



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • Aut. C/RM/AUT. 21/2015

**I “diritti quesiti”,  
fondamento  
dello Stato di diritto  
e democratico**

**Il nuovo art. 2103 c.c.:  
prime questioni  
interpretative**

**Il licenziamento  
al tempo dei  
*social network***

**Licenziamento  
collettivo  
e tutela del disabile**

**Discriminazione  
religiosa e mancata  
assunzione di hostess  
di religione musulmana**

**Il danno comunitario:  
emblema di giustizia  
sostanziale**

***Jobs Act* e  
licenziamento  
disciplinare: alla  
ricerca della  
reintegrazione  
tentando la strada  
del recesso ritorsivo  
o discriminatorio**

**L’operatività  
della disciplina  
sul pubblico impiego  
per i rapporti di lavoro  
alle dipendenze degli  
Ordini forensi  
circondariali**

# LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno XLIII • settembre-ottobre 2016

**9-10**

## Il danno comunitario: emblema di giustizia sostanziale

Tribunale di Roma, sentenza 12 aprile 2016, n. 3498

Est. Sordi\*

### Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 4 agosto 2015, i docenti in epigrafe nominati convenivano in giudizio il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e il Ministero degli affari Esteri e della cooperazione internazionale ed esponevano che, nel corso degli anni, avevano lavorato presso istituzioni scolastiche italiane all'estero in virtù di vari contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art. 651 del D.Lgs. n. 297 del 2004.

Chiedevano che fosse accertata l'illegittimità del licenziamento loro intimato di fatto alla conclusione di ogni anno scolastico e dei termini apposti ai predetti contratti di lavoro. Chiedevano altresì che i convenuti fossero condannati alla conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato a far data dalla stipula del primo contratto o da altra ritenuta di giustizia, e alla loro riammissione in servizio nella medesima posizione lavorativa da ultimo svolta. Chiedevano poi che le controparti fossero condannate al risarcimento del danno subito per il licenziamento in misura pari a 5 mensilità, oltre in sostituzione della reintegrazione di

un'indennità pari a 15 mensilità di retribuzione globale di fatto, per un totale di 20 mensilità; ovvero che le Amministrazioni fossero condannate alla corresponsione dell'indennità di 12 mensilità prevista dall'art. 32 della L. n. 183 del 2010 oppure all'indennizzo liquidato in misura pari a 12 mensilità in applicazione dei criteri di cui all'art. 8 L. n. 604 del 1966.

Il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca si costituiva e contestava il fondamento del ricorso del quale chiedeva il rigetto.

Si costituiva anche il Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale che eccepiva preliminarmente il proprio difetto di legittimazione passiva. Nel merito contestava la fondatezza del ricorso e ne chiedeva il rigetto.

All'odierna udienza, dopo la discussione, il Giudice decideva la causa e dava lettura del dispositivo pronunciando sentenza ai sensi dell'art. 429, primo comma, primo periodo, c.p.c.

### MOTIVI DELLA DECISIONE

**1.** L'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dal Ministero degli affari esteri non è fondata.

\* Segue nota di *Rosalina Panetta*.

In effetti, a norma dell'art. 625, comma 2, D.Lgs. n. 297 del 1994, l'azione dello Stato nei riguardi delle scuole e delle altre istituzioni educative istituite, mantenute e sussidiate all'estero dal Governo italiano è esercitata proprio dal predetto Ministero. Si tratta, dunque, di una competenza amministrativa che la legge attribuisce al Ministero degli affari esteri e non a quello dell'istruzione.

Il fatto che, al fin di assolvere a quelle funzioni amministrative, il primo si avvalga anche di personale appartenente ai ruoli del secondo (v., in particolare, gli artt. 626 e 639 del citato D.Lgs.) non rileva affatto in sede di individuazione dell'Amministrazione cui imputare i provvedimenti e gli atti compiuti nell'assolvimento dei compiti in questione. Non occorrono molte parole, infatti, per dimostrare come l'utilizzo da parte di qualche articolazione dello Stato, di personale di altra articolazione collocato in posizione di fuori ruolo, è una vicenda che, oltre ad essere abbastanza consueta e riscontrabile in tutte le P.P.A.A., è assolutamente irrilevante ai fini che qui interessano, vale a dire l'individuazione dell'Amministrazione alla quale imputare l'attività giuridica compiuta.

Si aggiunga che i contratti di lavoro a tempo determinato dedotti nella presente controversia sono stati stipulati dalla competente articolazione del Ministero degli affari esteri (vale a dire il Consolato Generale d'Italia di Stoccarda – Ufficio Scuole, ovvero il Consolato d'Italia Ufficio Scuola di Saarbrücken) e non da uffici del

Ministero dell'istruzione. Ne discende che le conseguenze dell'eventuale illegittimità dell'opposizione del termine a quei contratti non possono che ricadere sul primo. Anche perché gli attuali ricorrenti non erano, all'epoca della stipula dei contratti in questione, dipendenti appartenenti ai ruoli del Ministero dell'Istruzione non essendo, anzi, dipendenti di alcuna Amministrazione italiana.

Da quanto appena detto deriva altresì il rigetto delle domande proposte contro il Ministero dell'istruzione, appunto perché estraneo all'attività negoziale per cui è causa.

2. La parte ricorrente deduce l'illegittimità dell'opposizione del termine ai contratti da essa stipulati dalla constatazione che essi sarebbero stati stipulati per esigenze non transitorie, bensì stabili dell'Amministrazione. Aggiunge che l'ordinamento italiano non contempla alcuna misura diretta a prevenire il ricorso abusivo ad una successione di assunzioni a tempo determinato.

Occorre subito avvertire che le vicende oggetto della presente fattispecie e la disciplina ad esse applicabile sono diverse da quelle delle assunzioni a tempo determinato negli istituti scolastici italiani operate dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca che hanno dato luogo al noto nutrito contenzioso pervenuto sino alle Supreme Magistrate italiane e comunitaria.

