in quello privato, **vige il divieto di trasformazione o costituzione in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato**, tanto sulla scorta del generale principio per cui nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso (art. 97 Cost.): è previsto, infatti, **il solo diritto al risarcimento del danno** che, in ogni caso, andrà rigorosamente provato.

La Corte di Giustizia Europea, a tal proposito, richiamata la Direttiva 1999/70/CE che, come visto, ha recepito l'Accordo quadro sui contratti a tempo determinato del 18 marzo 1999, **non esclude in linea di principio la possibilità di previsione di un diverso regime sanzionatorio tra lavoratore pubblico e lavoratore privato**, esattamente quello che avviene nella legislazione italiana, tuttavia ritiene necessario che la relativa sanzione, quand'anche disomogenea sia, tuttavia, **proporzionata, effettiva e dissuasiva dell'utilizzo abusivo dei lavoratori a termine**.

Gli stati membri, pertanto, **hanno il dovere di adottare disposizioni sufficienti e adeguate a combattere il ricorso illegittimo al contratto di lavoro a termine** :
ciò non vuol dire che, necessariamente, dovrà essere prevista la sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, ben potendosi disporre anche una misura diversa, purché idonea allo scopo.

Tanto è vero che: *“Affinché una normativa nazionale che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato potrà essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione* ” (C.G.E., sentenza 07/09/06, causa C-53/04 e C-180/04).

Tuttavia: *“Qualora l’ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non prevede, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l’utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, il detto accordo quadro osta all’applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi”* (C.G. E., sentenza 04/07/06, C-212/04).

Nel caso dell’Italia, con particolare riferimento al pubblico impiego, come visto, la misura atta a sanzionare l’utilizzo abusivo del contratto a termine è il **risarcimento del danno**.

Per principio generale del nostro ordinamento, chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (cd. onere della prova), pertanto, il diritto al risarcimento del danno da illegittima successione di contratti a tempo determinato **deve essere provato dal lavoratore**

Nella pratica, tuttavia, assolvere l’anzidetto onere potrebbe risultare particolarmente difficile, se non addirittura impossibile (*probatio diabolica*).

La Corte di Giustizia Europea, perfettamente consapevole delle anzidette difficoltà - come del resto i Tribunali (Napoli e Aosta) rimettenti la questione alla suddetta Corte - ha ammonito in merito al fatto che *“la prova richiesta in diritto nazionale può rilevarsi difficilissima, se non quasi impossibile da produrre da parte del lavoratore Pertanto, non si può escludere che questa prescrizione sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall’ordinamento dell’Unione e, segnatamente, del suo diritto al risarcimento del danno sofferto, a causa dell’utilizzo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”* (C.G.E., ordinanza 12/12/2013, C - 50/13).

Pertanto, ritenuto che: *“L’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in 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, dev’essere*

interpretato nel senso che esso non osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, prevede soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato,

quando il diritto a detto risarcimento 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 dal citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione

” (C.G.E., ordinanza 12/12/2013, C - 50/13. Nello stesso senso: C.G.E., sentenze C-22/13; C-61/13; C-62/13; C-63/13; C-418/13), ha rinviato la questione al giudice italiano che dovrà

valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi

La medesima Corte, come sopra ricordato, ha avuto modo di esprimersi anche in materia scolastica, in particolare, con la sentenza C-22/13, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli (ordinanze del 2, 15 e 29 gennaio 2013) e della Corte costituzionale (ordinanza del 3 luglio 2013).

Il caso riguardava il personale precario (docenti e collaboratori amministrativi) della scuola, assunto con reiterati contratti a termine. Il Tribunale remittente chiedeva sostanzialmente se: *“s e la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (sul lavoro a tempo determinato) debba essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale ... che autorizzi, in attesa dell'espletamento di 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 tali concorsi ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo”.*

La C.G.E. con un ragionamento assolutamente logico, rilevato come l'assunzione di personale nelle scuole statali può aver luogo sia con l'immissione in ruolo (tempo indeterminato) che con contratto a termine (supplenze), laddove vi sia l'esigenza temporanea di sostituire il personale momentaneamente assente, in linea di principio soddisfa i requisiti di cui all'Accordo Quadro, emergendo una *“ragione obiettiva”* e, pertanto, una necessità provvisoria del datore di lavoro.

Tuttavia, in considerazione del fatto che gli ultimi concorsi per l'immissione a ruolo risalgono oramai agli anni 1999 e 2011 e, nelle more non è stata prevista alcuna successiva procedura concorsuale, né esiste un termine per l'espletamento della stessa, conclude che: *“la normativa nazionale italiana, in assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante, è tale da consentire,*

in violazione della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo nello Stato membro considerato
”.

