

Conversione dei contratti a termine illegittimi nelle pubbliche amministrazioni: *de profundis*, o forse nì?

di Antonio Carbonelli

Di fronte al dilagare dei contratti a termine nel pubblico impiego, le due ordinanze in commento rappresentano un anello ulteriore, e probabilmente non conclusivo, di una vicenda che vede impegnati i giudici di tutti i livelli, compresi quelli costituzionale e comunitario, ormai da una ventina d'anni. Eppure il fenomeno si potrebbe contrastare più efficacemente anche attraverso prassi applicative che non richiedono ulteriori interventi politici da parte del legislatore.

Faced with the spread of fixed-term contracts in the public sector, the two ordinances in question represent a further, and probably inconclusive, link in a story involving judges of all levels, including constitutional and community, by now about twenty years. Yet the phenomenon could be contrasted more effectively also through application practices that do not require further political intervention by the legislator.

Cassazione Civile, Sez. lav., ord. 15 ottobre 2018, n. 25728 - Pres. Napoletano - Est. Tria – C.C. c. Comune di (...)

Impiego pubblico - Contratti a termine - Conversione in rapporto a tempo indeterminato - Ammissibilità - Limiti. (D.Lgs. n. 165/2001, art.36)

Nel caso di una serie illegittima di contratti a tempo determinato alle dipendenze di una pubblica amministrazione, deve essere cassata la sentenza di merito che escluda la conversione del rapporto senza valutare se le procedure selettive superate dalla lavoratrice con riferimento ad alcuni contratti della serie possano rientrare tra le procedure concorsuali pubbliche (*massima non ufficiale*).

In tema pubblico impiego privatizzato, il principio generale di assunzione tramite concorso, di cui all'art. 97, comma 4, Cost., cui è correlato il divieto di conversione ex art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, comporta il necessario superamento di una procedura di selezione che sia tale da essere compresa nell'ambito concettuale e giuridico del "concorso", caratterizzato dall'emanazione di un bando iniziale, dalla fissazione dei criteri valutativi, dalla presenza di una commissione incaricata della valutazione dei candidati e dalla formazione di una graduatoria finale, mentre non rilevano la presenza di margini di discrezionalità nella valutazione dei titoli dei candidati ovvero la previsione, quale requisito di partecipazione al concorso, dell'iscrizione alle liste di collocamento o dell'attribuzione di punti in relazione alla durata di tale iscrizione (*massima non ufficiale*).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	non si rinvergono precedenti in termini
Difforme	cass. ord. n.8671/19, di seguito.

La Corte (*omissis*).

RILEVATO

- che con sentenza in data 16 maggio 2013 la Corte d'appello di Firenze: 1) in parziale accoglimento dell'appello principale del Comune di (...) "determina il risarcimento" in favore di (...) nella misura di quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, anziché di venti mensilità come stabilito nell'appellata sentenza del Tribunale di Arezzo n. 163/2011; 2) rigetta l'appello incidentale della (...); 3) compensa in parte le spese processuali;

- che la Corte territoriale, per quel che qui interessa, precisa che: a) l'Amministrazione non ha trovato alcuna ragione oggettiva, diversa dalla mancanza di personale, idonea a giustificare le numerosissime - avutesi nell'arco di un decennio dal 1997 al 2007 - assunzioni a termine della (...) ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, tutte per lo svolgimento di mansioni di autista di scuola bus (ordinariamente svolto dal Comune), tranne la seconda avvenuta per il servizio Nettezza urbana; b) pertanto le clausole appositive del termine devono ritenersi nulle, ma va esclusa la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi dell'art. 36 del TU n. 165 del 2001; c) in conformità con quanto

previsto dal diritto UE e dalla giurisprudenza della CGUE, l'unica alternativa alla suddetta esclusione è rappresentata non dall'ordinario risarcimento del danno, ma da una sanzione economica che al contempo possa ristorare la lavoratrice del pregiudizio subito e dissuadere il datore di lavoro dal ripetere l'operazione vietata; d) tale sanzione può coincidere con le quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, cui non vanno aggiunte le cinque di risarcimento minimo, in considerazione del carattere non risarcitorio della misura (...)