In quel caso, infatti, si è trattato di assunzioni a termine disposte nel rispetto della normativa interna costituita dagli artt. 4 e 11 della L. n. 124

del 1999 e il problema sta nello stabilire se tale normativa interna sia o meno conforme a quella comunitaria. Nel caso oggetto della presente causa, invece, da un lato, la normativa applicabile ai contratti dedotti in giudizio è costituita come si vedrà subito non dalle disposizioni della menzionata legge del 1999, bensì dagli artt. 625 ss. D.Lgs. n. 297 del 1994 (e, in particolare, dall'art. 651) dall'altro, come pure si dirà, i contratti in questione sono stati stipulati in violazione di quella specifica disciplina. Per lo stesso ordine di considerazioni è irrilevante in questa sede quanto stabilito dalla L. n. 107 del 2015, la quale ha autorizzato il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ad attuare un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato di personale docente per le istituzioni scolastiche statali di ogni ordine e grado per la copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto, rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo effettuate per il medesimo anno scolastico ai sensi dell'art. 399 D.Lgs. n. 297 del 1994 (art. 1, co. 95). Sono assunti a tempo indeterminato i soggetti iscritti a pieno titolo nelle graduatorie del concorso pubblico per titoli ed esami a posti e cattedre bandito con decreto n. 82 del 24 settembre 2012 e quelli iscritti a pieno titolo nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente di cui all'art. 1, comma 605, lettera c), L. n. 296 del 2006 (art. 1, comma 96). A norma del comma 98, infine, al piano straordinario di as-

sunzioni si provvede secondo tre fasi: a) i soggetti di cui al comma 96 sono assunti entro il 15 settembre 2015, nel limite dei posti vacanti e disponibili in organico di diritto, secondo le ordinarie procedure di cui all'art. 399 D.Lgs. n. 297 del 1994; b) in deroga a quest'ultimo articolo i soggetti di cui al comma 96 che non risultano destinatari della proposta di assunzione nella fase di cui alla lettera a), sono assunti con decorrenza giuridica al 1° settembre 2015 nel limite dei posti vacanti e disponibili in organico di diritto che residuano dopo la fase di cui alla lettera a); c) sempre in deroga al più volte citato art. 399, i soggetti di cui al comma 96, che non risultano destinatari della proposta di assunzione nelle fasi di cui alle lettere a) o b), sono assunti, con decorrenza giuridica al 1° settembre 2015, nel limite dei posti di cui alla Tabella 1 allegata alla stessa L. n. 107 del 2015 (vale a dire 55.258 posti).

Invero tale recente disciplina influisce sulla valutazione in termini di illegittimità (per contrasto con le fonti superiori, nazionali e sovranazionali) della normativa nazionale che consentiva, per far fronte ad esigenze degli istituti scolastici in Italia, il ricorso a successive assunzioni a termine dello stesso lavoratore; essa però, nulla ha che vedere con i casi - come quelli oggetto della presente causa - in cui le assunzioni a termine non avvenivano in conformità con la normativa legislativa, bensì in violazione della stessa. La immissione in ruolo prevista dalla L. n. 107 del 2015 costituisce la conseguenza prevista dal-

l'ordinamento a fronte dell'illecito (considerato alla luce dell'ordinamento comunitario) costituito dalle ripetute assunzioni a termine (avvenute in conformità con l'ordinamento interno, ma in mancanza di espletamento di concorsi per assunzioni a tempo indeterminato. Invece l'illecito compiuto nei confronti degli attuali ricorrenti è costituito, come si vedrà, dalla violazione della normativa interna, perché sulla base della più volte richiamata disciplina del D.Lgs. n. 297 del 1994, il Ministero degli affari esteri non era abilitato ad assumere a termine i ricorrenti, per lo meno a partire dall'anno scolastico 2012-13.

3. Passando ora all'individuazione della normativa che regola il rapporto di lavoro del personale docente impiegato a tempo determinato nelle istituzioni scolastiche italiane all'estero, deve premettersi che essa non può essere costituita dal D.Lgs. n. 368 del 2001. Infatti i lavoratori in questione rientrano nella generale categoria del personale scolastico, destinatario di una disciplina *ad hoc*, insensibile *ex art. 70, comma 8, D.Lgs. n. 165 del 2001* – agli interventi del legislatore in materia di contratto a tempo determinato nel settore privatistico.

E tale disciplina specifica è appunto quella contenuta nel più volte citato D.Lgs. n. 297 del 1994. Quest'ultimo, all'art. 639, dispone, da un lato, che, con decreto del Ministro degli affari esteri, di concerto con il Ministro del tesoro e con i Ministri rispettivamente competenti in rappor-

to alle categorie di personale da destinare all'estero, sono stabiliti i contingenti del personale di ruolo dello Stato da assegnare alle iniziative ed istituzioni scolastiche italiane all'estero, alle scuole europee e alle istituzioni scolastiche ed universitarie estere (comma 1) e, dall'altro (comma 2), che quel contingente non può comunque superare il limite massimo di 624 unità (limite in questa maniera ridotto, rispetto alle precedenti 1.400 unità, dal D.L. n. 95 del 2012).

Tale contingente è coperto da personale di ruolo dipendente dalle Amministrazioni dello Stato, selezionato secondo i criteri e le procedure disciplinate dal successivo art. 640.

Con specifico riferimento, poi, alla possibilità di procedere ad assunzioni a tempo determinato per esigenze di funzionamento delle istituzioni scolastiche italiane all'estero, l'art. 648 fissa il principio generale secondo il quale «Alle istituzioni scolastiche statali all'estero è fatto divieto di assumere personale precario anche con rapporto di diritto privato» (comma 1), seguito dall'altrettanto perentoria previsione (comma 2) secondo la quale «Le eventuali assunzioni di personale effettuate in violazione del divieto di cui al comma 1 sono nulle di diritto e improduttive di effetti, ferma restando la responsabilità dei funzionari e degli organi delle istituzioni che le abbiano disposte».

Il legislatore passa quindi ad indicare i mezzi attraverso i quali l'Amministrazione può ricorrere per far fronte ad esigenze temporanee di personale docente ovvero ad esigenze di

personale non così rilevanti da giustificare l'assegnazione di un docente *ad hoc*. Precisamente, quanto al primo aspetto, dispone che i docenti temporaneamente assenti per non più di sei giorni consecutivi sono sostituiti mediante ripartizione delle relative ore di insegnamento fra i docenti di ruolo già in servizio (art. 649); quanto al secondo, l'art 650 stabilisce che le ore di insegnamento di materie obbligatorie che non vengono a costituire cattedra o post-orario sono ripartite tra i docenti di ruolo già in servizio.

Solo ed esclusivamente quando non sia possibile provvedere ai sensi degli artt. 649 e 650 è possibile conferire supplenze temporanee a personale (ovviamente diverso da quello costituente il contingente di cui all'art. 639) residente nel Paese ospite o anche non residente nel Paese ospite.

Riassumendo: per le istituzioni scolastiche italiane all'estero vige un generale divieto di assunzioni a tempo determinato (art. 648 c. 1); alle comuni esigenze, di carattere temporaneo (sostituzione di docenti assenti) o tali da non giustificare l'assegnazione di un docente (ore di insegnamento insufficienti a costituire cattedra) si fa fronte mediante impiego del personale di ruolo già in servizio presso quelle istituzioni (artt. 649 e 650); solo se non sia possibile provvedere in questa maniera e solo per le esigenze prima indicate è possibile stipulare con docenti contratti di lavoro a tempo determinato (art. 651); in tutti gli altri casi le assunzioni a termine sono nulle e improduttive di effetti (art. 648. c. 2).

