

TRIBUNALE DI ROSSANO

SENTENZA

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice di Rossano, dott. Paolo Coppola, in funzione di Giudice del Lavoro, ha pronunciato la presente

SENTENZA

nella causa civile n. 450/06 R.G.A.C. avente ad oggetto: conversione del rapporto di lavoro a termine decisa all'udienza del 4.6.07

TRA

Sciarrotta Elisa, Avena Margherita, Piattello Grazia, Madeo Giovanna, Nigro Gemma, Cirullo Giuseppina Silvana, Beraldi Erminia, Curto Maria Patrizia, Cortese Maria Rosaria, Campilongo Rosina, Grillo Francesco, Biafora Maria Teresa, Proto Espedito, rapp.ti e difesi dall'avv. Leonardo Trento e Daniela Buccuti ed elett.te dom.to presso lo studio di questi in Rossano, fraz. Scalo, via Trieste 21 RICORRENTE

E

Azienda sanitaria provinciale di Cosenza, in persona del Direttore Generale legale rapp.te p.t., rapp.to e difeso dall'avv. Silvia Cumino ed elett.te dom.ta presso la propria sede in Rossano, viale Michelangelo RESISTENTE

CONCLUSIONI

All'udienza di discussione sono comparsi i costituiti procuratori i quali concludono come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto depositato il 28.3.06 i ricorrenti convenivano in giudizio dinanzi a questo la A.S.L. n. 3 esponendo:

- di essere stati assunti dalla convenuta con contratti a tempo determinato, come ausiliari specializzati socio-sanitari, addetti alla utilizzazione di macchinari e attrezzature specifiche, alla cura e riordino di ambienti ospedalieri, all'accompagnamento ed allo spostamento di degenti, ma di fatto anche utilizzati nella assistenza di malati;
- che erano stati assunti previa selezione effettuata dalla competente Sezione Circostrizionale per il Lavoro con diversi contratti a termine, più volte succedutisi negli anni;
- che in particolare Sciarrotta Elisa aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 25.6.02 al 24.10.02, dal 22.11.02 al 21.3.03, dal 28.4.03 al 27.8.03, dal 13.4.04 al 12.8.04, dal 14.2.05 al 13.8.05 e dal 15.8.05 al 13.2.05;
- Avena Margherita aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Cariati dal 8.3.02 al 7.7.02, dal 7.8.02 al 6.12.02 e presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 22.3.03 al 21.7.03, dal 12.5.04 all'1.9.04 dal 2.2.05 all'1.8.05, dal 2.8.05 al 1.2.06;
- Piattello Grazia aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Corigliano dal 26.11.03 al 25.3.04, dal 28.2.05 al 27.8.05, dall' 1.9.05 al 28.2.06;
- Madeo Giovanna aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Corigliano dal 11.4.00 al 10.10.00, dal 17.7.03 al 26.11.03 dal 24.2.05 al 23.8.05, dal 26.8.05 al 25.2.06;
- Nigro Gemma aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 27.8.03 al 26.11.03, dal 9.4.04 al 8.8.04, dal 9.2.05 al 8.8.05, dal 9.8.05 al 8.2.06;

