



Data di ricevimento : 23/03/2017



Numero di ruolo pubblicato	:	C-494/16
Numero dell'atto	:	12
Numero di registro	:	1039122
Data di deposito	:	04/01/2017
Data di iscrizione nel registro	:	05/01/2017
Tipo di atto	:	Osservazioni

	:	Atto
Riferimento del deposito effettuato tramite e-Curia	:	DC66721
Numero del file	:	1
Autore del deposito	:	Gattinara Giacomo (R183741) Commission



COMMISSIONE EUROPEA

SERVIZIO GIURIDICO

Bruxelles, 4 gennaio 2017

Sj.j (2016) 7771418

Documenti relativi a procedimenti giurisdizionali

ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

OSSERVAZIONI SCRITTE

Presentate, ai sensi dell'art. 23, secondo comma, dello Statuto della Corte di giustizia dalla

COMMISSIONE EUROPEA

rappresentata dai Sigg.ri Michel van BEEK, consigliere giuridico, e Giacomo GATTINARA, membro del Servizio giuridico, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Bruxelles, presso il *Greffe Contentieux* del Servizio giuridico, BERL 1/169, 200, Rue de la loi, B-1049, che accettano che le notifiche siano loro inviate per e-curia,

nella causa C-494/16

Santoro

c.

Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei ministri

avente per oggetto una questione pregiudiziale posta dal Tribunale di Trapani e relativa all'interpretazione delle clausole 1, *sub b*, e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (in GUUE L 175 del 10.7.1999, p. 43, di seguito la “*direttiva 1999/70/CE*”).

1. Con ordinanza del 5 settembre 2016, il Tribunale di Trapani, in funzione di Giudice del Lavoro (di seguito la "giurisdizione di rinvio" o il "giudice *a quo*"), ha chiesto alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sull'interpretazione delle clausole 1, *sub b*, e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE.
2. I quesiti posti dal giudice *a quo* traggono origine da una controversia sorta tra la Sig.ra Giuseppa Santoro e il Comune di Valderice, in merito alla successione di contratti di lavoro tra essi conclusi e aventi ad oggetto prestazioni lavorative svolte senza interruzione per venti anni, dal 1996 al 2016.
3. La giurisdizione di rinvio si chiede, in sostanza, se, da un lato, stante la natura abusiva del ricorso al contratto a tempo determinato nel caso di specie, circostanza che sembra pacifica nel giudizio principale, sia compatibile con il diritto dell'Unione una tutela risarcitoria del dipendente pubblico costituita da un numero limitato di mensilità di retribuzione e da un'ulteriore eventuale integrazione costituita dal risarcimento per perdita di "chance" e, dall'altro, se tale tutela debba prevedere anche la corresponsione del valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.
4. La Commissione europea (di seguito "la Commissione") si pregia di presentare alla Corte le seguenti osservazioni.

1. Ambito normativo

1.1. Diritto UE

5. Ai sensi della clausola 1 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE:

"L'obiettivo del presente accordo quadro è

a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione;

b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato".

6. Ai sensi della clausola 5 del detto accordo quadro:

"1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:

a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;

c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.

2. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, e/o le parti sociali stesse dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato:

a) devono essere considerati "successivi";

b) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato".

1.2. Diritto nazionale

7. Secondo l'art. 5, comma 4 bis del decreto legislativo ("d. lgs.") 6 settembre 2001 n. 368, che ha recepito la direttiva 1999/70/CE nell'ordinamento italiano, e che era applicabile all'epoca dei fatti¹:

"Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2 [...]".

8. Tale disposizione è stata in seguito abrogata e sostituita con una di contenuto sostanzialmente identico, che è l'art. 19 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81², ai sensi del quale, superato il limite dei trentasei mesi per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e

¹ "Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES", In Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (GURI) n. 235 del 9/10/2001.

² Recante "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183" in GURI n. 144 del 24/06/2015, Supplemento ordinario (SO) n° 34.

categoria legale, *"il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento"*.

9. Inoltre, ai sensi dell'art. 36 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165³:

"1. Per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato [...]."

2. Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale le amministrazioni pubbliche possono avvalersi 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, nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti [...]."

5. 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 [...]".

10. Tale disposizione è tuttora in vigore secondo l'art. 29, comma 4, del d. lgs 81/2015.

11. L'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010 n. 183⁴, applicabile al tempo dei fatti di causa nel procedimento principale, stabilisce che:

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

12. La disposizione da ultimo citata è stata in seguito abrogata e sostituita con l'art. 28, par .2, del d. lgs. 81/2015, ai sensi del quale:

"Nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8"

³ "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", in GURI n. 106 del 9/05/2001, SO n. 112.