4. Venendo all'esame delle fattispecie concrete oggetto della presente controversia ritiene il Tribunale che i ricorrenti hanno tutti stipulato con l'amministrazione una pluralità di contratti di lavoro a tempo determinato, in alcuni casi di durata corrispondente o quasi a quella dell'anno scolastico, in altri casi no; inoltre in alcuni casi vi sono stati interi anni scolastici nel corso dei quali non hanno affatto lavorato. Essi avrebbero dovuto pertanto specificare in relazione a ciascun contratto di lavoro il motivo per il quale esso sarebbe stato concluso in violazione della normativa prima descritta. I ricorrenti invece non hanno svolto tali puntuali e specifiche deduzioni, ma hanno invece sostenuto in generale, che essi sarebbero stati impiegati per far fronte ad esigenze stabili dell'amministrazione. Ma una tale deduzione, nella sua generalità non può essere condivisa, appunto perché contrastante con il reale andamento delle vicende interessanti i singoli ricorrenti come sopra ricordate.

Si deve tuttavia sottolineare che, con il D.L. n. 95 del luglio del 2012, il legislatore ha drasticamente ridotto il contingente di ruolo da destinare all'estero di oltre il 50%, passando da 1.400 unità a 624 e ciò senza che i convenuti abbiano indicato il verificarsi, in quel periodo, di una corrispondente diminuzione delle esigenze delle istituzioni scolastiche all'estero.

Si vuole dire, cioè, che, in mancanza – nella presente causa – di una qualsiasi circostanza che possa deporre in

senso diverso si deve ritenere provato per presunzioni che il repentino taglio di oltre il 50% del contingente di ruolo da destinare alle scuole estere abbia determinato a partire dall'anno scolastico 2012-13, la necessità di ricorrere alla stipula di contratti a tempo determinato, non già per ovviare alle esigenze di cui agli artt. 649 e 650 D.Lgs. n. 297 del 1994, ma per procedere alla copertura di cattedre e posti orario scoperti solo ed esclusivamente perché il contingente del personale di ruolo così come ridefinito dal legislatore era improvvisamente divenuto insufficiente.

E di tale conclusione costituisce conferma la deduzione più volte ripetuta dalla Difesa del ministero degli affari esteri (v. da ultimo, le note depositate in vista dell'odierna udienza, sub. n. 2, in fine) secondo cui, a seguito della riduzione del contingente "l'Amministrazione convenuta non poteva fare a meno di nominare i supplenti, attuali ricorrenti, pena l'interruzione del servizio".

Si può pertanto concludere che, per quanto riguarda i contratti stipulati a partire dall'anno scolastico 2012-13 in poi vi è la prova che essi siano stati conclusi al di fuori dei limiti segnati dagli artt. 649 e 650 del D.Lgs. n. 297/94.

5. Si tratta ora di verificare le conseguenze di tale violazione di legge.

Come si è già ricordato a norma dell'art. 648 co. 2 D.Lgs. n. 297, le assunzioni da parte di istituzioni scolastiche all'estero di personale precario in violazione dei limiti stabiliti dallo stesso D.Lgs. «sono nulle di diritto e

improduttive di effetti, ferma restando la responsabilità dei funzionari e degli organi delle istituzioni che le abbiano disposte».

Ritiene il Tribunale che un simile precetto non escluda l'applicabilità alle fattispecie in esame, del generale disposto dell'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165 del 2001, a norma del quale «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. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 e, in particolare, di quanto stabilito nel secondo periodo di tale comma».

In effetti, il citato art. 648, comma 2, non fa altro che ribadire, nello specifico settore dell'utilizzo di personale precario presso le istituzioni scolastiche all'estero il generale principio se-

condo il quale, nel caso in cui l'Amministrazione ricorra a tale tipo di personale al di fuori dei limiti previsti dall'ordinamento, la conseguenza non può mai essere quella della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, trattandosi di contratti stipulati in violazione di norme imperative. Si tratta, dunque, di una norma che si sovrappone a quella espressa dal primo periodo del comma 5 dell'art. 36 D.Lgs. n. 165 del 2001 e, pertanto, essa non fa venir meno l'operatività del disposto del secondo periodo dello stesso comma 5.

Né tale operatività può essere esclusa sulla base del rinvio al D.Lgs. n. 297/94 contenuto nel citato art. 70, comma 8 D.Lgs. n. 165 del 2001. Infatti, il rinvio in questione è limitato alle procedure di reclutamento, e in tale materia non può essere ricompresa una norma come quella espressa dall'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165 del 2001, che detta la disciplina applicabile in caso di violazione delle disposizioni imperative riguardanti le assunzioni.

6. Appurata l'applicazione alle fattispecie oggetto della presente lite dell'art. 36, comma 5, D.Lgs. n. 165 del 2001, ne consegue innanzitutto il rigetto delle domande dirette ad ottenere la conversione di contratti a termine in rapporti a tempo indeterminato.

In secondo luogo, va invece riconosciuto, in capo agli attori, il diritto ad ottenere il risarcimento del danno ai sensi del secondo periodo del citato comma 5.

In proposito, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute recentemente affermando il seguente principio di diritto: "Nel regime del lavoro pubblico contrattualizzato in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato da parte di una Pubblica Amministrazione il dipendente, che abbia subito la illegittima precarizzazione del rapporto di impiego, ha diritto, fermo restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato posto dall'art. 36 comma 5 D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, al risarcimento del danno previsto dalla medesima disposizione con esonero dall'onere probatorio nella misura e nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, Legge 4 novembre 2010, n. 183 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 nell'art. 8 Legge 15 luglio 1966 n. 604" (sentenza n. 5072 del 2016).

In adesione a tale autorevole orientamento interpretativo, occorre dunque procedere alla liquidazione, in favore dei ricorrenti, del danno nei limiti segnati dall'art. 32, comma 5, L. n. 183 del 2010, che si deve comunque ritenere provato. Non è invece possibile riconoscere "somme ulteriori", poiché nessuno dei lavoratori ha offerto prove circa danni eccedenti quei limiti.

Ora, la menzionata pronuncia dei giudici di legittimità contiene anche alcune affermazioni dalle quali posso-

no trarsi indicazioni circa i criteri che il giudice può seguire nella determinazione del *quantum* da liquidare in ogni specifico caso.