- Cirullo Giuseppina Silvana aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 3.11.03 al 3.3.04, dall'11.5.04 al 11.9.04, dal 9.2.05 al 8.8.05 e dal 9.8.05 al 8.2.06;
- Beraldi Erminia aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 14.2.05 al 13.8.05 e dal 16.8.05 al 15.2.06;
- Curto Maria Patrizia aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 28.7.03 al 27.11.03, dall'11.5.04 al 10.9.04, dal 2.2.05 al 1.8.05 e dal 2.8.05 al 1.2.06;
- Cortese Maria Rosaria aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 19.3.03 al 18.7.03, dal 9.4.04 al 9.8.04, dal 2.2.05 al 1.8.05, dal 2.8.05 al 1.2.06;
- Campilongo Rosina aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 17.5.04 al 16.9.04, dal 9.2.05 al 8.8.05, dal 9.8.05 al 8.2.06;
- Grillo Francesco aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 27.2.03 al 26.8.03, dal 9.4.04 al 8.8.04, dal 9.2.05 al 8.8.05, dal 9.8.05 al 8.2.06;
- Biafora Maria Teresa aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 2.1.04 al 1.5.04, dal 2.2.05 all'1.8.05, dal 2.8.05 al 1.2.06;
- Proto Espedito aveva lavorato presso il presidio ospedaliero di Rossano dal 17.5.99 al 13.9.99, dal 16.11.00 al 15.1.01, dal 9.5.01 al 8.9.01, dal 11.10.01 al 11.2.02, dal 6.3.02 al 5.7.02, dal 26.8.02 al 25.12.02, dal 13.3.03 al 12.7.03, dal 12.5.04, la 11.9.04, dal 14.2.05 al 13.8.05 dal 16.8.05 al 16.2.06;
- Che erano numerosi altri i dipendenti assunti nelle categorie A e B con contratto a termine, senza concorso, ex art 35 TU 165/01;
- Che le esigenze in cui erano stati impiegati i ricorrenti erano non già eccezionali e/o straordinarie e contingenti, ma permanenti e durature;
- che la illegittimità del nuovo contratto dell'agosto 2005 era stata da loro denunciata con raccomandate dell'11.10.05;
- che, venuto meno l'ultimo contratto, si era proceduto alla assunzione di nuovo personale a termine, part time, consistente in più unità di personale;
- che le assunzioni dei ricorrenti erano state effettuate in violazione del disposto di cui al DLGS 368/01 ed in particolare non erano state neppure esplicitate nel contratto le puntuali ragioni che avevano giustificato la apposizione del termine, con conseguente violazione dell'art 1, comma 2, DLgs 368/01;
- che era violato anche il regime della proroga, perché avvenuta in assenza di oggettive ragioni che avrebbero potuto giustificarla, non esplicitate e comunque non veritiere;
- che altresì talora non si era neppure rispettato il limite temporale tra le assunzioni di cui all'art 5 DLgs 368/01;
- che la conseguenza delle indicate violazioni era costituita dalla conversione del contratto in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con obbligo di reintegra e diritto al pagamento delle retribuzioni maturate dal giorno del recesso a quello della effettiva reintegrazione o almeno dal giorno di messa a disposizione delle energie lavorative;
- che non era di ostacolo alla conclusione indicata il disposto di cui all'art 36 DLgs 165/01, perché detta disposizione doveva ritenersi abrogata, stante il contrasto con il DLgs 368/01;
- che comunque le assunzioni erano avvenute in base alle procedure di reclutamento prescritte per legge così che l'art 36 non era di ostacolo alla conversione;
- che non era attinente alla fattispecie la sentenza della Corte Costituzionale n. 89/03 perché si riferiva alla ipotesi di assunzione per concorso ed al regime antecedente il DLgs 368/01;
- che la delibera del DG n.1786 del 28.12.05 prevedeva dava espressamente la possibilità di precedere ad assunzioni a tempo determinato;
- che dalla chiesta conversione non poteva ritenersi violato il precetto costituzionale di cui all'art 97 della

Costituzione, perché per le qualifiche dei ricorrenti non era prevista la assunzione tramite concorso;

- che, in ipotesi di ritenuta non convertibilità dei contratti, ai ricorrenti spettava il risarcimento del danno da liquidarsi tenuto conto della aspettativa di stabilizzazione, da rapportarsi alle retribuzioni infratemporalmente non percepite tra la stipula del primo fino all'ultimo contratto.