⁴ "Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l'impiego, di incentivi all'occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro", in GURI n. 262 SO del 9/11/2010.

della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro".

13. Secondo l'art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604⁵:

"Quando risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. La misura massima della predetta indennità può essere maggiorata fino a 10 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai dieci anni e fino a 14 mensilità per il prestatore di lavoro con anzianità superiore ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro".

2. Il giudizio di rinvio

2.1 La sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 e i dubbi del giudice nazionale

14. La causa da cui traggono origine i quesiti pregiudiziali in oggetto è stata instaurata dalla Sig.ra Santoro contro il Comune di Valderice in merito all'abuso che, secondo la ricorrente nel giudizio principale, il Comune avrebbe commesso nella conclusione e nelle successive proroghe di un contratto di lavoro a termine. Più precisamente, gli effetti dell'ultimo contratto, concluso il 4 ottobre 2010 e prorogato tre volte, sono cessati al 31 dicembre 2016, e questo dopo che la Sig.ra Santoro aveva lavorato per il detto Comune dal 1996 al 2002 come lavoratore socialmente utile e, dal 2002 fino al 2010, come impiegata con un contratto di collaborazione coordinata e continuativa.

15. La particolarità del giudizio di rinvio consiste nel fatto che, ai sensi dell'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, la violazione reiterata del divieto per la pubblica amministrazione di concludere un contratto di lavoro a tempo determinato⁶ non può dar luogo alla

⁵ "Norme sui licenziamenti individuali" in GURI n. 195 del 6/8/1966.

⁶ Violazione risultante dal fatto che, secondo l'art. 36, comma 1, d. lgs. 165/2001, la pubblica amministrazione può concludere solo contratti di lavoro "a tempo indeterminato"; non è dato sapere, stante la mancanza di chiare indicazioni nell'ordinanza di rinvio quanto alle "forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego" di cui al comma 2 di tale articolo, se dette "forme contrattuali" si risolvano anche nella possibilità di concludere contratti a termine; tuttavia, se anche questo fosse il caso, il ricorso successivo a detti contratti a termine – conclusi secondo tali "forme contrattuali" – deve essere oggettivamente giustificato secondo ragioni oggettive (cfr. il punto 25 delle presenti osservazioni scritte) pena la sua abusività.

trasformazione del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato; conseguentemente, un lavoratore s come la ricorrente nel giudizio principale non può chiedere altro che il risarcimento del danno.

16. Quanto all'oggetto di tale risarcimento, esso è limitato, ai sensi dell'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, al pagamento di un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 8 della l. 604/1966. Secondo quanto rilevato dal giudice del rinvio, tale risarcimento sostituisce solo le retribuzioni che sarebbero state percepite "*nelle more*" dell'accertamento delle ragioni del lavoratore, posto che, come appena rilevato, i lavoratori subordinati della pubblica amministrazione che si vedono opporre la fine del proprio rapporto per cessazione degli effetti del contratto non possono domandare la trasformazione di detto rapporto in rapporto a tempo indeterminato⁷.
17. Posta tale evidente asimmetria rispetto alla tutela dei lavoratori che prestano la propria attività lavorativa alle dipendenze di privati, e stante una giurisprudenza nazionale non sempre coerente sulle forme di risarcimento del danno invocabili dai lavoratori che concludono un contratto con la pubblica amministrazione⁸, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno stabilito, con sentenza n. 5072/2016 del 15 marzo 2016, di cui il giudice del rinvio riporta ampi stralci nella propria ordinanza e che è comunque pubblicamente accessibile⁹, oltre che presente nel fascicolo nazionale, che, in caso di ricorso a contratti a termine da parte di una pubblica amministrazione, ricorso illegittimo stante il divieto di cui all'art. 36, comma 1, d. lgs. 165/2001, a parte l'attivazione di meccanismi di rivalsa nei confronti dei dirigenti responsabili, il lavoratore danneggiato ha diritto, in aggiunta alla ricordata indennità forfettaria, ad un risarcimento del danno da perdita di "*chance*". Tale perdita deriverebbe dal fatto che l'impiego a termine può aver fatto "*perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile*"¹⁰.
18. La particolarità della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 risiede nel fatto che, come opportunamente rilevato dal giudice del rinvio¹¹, essa è stata resa nel procedimento

⁷ Ordinanza di rinvio, fine del punto 3.

⁸ La Commissione ha aperto al riguardo una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica italiana (caso NIF 2014/4231).

