

Numero 1 / 2018
(estratto)

Paolo Tosi

**La sentenza CGUE 7 marzo 2018 in causa
C-494/16: ancora sul termine illegittimo nel
Lavoro pubblico**

La sentenza CGUE 7 marzo 2018 in causa C-494/16: ancora sul termine illegittimo nel lavoro pubblico

Paolo Tosi

Prof. Emerito Università di Torino - Avvocato

Sommario

1.- L'ordinanza di rinvio preliminare. 2.- La risposta della Corte quanto al principio di adeguatezza. 3.- La risposta della Corte quanto al principio di effettività. 4. Il giudice del rinvio a fronte della sentenza della Corte.

1.- È opportuno muovere dall'ordinanza con cui il Tribunale di Trapani ha disposto “la remissione” (direi, *rectius*, la rimessione) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea delle questioni di interpretazione indicate in motivazione”.

L'ordinanza inserisce la soluzione adottata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte¹ nel quadro normativo italiano e lo sottopone alla valutazione di conformità della Corte di Giustizia ritenendolo inadeguato a soddisfare, nel rispetto dei principi comunitari di equivalenza ed effettività, le prescrizioni più volte adottate dalla Corte stessa.

Secondo l'ordinanza due sole sono le alternative di soluzione adeguata adottabile dal Giudice italiano.

Una, la disapplicazione dell'articolo 36 (e dell'articolo 97 cost.) e conseguente trasformazione del rapporto; disapplicazione percorribile vista la prevalenza della fonte comunitaria anche sulle norme della nostra Carta costituzionale.

¹ Cass., S.U., 5072/2016 ha affermato il “principio di diritto” secondo cui il lavoratore pubblico “ha intanto diritto, senza necessità di prova alcuna per essere egli, in questa misura, sollevato dall'onere probatorio, all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, L. 183/2010” senza peraltro che gli sia “precluso di provare che le chances di lavoro che ha perso perché impiegato in reiterati contratti a termine in violazione di legge si traducano in un danno più elevato”. Non mi pare opportuno ripetere qui le considerazioni critiche che ho svolto nella nota alla sentenza in *Giur. It.*, maggio 2016, *Il danno nel rapporto a termine del pubblico dipendente*, e ancora nello scritto *Circolazione dell'impresa in crisi e interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 47, comma 4-bis, L. 428/1990*, nel n. 2/2018 di questa rivista.

Sorprende non poco come il “giudice comune” dimentichi che la disapplicazione di una norma interna contrastante con una norma comunitaria presuppone che questa sia provvista di effetto diretto, segnatamente, che abbia un contenuto sufficientemente specifico da consentirle di prendere il posto della norma interna disapplicata. Ciò nel nostro caso sicuramente non è in quanto la Direttiva non si occupa del profilo sanzionatorio e le sentenze della Corte di Giustizia si limitano (né altro potrebbero fare) a chiedere che dalla illegittimità del termine siano fatte discendere, nell’ordinamento dello Stato membro, conseguenze penalizzanti sufficientemente dissuasive.

Senza dire che è difficile negare all’obbligatorietà del concorso per l’accesso alla pubblica amministrazione la qualità di principio fondamentale del nostro ordinamento costituzionale.

L’altra soluzione, che l’ordinanza ritiene preferibile, è quella di “forzare la nozione di «risarcimento del danno» e attribuire al lavoratore pubblico, senza prova di alcuna *deminutio*, il valore economico del posto di lavoro negatogli”².

Atteso infatti che la Suprema Corte operato una forzatura della nozione di risarcimento del danno tramite la *factio extra ordinem* dell’agevolazione della sua prova alla stregua di una misura predeterminata³– questo il ragionamento del Giudice di Trapani -- non si vede perché, dovendosi pervenire ad una soluzione rispondente ai principi comunitari di adeguatezza ed effettività, non si possa condurre la forzatura fino all’identificazione del danno nel valore economico del posto di lavoro. Spettando poi ad ogni singolo giudice, ne consegue inevitabilmente, di determinare quel valore a propria discrezione, tanto che l’ordinanza non precisa quale sarebbe il parametro da adottare per una adeguata quantificazione di quel danno⁴.

² Pur se lo stesso Giudice ammette che “così ragionando si deroga a tutti i parametri conosciuti nel diritto civile italiano perché si finisce per configurare una vera e propria sanzione civile che è del tutto svincolata dal principio del «danno effettivo»”.

³ L’ordinanza rileva infatti che, nel tentativo di attuazione delle prescrizioni della Corte di Giustizia, la Corte di cassazione “ha dovuto operare una forzatura delle norme interne e ha quindi cercato di attribuire un minimo di tutela anche al dipendente pubblico. Nel tentativo di limitare al massimo la forzatura del diritto italiano, la Corte di cassazione ha concentrato l’attenzione sull’elemento accessorio della tutela predisposta nel settore privato (l’indennità volta a ripagare il lavoratore per l’attesa del riconoscimento delle sue ragioni) anziché su quello principale (l’attribuzione del posto di lavoro) e ha cercato di esaltare i caratteri dell’emolumento economico attribuito...”.