CONSIDERATO

- che (...) con il secondo motivo si denunciano: a) in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., violazione e falsa e/o errata e/o omessa applicazione degli artt. 35 e 36, quinto comma, del d.lgs. n. 165 del 2001 (quest'ultimo con riferimento al divieto di conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico) e dell'art. 97 Cost.; b) in relazione all'art. 360, n. 4, cod. proc. civ., violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. (per omesso esame della questione interpretativa relativa alle norme dianzi richiamate), per avere la Corte d'appello, con stringata motivazione, escluso la possibilità della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, pur dando atto dell'avvenuto reclutamento "sulla base di procedure selettive o altre forme previste dalla legge per gli impieghi minori" (...)
- che, quanto al secondo motivo del ricorso principale, deve essere ricordato che, in base ad un consolidato orientamento di questa Corte, le norme generali discendenti dal principio dell'accesso tramite pubblico concorso (di cui all'art. 97, terzo comma Cost.), che governano le assunzioni nel lavoro pubblico - da cui deriva anche l'esclusione della instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato per effetto della abusiva utilizzazione di contratti a termine da parte della PA - comportano il necessario superamento di una procedura di selezione che sia tale da essere compresa nell'ambito concettuale e giuridico del "concorso";
- che, in base alla giurisprudenza, gli elementi che caratterizzano la procedura concorsuale pubblica sono i seguenti: il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi, la presenza di una Commissione incaricata della valutazione dei candidati, la formazione di una graduatoria finale (vedi, per tutte: Cass. SU 13 settembre 2017, n. 21198; Cons. Stato, sez. VI, sentenze n. 7773 del 2012; n. 5795 del 2014; n. 953 del 2016);
- che non viene considerata rilevante la presenza o meno di margini di discrezionalità nella valutazione dei titoli dei candidati, in quanto i concreti criteri di selezione possono non irrazionalmente essere correlati alle specificità sia delle qualità richieste per la posizione lavorativa, sia della obiettiva natura e idoneità distintiva dei titoli (così, ad esempio, Cass. S.U. 6 marzo 2009, n. 5453 ha ritenuto che l'adozione del criterio selettivo del mero sorteggio, per quanto singolare, non snaturava la natura concorsuale della procedura);
- che, inoltre, è anche irrilevante che come requisito di partecipazione al concorso sia richiesta l'iscrizione alle liste di collocamento o anche che vi sia l'attribuzione di punti in relazione alla durata di tale iscrizione trattandosi di elementi che, da soli, non sono tali da incidere sulla natura concorsuale della selezione;
- che tali elementi sono stati considerati certamente non sufficienti a ricondurre la fattispecie oggetto del giudizio a quella, prevista dall'art. 35, comma 1, lett. b), dell'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per la copertura delle posizioni previste per i lavoratori in possesso del solo requisito della scuola dell'obbligo salvi gli eventuali ulteriori requisiti per specifiche professionalità, per i quali è prevista una semplice chiamata su base numerica, secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime (Cass. SU 15 gennaio 2010, n. 529; Cass. SU 9 giugno 2017, n. 14432);
- che, nella specie, sia dal ricorso sia dal controricorso risulta che alcune delle assunzioni della (...) sono avvenute per chiamata diretta mentre altre "con una procedura di selezione e successiva prova attitudinale" e che si afferma che la ricorrente nella graduatoria del Centri per l'impiego "era la prima classificata";
- che, a fronte di questa situazione, la Corte d'appello, pur dando atto dell'avvenuto reclutamento, in alcuni casi, della (...) "sulla base di procedure selettive o altre forme previste dalla legge per gli impieghi minori" tuttavia ha escluso che comunque si potesse affermare in sede giudiziaria la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (c.d. assunzione in ruolo) fin dalla firma del primo dei contratti a termine della serie;
- che, pertanto, la Corte territoriale non ha valutato se - eventualmente con una decorrenza diversa da quella della firma del primo dei contratti a termine della serie - le procedure selettive superate dalla ricorrente potessero, o meno, rientrare tra le procedure concorsuali pubbliche, in base agli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165, come interpretati dalla suindicata giurisprudenza;
- che ne consegue l'accoglimento del secondo motivo del ricorso principale, nei limiti indicati (...)

P.Q.M.

La Corte accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso principale (...) cassa la sentenza impugnata in relazione al ricorso accolto e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di cassazione, alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione.

Non convertibilità dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

Cassazione Civile, Sez. lav., ord. 28 marzo 2019, n. 8671 - Pres. Napoletano - Est. Bellé – C.G. +1 c. ASL di (...)

Impiego pubblico - Contratti a termine - Conversione in rapporto a tempo indeterminato - Inammissibilità.
(D.Lgs. n. 165/2001, art.36)

In tema pubblico impiego privatizzato, il principio generale di assunzione tramite concorso, di cui all'art. 97, comma 4, Cost., cui è correlato il divieto di conversione ex art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, comporta che la possibilità di convertire i contratti, in quanto caratterizzati dalla presenza di illegittimità sotto il profilo dell'apposizione del termine, in lavoro a tempo indeterminato, è in ogni caso infondata (massima non ufficiale).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	cass. nn.4801/19, 8927/17, 16095/16, SS.UU. 5072/16.
Difforme	cass. ord. n.25728/18, sopra.

La Corte (omissis).

RILEVATO CHE

la Corte d'Appello di Bari, riformando con sentenza n. 723/2013 la pronuncia di accoglimento del Tribunale di Foggia, rigettava la domanda di Giuseppe (...), Gaetano (...) e Gennaro (...) finalizzata ad ottenere la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine intercorsi con la A.S.L. di (...) ed il risarcimento del danno per abusivo ricorso a tale tipologia contrattuale;

la Corte territoriale, pur ritenendo che i contratti a termine fossero illegittimi perché era illegittima la seconda proroga del termine e la prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la durata di cui all'art. 5, Co. 2 d. Lgs. 368/2001, affermava, rigettando l'appello incidentale della lavoratrice, che non potesse disporsi la conversione del rapporto e, accogliendo l'appello principale dell'Azienda, che neppure la pretesa risarcitoria potesse avere corso, in quanto subordinata alla prova, insussistente, del pregiudizio patito;

avverso tale sentenza il (...) ed il (...) hanno proposto ricorso per cassazione con un unico motivo, poi illustrato da memoria, resistiti da controricorso dell'Azienda, anch'esso corredato da memoria difensiva;

CONSIDERATO CHE

1. con l'unico motivo di ricorso i lavoratori adducono, ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c., la violazione degli artt. 1, 4, 5 del d. Lgs. 368/2001 e dell'art. 36 d. Lgs. 165/2001, sostenendo che, a fronte dell'illegittima apposizione del termine a contratti di lavoro a tempo determinato presso le Pubbliche Amministrazioni, sussisterebbe il diritto alla conversione a tempo indeterminato e, comunque, sulla base dei precedenti di questa Corte in tal senso, al risarcimento del danno da riconoscere, in funzione sanzionatoria dell'illegittimo comportamento datoriale, senza che i lavoratori possano ritenersi gravati dell'onere probatorio rispetto al pregiudizio patito;

2. la pretesa, ulteriormente chiarita ed approfondita nella memoria ex art. 380-bis1 c.p.c., dell'affermazione di una *regula iuris* nel senso della possibilità di convertire i contratti, in quanto caratterizzati dalla presenza di illegittimità sotto il profilo dell'apposizione del termine, in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, è in ogni caso infondata;