⁹ Al sito http://www.tribunale.napolinord.giustizia.it/documentazione/D_8354.pdf

¹⁰ Ordinanza di rinvio, pag. 11.

¹¹ *Ibidem*, pag. 12.

nel quale, in primo grado, il giudice di merito – il Tribunale di Genova – aveva chiesto alla Corte di giustizia se fosse compatibile con il diritto dell’Unione l’esclusione della trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato della successione di contratti a termine conclusi con la pubblica amministrazione. La Corte, nella sentenza *Marrosu e Sardino*¹², aveva risposto che una tale esclusione non era incompatibile con le clausole dell’accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, purché l’ordinamento prevedesse l’applicazione di “*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*”.

19. Orbene, anche al fine di chiarire la portata delle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio, è bene ricordare che, a seguito della sentenza della Corte di giustizia *Marrosu e Sardino*, il Tribunale di Genova, che aveva sollevato la questione pregiudiziale, aveva accordato ai lavoratori danneggiati non solo un risarcimento del valore minimo di cinque mensilità, ma anche una “indennità sostitutiva della reintegrazione”, pari a quindici mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, e ciò in virtù dell’art. 18, commi 2 e 3 della legge 20 maggio 1970, n. 300¹³. Tale decisione era stata espressamente confermata dalla Corte di appello di Genova, la quale l’aveva ritenuta rispondente alla necessità di rafforzare la tutela del lavoratore del settore pubblico, in linea con quanto rilevato dalla Corte nella citata sentenza *Marrosu e Sardino*¹⁴.
20. Per contro, all’esito del proprio giudizio, nella sentenza n. 5072/2016 le Sezioni Unite hanno considerato come “*incongruo*” il rimedio individuato dal Tribunale di Genova e basato sulla disciplina del licenziamento illegittimo, ossia sulla precitata “*indennità sostitutiva della reintegrazione*” di cui all’art. 18 della l. 300/1970¹⁵, e ciò in quanto, secondo le Sezioni Unite, chi conclude un contratto con la pubblica amministrazione non può perdere il posto di lavoro, che è conseguibile solo mediante pubblico concorso.
21. Secondo il giudice del rinvio, l’integrazione apportata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione mediante la sentenza n. 5072/2016, e ricordata al punto 17 delle presenti

¹² Sentenza *Marrosu e Sardino c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*, C-53/04, EU:C:2006:517, punto 57.

¹³ “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*”, In GURI 27/05/1970, n. 131; cfr. il punto 1, della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016.

¹⁴ Punto 2, in fine, della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016.

¹⁵ *Ibidem*, punto 16, ultimo paragrafo.

osservazioni scritte, non sarebbe pienamente rispondente alle esigenze indicate dalla Corte nella sentenza *Marrosu e Sardino*, attesa, tra l'altro, l'evidente disparità di trattamento tra lavoratori subordinati che concludono un contratto con una pubblica amministrazione e quelli che lo concludono con un soggetto privato. In particolare, il giudice del rinvio osserva che, quanto al risarcimento mediante indennità forfettaria ex art. 32, comma 5, della l. 183/2010, l'esonero da ogni onere probatorio, che secondo le Sezioni Unite sarebbe una misura di favore per il lavoratore che ha concluso un contratto con una pubblica amministrazione, sussiste già per quanto riguarda i lavoratori che concludono un contratto di lavoro subordinato con un soggetto privato. In merito al risarcimento del danno per perdita di "chance", esso sarebbe del tutto teorico, non essendo possibile stabilire in che termini il lavoratore possa far valere un diritto al risarcimento del danno in presenza, ad esempio, di un bando di concorso organizzato dall'amministrazione o di altre proposte di impiego a tempo indeterminato¹⁶.

2.2. I quesiti pregiudiziali

22. Tanto premesso, il Tribunale di Trapani ha sollevato le questioni pregiudiziali seguenti:

“1) Se rappresenti misura Equivalente ed Effettiva, nel senso di cui alle pronunce della Corte di giustizia Mascolo (C-22/13 e riunite) e Marrosu (C-53/04), l’attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell’ultima retribuzione (art. 32 co. 5° L. 183/2010) al dipendente pubblico, vittima di un’abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l’integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto.

2) Se, il principio di Equivalenza menzionato dalla Corte di Giustizia (tra l’altro) nelle dette pronunce, vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato”.

¹⁶ Pagg. 16 e 17 dell’ordinanza di rinvio.

