

Tribunale di Genova

Sentenza 14 dicembre 2006, n. 2230

Il giudice monocratico della sezione lavoro, dott. Marcello Basilico, ha così deciso, dando pubblica lettura della sentenza ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

osserva quanto segue.

La ricorrente S. M. C. ha convenuto in giudizio l'Ente Ospedaliero G. per fare accertare nei suoi confronti l'illegittimità dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati a fare data dal 31.12.2002 ed ottenerne conseguentemente la condanna a reintegrarla alle proprie dipendenze ed a corrisponderle le retribuzioni maturate dalla cessazione dei rapporti o, in via subordinata, a risarcirla del danno subito.

E' tra le parti pacifica ed è comunque documentata [all. da 1 a 6 del ricorso] la successione dei contratti di lavoro impugnati:

- il 31.12.2002 è stato stipulato un primo contratto, avente validità dal 30.12.2002 al 28.2.2003;
- il 17.3.2003 ne è stato stipulato un secondo, per il periodo 1.3.2003-30.9.2003;
- il 6.10.2003 v'è stato il terzo, per il periodo 1.10.2003-31.10.2003.

Per tutta la durata di questi contratti la ricorrente ha prestato servizio alle dipendenze dell'ente convenuto in qualità di operatrice socio-sanitaria.

La disciplina di riferimento nel rapporto di lavoro tra le parti.

Con riguardo anche all'assunzione di personale a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, l'art. 36 d. lgs 165/2001 (già art. 36 ultimo comma d. lgs 29/93) stabilisce: " *1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono 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. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la*

materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56 (si tratta delle norme previgenti sui contratti a termine, abrogate poi esplicitamente dall'art. 11 d. lvo 368/2001 – n.d.r.) .., nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina.

2. 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. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave”.

A questa norma ha fatto seguito la disciplina di cui al d. lgs 368/2001, emanato in esecuzione della delega governativa, contenuta nella legge 42/2000, a sua volta attuativa della direttiva del Consiglio dell'Unione Europea 1999/70/CE del 28 giugno 1999. Quest'ultima aveva recepito l'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato (di seguito, per brevità, "accordo quadro").

Tanto la direttiva quanto l'accordo quadro hanno portata generale, non prevedendo distinzioni di disciplina tra rapporti di lavoro alle dipendenze d'impresе private e rapporti alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Il legislatore nazionale, nella legge 422/2000, si è adeguato a tale impostazione, non inserendo a sua volta limitazioni di sorta all'applicazione dell'emananda normativa al settore del pubblico impiego.

Conseguentemente neppure nel decreto legislativo 368/2001 si rinvengono elementi che giustificano l'esclusione dei rapporti di pubblico impiego dalle previsioni che vi sono contenute.

Con sentenza del 7.9.2006 [in causa C-53/04, Marrosu + 1 vs Azienda Ospedaliera San Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate] la Corte di giustizia dell'Unione Europea si è espressa in questo senso (par. 39), ritenendo che tanto la direttiva 1999/70/CE quanto l'accordo quadro recepito “*si applicano ai contratti e ai rapporti di*

lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico". Anche questi contratti sottostanno pertanto al comune obiettivo, previsto dalla clausola 1, lett. b), dell'accordo quadro europeo, "*di creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*" [Corte giust. *Cit.*, par. 43].

Se dunque l'art. 36 del d. lgs 165/2001 viene in considerazione in ordine alle conseguenze della violazione di norme imperative in materia, la fonte di diritto sostanziale che disciplina i rapporti è da rinvenirsi senz'altro nel d. lgs 368/2001, che ha dato attuazione alla normativa comunitaria e che è entrato in vigore antecedentemente alla stipula dei contratti tra le parti.

L'illegittimità della clausola di apposizione del termine.

Invocando per parte le disposizioni che vi sono previste, la ricorrente ha innanzi tutto sostenuto l'illegittimità del contratto stipulato il 31.12.2002 [all. 1 ric.] per violazione dell'art. 1 d. lgs 368/2001, in quanto l'Amministrazione convenuta non vi avrebbe indicato alcuna ragione giustificatrice dell'apposizione del termine di durata.

Il testo negoziale fa in realtà riferimento ad un provvedimento del 23.12.2002, n. 1092 [all. 2], con cui il direttore generale dell'Ente avrebbe disposto l'assunzione in servizio della ricorrente. Parte convenuta non ha peraltro provato né dedotto il fatto che questo documento fosse stato consegnato alla ricorrente nel termine di cinque giorni dall'inizio della prestazione, così come prescrive il terzo comma dell'art. 1 d. lgs 368/2001.