3. il divieto di tale conversione è stato costantemente affermato da questa Corte, senza condizioni, in plurime pronunce nel corso del tempo, con orientamento poi confermato al massimo livello di nomofilachia (Cass. SU. 15 marzo 2016, n. 5072) e successivamente ancora costantemente reiterato (tra le molte, in progressione temporale, Cass.2 agosto 2016, n. 16095; Cass. 6 aprile 2017, n. 8927; Cass. 19 febbraio 2019, n. 4801); non può quindi ritenersi che l'isolato precedente di Cass. 15 ottobre 2018, n. 25728, citato dai ricorrenti nelle proprie difese finali, in cui si argomenta sulla possibilità che anche nel pubblico impiego vi sia conversione a tempo indeterminato, nel caso in cui all'illegittimità del termine si associ un'originaria assunzione per il tramite di un concorso o di una selezione ad esso assimilabile, possa considerarsi l'*incipit* di una nuova riflessione sulla questione;

ancora più di recente si è del resto ribadito (Cass. 4801/2019, cit.) che «nel rapporto di pubblico impiego a tempo determinato l'eventuale violazione delle norme sul contratto a termine non può mai tradursi nella conversione del rapporto per espressa disposizione legislativa (art. 97 Cost. e art. 36 d.lgs. n.165 del 2001)»;

4. si rende in proposito necessario riepilogare, ed approfondire per quanto opportuno, i tratti fondamentali delle ragioni che escludono, a diritto vigente, la possibilità di conversione a tempo indeterminato, nel pubblico impiego, del rapporto a tempo determinato, pur quando si determini un'abusiva reiterazione di contratti a termine;

4.1. Il ragionamento, stante anche la gerarchia delle fonti coinvolte, non può che muovere dall'ambito eurounitario; all'interno di esso, sulla base di un'intensa elaborazione giurisprudenziale, sono stati ormai fissati chiari parametri generali che definiscono l'ambito delle misure che gli Stati membri sono tenuti ad adottare al fine di assicurare che le

norme sostanziali limitative del ricorso abusivo a contratti a termine adottate in attuazione dell'art. 5 dell'Accordo Quadro allegato alla Direttiva 1999/70/CE (e consistenti in almeno una fra le ipotesi elencate in tale disposizione attinenti, rispettivamente, a ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, alla durata massima totale degli stessi contratti o rapporti di lavoro successivi ed al numero dei rinnovi di questi ultimi) siano assistite da un apparato sanzionatorio non solo proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme stesse (Corte Giustizia 12 dicembre 2013, Papalia, punti 19 e 20; Corte di Giustizia 7 settembre 2006, Marrosu e Sardina, punto 49); tali parametri possono essere così sintetizzati:

- ammissibilità di una normativa interna che riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (Corte di Giustizia 7 settembre 2006, Marrosu e Sardina, punto 48);

- inammissibilità di una normativa interna che preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto, allorché sia esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e quando il diritto a detto risarcimento sia 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 (Corte Giustizia 12 dicembre 2013, Papalia);

- ammissibilità di una normativa interna che, pur non consentendo la conversione a tempo indeterminato, preveda la concessione di un'indennità [...], accompagnata dalla possibilità, per il lavoratore, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare (Corte di Giustizia 7 marzo 2018, Santoro); il giudice interno, nella propria massima espressione nomofilattica, aveva già precedentemente affermato che il rispetto della normativa sul contratto di lavoro a tempo determinato è «presidiato - oltre, che dall'obbligo di risarcimento del danno in favore del dipendente» (poi fissato dalla medesima pronuncia, senza vincoli di oneri probatori sul danno, nella misura di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, salvo dimostrazione anche dell'eventuale maggior pregiudizio) «anche da disposizioni al contorno che fanno perno soprattutto sulla responsabilità, anche patrimoniale, del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al contratto a termine», sicché deve ritenersi che «l'ordinamento giuridico prevede, nel complesso, "misure energiche" (come richiesto dalla Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, C-22/13 ss., Mascolo), fortemente dissuasive, per contrastare l'illegittimo ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato; ciò assicura la piena compatibilità comunitaria, sotto tale profilo, della disciplina nazionale» (Cass. S.U. 5072/2016 cit.), con orientamento ora avallato anche dalla Corte Costituzionale, che nel respingere la questione di legittimità inerente l'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, ha fatto espressamente leva sulla compatibilità eurounitaria delle statuizioni contenute nella citata sentenza delle S.U. (Corte Costituzionale 27 dicembre 2018, n. 248);

pertanto, il combinarsi della giurisprudenza eurounitaria, con il citato intervento delle Sezioni Unite e della Corte Costituzionale, consentono di ritenere legittimo un sistema che, in caso di abusiva reiterazione di contratti a termine, preveda quale conseguenza, nell'ambito del rapporto di diritto privato tra lavoratore e datore di lavoro, il riconoscimento di un'indennità nella misura di cui all'art. 32 cit.

infondato è d'altra parte il richiamo nelle difese dei ricorrenti a Corte di Giustizia 25 ottobre 2018, Sciotto, al fine di avvalorare la tesi del diritto alla conversione del rapporto, in quanto quella sentenza riguardava un caso specifico (lavoratori delle fondazioni lirico-sinfoniche) e giustificava la conversione sul presupposto dell'assenza nell'ordinamento di ogni altra misura sanzionatoria, al contempo richiamando come sistema legittimo (v. punto 72) quello che, per i lavoratori pubblici in genere, prevede la sanzione risarcitoria con una base svincolata da oneri probatori del danno a carico del lavoratore, secondo quanto ritenuto da Corte di Giustizia 7 marzo 2018, Santoro;