3. La risposta alle questioni pregiudiziali

3.1. Osservazioni preliminari sulla natura abusiva del ricorso della pubblica amministrazione italiana alla contrattazione a termine nel caso di specie

23. Prima di pronunciarsi sulla risposta ai quesiti sollevati dal giudice del rinvio, la Commissione ritiene utile precisare un punto preliminare, utile a definire la portata, per l'ordinamento nazionale, degli obblighi derivanti dalla clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE.
24. Le questioni sollevate dal giudice del rinvio riguardano infatti degli aspetti su cui i giudici italiani sembrano richiedere una chiara indicazione, dimostrando dunque l'utilità della risposta della Corte¹⁷: come conferma anche la sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, la giurisprudenza dei giudici italiani è divisa sull'orientamento da seguire e, soprattutto, la soluzione infine sancita dalle Sezioni Unite non sembra essere considerata come soddisfacente dagli stessi giudici di merito, che la devono applicare.
25. È essenziale dunque precisare, anzitutto, in che termini sussista, nel caso di specie, un abuso ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro, essendo evidente che i contratti di lavoro conclusi dalla Sig.ra Santoro con il Comune di Valderice ricadono nel campo di applicazione dell'accordo quadro ai sensi della clausola n. 2 di questo¹⁸. Secondo il par. 1 della clausola 5, sussiste un abuso ove vi sia un utilizzo successivo dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di ragioni oggettive¹⁹.
26. Come risulta dall'esposizione dei fatti di causa, la Sig.ra Santoro è stata alle dipendenze del Comune di Valderice per sei anni e, se si considerano anche gli altri contratti conclusi con lo stesso ente in precedenza e senza interruzione, per ben vent'anni, ossia a far data dal 1996. Il giudice del rinvio, cui incombe l'accertamento dei fatti, considera che una tale situazione integri una fattispecie di abuso posto che, nei propri quesiti, interroga la Corte sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dei rimedi previsti dall'ordinamento italiano per farvi fronte.
27. La Commissione condivide tale valutazione del giudice nazionale: in circostanze del genere, l'uso della contrattazione a termine sembra essere strumentale alla necessità di far

¹⁷ Ordinanza *Affatato*, C-3/10, EU:C:2010:574, punto 56.

¹⁸ Cfr. punto 1 dell'ordinanza di rinvio.

¹⁹ In tal senso anche il n. 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro.

fronte a bisogni di carattere ricorrente e continuativo. Esso è dunque abusivo ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro²⁰.

28. È dunque rispetto a tale situazione di abuso ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro che occorre chiedersi se i rimedi risarcitori per farvi fronte, posta l'assenza di sanzioni previste dal diritto dell'Unione, siano compatibili con le esigenze precisate dalla Corte di giustizia, nel senso di non essere meno favorevoli dei rimedi azionabili per far fronte a situazioni simili di diritto interno (principio di equivalenza) e di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione (principio di effettività)²¹.
29. Secondo quanto ricordato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 5072/2016, cui è indispensabile riferirsi poiché il giudice del rinvio dovrebbe applicarne i principi come giudice di merito, purché detti principi siano compatibili con il diritto dell'Unione²², tali rimedi risarcitori sono, nel caso di specie: a) l'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto dei criteri di cui all'art. 8 della l. 604/1966 e b) il risarcimento dell'ulteriore eventuale danno per perdita di "chance".

3.2. Risposta alla prima questione.

3.2.1. La compatibilità condizionata con il principio di equivalenza della tutela risarcitoria come configurata nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 per il caso di ricorso abusivo alla contrattazione a termine

30. La Commissione rileva anzitutto come il giudice del rinvio intenda il principio di equivalenza come riferito all'equivalenza dei rimedi esperibili da parte di lavoratori appartenenti a categorie diverse ossia, come nel caso di specie, i lavoratori che concludono un contratto di lavoro con un privato e quelli che concludono tale contratto con la pubblica amministrazione. Conseguentemente, secondo il giudice *a quo*, stante la similarità tra tali due categorie di lavoratori, i rimedi derivanti dal ricorso abusivo alla contrattazione a termine dovrebbero essere altrettanto simili.

²⁰ Sentenza *Adeneler e a.*, C-212/04, EU:C:2006:443, punto 99.

²¹ *Ibidem*, punto 95.

²² Sentenza *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 40.