Tanto premesso chiedevano che il giudice volesse dichiarare la nullità dei termini apposti ai contratti a tempo determinato e, per l'effetto, disporre la conversione dei medesimi in contratti a tempo indeterminato e condannare la convenuta alla loro reintegrazione nel posto di lavoro ed al pagamento delle retribuzioni dovute dalla data di cessazione dell'ultimo contratto alla effettiva reintegra, con versamento dei contributi previdenziali; in via subordinata chiedevano condannarsi la convenuta al pagamento delle retribuzioni per i periodi non lavorati tra il primo e l'ultimo contratto, con vittoria spese, con distrazione.

La ASL n. 3 si costituiva regolarmente in giudizio con memoria depositata in data 26.5.06 eccependo il difetto di giurisdizione dell'adito giudice con riferimento alla domanda relativa alla assunzione e ciò ex art 63 DLgs 165/01, nonché la inammissibilità della domanda perché il termine era elemento indispensabile del contratto e in ipotesi di conversione si avrebbe avuto l'effetto di introdurre una nuova ipotesi di reclutamento del personale in violazione dell'art 36 DLgs 165/01. Nel merito esponeva:

- che aveva proceduto alle assunzioni ex l. 56/87, rispettandone i requisiti, così come aveva agito rispettando le previsioni di cui all'art 43 CCNL 7.4.99 e 31 CCNL 20.9.01;

- che il regime previsto da detti CCNL era stato fatto salvo in via transitoria dagli artt 4 e 11 CCNL 368/01;

- che anche il DLgs 368/01, per come interpretato, quanto al regime della proroga e dei rinnovi, dalla circolare del Ministero del lavoro 40 dell'1.8.02, era stato rispettato;

- che il divieto di assunzioni a tempo indeterminato era stato statuito da numerose leggi finanziarie;

- che rientrava nella propria potestà auto organizzatoria statuire le migliori forme di assunzione;

- che la impossibilità di precedere ad assunzioni a tempo indeterminato aveva costretto la convenuta ad operare assunzioni a tempo determinato;

- che comunque il contratto non poteva essere convertito stante l'esplicito divieto di cui all'art 35 DLgs 165/01;

- che non aveva potuto procedere ad ulteriore proroga stante il disposto di cui all'art 31, co 10, CCNL integrativo del 20.9.01;

- che la richiesta di risarcimento danni era infondata non esistendo a monte il diritto che sia assumeva leso.

Tanto premesso concludeva per il rigetto del ricorso, con vittoria spese.

All'odierna udienza, la difesa della convenuta eccepeva l'interruzione del processo perché la ASL n. 3 di Rossano era stata dichiarata estinta con costituzione della Azienda sanitaria provinciale di Cosenza.

Sulle conclusioni rassegnate dalle parti presenti, la causa veniva discussa e decisa con la pubblica lettura dell'allegato dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Quanto alla eccepita interruzione del processo è sufficiente richiamare integralmente il contenuto della ordinanza sul punto resa il 4.6.07. Ai sensi dell'art 7, comma 1, L.R. 9/07 le ASL della regione sono disciolte ed accorpate in nuove Aziende, su base provinciale, con nuova denominazione e nuovi organi. In assenza di disposizioni specifiche si fusione paritetica tra enti pubblici non resta che fare riferimento ai principi generali del codice civile, nello specifico all'art 2504, bis, comma 1, che dispone che in dette ipotesi si tratta di mera vicenda evolutiva del rapporto, con sostituzione di diritto del subentrante, senza alcuna interruzione del processo (Cass Civ SSUU n. 2637/06). Nel presente processo si è avuta quindi sostituzione della nuova azienda alla ASL n. 3 e la sentenza deve essere pronunciata direttamente nei suoi riguardi.

Quanto alla eccezione di difetto di giurisdizione, la stessa è palesemente infondata. Ai sensi dell'art. 63

DLgs 165/01 restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le sole controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni: è evidente che alla cognizione dell'adito giudice non sono sottoposte procedure concorsuali, ma unicamente questioni concernenti l'assunzione al lavoro espressamente (cfr comma 1), appartenenti alla giurisdizione del giudice ordinario.