Inoltre quest'atto motiva la necessità di assumere il personale che vi viene elencato (6 infermieri e 6, tra cui la ricorrente, operatori socio-sanitari) esclusivamente con riguardo alla "*attuale situazione di difficoltà del personale infermieristico*", per la cui assunzione definitiva si afferma essersi altresì concluso di recente una procedura concorsuale. La giustificazione dell'assunzione a tempo determinato della ricorrente risulta dunque espressa contraddittoriamente e si rivela pertanto del tutto apparente.

A questa conclusione – che comporta conseguenze discusse in dottrina e giurisprudenza, almeno nel rapporto alle dipendenze dell'imprenditore privato – va aggiunta quella che discende dall'ulteriore rilievo, avanzato da parte attrice, in ordine all'illegittimità delle proroghe. In effetti, tanto il contratto del 17.3.2003 [all. 3] quanto quello del 6.10.2003 [all.

5], pur presentandosi formalmente come negozi autonomi, espressamente dispongono una “*proroga*” (art. 1) del servizio a tempo determinato della ricorrente. Ma, ai sensi dell’art. 4, primo comma, d. ls 168/2001, la proroga del contratto di lavoro a termine è ammessa una sola volta. La successione di contratti tra le parti in causa è dunque avvenuta in violazione di tale disposizione.

Quanto alle conseguenze di tali conclusioni, autorevole dottrina, argomentando dalla sanzione dell’inefficacia del termine espressamente stabilita dall’art. 1, secondo comma, d. lvo 368/2001 per il caso di mancata indicazione del termine, ha sostenuto che anche in caso di insussistenza di ragioni giustificatrici dell’apposizione del termine il contratto si convertirebbe *ex tunc* in rapporto a tempo indeterminato.

La soluzione è condivisibile, almeno per i rapporti alle dipendenze di datori di lavoro privati. Al di là della costruzione sintattica con cui l’art. 1, secondo comma, li collega, i due precetti rispettivamente relativi all’indicazione del termine nell’atto scritto ed alla specificazione delle ragioni giustificatrici sembrano avere pari portata cogente nell’intento del legislatore.

D’altro canto, se l’art. 5 successivo prevede, nei suoi capoversi, ipotesi di conversione legale del contratto in casi di protrazione *ultra tempus* del contratto a termine, legittimamente stipulato o prorogato, con superamento di un certo numero di giorni o riassunzione ravvicinata, sarebbe irragionevole ritenere che il difetto originario della condizione legittimante il termine non sia assoggettato alla stessa sanzione.

Detta sanzione rappresentava, del resto, uno dei connotati caratterizzanti (e più dissuasivi da possibili abusi) della disciplina previgente, anche in considerazione del fatto che essa incideva sulla prima verifica di legittimità cui viene sottoposto il contratto a tempo determinato: quella, appunto, sulla sussistenza della ragione che ne legittima l’apposizione del termine. Escluderne l’applicabilità nel sistema del d. vo 368/01 comporterebbe perciò un contrasto della disciplina delegata con la clausola generale di non regresso prevista dall’art. 8.3 dell’accordo quadro europeo.

La dottrina è divisa sulla valutazione del tipo di raffronto che la clausola comporterebbe (se, cioè, tra istituto ed istituto ovvero tra livelli generali di tutela stabiliti dalla disciplina complessiva o da sistemi normativi omogenei nell’ambito di ogni testo normativo). Ma

qualunque soluzione si privilegi in proposito, è indubbio che la negazione della conversione del contratto in rapporto a tempo indeterminato, nel caso di apposizione del termine nell'assenza concreta o formale delle ragioni legittimanti, rappresenterebbe una regressione intollerabile del livello complessivo di protezione della posizione del lavoratore, tanto più in un regime che, secondo una lettura necessariamente orientata dalla volontà del legislatore europeo, ha l'obiettivo primario di prevenire gli abusi datoriali nel ricorso a questa forma negoziale.

Le conseguenze della nullità della clausola nel rapporto di lavoro pubblico.

Il secondo comma dell'art. 36 d. lgs 165/2001 impone una diversa riflessione in ordine ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione. La norma preclude la conversione in questi casi e la Corte costituzionale (sentenza 13 marzo 2003 n. 89) ne ha ritenuto la conformità ai parametri degli artt. 3 e 97 della Costituzione, ritenendo che l'assimilazione tra rapporto di lavoro alle dipendenze della p.a. e quello alle dipendenze d'un imprenditore privato - compiuta con la riforma che il t.u. 165/2001 ha completato - non esclude la permanenza di distinzioni tra i diversi regimi. Queste sono giustificate, quanto al profilo genetico del contratto, dal principio fondamentale dell'accesso mediante concorso, previsto dall'art. 97, terzo comma, Cost. in materia di pubblico impiego; tale principio impedisce di ritenere irragionevole la disparità di trattamento, tra lavoratori privati e lavoratori occupati presso la pubblica amministrazione, che si riscontra pertanto anche nelle conseguenze dell'accertata illegittimità di stipulazione e successione di contratti a tempo determinato.