Peraltro, considerato che: *“... la normativa nazionale di cui trattasi **esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito***

a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In particolare, è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto

”, e che, comunque, “

*.... è altresì incontroverso che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali **non consenta neanche la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato***

, essendo esclusa l'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 alla scuola statale

”, afferma la C.G.E. che: “

si deve rispondere ai giudici del rinvio dichiarando che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale

”.

La Corte di Cassazione, anche di recente, ha ricordato che, seppure la disciplina comunitaria impedisca di rendere eccessivamente difficoltoso al lavoratore illegittimamente assunto a termine da una pubblica amministrazione il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, ad ogni modo, occorre fornire la prova, anche presuntiva, del danno subito, dovendosi chiarire che anche in caso di illegittima assunzione a termine da parte di una pubblica amministrazione, il danno non può comunque ritenersi *in re ipsa*, ma provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti, tali dunque da non rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, da parte del lavoratore (

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent., 23-12-2014, n. 27363

).

In altri termini, **la prova, anche presuntiva, deve essere comunque data dal lavoratore**, anche se il termine risulta evidentemente apposto illegittimamente, non essendo questa, da sola, condizione sufficiente per ottenere il risarcimento del danno.

Tuttavia, risulta interessante notare come in sentenza viene anche riportato il principio per cui: “*Spetta al giudice nazionale valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi*”, **rendendo effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato di tutti i rapporti a termine successivi con lo stesso datore di lavoro pubblico, dopo trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione del D.Lgs. n. 368 del 2001, art. 5, comma 4-bis**”.

Ebbene, il “*giudice nazionale*”, in particolare il Tribunale di Napoli, nella persona del dott. Paolo Coppola, con una sentenza senz’altro innovativa, oltre che coraggiosa, ha ritenuto che la normativa nazionale non fosse conforme ai menzionati principi e ha disposto, pertanto, **la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di** alcuni dipendenti del Ministero dell’Istruzione, titolari di reiterati contratti a termini (Sent. n. 530 del 21.01.2015).

Lucido e convincente il ragionamento del Tribunale partenopeo, che opera una minuziosa ricostruzione della normativa vigente.

Lo stesso, dopo aver richiamato tutti i principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia Europea, sopra menzionati, rileva come la L. 247/2007, di modifica dell’art. 5 del D.Lgs. 368/01 (successivamente modificato dal D.L. 112/2008), prevede che “*qualora per effetto di successione di contratti a termine ... il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione tra un contratto e l’altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato*”.

Detta norma, sostiene il Tribunale di Napoli, **si applica anche alla pubblica amministrazione**, atteso che il legislatore laddove ne ha voluto escludere l'ambito di applicazione, lo ha fatto espressamente, come, ad esempio, è avvenuto con la previsione di cui al comma 4-ter.

Ricorda, infine, il Tribunale che detta disciplina opera con valutazione dei periodi pregressi di lavoro, dal 1° aprile 2009 e che, tuttavia, con il D.L. 70/2011, **il legislatore ha espressamente escluso l'applicabilità del menzionato articolo 5 co. 4-bis** (D.Lgs. 368/2001) ai contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA.

Ne consegue che, per lo specifico settore della scuola, ai contratti in essere al 24 dicembre 2007 non si applica la sanzione della conversione del superamento del periodo massimo di 36 mesi; solo dal **1° aprile 2009** il periodo già effettuato alla data dell'1.01.2008 (data di entrata in vigore della L. 247/07) si computa, insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis: all'1.04.09 sono infatti decorsi quindici mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 247/07.

Con la predetta sentenza, pertanto, **sono stati ritenuti illegittimi i reiterati contratti a termine nel settore scuola** che, nel periodo sopra ricordato, hanno superato i trentasei mesi lavorativi, comprensivi di proroghe e rinnovi, evenienza che ha indotto il Tribunale a **convertire il rapporto di lavoro a tempo indeterminato**, con la **ricostruzione della carriera** con il conteggio, a fini economici e normativi, dell'anzianità di servizio e la corresponsione delle retribuzioni dovute per i periodi di interruzione del rapporto di lavoro, **fino all'effettiva immissione in ruolo**.

Resta ora da vedere se la menzionata sentenza supererà il vaglio del giudice di appello e, successivamente, della Corte di Cassazione, considerato che, visti i rilevanti "interessi" in gioco, appare più che probabile, se non certo, il ricorso al gravame nei gradi successivi di giudizio.

Avv. Paolo Accoti

Viale della Libertà n. 496

TREBISACCE (CS)