Quanto alla pretesa inammissibilità della domanda perché in ipotesi di conversione si introdurrebbe una nuova ipotesi di reclutamento del personale in violazione dell'art 36 DLgs 165/01, deve solo osservarsi che in realtà si tratta di questione di merito, relativa alla accoglibilità della domanda.

La materia in esame (contratti a termine) è disciplinata dal DLgs 368/01, disciplina generale della materia, in mancanza di disposizioni specifiche, salvo quanto si dirà in prosieguo.

Detto decreto non trova limitazioni alla sua applicabilità con riferimento ai rapporti di lavoro privati dei dipendenti della PA, in mancanza di disposizione in tal senso: vi è anzi espressa norma di richiamo costituita dall'art 36 DLgs 165/01 (Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale, 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). Inoltre lo stesso costituisce attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES che si applica alla PA in forza della clausola 2 dell'accordo quadro (cfr Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sentenze del 7 settembre 2006, rese nelle cause nn. 180/04 e 53/04 ed in particolare punti 13 e 32 della motivazione della Sentenza Vassallo; cfr altresì TAR Lecce Sentenza n. 177/07).

Da rilevarsi altresì che i ricorrenti chiedono, in punto di domanda, la applicazione della disciplina di cui al DLgs 368/01, per cui deve stimarsi che richiamo ai contratti antecedenti l'entrata in vigore di detto decreto, ovvero quelli stipulati antecedentemente il 24 ottobre 2001 (il DLgs è stato pubblicato in GU 9.10.01) sia meramente descrittivo della vicenda di cui è causa.

Ai sensi dell'art 1 del DLgs 368/01 è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo e (comma 2) l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1.

Nel caso di specie nei contratti in atti non vi è alcuna specificazione delle indicate ragioni (fatto incontestato); inoltre parte resistente ha espressamente ammesso che la necessità della apposizione del termine è stata determinata non già da ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo, quindi concernenti necessità oggettive di temporaneità del rapporto per la convenuta, ma dalla impossibilità di procedere ad assunzioni ordinarie in conseguenza del blocco delle assunzioni previsto in varie leggi finanziarie: ciò significa che, a fronte di proprie esigenze permanenti ed istituzionali, la convenuta ha inteso provvedere tramite una illegittima successione di contratti temporanei.

La clausola relativa al termine deve quindi ritenersi apposta in violazione di legge.

In ipotesi di rapporti con privati datori di lavoro, detta illegittima apposizione travolge solo la clausola, con declaratoria che il contratto deve ritenersi ab origine a tempo indeterminato.

Infatti la nullità della clausola relativa al termine non può inficiare l'intero contratto perché non si riferisce ad un elemento principale del negozio giuridico cui inerisce, e non vi è connessione inscindibile tra il termine e le altre clausole contrattuali (come per esempio se si trattasse di contratto a termine per prestazioni che normalmente non possono trovare collocazione presso la convenuta). Il riferimento necessario per valutare la possibile estensione della nullità all'intero contratto è alla funzione dello stesso, alla volontà oggettivizzata nel regolamento negoziale e non una indagine psicologica (così già Cass. 180/47, da ultimo Cass. civ., Sez.II, 05/05/2003, n. 6756: In tema di contratti, agli effetti della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale, la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, deve essere fornita dall'interessato ed è necessario al riguardo un apprezzamento in ordine alla volontà delle parti quale obiettivamente ricostruibile sulla base del concreto regolamento di interessi, rimesso al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità, se adeguatamente e razionalmente motivato); si deve quindi verificare se il contratto, rispetto agli interessi nel concreto perseguiti, fosse utile all'atto della sua stipula (Cass. sent. n. 536/67). In questo senso è evidente la non estensibilità della nullità, considerato che la clausola nulla (quella relativa al termine) non era essenziale

al perseguimento dello scopo nel concreto perseguito.

Non resterebbe quindi che dichiarare la nullità del termine apposto al contratto in atti stipulato e per l'effetto dichiarare che inter partes intercorre un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con decorrenza dalla assunzione.