4.2. quello sopra ricostruito (divieto di conversione assistito da misure pecuniarie caratterizzate da automatismi risarcitori) è del resto, come innanzi evidenziato, il sistema vigente rispetto ai rapporti di lavoro a tempo determinato con la Pubblica Amministrazione presso la quale, secondo quanto affermato dalla già citata Cass. 4801/2019 cit., «l'eventuale violazione delle norme sul contratto a termine non può mai tradursi nella conversione del rapporto per espressa disposizione legislativa»;

venendo quindi ancor più da vicino al tenore del diritto positivo, si osserva che la norma secondo 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», salvo affinamenti mediante aggiunte inerenti la responsabilità dirigenziale, è rimasta invariata, pur nei mutamenti della sua collocazione, fin dalla prima introduzione di cui all'art. 22 d. lgs. 80/1998, fino poi a confluire nell'art. 36 d. lgs. 165/2001, al co. 2, divenuto ad oggi l'attuale comma 5;

il disposto letterale non lascia adito a dubbio alcuno ed è perentorio nel disporre che «in ogni caso» (tradotto da Cass. 4801/2019 in quell'evocativo «mai» di cui si è detto) dalle violazioni delle norme sul contratto a termine possa derivare

la costituzione di rapporti a tempo indeterminato con le medesime Pubbliche Amministrazioni; Cass. S.U. 5072/2016 cit. ha poi chiarito ulteriormente e definitivamente (punto 5) come la norma sia da considerare speciale e certamente sopravvissuta all'entrata in vigore (in allora) del d. lgs. 368/2001 e sul punto non vi è ragione di tornare;

4.3. la radice di tale divieto di conversione è tradizionalmente riportata alla necessità che, per espressa previsione costituzionale (art. 97, co., 3, Cost.) l'assunzione presso le Pubbliche Amministrazioni avvenga mediante pubblico concorso, salva la possibilità di derogare per legge a tale principio solo nei casi in cui (Cass. 30 marzo 2018, n. 7982) ciò risulti maggiormente funzionale al buon andamento dell'amministrazione e corrispondente a straordinarie esigenze d'interesse pubblico individuate dal legislatore in base ad una valutazione discrezionale, effettuata nei limiti della non manifesta irragionevolezza (vedi, per tutte, Corte Costituzionale 19 maggio 2017, n. 113; 12 maggio 2014, n. 134; 13 settembre 2012, n. 217; 27 marzo 2003, n. 89);

ciò vale ad escludere a priori che si possa ragionare di conversione allorché l'assunzione non sia avvenuta mediante concorso o selezione ad esso assimilabile e da qui il costante richiamo in tal senso di tutta la giurisprudenza, ma non significa che, a fronte di assunzioni a tempo determinato mediante concorso o selezione ad esso assimilabile, ne possa derivare, in caso di illegittimità del termine, la conversione a tempo indeterminato;

4.4. in uno dei principali interventi in materia la Corte Costituzionale, nell'escludere che il divieto di conversione in ambito di pubblico impiego fosse illegittimo proprio perché caratterizzato dalla necessità del concorso, ebbe già cura di precisare che tale affermazione veniva svolta «limitando l'esame al solo profilo genetico del rapporto, che nella specie viene in considerazione» (Corte Costituzionale 27 marzo 2003, n. 89), con ciò lasciando apertamente trapelare come la questione sulla conversione a tempo indeterminato investisse ambiti ben più ampi rispetto, appunto, a quello "genetico" del rapporto, ovverosia attinente alle modalità di selezione dei dipendenti;

al contempo si osserva come Corte Costituzionale 17 giugno 1996, n. 205, dichiarò l'illegittimità di una normativa regionale siciliana che prevedeva la stabilizzazione di borsisti di ricerca a termine, sul presupposto che l'ampliamento e rideterminazione erano stati disposti da tale normativa «in assenza di una qualsiasi istruttoria e quindi in mancanza di una preventiva acquisizione di dati di conoscenza», in violazione della «necessità che le piante organiche non vengano ampliate e nuovo personale non venga assunto nei ruoli, se non a seguito di una rilevazione dei carichi di lavoro», con sostanziale infrazione «del canone generale del buon andamento, di cui all'art. 97 Cost»;

tali principi evidenziano come il divieto di trasformazione in rapporti a tempo indeterminato dei contratti a termine illegittimi affondi più ampiamente le proprie radici all'interno dell'art. 97 Cost., sicché è limitante la prospettiva che faccia riferimento soltanto, quale espressione del buon andamento ed imparzialità di cui al co. 1 di tale norma costituzionale, al pubblico concorso ed al co. 3 della stessa norma;

4.5. muovendo dal diritto positivo, è palese come l'architettura del cl. lgs. 165/2001 si fondi su un sistema di programmazione e piani di fabbisogno (art. 6), poi richiamati come base per il reclutamento del personale (art. 35, co. 4), che palesemente verrebbe alterato dalla possibilità di conversione a tempo indeterminato di rapporti a termine sulla sola base di meri comportamenti, inevitabilmente eccentrici rispetto ad una programmazione rigorosa quale quella prevista dalla normativa, di reiterazione illegittima di contratti a tempo determinato;

quell' «in ogni caso», di cui all'art. 36, va dunque collocato in questa prospettiva, rispettosa del principio di buon andamento quale richiamato da Corte Costituzionale 205/1996 cit.;

inoltre, una diversa posizione che intendesse alterare quel quadro, sulla base di un'indiscriminata equazione tra illegittimità del termine e conversione a tempo indeterminato del rapporto, oltre a non risultare come detto necessitata sulla base della disciplina eurounitaria, finirebbe altresì, derogando senza presupposto all'art. 36 cit. ed alle citate norme (art. 6 e 35) che con esso fanno sistema, per interferire indebitamente anche con il principio di cui alla prima parte del primo comma dell'art. 97, sulla base del quale l'organizzazione della Pubblica Amministrazione è destinata a muoversi solo «secondo disposizioni di legge»;