Con la citata pronuncia del 7.9.2006 la Corte di giustizia europea ha ritenuto che la disciplina comunitaria *“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”*.

Occorre dunque verificare se il nostro ordinamento appresti misure a favore del lavoratore, il cui rapporto sia stato illegittimamente risolto, l'adozione delle quali abbia efficacia tale da evitare che il divieto di conversione del rapporto a tempo indeterminato si risolva in un pregiudizio eccessivo per il lavoratore stesso, favorendo la pratica dell'indebito ricorso al contratto a termine, da parte delle pubbliche amministrazioni.

Nella pronuncia esaminata ed in altre sull'identica questione [cfr. Corte giust. U.E. 4 luglio 2006, C-212/04, Konstantinos Adeneler + altri vs Ellinikos Organismos Galaktos] la Corte si è detta incompetente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi di prevenzione degli abusi e di tutela del lavoratore a tempo determinato siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante. Ha ritenuto tuttavia di potere fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua interpretazione [v. sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a., in *Racc.* pag. I-1609, punti 76 e 77].

Dal punto di vista generale, essa ha segnalato che, quando, come nel caso in esame, il diritto comunitario non preveda sanzioni specifiche per gli abusi accertati, *“spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 94) [...] Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme attengono all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono essere tuttavia 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) (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12, nonché Adeneler e a., cit., punto 95)”* [Corte giust. 7.9.2006, *cit.*, par. 51-52].

Sullo specifico quadro regolatore nel nostro ordinamento dei rapporti alle dipendenze delle p.a., la Corte ha osservato che *“una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal*

lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra prima facie soddisfare i requisiti ricordati ai punti 51-53 della presente sentenza". In ultima analisi, spetta però al giudice interno " *valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato*" [Corte giust. 7.9.2006, *cit.*, par. 55-56].

La soluzione da adottare deve dunque pervenire ad una soluzione che orienti la disciplina interna di riferimento in una direzione di compatibilità con quella europea. Sul punto, infatti, ancora più netta è stata la citata sentenza del 4.7.2006 [in C-212/04, Adeneler, par. 105], enunciando il seguente principio di diritto: " *qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato non preveda, 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*".

Nel nostro ordinamento non sono ravvisabili strumenti di ripristino della situazione giuridica soggettiva della lavoratrice in forma specifica. Occorre pertanto rifarsi necessariamente al risarcimento per equivalente. Il pregiudizio arrecato alla ricorrente nel caso di specie corrisponde alla perdita del posto di lavoro e dunque di uno stabile trattamento retributivo assicurato dal rapporto d'impiego alle dipendenze di un ente pubblico.

Nella discussione orale della causa la difesa resistente ha obiettato il fatto che il rapporto tra le parti si sia svolto nella consapevolezza di ciascuna dell'esistenza del termine di durata e della consapevolezza che non è in alcun modo superabile l'ostacolo del divieto di assunzione a tempo indeterminato senza concorso stabilito dall'art. 36, secondo comma, d. lgs 165/2001 e, prima ancora, dall'art. 97, terzo comma, Cost.; secondo questa impostazione, pertanto, i contratti impugnati non potrebbero avere prodotto alcun

aspettativa in capo alla ricorrente e non potrebbero averle provocato, conseguentemente, danni di sorta.

Tali rilievi non sono condivisibili. Si è visto che la pubblica amministrazione, stipulando contratti di lavoro a tempo determinato, opera in un contesto giuridico che ha, come cornice di riferimento, la disciplina europea, costituita non solo dalle norme di diritto positivo dettate dai soggetti legiferanti, ma anche dalla giurisprudenza dell'organo giurisdizionale. In tale quadro rappresentano principi inderogabili l'affermazione per cui il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro e quella, conseguente, secondo la quale l'adozione di contratti a termine, se consentita, deve necessariamente accompagnarsi a cautele inerenti motivi, durata e numero, onde prevenire discriminazioni tra lavoratori e abusi, e prevedere sanzioni adeguate ed effettive.