Ritiene questo giudice che nella presente controversia debba dichiararsi la nullità del termine apposto, ma il piano degli effetti debba essere diverso.

Infatti, nel caso di specie, opera il disposto di cui all'art 36 DLGS 165/01 (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), ostativa degli effetti determinati dalla declaratoria di nullità della clausola.

Detta disposizione non può ritenersi implicitamente abrogata dalla entrata in vigore del DLGS 368/01, considerato che si tratta di disposizione speciale (Cass. civ., Sez. lavoro, 24/05/2005, n.10904 ed in particolare il punto 3.1 dei motivi della decisione), non incompatibile con la disciplina delineata dal DLGS 368/01 e con la relativa direttiva comunitaria ed anzi ad essa conforme: infatti ai sensi della clausola 5, n. 2, lett. b), dell'accordo-quadro attuato dalla direttiva 1999/70, gli Stati membri debbono «stabilire a quali condizioni i contratti...di lavoro a tempo determinato...devono essere ritenuti...a tempo indeterminato» (cfr punto 3.2 della citata sentenza: è stato rimesso agli Stati membri a quali condizioni i contratti a tempo determinato devono essere ritenuti a tempo indeterminato (clausola 5, comma secondo, dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP recepito dalla Direttiva)). L'effetto della c.d. conversione del contratto a tempo indeterminato non è quindi indispensabile per la attuazione della direttiva in parola, potendo essere limitato in presenza di condizioni stabilite dallo Stato membro.

Parimenti l'art 36 del DLGS 165/01 non si presta a censure di incostituzionalità, tenuto conto che con esso non si salvaguarda solo l'art 97 della Costituzione con riferimento all'accesso tramite concorso ad impieghi presso le PA, ma altresì l'art 3, ovvero il principio di eguaglianza, nonché il principio di ragionevolezza. Infatti la possibilità di costituire rapporto di lavoro a tempo indeterminato tramite declaratoria di nullità del termine si presta ad evidenti abusi.

Deve esaminarsi la portata del principio statuito dall'art 36 in esame. All'uopo deve darsi atto che non si tratta di disposizione regolatrice specificamente della materia di cui è causa, non ponendo un ostacolo solo agli effetti della declaratoria di nullità del termine, ma in genere a tutte le ipotesi di violazione di disposizione imperativa riguardante l'assunzione o l'impiego di lavoratori (cfr contratti di somministrazione etc). Da questa premessa ne deriva che il disposto della norma non opera su un piano corrispondente alla clausola nulla, ovvero non è una eccezione al principio di cui all'art 1419 c.c.. Deve rilevarsi altresì che la disposizione richiamata non opera sul piano di cui al comma 2 dell'art 1419 c.c., ovvero non incide sul contenuto del contratto sostituendo la clausola nulla, ma opera sul diverso piano della regolazione degli effetti del contratto avente clausola relativa al termine nulla, affermando che non vi può essere costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

Da ciò ne deriva che il termine apposto al contratto è nullo, il contratto si deve ritenere ab origine a tempo indeterminato, ma l'art 36 determina un effetto risolutivo dello stesso, impedendone gli effetti.

Da quanto detto discende la fondamentale conseguenza che il risarcimento del danno previsto dall'art 36 del DLGS 165/01, quale conseguenza della illegittima apposizione del termine, costituisce una ipotesi di responsabilità contrattuale. Detta conclusione trova ulteriore conferma nelle considerazioni che seguono.

Alcuni commentatori hanno ritenuto che il danno previsto dall'art 36 sia atipico rispetto al danno comunemente previsto nel diritto civile perchè danno originato da violazione di norma di legge imperativa, quindi assistita da presunzione di conoscenza da parte del lavoratore; la violazione di norma imperativa non è causativa di danno in quanto la controparte (il lavoratore danneggiato) deve conoscerla: poiché esiste nell'ordinamento una disposizione che prevede il divieto di costituzione del rapporto di lavoro ed il lavoratore deve conoscere i divieti di legge, quindi detta disposizione, il danno non sarebbe mai ingiusto.