⁴ L’ordinanza si limita al richiamo di quei Tribunali che “sacrificando il principio del danno effettivo...hanno coniato un risarcimento di matrice sanzionatoria quantificando l’importo del ristoro al valore del posto di lavoro a tempo indeterminato”. L’implicito riferimento è quindi,

2.- Può sorprendere, certo, che un Giudice di merito, disattendendo le indicazioni delle Sezioni Unite della Suprema Corte, si rivolga alla Corte di Giustizia con l'obiettivo di ricevere da essa una sorta di disco verde per una siffatta operazione di politica del diritto. Ma sorprende ancor più, dal profilo della tecnica ermeneutica, che utilizzi il principio comunitario di equivalenza alla stregua del principio di eguaglianza dell'articolo 3 della nostra Carta costituzionale⁵.

La stessa Corte di Giustizia pare sorpresa stando al tenore dei quattro capi della sentenza (da 39 a 42) che dedica a fare chiarezza al riguardo.

La Corte rammenta così al Giudice del rinvio che il principio di equivalenza non opera nella comparazione delle diverse misure adottate da un ordinamento nazionale tra due distinte cerchie di individui in attuazione della fonte comunitaria: "le modalità proprie di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza in quanto tali misure hanno ad oggetto l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione".

Ad ogni buon conto, la Corte torna a ripetere quanto affermato in tutte le precedenti sentenze in materia, cioè che "la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi una sorte diversa al ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, a seconda che detti contratti o rapporti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico".

3.- Passando a considerare il profilo dell'effettività del quadro normativo rappresentato dall'ordinanza di rimessione la Corte torna anzitutto a ripetere che la Direttiva non impone allo Stato membro di prevedere, quale conseguenza dell'abuso nel ricorso ad una successione di contratti a tempo determinato, la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato con il necessitato corollario che neppure gli impone

probabilmente, alla quantificazione di tale valore sulla base delle quindici mensilità dell'indennità «in sostituzione della reintegrazione» prevista dall'art. 18, comma 3, L. 300/1970 con l'aggiunta o meno del minimo risarcitorio di cinque mensilità previsto dal precedente comma 2. Prima dell'intervento delle Sezioni Unite alcune sentenze della Cassazione avevano utilizzato come parametro l'art. 8 L. 604/1966.

⁵ Un principio, peraltro, che nel nostro ordinamento costituzionale non opera sul piano del raffronto lavoro pubblico-lavoro privato.

“di concedere, in assenza di ciò, una indennità destinata a compensare la mancanza di un siffatta trasformazione del contratto”.

La Corte di Giustizia ribadisce poi che non è proprio compito, nell’ambito di un rinvio pregiudiziale, “pronunciarsi sull’interpretazione del diritto interno, compito che compete esclusivamente al giudice del rinvio”, ma al più “fornire, ove necessario, precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione”.

Nel contesto delle precisazioni che fornisce (con i capi da 48 a 53 e con lo stesso dispositivo del capo 54) la Corte, pur valorizzando l’apparato sanzionatorio previsto dall’art. 36 D. lgs 165/2001 a carico dei dirigenti “autori” dell’illecito, inserisce il riferimento al ruolo che può rivestire, nell’apprezzamento della idoneità dei rimedi adottati dallo Stato membro a soddisfare il principio di effettività, la utilizzabilità di “presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell’uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze” del pregiudizio subito.

Ciò non può sorprendere. La Corte non può infatti ignorare quanto correttamente rappresentato dal Giudice del rinvio circa la (pressoché certa) insussistenza di un danno dipendente dalla prestazione a termine per la perdita della *chance* di reperimento di una diversa occupazione a tempo indeterminato: l’esperienza professionale acquisita può anzi agevolarlo e se un’occasione si presenta può essere subito colta vista la nullità del termine⁶ Né può conseguentemente ignorare che in assenza di un danno risarcibile l’effettività di quell’apparato sanzionatorio risulterebbe molto depotenziata

L’ordinanza di rinvio, per parte sua, minimizza la portata dissuasiva di una somma determinata in un *range* da 2,5 a 12 mensilità di retribuzione anche perché l’utilizzazione, come parametro, dell’indennità prevista dall’art. 32 non favorisce una corretta prospettiva di valutazione.