La misura dell'adeguatezza e dell'effettività è data dunque non soltanto dall'idoneità dello strumento a riparare il danno sofferto, ma anche dalla forza dissuasiva che è propria dei meccanismi sanzionatori. In questa prospettiva, il meccanismo più appropriato è quello riprodotto nei commi quarto e quinto dell'art. 18 l. 300/70, che – al di là delle discettazioni sulla natura giuridica – prevede comunque delle obbligazioni collegate ad eventi specifici (il recesso illegittimo e l'esercizio dell'opzione per un'indennità in vece della reintegrazione nel posto di lavoro), ma forfettizzate in modo da esplicitare un'efficacia anche deterrente.

Si tratta del resto dell'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. Per le ragioni esposte, si ritiene che - commisurando il risarcimento alla valore minimo (cinque mensilità – art. 18 comma quarto) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più la misura sostitutiva della reintegra (quindici mensilità – art. 18 comma quinto) - si ottenga l'unica misura, contemplata dal nostro ordinamento, "*che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore*" e che possa "*essere applicata al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario*" [Corte just. 4.7.2006, C-212/04, Adeneler, par. 102].

In questo modo si perviene all'applicazione della normativa nazionale in termini compatibili con la disciplina comunitaria, in adesione ai precetti contenuti nelle richiamate decisioni della Corte di giustizia europea.

Dall'accertata nullità della clausola con cui L'E.O. Ospedali G. ha apposto un termine al contratto con la ricorrente nonché delle successive proroghe non possono conseguire, pertanto, né la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato né la declaratoria d'illegittimità del recesso, da cui deriverebbero, secondo parte attrice, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro o, in subordine, la dichiarazione di sussistenza del rapporto con l'Amministrazione convenuta. Tutele relative domande avanzate in ricorso vanno perciò respinte.

L'accertata nullità dà luogo invece ad un diritto risarcitorio nell'ammontare dianzi indicato. Parte convenuta va pertanto condannata a corrispondere alla ricorrente un importo complessivamente pari a venti mensilità della retribuzione globale di fatto maturata alla data di cessazione del rapporto (ai sensi delle citate disposizioni dell'art. 18 l. 300/70). Va segnalato, in proposito, che già in data 27.11.2003 ella aveva contestato la legittimità del comportamento avversario, ponendo a disposizione della controparte le proprie energie lavorative [all. 8 ric.], oltre a richiedere il risarcimento del danno [all. 9].

Sulle somme dovute vanno applicati rivalutazione monetaria e interessi legali, a seguito della sentenza del 23 ottobre 2000, n. 459 (in *Guida al Lavoro de Il Sole - 24 Ore* n. 44, pag. 25), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 22 comma trentasei l. 724/94. Gli interessi devono calcolarsi sul capitale rivalutato annualmente, secondo il più recente orientamento della Corte Suprema (Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 38, in *Guida al lav.* 2001, n. 8, 10). Poiché il diritto del lavoratore al risarcimento del danno sorge dalla data del licenziamento, da questa stessa decorrono gli accessori (Cass., sez. lav., 29 maggio 1995, n. 5993, in *Not. Giur. lav.* 1995, 900).

Nel ricorso la domanda per il risarcimento è stata formulata chiedendosi l'ammissione di accertamento contabile in via eventuale e ponendo l'alternativa di fare valere l'accertamento del *quantum* in separato giudizio. Nella discussione orale a difesa attrice non ha precisato la soluzione voluta. Il presente giudizio va pertanto definito con la pronuncia della presente sentenza, che si astiene dalla determinazione del valore economico del credito.

Considerata la relativa novità della questione, è corretto compensare le spese del giudizio nella misura del 50%, dovendosi invece porre a carico della convenuta la frazione residua,

in virtù della sua soccombenza in causa, e provvedendo alla liquidazione come da dispositivo.

P.Q.M.

Visto l'art. 429 c.p.c., definitivamente pronunciando,

a) dichiara l'illegittimità del termine apposto al contratto del 31.12.2002 stipulato tra le parti nonché delle proroghe pattuite con contratti del 17.3.2003 e del 6.10.2003;

b) dichiara conseguentemente tenuto e per l'effetto condanna l'E.O. G., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, a risarcire il danno alla ricorrente S. M. C. nella misura di venti mensilità della retribuzione globale di fatto maturata al 31.10.2003, con gli interessi legali, sull'importo capitale da rivalutarsi annualmente, decorrenti dalle singole scadenze e fino al saldo;

c) respinge ogni diversa ed ulteriore domanda proposta dalla ricorrente;

d) condanna la parte convenuta a rifondere la ricorrente delle spese di lite nella misura del 50%, misura liquidata in € 2.350,00, oltre a IVA e cpa, compensando tra le parti la frazione residua delle spese.

Genova, 14 dicembre 2006

IL GIUDICE

Marcello Basilico