Si legge, infatti, nella motivazione che *“si può soprattutto ipotizzare una perdita di chance nel senso che, se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore, che si duole dell’illegittimo ricorso al contratto a termine, avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore. Le energie lavorative del dipendente sarebbero state liberate verso altri impieghi possibili ed in ipotesi verso un impiego alternativo a tempo indeterminato. Il lavoratore che subisce la illegittima apposizione del termine o, più in particolare, l’abuso della successione di contratti a termine rimane confinato in una situazione di precarizzazione e perde la chance di conseguire, con percorso alternativo, l’assunzione mediante concorso nel pubblico impiego e la costituzione di un ordinario rapporto di lavoro privatistico a tempo indeterminato”* (sentenza n. 5072 del 2016, pag. 24).

Simili affermazioni rendono chiaro anzitutto che, nel caso in cui lo stesso lavoratore sia stato destinatario di plurime assunzioni a termine illegittime, non è possibile ipotizzare la liquidazione di una somma *ex art. 32, co. 5, L. n. 183 del 2010* per ogni contratto illegittimo. Infatti, il danno che, secondo l’impostazione della Suprema Corte, beneficia del vantaggio sul piano probatorio, è quello costituito dalla «illegittima precarizzazione»

(così, letteralmente, il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite); vale a dire un danno patrimoniale che esiste «nella misura in cui l’illegittimo (soprattutto se prolungato) impiego a termine abbia fatto perdere al lavoratore altre occasioni di lavoro stabile» (v., ancora, pag. 24 della sentenza).

In sostanza i giudici di legittimità ritengono che il danno sussiste tanto più quanto l’utilizzazione con contratti a termine si prolunghi nel tempo e tanto più quanto le assunzioni a termine siano reiterate. È dunque evidente che è estranea alla prospettiva nella quale essi si sono mossi l’idea che, in caso di reiterate assunzioni a termine dello stesso lavoratore sia possibile individuare, per ogni singola assunzione a tempo determinato, un danno che goda della presunzione affermata dalla sentenza. Al contrario, il danno provocato dall’illegittima assunzione a tempo determinato è assistito da quella presunzione solo perché si identifica dal pregiudizio consistito nell’esser stato il lavoratore «confinato in una situazione di precarizzazione» e ciò comporta inevitabilmente una valutazione unitaria dell’illegittima condotta posta in essere dalla P.A.

Invece, il numero e la durata dei singoli contratti a tempo determinato rilevano quali circostanze di fatto delle quali il giudice deve tener conto nell’individuazione dell’ammontare del *quantum* (comunque compreso nei limiti minimo e massimo stabiliti dalla norma del 2010) da riconoscere nei singoli casi. Invero tanto più si pro-

trae nel tempo l'illegittimo impiego a termine, tanto più assume carattere pregiudizievole e la situazione di precarizzazione in cui versa il lavoratore. In questo senso, un'altra circostanza di fatto da tener presente è costituita dall'esistenza di intervalli tra un'assunzione a termine e l'altra e dalla durata di quegli intervalli. Infatti, in presenza di lunghi intervalli deve ritenersi che la situazione di precarizzazione nella quale le ripetute assunzioni a termine avrebbero confinato il lavoratore non sia stata particolarmente significativa.

Vero è che la sentenza n. 5072 del 2016 contiene un esplicito rinvio ai criteri indicati nell'art. 8 della L. n. 604 del 1966 (e, quindi, al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro al comportamento e alle condizioni delle parti). Ritiene tuttavia il Tribunale che quelli prima segnalati (vale a dire, numero e durata dei contatti a tempo determinato, esistenza di intervalli tra un'assunzione a termine e l'altra) sono le circostanze di fatto che, nell'illecito di cui si tratta (cioè illegittimo ricorso alle assunzioni a termine da parte della P.A.), valgono a specificare almeno tre dei criteri enunciati dalla norma del 1966 e precisamente, quelli dell'anzianità di servizio, del comportamento delle parti e delle loro condizioni.

Infatti, se il danno da risarcire è quello della prolungata precarizzazione subita dal lavoratore, l'anzianità di servizio coincide con la durata dei vari contratti a tempo determinato, il

comportamento delle parti è qualificato dal numero delle assunzioni a termine disposte e dell'intervallo tra l'una e l'altra, mentre le condizioni delle parti, e specificamente quelle del lavoratore, dipendono dalle caratteristiche dello stato di precarizzazione a sua volta influenzato come detto, da numero, durata e intervalli delle assunzioni a termine.

Meno significativi, invece, i dati relativi al numero dei dipendenti e alle dimensioni della parte datoriale, i quali assumono una razionale influenza sull'ammontare dell'obbligo risarcitorio quando il debitore è un'impresa privata perché essi sono indici della solidità economico-finanziaria della parte cui deve essere accolto l'onere patrimoniale di cui si tratta, elemento di fatto, questo, pressoché neutro, invece, quando il debitore ha natura di ente pubblico.

7. Passando all'applicazione di simili criteri ai casi degli attuali ricorrenti, occorre muovere dalla constatazione che, come detto in precedenza, la prova dell'illegittimo ricorso da parte del Ministero degli affari esteri, alle assunzioni a tempo determinato può ritenersi acquisita solamente, con riferimento ai contratti stipulati negli ultimi tre anni scolastici (dal 2012-13 in poi). L'arco temporale, dunque, è abbastanza contenuto, giustificando pertanto una liquidazione del danno prossima al limite minimo delle 2,5 mensilità.

Peraltro, si deve anche riconoscere che, in quel triennio, i contratti si sono succeduti quasi senza soluzione di continuità, in tutti i casi coprendo

## Giurisprudenza

---

praticamente l'intero anno scolastico (dal mese di settembre sino alla fine del mese di luglio dell'anno successivo). Sotto tali profili, quindi, lo stato di precarizzazione dei lavoratori è abbastanza rilevante.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, il Tribunale reputa dunque equo riconoscere, a favore di ciascuno dei ricorrenti, l'importo pari a 4 mensilità dell'ultima retribuzione di fatto, oltre interessi legali a decorrere dalla domanda giudiziale.

**8.** L'accoglimento solo parziale del ricorso giustifica la compensazione per due terzi delle spese processuali, condannandosi il Ministero degli affari esteri a rimborsare ai ricorrenti il terzo residuo liquidato in euro 2.500, oltre IVA, CPA e rimborso delle spese forfetarie, da distrarre a favore dell'Avv. Naso antistatario. La novità della questione relativa alla legittimazione passiva del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ri-

cerca giustifica la compensazione delle spese nei confronti di questa parte.