Invero per una corretta qualificazione del danno in esame deve farsi riferimento ai principi di diritto comunitario in materia.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con due sentenze gemelle, del 7 settembre 2006, rese nelle cause nn. 180/04 e 53/04, si è pronunciata sulla compatibilità del sistema italiano con la direttiva sul rapporto di lavoro a tempo determinato (n. 1999/70), con riferimento alle PA ed all'art 36 DLGS 165/01.

In particolare la Corte ha affermato che, in ipotesi di contratti a termine anomali o successioni anomale dei contratti nel settore pubblico, l'accordo quadro è applicabile (cfr in particolare i punti 55/57 della sentenza nella diversa causa C-212/04 e 32 della sentenza nella causa 180/04). La sanzione della trasformazione dei rapporti a tempo indeterminato non è l'unica possibile (CFR in particolare la Sentenza 4.7.06 nella causa C-212/04 e punto 34 della 180/04), ma nell'esercizio della potestà assegnata agli Stati membri dall'articolo 249, terzo comma, CE di scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia delle direttive, è necessario che sia stata adottata dallo Stato almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da a) a c), dell'accordo quadro, dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; deve altresì prevedersi un contesto normativo che non può arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo quadro. In particolare, tale potere discrezionale non deve essere esercitato dalle autorità nazionali in modo tale da condurre ad una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo (punto 82 della sentenza del luglio 2006): quindi, in ipotesi vi sia stata utilizzazione abusiva, deve essere prevista ed applicata nel diritto interno una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore rispetto il settore privato (cfr punto 37 della sentenza 180/04) al fine di sanzionare l'abuso e cancellare le conseguenze della violazione (articolo 2, primo comma, della direttiva 1999/70/CE: gli Stati sono obbligati a prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla direttiva). I giudici nazionali devono interpretare il diritto interno alla luce del testo e della finalità della direttiva per raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali maggiormente conformi a tale finalità, per giungere ad una soluzione compatibile con le disposizioni della direttiva.

Con specifico riferimento all'art 36 DLgs 165/01 la Corte di Giustizia (causa n. 48-04) ha affermato che le modalità di attuazione, ancorché rientranti nel diritto interno, non devono, però, essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) e che spetta al giudice di rinvio determinare se i requisiti fissati dalla Corte siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale pertinente. Una normativa nazionale, come 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 seguito del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato sembra, prime facie, soddisfare gli obblighi ricordati ai punti nn. 36-38 della presente sentenza ma spetta in ogni caso al giudice italiano pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, il quale deve, nella fattispecie, determinare se i requisiti ricordati ai tre punti precedenti siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale pertinente.

Dai principi ricordati ne deriva che la conformità del disposto di cui all'art 36 con l'ordinamento comunitario non è un elemento acquisito, ma che deve essere sottoposto a puntuale verifica. Ove il danno previsto da detta disposizione, come interpretato dal giudice italiano, non soddisfa i requisiti indicati dalla sentenza in esame, non resta che procedere alla disapplicazione dell'art 36 del DLGS 165/01 nella parte in cui vieta l'effetto di costituire di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni.

Il danno per essere conforme al disposto del Giudice comunitario deve avere le seguenti caratteristiche:

- 1) avere effettiva efficacia dissuasiva;
- 2) non avere conseguenze di minor favore rispetto il settore privato (principio di equivalenza);
- 3) non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, nel caso di specie tutela avverso la illegittima apposizione del termine.

Dati questi principi guida, è necessario verificare se vi sia una interpretazione del danno previsto dall'art 36 conforme al diritto comunitario (e questo giudice come si vedrà ritiene quella da lui proposta l'unica interpretazione possibile conforme) o, in mancanza, procedere alla disapplicazione dell'art 36 e ritenere la materia regolamentata dalla disposizione generale già prevista per il settore privato (non contrasta con questa conclusione il disposto di cui alla sentenza della Cass Civ Sez Lav 18276/06, perché attinente a questione antecedente la entrata in vigore della direttiva).