4.6. d'altra parte, tornando perciò ancora al diritto positivo, l'attuale formulazione dell'art. 36 prevede, tra l'altro, che «per prevenire fenomeni di precariato le amministrazioni pubbliche nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per i Concorsi pubblici a tempo indeterminato» e ciononostante ribadisce (attraverso il richiamo al «rispetto delle disposizioni del presente articolo», tra cui quindi anche quella del divieto di conversione), l'impossibilità di ogni forma di conversione, sicché anche l'evoluzione della norma (l'obbligo di individuare i destinatari del rapporto a termine fra i vincitori e gli idonei di concorsi per posti a tempo indeterminato risale alla L. 125/2013, di conversione del d.l. 101/2013, art. 4) conferma che il fondamento del divieto di conversione va ricercato, oltre che nel principio del pubblico concorso, anche nei principi di efficienza e buon andamento della Pubblica Amministrazione, che impediscono la conversione, in caso di illegittimo ricorso al rapporto a termine, anche nell'ipotesi in cui il destinatario del contratto di lavoro flessibile sia stato dichiarato idoneo all'esito di una procedura concorsuale bandita per posti a tempo indeterminato;

tale dato normativo, pur successivo alla disciplina concreta applicabile *ratione temporis* alla presente fattispecie, viene tuttavia ad attestare un principio già sotteso alla precedente normativa ed in particolare al mai mutato testo dell'art. 35, co., 1, d. lgs. 165/2001;

4.7. va dunque affermato, in continuità con la sopra citata giurisprudenza di questa Corte, il principio per cui «in materia di impiego pubblico contrattualizzato nel caso di utilizzazione di contratti di lavoro flessibile, che deve sempre avvenire

ex art. 36, primo comma, del d.lgs n.165 del 2001 nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui dall'art. 35 del citato d.lgs n. 165 del 2001, la *regula iuris* secondo la quale, in ipotesi di violazione da parte delle pubbliche amministrazioni di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, non può in ogni caso comportare, ai sensi dell'originario comma 2 e poi del comma 5 dell'art.36 del richiamato d.lgs n.165 del 2001, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato non ammette eccezioni e riguarda anche l'ipotesi in cui l'individuazione del lavoratore assunto a termine, o con altre forme di lavoro flessibile, è avvenuta all'esito delle procedure di reclutamento sopra richiamate o utilizzando le graduatorie di procedure concorsuali»;

4.8. va disattesa altresì l'istanza, sempre contenuta nelle note finali, di proposizione di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, al fine di sentir valutare se le clausole 4, punto 1 e 5 e 5, punti 1 e 2, dell'Accordo Quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla Direttiva 199/70/CE, nonché gli artt. 20 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ostino ad una normativa nazionale, quale l'art. 36 d. lgs. 165/2001 la quale in caso di accertato abusivo ricorso ai contratti a termine impedisce la conversione dei rapporti, a tempo indeterminato, così discriminando i lavoratori del settore pubblico rispetto a quelli del settore privato, oltre che rispetto ad altri lavoratori del settore pubblico, per i quali la tutela sanzionatoria sarebbe rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato;

in particolare il richiamo ai lavoratori del settore privato è inconfidente in quanto, come già detto, la Corte di Giustizia ha da tempo ritenuto l'infondatezza di un raffronto in tal senso (Corte Giustizia 7 settembre 2006, Marrosu e Sardino, punto 48);

quanto invece alla asserita discriminazione rispetto ad altri lavoratori del settore pubblico, per i quali la tutela sanzionatoria sarebbe rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, il rilievo è del tutto aspecifico, essendo stato prospettato il raffronto rispetto a tredici diverse categorie di lavoratori, senza alcuna concreta analisi di dettaglio che illustri le diverse discipline e le ponga a confronto critico con quella generale di cui all'art. 36 cit., nelle sue plurime implicazioni di cui si è detto (in tal senso Corte Cost. 24812018 cit., punto 6.1);

tale generica impostazione impedisce di percepire l'effettiva sussistenza, nonostante la specialità delle categorie e delle situazioni di lavoro pubblico elencate, di tratti differenziali che, anche ove esistenti, non

discendano appunto da tali specialità, ma si manifestino come concretamente discriminatori;

l'istanza, così prospettata, non può pertanto avere corso (...)

IL COMMENTO:

a) Le fattispecie

Le due ordinanze di cassazione in esame, entrambe decise dalla camera di consiglio della sezione lavoro, ed entrambe con lo stesso presidente, presentano un contenuto diametralmente opposto in ordine alla possibilità di conversione del contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni.

L'ordinanza n.25728/18, rilevato che alcune delle successive assunzioni a tempo determinato della ricorrente da parte di un Comune erano avvenute *per chiamata diretta*, mentre altre erano avvenute *con una procedura di selezione e successiva prova attitudinale*, ha cassato la sentenza d'appello, demandando al giudice del rinvio di valutare *se le procedure selettive superate dalla ricorrente potessero, o meno, rientrare tra le procedure concorsuali pubbliche*, con conseguente possibilità di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a causa dell'illegittimità del termine apposto ai contratti individuali di lavoro.

L'ordinanza n.8671/19 invece, e pur citando espressamente cass. ord. n.25728/18, non lascia alcuno spazio: proprio nell'esordio della motivazione dichiara senza mezzi termini che la pretesa di convertire i contratti è *in ogni caso infondata*, e ciò, spiega subito dopo, perché *il divieto di tale conversione è stato costantemente affermato da questa Corte*, con la conseguenza, per giunta, che *non può quindi ritenersi che l'isolato precedente di cass. 15 ottobre 2018, n.25728, citato dai ricorrenti nelle proprie difese finali, in cui si argomenta sulla possibilità che anche nel pubblico impiego vi sia conversione a tempo indeterminato, nel caso in cui all'illegittimità del termine si associ un'originaria assunzione per il tramite di un concorso o di una selezione ad esso assimilabile, possa considerarsi l'incipit di una nuova riflessione sulla questione*.