### **P.Q.M.**

definitivamente pronunciando:

- 1) condanna il Ministero degli affari esteri a corrispondere a ciascuno dei ricorrenti quattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto oltre interessi legali a decorrere dalla domanda giudiziale;
- 2) rigetta ogni altra domanda dei ricorrenti;
- 3) compensa per due terzi delle spese processuali e condannando il Ministero degli affari esteri a rimborsare ai ricorrenti il terzo residuo liquidato in euro 2.500, oltre IVA, CPA e rimborso delle spese forfetarie, da distrarre a favore dell'Avv. Naso antistatario; compensa le spese nei confronti del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

## Nota a Tribunale di Roma, sentenza 12 aprile 2016, n. 3498

di Rosalina Panetta\*

La sentenza in commento è emblematica testimonianza della deriva “rimediale” e soddisfattiva verso cui l’ordinamento nazionale sta volgendo lo sguardo in gran parte dei suoi settori nevralgici, quale è senz’altro quello gius-lavoristico. La tensione verso l’effettività, intesa quale tutela dell’interesse materiale sotteso alla posizione giuridica soggettiva formale vantata dal singolo, non è più soltanto proiezione verso un obiettivo costituzionalmente sancito (art. 24 Cost.), bensì concreta realizzazione del medesimo, risultato imprescindibile dell’elaborazione normativa e, in mancanza di questa, di quella pretoria. Non può certamente negarsi la spinta propulsiva e determinante in tal senso promanante dal legislatore europeo, “*ossessivamente rivolto al soddisfacimento dell’interesse sostanziale o, ove l’interesse non sia ancora formalizzato, addirittura del bisogno di tutela*”<sup>1</sup>, secondo una prospettiva certamente nota ai sistemi di *common law*, ma di recente oggetto di significativa rivalutazione anche nella cultura giuridica di *civil law* e, per quello che qui interessa, nell’ambito dell’ordinamento nazionale. Di tale “tensione” è emblematica espressione la più recente evoluzione della vicenda relativa alla illegittima reiterazione di contratti a termine da parte delle pubbliche amministrazioni nel settore scolastico, ovvero le conseguenti riflessioni che ha suscitato in punto di ricadute sulla tutela del lavoratore nel settore pubblico, il quale, a differenza di quello dipendente da datore di lavoro privato, non può accedere al rimedio della conversione del contratto a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato; eppure, la giurisprudenza comunitaria esige per il lavoratore un rimedio “equivalente” alla conversione e dunque, come si vedrà, un rimedio risarcitorio caratterizzato da una quantificazione sganciata dalla misura del danno effettivo subito e parametrata, invece, alle utilità che lo stesso lavoratore avrebbe tratto dalla conversione del contratto: in definitiva, un rimedio risarcitorio che si carica di un’inedita attitudine soddisfattiva.

La vicenda oggetto di disamina da parte del Tribunale romano concerne un’ipotesi del tutto peculiare rispetto a quelle oggetto del vivace ed acceso dibattito che ha animato la più recente elaborazione giurisprudenziale, sfociata da ultimo nella pronuncia delle Sezioni unite n. 5072/2016, eppure ad essa innegabilmente connessa. Essa involge, infatti, le assunzioni con contratti a termine di docenti italiani presso istituzioni scolastiche italiane all’estero, devolute in quanto tali alla competenza funzionale del Ministero degli affari este-

\* Avvocato in Roma.

<sup>1</sup> A. PLAIA, *Invaldità soddisfattiva dell’atto di autonomia privata e dell’atto amministrativo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2013, 4, 1026

## Giurisprudenza

ri e non a quello dell'istruzione, e disciplinate dagli artt. 625 e ss., D.Lgs. n. 297/1994. A tal proposito, il giudicante non manca di evidenziarne la diversità rispetto alla più generale vicenda concernente l'assunzione con contratti a termine di personale docente presso le istituzioni scolastiche statali, soggette alla disciplina di cui alla L. n. 124 del 1999, artt. 4 e 11, alla quale si è rivolto il recente monito della Corte di Giustizia Europea con la nota sentenza Mascolo<sup>2</sup>, evidenziandone la contrarietà alla normativa comunitaria recata dalla Direttiva 1999/70 CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, in particolare alle clausole n. 4 e 5 della medesima. Se infatti le assunzioni a termine presso gli istituti scolastici statali si presentano conformi alla normativa di cui alla Legge n. 124/99, ma in contrasto con quella comunitaria, la fattispecie concreta al vaglio del Tribunale si pone già violazione della stessa disciplina nazionale, dettata, come si è visto, dal D.Lgs. n. 297/1994, il quale prevede il divieto di assumere personale precario, salve le eccezioni indicate dagli artt. 649 e 650 del medesimo decreto.

Secondo i dettami elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e di recente accolti dalla Suprema Corte con la già citata sentenza a Sezioni unite con specifico riferimento alla "diversa" vicenda involgente i precari delle scuole italiane, l'utilizzo di contratti a termine, reiterato per diversi anni, configura abuso giuridicamente rilevante e sanzionabile, laddove il giudice non ravvisi nel caso concreto delle specifiche ragioni derogatorie al principio generale dell'assunzione a tempo indeterminato. Anche in tal caso, quindi, ne consegue il riconoscimento a favore dei docenti illegittimamente precarizzati del "danno comunitario" ex art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165/2001. Ancora una volta la premessa "specialità" della fattispecie concreta non osta all'attrazione della medesima entro l'ambito di operatività della disciplina generale, quale risultante dall'inestricabile intreccio tra normativa nazionale e diritto vivente, secondo un *trend* sempre più consolidato nella giurisprudenza di merito lavoristica, guidata dal canone ermeneutico della *ratio legis* e da quella tensione verso l'effettività e la tutela rimediabile in premessa già evidenziata.

Una tendenza che ha scandito le principali tappe nelle quali si è articolata la complessa evoluzione della vicenda che ha portato all'elaborazione del cosiddetto "danno comunitario", coniato dalla giurisprudenza comunitaria e successivamente trasposto nell'ordinamento interno ad opera di quella nazionale di legittimità. Di tale peculiare percorso esegetico merita qui dar conto, seppur brevemente e nei limiti di quanto è di specifico interesse, proprio in ragione del fatto che la pronuncia in esame ne rappresenta la più fedele ripro-

<sup>2</sup> C. Giust. UE, Sez. III, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, R. Mascolo ed altri c. Ministero dell'Istruzione ed altri, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2015, 2, 177-193, con nota di M. AIMO, *Presupposti, confini ed effetti della sentenza Mascolo sul precariato scolastico*.

duzione, riflettendo quelle stesse argomentazioni logico-giuridiche che ne hanno caratterizzato l'evoluzione.