31. La Commissione non condivide questa premessa posto che, recentemente, la Corte ha confermato non solo che l'accordo quadro, e segnatamente la sua clausola 5, è compatibile con l'esistenza di più categorie distinte di lavoratori, ma anche che i rimedi per i lavoratori appartenenti a tali categorie possono essere altrettanto diversi²³.
32. Ne consegue che la compatibilità con il principio di equivalenza dei rimedi risarcitori indicati nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 non va accertata alla luce di quanto previsto dal diritto italiano per i rimedi azionabili dai lavoratori danneggiati da un ricorso abusivo alla contrattazione a termine commesso da un datore di lavoro privato, ma alla luce di quanto previsto dal diritto nazionale per casi simili, ma riguardanti la medesima categoria di lavoratori della pubblica amministrazione.
33. Il giudice nazionale, solo competente a interpretare il diritto nazionale, dovrà dunque ricercare eventuali rimedi simili che siano azionabili da lavoratori appartenenti al settore pubblico, ricordando che, per costante giurisprudenza, due rimedi sono simili quando hanno il medesimo oggetto²⁴. Nel caso di specie, detto oggetto è il risarcimento del danno per comportamento abusivo del datore di lavoro pubblico.
34. Sotto tale profilo, il rimedio del risarcimento del danno, consistente nella corresponsione dell'indennità forfettaria di cui all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, integrato da un eventuale risarcimento del danno per perdita di "chance", potrebbe essere compatibile con il principio di equivalenza ove tale rimedio non sia meno favorevole rispetto a rimedi previsti per casi simili nell'ordinamento italiano. Spetta tuttavia al giudice nazionale, solo competente ad interpretare il diritto nazionale, svolgere un simile accertamento.

3.2.2. La compatibilità condizionata con il principio di effettività della tutela risarcitoria come configurata nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 per il caso di ricorso abusivo alla contrattazione a termine

35. Quanto all'effettività dei rimedi indicati nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, la Corte ha già stabilito che, se uno Stato membro decide di sanzionare una violazione del diritto dell'Unione mediante il rimedio del risarcimento del danno, tale risarcimento dev'essere anzitutto efficace ed avere idoneo effetto dissuasivo nel senso di consentire: a)

²³ Sentenza *Martínez Andrés e a.*, cause riunite C-184/15 e C-197/15, EU:C:2016:680, punti 40-41 e 48.

²⁴ *Transportes Generales Urbanos*, C-118/08, EU:C:2010:39, punti 36 e 45; *Levez*, C-326/96, EU:C:1998:577, punti 43 e 44.

una riparazione adeguata del danno subito; b) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore ad un risarcimento solo simbolico²⁵.

36. In merito all'adeguatezza del risarcimento rispetto al danno subito, va anzitutto ribadita l'evidente sproporzione che esiste, nel caso di specie, tra la possibile entità dell'abuso del ricorso alla contrattazione a termine, il quale può avere prodotto i suoi effetti per un periodo di venti anni, come dimostrano i fatti del procedimento principale, e il limite massimo dell'indennità forfettaria di cui all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, che non può superare il pagamento di dodici mensilità di retribuzione.
37. Una tale evidente disparità potrebbe limitare fortemente l'efficacia dissuasiva di tale risarcimento per la pubblica amministrazione quanto all'ulteriore ricorso abusivo alla contrattazione a termine e, soprattutto, potrebbe svilire la sanzione del precedente abuso commesso dall'amministrazione.
38. Si aggiunga ancora che, in assenza di chiare indicazioni sul punto nell'ordinanza di rinvio, il pagamento dell'indennità forfettaria di cui all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010 non sembrerebbe essere parametrato, sempre e comunque, al massimo ivi previsto di dodici mensilità; secondo le Sezioni Unite, sembrerebbe che il giudice debba considerare quale entità monetaria dare all'indennità in questione a seconda dei casi, con la conseguenza che anche un ammontare molto limitato, corrispondente a un numero di retribuzioni inferiore, ad esempio, a cinque, potrebbe essere comminato in presenza di un abuso nel ricorso alla contrattazione a termine che si sia prolungato anche per dieci anni.
39. In tal senso, l'effettività del rimedio risarcitorio in questione sembrerebbe particolarmente ridotta alla luce di quanto accade, ad esempio, per i lavoratori subordinati che subiscono uno stesso abuso ma in contratti di lavoro conclusi con un privato: il lavoratore del settore privato potrà ottenere un risarcimento del danno, consistente nell'indennità sopra ricordata, che serve però solo a compensare l'attesa della conversione del proprio rapporto di lavoro in rapporto a tempo determinato, conversione che opera automaticamente dopo che la durata del contratto di lavoro ha superato i trentasei mesi. Per contro, per un abuso anche ben più grave del prolungamento del contratto di lavoro oltre il trentaseiesimo mese, come nel caso di specie, in cui il rapporto di lavoro è