Chi ora impugnasse una serie illegittima di contratti a termine dopo aver attraversato delle procedure selettive che possano essere qualificate come concorsuali oggi si troverebbe dunque nell'imbarazzo tra lo scommettere sullo spiraglio aperto da cass. ord. n.25728/18 o il rassegnarsi alla chiusura tranciante operata da cass. ord. n.8671/19.

Se infatti da un lato, con il principio espresso da cass. ord. n.25728/18, finiscono per essere trattate in modo deteriore le amministrazioni più virtuose, o per meglio dire, meno viziose, ossia quelle che hanno proceduto alla assunzione illegittima a tempo determinato quanto meno attraverso un simulacro di procedura

qualificabile come concorsuale, dall'altro lato l'art.97 Cost. al comma 4 nel suo tenore letterale non dispone una chiusura totale, ma si limita a precisare che *Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.*

La lettera del dettato costituzionale contiene infatti una espressa riserva di legge circa la possibilità di deroga al principio concorsuale, e implica che quando una procedura concorsuale vi sia, vi possa essere accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni.

Di più ancora: l'art.97 Cost. al comma 4 non distingue tra accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni a tempo determinato o a tempo indeterminato: a rigore, dunque, stando al tenore letterale della norma costituzionale, se ne dovrebbe concludere che non solo agli impieghi a tempo indeterminato, ma anche agli impieghi a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni si debba accedere, di regola, mediante concorso, salvi i soli casi stabiliti dalla legge: che è poi il principio espresso, sia pure solo per implicazione, da cass. ord. n.25728/18.

b) Profili processuali

L'operatore giuridico purtroppo non si meraviglia di simili contrasti, pur non riuscendo tuttavia a rassegnarsi: ad esempio, per stare nella materia del lavoro, cass. ord. 8.2.16, n.2462/16 (in *Foro it.*, 2016-I-1785) aveva statuito che in tema di somministrazione di manodopera il regime della decadenza di cui all'art.32, comma 4 L.183/10 non si applicasse ai contratti di somministrazione a tempo determinato già scaduti alla data di entrata in vigore di detta legge, in assenza di una previsione analoga a quella dettata per i contratti a termine in senso stretto.

Lo stesso giorno invece cass. 8.2.16, n.2420/16 (in *Foro it.*, *ibidem*) statuiva che il regime della decadenza di cui all'art.32, comma 4 L.183/10 si applicasse anche ai contratti di somministrazione a tempo determinato già scaduti alla data di entrata in vigore di detta legge, sulla base della *ratio* della norma.

In materia di controversia tra sostituto e sostituito d'imposta avente a oggetto il diritto di rivalsa delle ritenute alla fonte versate direttamente dal sostituto, addirittura, cass. SS.UU. 26.6.09, n.15047 (in *Foro it.* 2009-I-2322) affermava la giurisdizione delle commissioni tributarie, mentre cass. SS.UU. 26.6.09, n.15031 (in *Foro it.*, *ibidem*), lo stesso giorno, e con lo stesso presidente del collegio, affermava la giurisdizione del giudice ordinario.

Con riguardo alle ordinanze in esame, è pur vero che la seconda ordinanza è molto ben motivata: ma nel momento in cui esprime categoricamente un "no" secco e definitivo alla possibilità di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego, pur nella consapevolezza della precedente ordinanza che pure uno spiraglio aveva aperto, e nonostante il citato art.97, comma 4 Cost. non distingua tra rapporti a tempo indeterminato e a tempo determinato, vien da chiedersi quale sia nel nostro ordinamento l'organo cui è demandato il potere/dovere di dirimere i contrasti giurisprudenziali in sede di legittimità.

L'art.374 c.p.c. infatti non sembra lasciare spazi rispetto al disposto per cui devono essere decise dalle sezioni unite le questioni di diritto già decise in senso difforme dalle sezioni semplici, e per cui se la sezione semplice ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dalle sezioni unite debba rimettere la decisione del ricorso a queste ultime. E quanto alla ripartizione delle questioni tra pubblica udienza e camera di consiglio, l'art.375 c.p.c. non sembra lasciare spazi rispetto al disposto per cui i ricorsi aventi a oggetto una questione di diritto di particolare rilevanza, e a maggior ragione nel caso di contrasto giurisprudenziale, debbano essere assegnati alla pubblica udienza.

Nel caso di specie invece nessuna delle decisioni in commento è stata adottata né a sezioni unite, né a seguito di discussione in pubblica udienza, ma entrambe sono state adottate, con ordinanza, appunto, dalla camera di consiglio della sezione lavoro. Così come del resto era stato poi risolto dalla sezione lavoro, e non dalle sezioni unite, il contrasto sopra citato tra cass. 2462/16 e cass. 2420/16 in materia di somministrazione di manodopera. E così come è stato affermato dalla sezione lavoro, e non dalle sezioni unite, il principio che ha modificato dopo decenni di giurisprudenza i requisiti del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo con la sentenza cass. 25201/16.

Nel contempo, è anche altrettanto vero che molte discussioni in pubblica udienza si svolgono egualmente senza la partecipazione delle parti: e ben s'intende, quando una parte non abbia altro da aggiungere a quanto dedotto del ricorso o nel controricorso e nell'eventuale memoria; ed è pure vero quanto lamentano a volte i magistrati assegnati alla Corte di cassazione, che nella pubblica udienza a volte si sentono le parti insistere contro orientamenti ormai del tutto consolidati, senza addurre nuove ragioni per discostarsene, o limitarsi a

riportarsi a ricorsi e memorie, cosa del tutto inutile nel giudizio di cassazione.

Probabilmente sul piano applicativo sarebbe utile, senza necessità di un intervento politico da parte del legislatore, introdurre nella prassi la possibilità di proporre istanza motivata di assegnazione del ricorso alla pubblica udienza, analogamente a quanto da sempre previsto dall'art.376, comma 2 c.p.c. in materia di istanza di assegnazione del ricorso alle sezioni unite, e ciò anche a breve distanza dalla notifica del ricorso e del controricorso, onde facilitarne lo smistamento alle sezioni.