L'elaborazione giurisprudenziale in materia di "danno comunitario" affonda le proprie radici già nel lontano 2006, quando per la prima volta il Giudice europeo fu chiamato a verificare la legittimità della normativa nazionale con la disciplina prevista dalla citata Direttiva 1999/70, preordinata a contrastare l'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego. In tal senso, la Corte di Giustizia europea già in quell'occasione, rilevando il divieto di conversione vigente nell'ordinamento nazionale (art. 36, 5 comma, prima parte, D.Lgs. n. 165/2001), evidenziava la necessità di predisporre un'adeguata misura "equivalente", ovvero ugualmente "effettiva per evitare ed eventualmente sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione"<sup>3</sup>, individuandola nel risarcimento del danno previsto dall'art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165/2001. Il successivo dibattito innescatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità<sup>4</sup> e di merito<sup>5</sup> ha avuto prevalentemente ad oggetto il corretto inquadramento di tale responsabilità, rispetto alla quale sono state elaborate le più varie soluzioni, essenzialmente riconducibili alle seguenti tre alternative: responsabilità extracontrattuale, e dunque per violazione del principio del *neminem laedere ex art. 2043 c.c.*; responsabilità da contatto sociale qualificato, e dunque soggetta ai dettami di cui agli artt. 1218 e ss. c.c.; infine, si prospettava altresì l'operatività di un peculiare meccanismo risarcitorio-sanzionatorio, che consentiva di prescindere dalla prova concreta del danno, facendolo discendere quasi automaticamente dall'accertata illegittima reiterazione di contratti a termine.

Ed è proprio quest'ultimo orientamento della Cassazione ad aver trovato infine l'espresso riconoscimento ed avallo da parte della giurisprudenza comunitaria. Ed infatti, con la recente ordinanza "Papalia" del 12 dicembre 2013, la Corte di Giustizia europea enuclea, con riferimento alla previsione di cui all'art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165/2001, la nozione di "danno comunitario", quale sanzione *ex lege* per il datore di lavoro direttamente discendente dalla violazione della normativa comunitaria in materia di contratti a termine stipulati dalla Pubblica Amministrazione, un danno presunto, nei limiti in cui la relativa prova si presenti di fatto diabolica a carico del lavoratore. In parti-

<sup>3</sup> C. Giust. UE, Sez. II, sentenza 7 settembre 2006, causa C-53-04, in *Il Foro it.*, 2007, IV, 343 (sentenza Vassallo).

<sup>4</sup> Cass., Sez. Lav., 23 gennaio 2015, n. 1260, con nota a cura di S. TESTA, *Illegittima reiterazione di contratti a termine nel pubblico impiego: "danno comunitario" e criteri di liquidazione*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2015, 3-4, 205.

<sup>5</sup> C. App. Napoli, Sez. Lav., 24 febbraio 2010, in *Il Foro it.*, 2010, I, 1591; v. anche Trib. Trapani, Sez. Lav., 2 dicembre 2008 e 18 novembre 2009 in *Giur. mer.*, 2009, 1278; Trib. Trapani, Sez. Lav., sentenza 15 febbraio 2013, n. 90, inedita a quanto consta.

## Giurisprudenza

colare, afferma la Corte “il diritto a detto risarcimento è subordinato all’obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall’ordinamento dell’Unione”<sup>6</sup>. Una soluzione certamente ispirata al principio di effettività della tutela, di giustizia sostanziale, che fa della utilità materiale sottesa alla posizione formale l’obiettivo ultimo e preminente di qualsivoglia ragionamento logico-giuridico. Il Giudice europeo si muove in tal senso entro i confini già segnati dalla pregressa elaborazione giurisprudenziale, quella stessa che ha via via sempre più arricchito di contenuti la vicenda in esame all’insegna dei principi poc’anzi riferiti. Emblematica testimonianza di tale evoluzione interpretativa è costituita dall’enucleazione dei concetti di misura equivalente, ovvero efficace, dissuasiva, proporzionata, idonea al raggiungimento dello scopo, al di là delle formali enunciazioni, nel perseguimento di obiettivi di tutela effettiva del lavoratore quale soggetto debole del rapporto. “Equivalenza”, secondo i giudici della Corte di Giustizia, significa che la tutela dei diritti attribuiti ai soggetti dal diritto comunitario non può essere inferiore, per efficacia, a quella garantita per la tutela di diritti analoghi riconosciuti dal diritto interno, in ossequio al principio di leale collaborazione, che informa i rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, nonché intimamente connesso ai principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e, ancora una volta, di effettività della tutela (tra gli altri, art. 24 Cost.).

Ebbene, l’applicazione di tali principi non ha tuttavia riguardato la parallela e connessa vicenda dell’illegittima reiterazione di contratti a termine nel settore scolastico, incontrando il limite, inizialmente considerato invalicabile, della “specialità” ed autonomia dell’ambito normativo di riferimento. In tal senso, la Corte di Cassazione in un suo importante arresto del 2012<sup>7</sup>, ne evidenziava la natura di microcosmo normativo che si sottrae alla disciplina generale del contratto a termine stabilita dal D.Lgs. n. 368/2001, in ragione della peculiarità delle funzioni scolastiche le quali, per loro stessa natura, sono assoggettate alla “ciclica variazione in aumento e in diminuzione della popolazione scolastica e la sua collocazione geografica”. Quasi a voler dire che il modulo del contratto a termine è quello che meglio si presta ad assolvere alle esigenze specifiche di un settore, quale quello scolastico, soggetto a continui mutamenti, a fattori di cambiamento che ne impongono una costante flessibilità e che per questo si “autodisciplina”, in modo autonomo e disgiunto da ogni altro. La normativa in questione, secondo l’interpretazione fornita dalla

<sup>6</sup> C. Giust. UE, Sez. VIII, (ordinanza) 12 dicembre 2013, n. causa C-50-13 Papalia, in *Il Foro it.*, 2014, IV, 73.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2012, n. 10127, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012; II, 870.

Suprema Corte, di conseguenza, parrebbe capace di prevenire in modo effettivo l'abusivo impiego di contratti a termine successivi, arginando il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione mediante la previsione di una disciplina rigida in materia di assegnazione. In particolare, i giudici di legittimità osservano che il sistema delle supplenze rappresenta un percorso formativo-selettivo idoneo a garantire efficacemente l'immissione in ruolo per il futuro, per tale via scongiurando il rischio di illegittima "precarizzazione".