Come già visto il danno delineato è stato indicato dalla dottrina atipico ed in effetti esso non è facilmente riconducibile ai paradigmi della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (nello specifico precontrattuale) ex art. 1338 del c. c.. Infatti non consegue alla sola ipotesi in cui il contratto sia stato originariamente previsto con clausola oppositiva del termine nulla, ma anche quando esso derivi da illegittima proroga, ipotesi evidentemente di responsabilità contrattuale.

Inoltre ove si ritenga la disposizione in esame riconducibile alla responsabilità precontrattuale (La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto), la irrilevanza della presunzione di conoscenza della legge, quindi della non convertibilità, è in palese antinomia con il principio di esclusione della risarcibilità del danno derivato dall'aver confidato nella validità del contratto, quando la invalidità deriva da norma imperativa. Nell'articolo 36 il risarcimento pare sempre ammesso, in quanto il presupposto del danno è la sola prestazione del lavoratore resa in violazione di disposizioni imperative e non è attribuito rilievo alla consapevolezza del lavoratore circa l'invalidità del contratto: ritenere risarcibile il danno anche in presenza della presunzione legale di consapevolezza dell'invalidità (presunzione di conoscenza del divieto di cui all'art 36) da parte del lavoratore significa consentire effetti in antinomia con il principio di autoresponsabilità, codificato in numerose norme del codice civile, e in contraddizione con il principio di buona fede soggettiva ed oggettiva e con l'indirizzo giurisprudenziale costante che esclude la risarcibilità del danno tutte le volte che l'invalidità derivi da una norma imperativa (Cassazione civile, sez. III, 26/6/1998, n. 6337; Cassazione civile 6/4/2001 n. 5114.).

Di contro, ove si ritenga che il disposto di cui all'articolo 36, quindi il danno ivi previsto, operi secondo i principi generali secondo cui la buona fede non giova quando l'ignoranza dipende da colpa grave, il danno si dovrebbe ritenere risarcibile solo quando il lavoratore versi in uno stato soggettivo di colpa lieve, con tutte le problematiche connesse ad un accertamento della colpa a fini risarcitori: questa conclusione farebbe venire meno qualunque automatismo sanzionatorio e renderebbe estremamente difficile il risarcimento.

Prova evidente della atecnicità della disposizione di cui all'art 36 e della sua scarsa efficacia è costituita dalla circostanza che la stessa non è stata applicata negli innumerevoli casi di lavoratori pubblici assunti a termine e reimpiegati con successioni temporali anomale rispetto ai criteri dettati dall'articolo 5 del dlgs n. 368/2001 (tra i pochi precedenti riscontrabili Trib. Napoli 12/1/2005, Est. Simeoli: In caso di illegittima e reiterata assunzione a termine alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, il lavoratore ha diritto – ai sensi dell'art. 36 D.Lgs. 30/3/01 n. 165 – al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative; tale risarcimento deve avere a oggetto anche il Tfr che il dipendente avrebbe percepito in caso di assunzione a tempo indeterminato).

Inoltre da un punto di vista lessicale non sembrano ipotizzabili casi in cui il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative, considerato che dalla prestazione di lavoro in senso stretto al dipendente non potrebbe mai derivare un danno, semmai un vantaggio derivante dalla prestazione lavorativa e dalla conseguente retribuzione.