²⁵ Sentenze *Von Colson e Kamann*, 14/83, EU:C:1984:153, punto 28 ; *Marshall II*, C-271/91, EU:C:1993:335, punto 26 e *Arjona Camacho*, C-407/14, EU:C:2015:831, punto 33.

sussistito per venti anni, il lavoratore potrà utilizzare esclusivamente gli stessi e identici parametri, relativi al minimo e al massimo dell'indennità forfettaria appena ricordata, ma questo sarà tutto quello che potrà ottenere. Ed infatti, da un lato, egli non ha alcun diritto alla trasformazione del proprio rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato ex art. 36, comma 5, d. lgs 165/2001 e, dall'altro, il risarcimento del danno per perdita di "chance" è un rimedio del tutto eventuale.

40. Quanto alla condizione per cui il risarcimento deve permettere un ristoro integrale della perdita subita, è di tutta evidenza che l'indennità prevista all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010 è di natura forfettaria, ossia essa si sostanzia nel pagamento di una somma di denaro determinata, il cui ammontare è sempre compreso tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenuto conto dei "criteri" di cui all'art. 8 della l. 604/1966. Sebbene detti criteri si riferiscano anche al "comportamento" del datore di lavoro, e dunque potrebbero consentire la presa in considerazione anche della durata dell'abuso, tale risarcimento, risolvendosi nel pagamento di un'indennità forfettaria, non sembrerebbe conforme alla necessità di assicurare un ristoro integrale del danno.
41. In merito all'ulteriore rimedio del danno per perdita di "chance", è certo vero che si tratta di un rimedio che si aggiunge all'indennità forfettaria. Tuttavia, la Corte vi si è già pronunciata nel caso *Papalia*²⁶, nel quale ha sottolineato come l'assenza di presunzioni nel consentire la prova della perdita di "chance" per il lavoratore possa impedire di considerare tale ulteriore risarcimento come una forma di rimedio adeguata per sanzionare l'abuso del ricorso alla contrattazione a termine. Si aggiunga anche che, nell'ordinanza di rinvio, il giudice *a quo* ha espresso delle forti perplessità sulla concreta esperibilità di tale ulteriore risarcimento del danno²⁷, e la Commissione considera che tali rilievi sono pienamente fondati, soprattutto perché non sembra che le Sezioni Unite abbiano fornito gli ulteriori elementi richiesti dalla Corte in *Papalia* quanto al danno per perdita di "chance": come rilevato dal giudice del rinvio²⁸, le Sezioni Unite non hanno escluso la necessità di un onere della prova per il danno da perdita di "chance".

²⁶ Ordinanza *Papalia*, C-50/13, EU:C:2013:873, punti 26, 32 e 34.

²⁷ Pagg. 26 e 27 dell'ordinanza di rinvio.

²⁸ *Ibidem*.

42. A ciò va aggiunto che tale ulteriore risarcimento non parrebbe essere una forma effettiva di tutela, nella misura in cui la perdita di "chance" è situazione del tutto eventuale, che non può ritenersi dimostrata per il solo fatto di lavorare, seppure a termine, per la pubblica amministrazione.
43. Infine, quanto alla condizione per cui il risarcimento del danno deve andare al di là di una compensazione solo simbolica della perdita subita, va sottolineato che, come opportunamente messo in rilievo dal giudice nazionale, la corresponsione dell'indennità forfettaria in parole non è un vero e proprio risarcimento del danno, ma è prevista dall'art. 32, comma 5, della l. 183/2010 solo come misura di accompagnamento della conversione del contratto in contratto a durata indeterminata, poiché serve a garantire al lavoratore la continuità nella corresponsione della propria remunerazione "*nelle more*" dell'accertamento della natura abusiva del ricorso alla contrattazione a termine²⁹.
44. In presenza di tali circostanze, i rimedi indicati dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 5072/2016 non sembrerebbero, almeno *prima facie*, consentire l'esercizio del diritto al risarcimento del danno per ricorso abusivo alla contrattazione a termine in maniera conforme al principio di effettività, a tal punto che, così come configurata, detta tutela risarcitoria parrebbe rendere praticamente impossibile al lavoratore di ottenere completa e adeguata riparazione per la precarizzazione conseguente all'abuso commesso dalla pubblica amministrazione, specie se si considera il tempo durante il quale il contratto a termine è stato abusivamente prorogato nel procedimento *a quo*.
45. Spetta comunque al giudice nazionale, conformemente alle condizioni ricordate al punto 35 delle presenti osservazioni scritte, di accertare se tale è il caso.
46. Alla luce di quanto precede, il rimedio del risarcimento del danno, consistente nella corresponsione dell'indennità forfettaria di cui all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, e integrato da un eventuale risarcimento del danno per perdita di "chance", è compatibile con il principio di effettività purché consenta: a) una riparazione adeguata del danno subito; b) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore ad un risarcimento solo simbolico. Spetta al giudice nazionale valutare se le dette condizioni siano soddisfatte.