Al di là delle specifiche ragioni che animavano quella soluzione, preme dare atto del suo recente superamento, dovuto ancora una volta al pregevole e costante impegno della giurisprudenza di merito nazionale, tesa a garantire l'effettività della tutela, oltre i confini disegnati dallo stesso legislatore. La spinta propulsiva è giunta sino alla Corte di Giustizia europea, la quale nella recente e citata sentenza "Mascolo" ha decretato il definitivo tramonto di ogni residua reticenza in ordine alla opportunità di estendere al settore scolastico le soluzioni elaborate in materia di abusivo ricorso al contratto a termine da parte della Pubblica Amministrazione. In particolare, la Corte di Giustizia prende una decisa posizione avverso quella ricostruzione patrocinata dalla Suprema Corte, secondo la quale il sistema delle supplenze disegnato dal legislatore nazionale sarebbe idoneo a garantire dal rischio di illegittima precarizzazione del docente, evidenziandone il contrasto con la normativa comunitaria in quanto "non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato"<sup>8</sup>. Si evidenzia quindi l'impossibilità di verificare la sussistenza di quelle "ragioni oggettive" che sole giustificano il ricorso a tale tipologia contrattuale (Direttiva 1999/70 CE, clausola 4) in deroga a quella ordinaria, nonché l'inesistenza di misure idonee, proporzionate, efficacemente dissuasive ed alternative alla conversione del contratto, la cui specifica individuazione è rimessa pertanto alla discrezionalità del legislatore. Ragioni oggettive, le quali, a parere della giurisprudenza comunitaria<sup>9</sup>, in nessun caso

<sup>8</sup> C. Giust. UE, Sez. III, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 Mascolo, in *Il Foro it.*, 2014, IV, 569.

<sup>9</sup> Tra le altre C. Giust. UE, sentenza 26 gennaio 2012, causa C-50/13, *Küküc*, (punti 52-55), in *Il Foro it.* 2012, IV, 112; C. Giust. UE, sentenza 23 aprile 2009, causa C-378/07 (cause riunite C-378/07, C-379/07, C-380/07), *Angelidaki*, (punti 103 e 61), in *Il Foro it.*, 2009, IV, 496; v. M. DE LUCA, *Un grand arret della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in*

## Giurisprudenza

possono identificarsi con lo scopo di soddisfare esigenze che, di fatto, abbiano un carattere non già provvisorio, ma permanente e durevole, per tale via ponendosi in insanabile contrasto con la premessa sulla quale si fonda l'accordo quadro, in base alla quale il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro. La clausola 5 della citata Direttiva, in materia di misure atte a prevenire gli abusi, offre indicazioni di massima, lasciando per il resto liberi gli Stati membri di prevedere strumenti ulteriori e diversi, purché confacenti ai criteri indicati ed infine di carattere sostanzialmente sanzionatorio. Le ragioni di specialità del settore, sempre ammesso che ricorrano, cedono, quindi, il passo dinanzi ai principi generali ed ineludibili della certezza giuridica, della non discriminazione e quindi uguaglianza, ovvero infine della effettività della tutela.

La riflessione sin qui esposta non può prescindere, in ultimo, da quanto osservato con riferimento all'ultimo e significativo arresto della giurisprudenza di legittimità nazionale che, nella già citata sentenza a Sezioni Unite n. 5072/2016, opera una completa ricognizione della pregressa elaborazione giurisprudenziale. La pronuncia, pur non avendo avuto ad oggetto nello specifico la normativa scolastica, ha tuttavia il merito di dirimere la controversa questione relativa alla individuazione dei parametri normativi alla stregua dei quali determinare l'esatto ammontare del danno da liquidarsi in favore del lavoratore ai sensi dell'art. 36, 5 comma, D.Lgs. 165/2001. È peraltro interessante evidenziare come i principi espressi in tale decisione ripercorrono le principali tappe che hanno scandito la vicenda che ci occupa, chiarendo definitivamente che il danno da liquidarsi in ipotesi di illegittima reiterazione di contratti a termine sia sanzione *ex lege*, comminata al datore di lavoro quale corollario della violazione della normativa comunitaria, la quale, pur contenuta in una direttiva obiettivo (pertanto non direttamente applicabile nell'ordinamento interno secondo i principi generali), si considera sufficientemente precisa e dettagliata da assumere immediata efficacia cogente. Una sorta di "danno punitivo", nel senso di danno con efficacia sanzionatoria, che riecheggia ancora una volta la logica rimediabile che ha chiaramente ispirato l'*iter* normativo-giurisprudenziale tracciato e che risulta idoneo ad annullare ogni rischio di introdurre indebite disparità di trattamento tra lavoratori del settore privato e quelli del settore pubblico; un danno patrimoniale da illegittima precarizzazione, rientrante nell'ampia categoria del danno da perdita della *chance* di trovare una occupazione alternativa migliore, non già da perdita

---

*attesa dei seguiti*), in *Lav. pubb. amm.*, 2014, 03-04, 498, e A. M. PERRINO, *Spigolature sul contratto di lavoro pubblico a termine, fra ragioni oggettive e profili sanzionatori* (nota a Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, C. App. Genova, 22 maggio 2012 e Trib. Trani, 15 marzo 2012), in *Il Foro it.*, 2012, I, 2027.

del posto di lavoro, cui a rigore il privato non ha mai avuto "diritto", vigendo in materia la regola dell'accesso mediante pubblico concorso (art. 97 Cost.). Così, il parametro cui fare riferimento per la quantificazione del danno è individuato nell'art. 32, 5 comma, D.Lgs. n. 183/2010, non già nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, né nell'art. 8 della Legge n. 604/1966, giacché ambedue inerenti alla condizione della perdita del posto di lavoro. Quanto alla specifica delimitazione del *quantum* risarcibile, operante ai sensi del disposto del citato art. 32, 5 comma, D.Lgs. n. 183/2010, essa non presenta, secondo il Supremo Consesso, profili di irragionevolezza, in quanto, con riferimento al lavoratore del settore privato, il danno così liquidato si aggiunge alla sanzione della conversione; con riguardo, invece, al lavoratore del settore pubblico, sarà l'agevolazione probatoria, discendente dal riconoscimento del danno in via presuntiva, oltre all'eventuale maggior danno (questa volta da provarsi in modo rigoroso), ad eliminare ogni profilo di disparità, assicurando in ambedue i casi un ristoro pieno ed effettivo. Ancora una volta, quindi, la scelta dell'interprete pare guidata dalla logica del bisogno di tutela sostanziale, ancorché questo si scontri apparentemente col dato normativo formale, proponendone un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata.