Invero la antinomia sembra a questo giudice riconducibile a sistema, ove si tenga presente quanto in precedenza rilevato, ovvero che la disposizione di cui all'art 36 non opera solo in relazione ai contratti a tempo determinato della PA, che soggiace invece alla sola regolamentazione conseguente alla direttiva 1999/70, ma con riferimento in generale agli effetti dovuti a tutti i casi di assunzioni illegittime: come detto, esso opera non sul contenuto del regolamento negoziale, ma sul diverso piano degli effetti del contratto con clausola appositiva del termine nulla. Dalla nullità della clausola deriva quindi che il contratto deve ritenersi a tempo indeterminato, ma dall'art 36 consegue che detto effetto non vi può essere causa effetto risolutivo: il danno determinato dalla violazione del DLgs 368/01 è costituito perciò dalla perdita del lavoro per effetto del disposto di cui all'art 36 che determina una risoluzione legale del contratto a tempo indeterminato, proprio perché opera sul piano degli effetti.

La responsabilità di cui all'art 36 del DLgs 165/01 deve quindi ritenersi contrattuale (conseguente alla risoluzione legale del contratto), con obbligo da parte della PA di risarcire la perdita del lavoro, con effetti quindi omogenei e similari a quelli previsti per la disciplina privatistica ordinaria (in entrambi i casi è regolamentato il piano degli effetti di un contratto di lavoro ab origine a tempo indeterminato), conformemente a quanto voluto dalla Corte di Giustizia nelle citate sentenze. Infatti il danno di cui all'art 36:

- viene ad avere sufficiente efficacia dissuasiva, perché determina un reale diritto al risarcimento del danno;
- non ha conseguenze di minor favore rispetto il settore privato (principio di equivalenza), perché aggancia il diritto del dipendente della PA alle retribuzioni cui avrebbe diritto in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, come avviene per il dipendente privato che viene a percepire le stesse;
- non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti

dall'ordinamento giuridico comunitario, ovvero ottenere tutela a fronte di una illegittima apposizione del termine, perché il diritto ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato viene ad avere una reale tutela risarcitoria, ancorata alle retribuzioni che si verrebbero ad avere in ipotesi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Ne deriva quindi l'obbligo della convenuta di risarcire il conseguente danno. Per la quantificazione dello stesso non si può procedere alla capitalizzazione delle retribuzioni che si sarebbero percepite per tutta la durata della vita lavorativa, considerato che si deve ritenere la possibilità per i ricorrenti di trovare una nuova occupazione in uno spazio di tempo più o meno lungo. Unico criterio che pare equo è agganciare il danno al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica (sud Italia nel caso di specie), età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio. I ricorrenti hanno prodotto uno studio statistico dell'ISFOL e del Ministero del lavoro, dell'anno 2005, quindi sufficientemente aggiornato, sulla scorta del quale pare equo condannare la convenuta al pagamento di 17 mensilità di retribuzioni (16 oltre una per TFR), considerato che tale è il tempo mediamente necessario per trovare una nuova occupazione. Sembra equo compensare in parte il danno (quello previdenziale) considerato che la prestazione di attività lavorativa è produttiva altresì di spese connesse a trasporto, necessità di vestirsi e eventualmente acquistare generi alimentari.

Da quanto detto ne consegue la declaratoria di nullità dell' apposizione del termine ai contratti di lavoro stipulati dopo il 24.10.01 e per l'effetto la condanna la convenuta al pagamento in favore di ciascun ricorrente di 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro di ciascun ricorrente all'effettivo soddisfo.
Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, contrariis reiectis, così provvede:

- 1) dichiara la nullità dell' apposizione del termine ai contratti di lavoro stipulati dopo il 24.10.01;
- 2) per l'effetto di cui al capo 1) condanna la convenuta al pagamento in favore di ciascun ricorrente di 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro di ciascun ricorrente all'effettivo soddisfo;
- 3) condanna la Azienda sanitaria provinciale di Cosenza al pagamento delle spese di giudizio dei ricorrenti che si liquidano in €. 11.830,00, oltre rimborso spese generali ed IVA e CPA, se dovute, con distrazione in favore dell'avv. Leonardo Trento;
- 4) È esecutiva.

ROSSANO, li 4.6.07

IL GIUDICE

(Dott. Paolo Coppola)