In fondo, sin dall'emanazione del D.Lgs. 546/92 nel processo tributario di I e II grado la parte ha il diritto di chiedere la trattazione del ricorso in pubblica udienza, con istanza introdotta sia nel ricorso, sia successivamente, in difetto della quale il ricorso viene trattato in camera di consiglio. E nel procedimento dinanzi alla CGUE è istituzionalizzata la facoltà della parte di proporre istanza motivata di fissazione della discussione in pubblica udienza.

c) Profili sostanziali: il contesto normativo

Sul piano sostanziale, il codice civile si occupa del contratto a tempo determinato soltanto indirettamente agli artt.2118 e 2119, laddove prevede la possibilità di recesso dal contratto prima della scadenza del termine soltanto all'art.2119, e dunque per giusta causa, mentre l'art.2118 si occupa del recesso con preavviso soltanto con riguardo al contratto a tempo indeterminato.

In quello che la giurisprudenza amministrativa chiama l'impiego privato, con la L.230/62 sono state introdotte specifiche ipotesi di costituzione di contratti a tempo determinato, con limiti severi anche in ordine alla durata del rapporto e alla possibilità di proroga. L'art.23 L.56/87 ha poi introdotto la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre ulteriori ipotesi di costituzione di contratti a termine. Dopo l'emanazione della Direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, e senza peraltro che la Direttiva imponesse all'Italia alcunché, dato che il diritto nazionale presentava già i requisiti richiesti dalla Direttiva in materia, il secondo governo Berlusconi, da poco entrato in carica, con il D.Lgs. 6.9.01, n.368 eliminava il sistema della tipizzazione delle causali, con il solo limite della specificazione nel contratto individuale di lavoro delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive che avessero determinato l'apposizione del termine al contratto individuale di lavoro e con precisi limiti alla proroga e alla reiterazione dei contratti.

Tralasciando altre norme secondarie che nel frattempo avevano introdotto specifiche disposizioni in materia, e tralasciando il vuoto normativo che tuttora caratterizza alcuni settori, come si è visto nel caso degli enti lirici, il governo Renzi, appena entrato in carica, con il D.L. 34/14 eliminava del tutto la necessità di specificazione delle c.d. causali che avevano dato luogo all'apposizione del termine al contratto, e che servivano a garantire la possibilità di controllo da parte del giudice della loro effettività e immutabilità, ed estendeva la possibilità di proroga, che già nel frattempo era stata estesa dal governo Monti-Forniero con la L.92/12. Un passo nella direzione contraria è stato fatto poi dal governo Conte con il D.L. 87/18, c.d. decreto dignità, con il quale sono stati posti alcuni limiti al sostanziale liberismo nei contratti a termine e nelle somministrazioni di manodopera che era stato realizzato dal governo Renzi con il D.L. 34/14.

In quello che fino alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego di cui al D.Lgs. 29/93 veniva invece chiamato il rapporto di pubblico impiego, e che successivamente è stato chiamato rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il T.U. 3/57 prevedeva la possibilità di incarichi a tempo determinato soltanto all'art.56, nel caso di comando presso altra amministrazione di pubblici dipendenti già in ruolo a tempo indeterminato e in via eccezionale, per riconosciute esigenze di servizio o quando fosse richiesta una speciale competenza, e all'art.380, nel caso di conferimento di speciali incarichi, correlati a esigenze speciali a livello ministeriale o a problemi che richiedessero una particolare competenza tecnica. Successivamente, l'art.7, comma 6 della L.554/88, integrato dal D.P.C.M. 127/89, ha poi introdotto specifiche ipotesi di costituzione di rapporti a tempo determinato.

La norma chiave, cui si richiamano anche le due ordinanze in commento, è stata l'art.36 del D.Lgs. 165/01, con il quale sono state disciplinate le modalità di assunzione a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e al comma 5 si prevede che *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.

d) Evoluzione giurisprudenziale

L'evoluzione giurisprudenziale che ne è seguita è stata diffusamente ricostruita dal relatore di cass. ord. 8671/19 al punto 4. della motivazione, sopra riportato per esteso.

Vale la pena di ricordare che tale evoluzione non è stata affatto pacifica: sin dall'epoca dell'emanazione dell'art.36 D.Lgs. 165/01, infatti, nella giurisprudenza di merito si sono registrate decisioni "dissidenti" circa l'impossibilità di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni nel caso di violazione delle norme che disciplinano il rapporto a tempo determinato.

Tra le molte, si possono vedere Trib. Lav. Siena 27.9.10 (in *Guida al dir.* 2010,49-50,45, con nota di Tatarelli), Trib. Lav. Livorno 25.1.11, Trib. Trani 15.3.12. Ma chi ha letto attentamente cass. ord. 8671/19 avrà rilevato che anche in quel caso il giudice di I grado aveva disposto la conversione del rapporto dei tre ricorrenti alle dipendenze della ASL convenuta. Conversione poi negata dalla corte territoriale, e definitivamente stroncata dall'ordinanza in commento.

e) Il risarcimento è dissuasivo?

Quello che occorre chiedersi però è se il (mero) risarcimento del danno costituisca sanzione di carattere dissuasivo, ossia *un apparato sanzionatorio non solo proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme stesse*, come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria che ha salvato la norma nazionale che esclude la conversione del contratto e citata dalla stessa cass. ord. 8671/19.

Al riguardo una riflessione si impone.

È dissuasiva una sanzione *nella misura e nei limiti di cui alla l. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, e quindi nella misura pari ad un'indennità onnicomprensiva tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella l. n. 604 del 1966, art. 8*, secondo i termini di cass. SS.UU. 5072/16, richiamata anche da cass. ord. 8671/19?