Ed è sempre in ossequio a tale logica che, nel caso di specie, il Tribunale ritiene perfettamente sovrapponibile la sanzione della nullità, comminata dall'art. 648, 2 comma, D.Lgs. n. 297/1994, in relazione alle assunzioni a termine disposte in violazione del divieto generale vigente in materia, alla disposizione di cui all'art. 36, 1 comma, D.Lgs. n. 165/2001: ambedue sono, infatti, espressione del principio generale in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in forza del quale in nessun caso la sanzione per la illegittima reiterazione di contratti a termine può essere rappresentata dalla conversione dei medesimi in contratto a tempo indeterminato. A ciò consegue, nel solco della *eadem ratio*, il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno ex art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165/2001 anche a favore dei precari degli istituti scolastici all'estero, destinatari, come si è visto, di una disciplina *ad hoc* e quindi, almeno astrattamente destinata a prevalere su quella generale, l'applicabilità della quale è altresì espressamente esclusa ai sensi dell'art. 70, 8 comma, del citato decreto. Ebbene, neanche tale ultima considerazione è idonea a smentire le conclusioni cui perviene il giudicante, a parere del quale l'inciso "procedure di reclutamento" ivi contenuto non è riferibile al caso in cui consti la violazione di norma imperativa concernente l'assunzione, pur sempre attratta alla sfera di operatività del citato art. 36, D.Lgs. n. 165/2001.

Non vi è chi non veda che chiaro intento del giudicante è quello di superare il dato formale, il quale a rigore non consentirebbe una simile conclusione, ed anzi deporrebbe a favore del carattere speciale e quindi derogatorio della normativa *de qua*. La pronuncia in esame riprende ed attua i principi espres-

si dalle Sezioni Unite, considerando presuntivamente provato il danno a favore dei ricorrenti, sebbene solo per una parte del periodo oggetto di contestazione (solo a decorrere dall'anno 2012), considerando a tal fine dirimente la circostanza della drastica riduzione del contingente di ruolo da destinare all'estero ad opera del D.L. n. 95 del luglio del 2012; circostanza avverso la quale i convenuti non hanno fornito la prova di una contestuale e corrispondente diminuzione delle esigenze di personale per le istituzioni scolastiche all'estero, cui pertanto consegue la condanna al risarcimento del "danno comunitario", liquidato ai sensi dell'art. 32, 5 comma, D.Lgs. n. 183/2010.

Una soluzione invece apparentemente in conflitto con la logica tracciata è stata di recente accolta da altra recentissima pronuncia del Tribunale di Roma<sup>10</sup>, avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a fronte del reiterato ricorso a contratti di collaborazione, per tale ragione assunti dal ricorrente come illegittimi e quindi, a suo dire, fonte di danno risarcibile ai sensi dell'art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165/2001, oltre che del diritto al conseguimento delle differenze retributive maturate ai sensi dell'art. 2126 c.c. Il Tribunale, accertata la subordinazione in concreto, ovvero di fatto, condanna la convenuta Azienda ospedaliera, al pagamento in favore del ricorrente delle somme dovute a titolo di differenze retributive ai sensi dell'art. 2126 c.c., mentre rigetta la domanda risarcitoria. Ciò che rileva in tale sede è la motivazione del rigetto, la quale si fonda sulla constatazione dell'impossibilità di assimilare la fattispecie concreta a quella della illegittima reiterazione di contratti a termine. Si osserva in tal senso che, trattandosi di rapporto di collaborazione svoltosi di fatto con i caratteri tipici della subordinazione, deve escludersi l'estensione, anche per via analogica, dei risultati della copiosa elaborazione della giurisprudenza comunitaria e nazionale maturati con riferimento alla distinta fattispecie dell'abusivo ricorso ai contratti a termine da parte della P.A.. In tal caso, infatti, vertendosi in materia di rapporti con la P.A., alcun valido rapporto di lavoro può costituirsi al di fuori delle ipotesi normativamente previste, ovvero principalmente all'esito dell'espletamento di rituale procedura concorsuale *ex art. 97 Cost.* Logico corollario di tale assunto è che il lavoratore, il quale dimostri di avere prestato di fatto la propria attività con i caratteri tipici della subordinazione, potrà esclusivamente agire *ex art. 2126 c.c.*, per ottenere la condanna dell'ente pubblico al pagamento delle relative differenze retributive. Quanto al risarcimento del danno, non venendo in rilievo alcuna violazione della normativa comunitaria, non troveranno attuazione quelle peculiari agevolazioni probatorie in tema di "danno comunitario", tornando invece ad applicarsi i principi generali vigenti in materia di onere probatorio.

Non vi è dubbio che si possa ad una prima lettura essere indotti a rilevare la apparente contraddittorietà del *decisum* appena riportato rispetto alle ri-

---

<sup>10</sup> Trib. Roma, Sez. Lav., sentenza 21 aprile 2016, n. 3914, inedita a quanto consta.

flessioni svolte in punto di chiara ispirazione ai principi di effettività, efficacia e giustizia sostanziale delle soluzioni accolte in materia di illegittima reiterazione di contratti a termine. Sennonché, la pronuncia prende atto di un invalicabile limite all'estensione della disciplina del danno comunitario, costituito dal principio generale sancito dall'art. 97 Cost. dell'accesso nei ruoli della P.A. mediante pubblico concorso, quale unica via esperibile per la costituzione di un rapporto di pubblico impiego, salve le diverse ipotesi eccezionali previste dalla legge, che evidentemente non ricorrono nella fattispecie concreta. Si badi bene, peraltro, che tale principio non è messo in discussione neppure nella vicenda relativa all'illegittima reiterazione dei contratti a termine, nell'ambito della quale esso opera come limite alla conversione del rapporto a tempo indeterminato; ed è questa una costante delle riflessioni condotte anche dalla giurisprudenza comunitaria, la quale non ha mai revocato in dubbio la legittimità di una simile preclusione, limitandosi a constatare l'assenza di misure alternative ed equivalenti in grado di soddisfare l'esigenza di tutela scaturente dalla condotta abusiva posta in essere dalla P.A..

In conclusione, quella tensione verso l'effettività, così pervasiva in sempre più numerosi settori del diritto, può dirsi pienamente rappresentata e soddisfatta da una giurisprudenza di merito che si fa portavoce di istanze ed esigenze sostanziali e che presumibilmente proseguirà in questa opera di costante adeguamento ai mutevoli assetti di interessi di una società in continua evoluzione. E chissà che, nel delicato bilanciamento di interessi contrapposti, non si giunga a coniare nuovi ed ulteriori strumenti di tutela, che assicurino la piena realizzazione delle istanze di effettività sottese al dettato costituzionale e alle più recenti elaborazioni pretorie comunitarie e nazionali.