²⁹ Cfr. il punto 16 delle presenti osservazioni scritte.

3.3. Risposta alla seconda questione: la tutela risarcitoria configurata nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 e l'obiettivo di costituire una sanzione alternativa in grado di compensare il divieto di trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con la pubblica amministrazione

47. Con la seconda questione pregiudiziale, il giudice del rinvio si concentra su un altro aspetto, pure rilevante nel giudizio *a quo*, che è quello dell'idoneità della tutela risarcitoria, come definita dalle Sezioni Unite con sentenza n. 5072/2016, a compensare l'impossibilità assoluta per un lavoratore che ha concluso un contratto di lavoro con una pubblica amministrazione di ottenere la trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato.
48. Al riguardo, va subito rilevato che l'art. 36, comma 1, del d. lgs. 165/2001, secondo il quale la pubblica amministrazione può assumere solo a tempo indeterminato, costituisce una deroga rispetto alla norma generale prevista dalla disposizione di attuazione della direttiva 1999/70/CE, mantenuta come tale dall'art. 19 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81; tale norma generale stabilisce la trasformazione automatica di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato una volta mantenuto in vigore il rapporto al trentaseiesimo mese di efficacia del contratto³⁰.
49. Detta disposizione in deroga rappresenta quindi in sé un ulteriore strumento previsto dallo Stato membro per evitare gli abusi del ricorso alla contrattazione a termine da parte della pubblica amministrazione³¹, strumento compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro³².
50. Tuttavia, come confermano i fatti del giudizio principale, il fine di tale disposizione in deroga è sistematicamente disatteso ogni volta che una pubblica amministrazione ricorre reiteratamente a dei contratti a termine, e ciò è contrario all'obiettivo della clausola 5 dell'accordo quadro, che è appunto quello di disciplinare il ricorso successivo ai contratti a termine³³. Tale comportamento sembrerebbe anche in contrasto con l'esigenza di

³⁰ Cfr. supra i punti da 7 a 9 delle presenti osservazioni scritte.

³¹ Sentenza *Vassallo*, C-180/04, EU:C:2006:518, punto 40.

³² Sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 101.

³³ Sentenza *Mascolo e a.*, cause riunite C-22/13, C-61/13 a C-63/13, e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 72 ; sentenza *Fiamingo e a.*, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 60.

evitare che lo Stato membro possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione³⁴.

51. Orbene, e con specifico riguardo all'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, l'accordo quadro consente anche di limitare la mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato al solo settore pubblico, e ciò anche ove tale limite sia "assoluto". Tuttavia, come recentemente confermato dalla Corte, affinché tale "destino differente" del contratto a tempo determinato concluso con un'amministrazione pubblica, rispetto allo stesso e identico contratto concluso con un soggetto privato, sia compatibile con l'accordo quadro, l'ordinamento dello Stato membro interessato deve contemplare nei confronti dei soggetti che concludono un contratto di lavoro a termine con la pubblica amministrazione "un'altra misura per evitare e sanzionare gli abusi"³⁵. Come la Corte aveva già ricordato nel caso *Marrosu e Sardino*, tale misura alternativa deve rivestire un carattere sufficientemente "effettivo e dissuasivo"³⁶.
52. In mancanza di tale alternativa efficace, l'accordo quadro osta a una normativa che vieta in maniera assoluta, nel settore pubblico, la trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, come la Corte ha chiaramente precisato in *Adeneler*³⁷.
53. Ne consegue che dall'esistenza di tale risarcimento del danno e, soprattutto, dalla sua efficacia dipende la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'impossibilità, prevista all'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, della trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato. Tale risarcimento deve avere carattere non solo proporzionato e dissuasivo ma anche effettivo per garantire piena efficacia alle disposizioni di diritto nazionale prese in applicazione dell'accordo quadro.
54. Nel caso di specie, il giudice nazionale, unico competente a pronunciarsi sul punto³⁸, potrebbe considerare che le condizioni precisate al punto 51 delle presenti osservazioni scritte non siano soddisfatte, poiché, anzitutto, e in aggiunta a quanto osservato sulla

³⁴ Sentenza *Gavieiro Gavieiro*, cause riunite C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, punto 82.