La sentenza Santoro del 7.3.18 della CGUE richiede pur sempre che una normativa interna che si limiti a sanzioni di tipo risarcitorio *sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.*

Tuttavia non esiste uno *standard* europeo di dissuasività; e anche all'interno dello stesso paese, il carattere dissuasivo o meno di una sanzione giuridica apprestata dall'ordinamento per la violazione di una norma primaria può variare nel tempo e in una regione rispetto all'altra. E proprio questa pare la ragione per cui la CGUE rimette la valutazione del carattere *sanzionatorio effettivo e dissuasivo* al giudice nazionale.

Dalla sentenza Santoro della CGUE la Corte costituzionale italiana con la sentenza n.248/18 ha tratto che *La decisione, in sostanza, ha ritenuto la compatibilità eurolunitaria delle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite civili, 15.3.16 n.5072 ... che, dopo aver ribadito il divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato, ha affermato che il dipendente pubblico, a seguito della reiterazione illegittima dei contratti a termine, ha diritto al risarcimento del danno previsto dall'art.36, comma 5 del D.Lgs. 165/01, con onere dall'onere probatorio, nella misura e nei limiti di cui all'art.32, comma 5 L.183/10.*

Vi è tuttavia da osservare che la stessa Corte costituzionale italiana con le sentenze nn.303/11 e 226/14 aveva salvato la riduzione a un importo compreso tra le 2,5 e le 12 mensilità dell'indennità risarcitoria per i contratti a termine illegittimi introdotta dall'art.32, comma 5 L.183/10 per il rapporto di impiego privato solo perché *l'art.32, comma 5, citato non si limita a forfettizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma va ad integrare la garanzia della conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, che costituisce la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario.*

Elemento che invece difetta totalmente per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Ma quand'è che un apparato sanzionatorio può dirsi *effettivo e dissuasivo*? Quando dissuade dal commettere l'illecito. Cioè quando funziona.

Riesce dunque ben difficile determinarlo a priori. Soltanto in fase applicativa si potrà dunque verificare, a posteriori, se un'indennità risarcitoria limitata all'importo previsto dall'art.32, comma 5 L.183/10 sia effettivamente idonea ad arrestare il fenomeno del dilagare dei contratti a termine senza limitazione nelle pubbliche

amministrazioni.

Vale la pena peraltro di rilevare che da un lato l'art.36, comma 5 del D.Lgs. 165/01 si limita a disporre che *Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative*. In tal modo non propone dunque alcun criterio di commisurazione del danno.

Dall'altro lato, un parametro normativo alternativo oggi esiste nel nostro ordinamento, ed è costituito dall'indennità risarcitoria prevista per i rapporti di impiego privato costituiti dopo il 7.3.15 alle dipendenze di imprese aventi i requisiti dimensionali per l'applicabilità della *ex* tutela reale, portato dal D.L. 87/18, c.d. decreto dignità, a una misura da 6 a 36 mensilità ed esteso dalla Corte costituzionale con la sentenza n.194/18 a tutti i rapporti di impiego privato aventi tali caratteristiche, indipendentemente dall'anzianità di servizio.

Se dunque il fenomeno del dilagare dei contratti a termine illegittimi alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni non dovesse rientrare, o peggio, se si dovesse allargare ulteriormente, ben si potrebbe adottare tale più severo parametro sanzionatorio. E per far ciò non occorrerebbe, anche in questo caso, alcun ulteriore intervento politico del legislatore: basta applicare con maggiore severità l'art.36, comma 5 D.Lgs. 165/01 e rendere *effettivo e dissuasivo* l'apparato risarcitorio, come imposto dalla CGUE.

In fondo, la Corte costituzionale italiana in materia di fine vita con l'ord. n.207/18 Cappato si è spazientita della situazione normativa e giurisprudenziale che regola la materia e ha introdotto il metodo della *incostituzionalità prospettata*, ponendo al legislatore un termine di circa un anno, entro il quale il parlamento potrà adempiere alla propria funzione legislativa, ma superato il quale scatterà una pronuncia di incostituzionalità (si veda al riguardo il commento del Presidente Lattanzi in *Foro it.* 2019-V-263/265).

Non sia mai che anche la CGUE abbia a spazientirsi nella materia che qui ci occupa e ad adottare un metodo analogo.

f) E il danno erariale?

Un'ultima annotazione sul danno erariale.

È pur vero che l'art.36, comma 5 del D.Lgs. 165/01 prevede una limitazione della responsabilità risarcitoria dei funzionari resisi colpevoli della costituzione di rapporti a tempo determinato illegittimi, disponendo che *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*.

Ma questo non può essere interpretato come un incentivo all'illegalità.

A fronte del persistente dilagare del fenomeno della reiterazione dei contratti a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, sarebbe invece auspicabile anche una correlativa estensione in sede applicativa della responsabilità risarcitoria per danno erariale, estendendo il concetto di *colpa grave*, quanto meno a cominciare dai casi più eclatanti. Basterebbero alcuni casi esemplari, riportati dalle riviste giuridiche e dagli organi di stampa ...

Anche questa, in fondo, sarebbe una misura che potrebbe contribuire a rendere l'apparato sanzionatorio nazionale *effettivo e dissuasivo*. E anche questa, come la precedente, non richiederebbe alcun ulteriore intervento politico da parte del legislatore, e anzi presenterebbe il vantaggio di non arrecare alcun onere ulteriore alla spesa pubblica.

Se l'apparato sanzionatorio non è *effettivo e dissuasivo*, il male non si può estirpare.

Con dei correttivi applicativi in ordine alla misura del risarcimento e al danno erariale si può dunque ridimensionare il fenomeno del dilagare del tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni senza bisogno di interventi normativi, cioè senza bisogno di invocare un intervento politico da parte del legislatore.