Nell’art. 32, con riguardo al lavoro privato, siamo al cospetto del risarcimento di un danno effettivo (la mancata retribuzione per il periodo dalla scadenza del termine alla

⁶ La perdita di *chance* da irregolare svolgimento di un concorso si colloca invece su un piano del tutto diverso e può essere risarcita se provata, secondo giurisprudenza corrente, anche con l’ausilio di presunzioni purché avvalorate da una robusta componente probabilistica.

sentenza) quantificato in misura forfettizzata; misura che può essere inferiore ma anche superiore alla retribuzione perduta.

Trasferita sul piano del lavoro pubblico, l'indennità assume una funzione esclusivamente deterrente/sanzionatoria in quanto indipendente da qualsiasi danno (che, se provato, viene risarcito). In questa corretta prospettiva la sanzione non è propriamente irrisoria anche perché, ragionevolmente, il giudice tenderà a determinarla nella misura massima a fronte di reiterazioni prolungate.

Nel quadro normativo ricostruito dalle Sezioni Unite la condanna al danno punitivo dà peraltro sostanza all'apparato sanzionatorio richiamato dalla sentenza della CGUE. È notorio infatti come le scelte dei dirigenti della nostra Pubblica Amministrazione siano ampiamente condizionate dal timore di poter incorrere in responsabilità erariale

4.- Mi si consenta di ipotizzare ora che il giudice del rinvio (ma anche qualsiasi altro giudice di merito) persista nel ritenere che il quadro normativo (ricostruito dalle Sezioni Unite ed) offerto all'esame della Corte di Giustizia sia da ritenere inadeguato alla stregua delle "precisazioni" da essa offerte considerato il riferimento, contenuto anche nel dispositivo della sentenza, al ruolo di improbabili presunzioni.

È vero, allora, come rammenta l'ordinanza, che "per l'Unione è irrilevante che la misura venga coniata dal legislatore nazionale ovvero dalla giurisprudenza dello Stato membro; la sola cosa che rileva è il raggiungimento della finalità indicata". Si tratta infatti, all'evidenza, di un problema dell'ordinamento interno. Ma per il nostro ordinamento non è affatto irrilevante la fonte della misura né è sostenibile che in esso "gli obiettivi dell'Unione europea possono essere perseguiti con qualsiasi mezzo e da qualsiasi autorità", quindi anche con l'indiscriminato ricorso a "quelle forzature interpretative che sono necessarie per recepire le istruzioni impartite dalla Corte di Giustizia europea".

Orbene, nel nostro ordinamento si configurano situazioni diverse con riguardo alle autorità competenti a dare risposta alle sollecitazioni provenienti dal diritto europeo.

In alcune situazioni, l'autorità può certamente essere il "giudice comune" vuoi in via di disapplicazione della norma contrastante con la fonte comunitaria, se essa è provvista di efficacia diretta, ovvero in via di interpretazione comunitariamente

orientata, se compatibile con il testo della norma interna ed inscrivibile nel sistema di cui essa fa parte. In altre situazioni, occorre l'intervento della Corte delle leggi, se siffatta interpretazione richiede la manipolazione del testo normativo ma anche, sono incline a ritenere, se il conflitto è con una norma costituzionale, dovendosi allora valutare se essa esprima o meno un principio fondamentale non sacrificabile. In altre situazioni ancora, è imprescindibile il diretto intervento legislativo se si tratta di creare una nuova norma, cosicché l'inerzia del legislatore non può che rimanere soggetta all'apertura di una procedura d'infrazione comunitaria da parte dei competenti organi dell'Unione. Ed è, a mio avviso, il caso in questione.

Sarebbe azzardato, tuttavia, ipotizzare che il Giudice del rinvio voglia adottare siffatto *self restraint* e, decidendo il caso di specie, non si attenga, quanto meno, al principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite.

Non disconosco allora, per quanto osservato prima, che il quadro normativo ricostruito dalla Corte di Cassazione possa, quanto al merito del suo contenuto, apparire ragionevolmente adeguato a soddisfare le esigenze rappresentate dalla CGUE. Continuo però a ritenere che sia preclusa la creazione per via interpretativa di danni in funzione "deterrente-punitiva" pur dopo che le Sezioni Unite della Suprema Corte ne hanno affermato la riconducibilità al complessivo sistema risarcitorio del nostro ordinamento positivo⁷. Esse hanno però al tempo stesso avvertito che la loro introduzione richiede una "intermediazione legislativa"⁸.

⁷ È la sentenza 16601/2017, est. D'Ascola: "In sintesi estrema può dirsi che accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto (che immancabilmente lambisce la deterrenza) è emersa una natura polifunzionale (un autore ha contato più di una decina di funzioni), che si proietta verso più aree, tra cui sicuramente principali sono quella preventiva (o deterrente o dissuasiva) E quella sanzionatori-punitiva".

⁸ "Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati". A più riprese la Corte avverte che "deve esservi un ancoraggio normativo per una ipotesi di condanna a risarcimenti punitivi".