³⁵ Sentenza *Martínez Andrés e a.*, cit., punti 40-41 e 48.

³⁶ Sentenza *Marrosu e Sardino*, cit., punto 51.

³⁷ Sentenza *Adeneler e a.*, cit., punto 105.

³⁸ Sentenza *Adeneler*, cit., punti 102 a 104.

compatibilità con il principio di effettività in risposta alla prima questione pregiudiziale, i rimedi indicati nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 sembrerebbero avere una portata limitata, la cui efficacia dissuasiva nei confronti di una pubblica amministrazione sembrerebbe essere inferiore rispetto a quella che essi possono avere nei confronti di un datore di lavoro privato, rispetto al quale essi sono sempre accompagnati dalla conversione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato.

55. Inoltre, l'aver identificato il rimedio applicabile nel pagamento di un'indennità che il legislatore ha invece previsto, all'art. 32, comma 5, della l. 183/2010, come dovuta solo "nei casi di conversione" del rapporto di lavoro, mentre i lavoratori che dovrebbero avvalersi di tale indennità non possono chiedere questa conversione (ex art. 36, comma 5, del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165), è un'evidente fonte di incertezza giuridica e, in tal senso, parrebbe andare contro l'esigenza di assicurare una efficace applicazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro.
56. Va ancora ricordato come, stante la natura non sufficientemente precisa e dettagliata della clausola 5 dell'accordo quadro³⁹, i rimedi risarcitori esperibili dal lavoratore che ha concluso un contratto a termine con la pubblica amministrazione, oggetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, costituiscono il solo strumento di tutela esperibile a fronte del ricorso abusivo alla contrattazione a termine.
57. In ogni caso, anche se il giudice nazionale considerasse che, nei termini appena ricordati, i rimedi previsti nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 non sono idonei a compensare l'assenza di trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, tale mancata trasformazione non sarebbe necessariamente incompatibile con l'accordo quadro.
58. Al riguardo, come dimostra il procedimento oggetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, deciso in primo grado dal Tribunale di Genova in seguito alla sentenza della Corte nel caso *Marrosu e Sardino* ma con decisione poi annullata dalle Sezioni Unite mediante la detta sentenza n. 5072/2016, i lavoratori che non possono ottenere la conversione del proprio rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato, come

³⁹ Sentenza *Impact*, cit., punto 73.

coloro che hanno concluso un contratto di lavoro a termine con la pubblica amministrazione, possono comunque domandare il beneficio della indennità per mancata reintegrazione nel posto di lavoro, rimedio espressamente previsto nell'ordinamento italiano in caso di licenziamento ingiustificato, come rilevato dalla Commissione al punto 19 delle proprie osservazioni scritte, al quale essa si permette di rinviare.

59. Ne consegue che, sebbene l'accordo quadro non richieda che, in caso di mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, il lavoratore ottenga il valore economico del posto di lavoro, e ciò in quanto l'accordo quadro non osta a principi, come quello previsto nel diritto costituzionale italiano⁴⁰, secondo i quali l'accesso ad un impiego nella pubblica amministrazione può avere luogo solo mediante procedure di concorso, il principio di effettività non si oppone tuttavia a che il lavoratore vittima di un abuso di una successione di contratti a tempo determinato ottenga, in aggiunta al risarcimento del danno (oggetto della prima questione pregiudiziale), anche l'indennità prevista dal diritto italiano per la mancata reintegrazione nel posto di lavoro.

⁴⁰ Art. 97 della Costituzione italiana.

4. Conclusioni

60. Alla luce delle osservazioni che precedono, la Commissione si pregia di invitare la Corte a rispondere alle questioni pregiudiziali come segue:

"1) I principi di effettività e di equivalenza non ostano a che, in caso di ricorso abusivo alla contrattazione a termine, il lavoratore danneggiato si veda corrispondere, a titolo di risarcimento del danno, l'attribuzione di un'indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione (ex art. 32 co. 5° L. 183/2010), integrata da un eventuale risarcimento del danno per perdita di "chance", purché:

- in merito al principio di equivalenza, tale rimedio non sia meno favorevole di rimedi previsti per casi simili nell'ordinamento italiano;

- in merito al principio di effettività, tale risarcimento consenta: a) una riparazione adeguata del danno subito; b) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore ad un risarcimento solo simbolico.

Spetta al giudice nazionale valutare se le dette condizioni siano soddisfatte.

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



Michel van BEEK

Giacomo GATTINARA

Agenti della Commissione