

Tribunale di Cassino Sez. lavoro,

Sentenza 04-06-2014

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 9.10.2012 (in riassunzione a seguito della dichiarazione della propria incompetenza per territorio, da parte del Tribunale di Frosinone), P.A. si rivolgeva al Tribunale di Cassino - Giudice del Lavoro, esponendo in premessa che era dipendente della Azienda USL di Frosinone, presso il Polo/Distretto D di Cassino/Pontecorvo, con qualifica di Dirigente Farmacista, in virtù di contratti di lavoro a tempo determinato (segnatamente dal 19.6.2006 al 18.2.2007; dal 19.2.2007 al 18.6.2009; dal 19.6.2009 al 18.6.2011 e dal 19.6.2011 al 13.12.2011); di aver sempre svolto le mansioni di Dirigente Farmacista presso il P.O. di Cassino e il P.O. di Pontecorvo, in qualità di addetta alla farmacia interna dei predetti ospedali; che nei predetti contratti non erano state indicate le specifiche ragioni giustificative delle assunzioni a tempo determinato; che, in ogni caso, i contratti erano stati stipulati non per esigenze di carattere temporaneo, bensì per carenza di personale.

Tanto premesso, lamentando l'illegittimità della clausola appositiva del termine, chiedeva: "a) Accertare e dichiarare l'illegittimità e/o nullità dei termini apposti ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra l'Azienda USL di Frosinone e la Dott. P.A.; b) accertare e dichiarare a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra le parti ai sensi dell'art. 5, comma 4 bis e comma 2, del D.Lgs. n. 368 del 2001; per l'effetto: c) accertare e dichiarare il diritto dell'istante alla trasformazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del primo contratto dedotto in giudizio o dalla sua scadenza o dalla diversa data ritenuta di giustizia; d) ordinare a parte resistente la riammissione in servizio della ricorrente nel posto di lavoro per lo svolgimento delle medesime mansioni, oltre alle retribuzioni maturate anche a titolo di risarcimento danni, sulla base di Euro 3.500,00 (ultima retribuzione percepita); e) in ogni caso, condannare l'Azienda USL al risarcimento dei danni nella misura di 12 mensilità dell'ultima retribuzione ex art. 32, comma 5, della L. n. 183 del 2010; f) condannare l'Azienda USL di Frosinone ad erogare alla stessa tutti gli emolumenti retributivi come differenza tra quanto effettivamente corrisposto e quanto dovuto, oltre al riconoscimento dell'anzianità di servizio, della progressione orizzontale e della regolarizzazione della posizione contributiva".

Si costituiva in giudizio l'Azienda USL di Frosinone, contestando la fondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

All'udienza del 4.6.2014, il Giudice, udita la discussione orale delle parti, decideva la causa come da dispositivo in calce, pubblicamente letto.

Motivi della decisione

Assume la ricorrente, la quale lavora, quale Dirigente Farmacista, alle dipendenze dell'Azienda resistente, in virtù di più contratti a termine (stipulati senza soluzione di continuità nell'arco di tempo compreso tra il giugno 2006 ed dicembre 2011), che la clausola appositiva del termine ai suddetti contratti sarebbe nulla, per assenza di puntuali indicazioni in ordina alla causa giustificativa. Fa in ogni caso rilevare di essere stata assunta non già per ragioni di carattere temporaneo, bensì per carenze strutturali di personale.

L'art. 36 del D.Lgs. n. 165 del 2001 (nel testo vigente sino al 31.12.2007) prevedeva che "le pubbliche amministrazioni .. si (potessero avvalere) 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", rinviando ai "contratti collettivi nazionali" per la disciplina della "materia dei contratti a tempo determinato".

La previsione contenuta nell'art. 17, 1 comma, CCNL Comparto Sanità del 1.9.1995, condizionante la possibilità di assunzione a termine in ragione di "particolari punte di attività per esigenze straordinarie ... quando non sia possibile far fronte con il personale in servizio", in sostanza già anticipava, per quel che qui interessa, la necessaria rispondenza della stipulazione del contratto a termine "ad esigenze temporanee ed eccezionali", poi introdotta anche nel testo dell'art. 36 (al 2 comma) dalla L. n. 244 del 2007.

Né può sostenersi che in ragione della modifica apportata all'art. 1 D.Lgs. n. 368 del 2001, per effetto dell'art. 21 D.L. n. 112 del 2008 (conv. in L. n. 133 del 2008), che ha previsto l'apposizione del termine anche "a fronte di ragioni ... riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro", sia venuta meno la necessaria temporaneità dell'esigenza giustificativa del contratto a termine stipulato in ragione della predetta causale. A parte ogni considerazione sulla non operatività, *ratione temporis*, della predetta modifica normativa (in vigore solo dal 25.6.2008), deve comunque escludersi l'applicabilità della stessa al regime del pubblico impiego, stante la specialità tanto della disposizione contenuta nella norma contrattuale (di maggior favore per il lavoratore), quanto della norma anteriore contenuta nell'art. 36 cit. (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*). In ogni caso, poi, le norme di cui al D.Lgs. n. 368 del 2001 non sarebbero comunque applicabili alla specifica fattispecie in esame, stante l'espressa esclusione sancita dall'art. 10, comma 4, del D. L.vo cit., per i rapporti di lavoro instaurati con i dirigenti.

Alla luce di tale principio della necessaria sussistenza di esigenze temporanee ed eccezionali (e quindi non durature) giustificatrici dell'apposizione del termine, deve quindi valutarsi la legittimità dei contratti in esame.

A fronte di una specifica doglianza sul punto della parte ricorrente (che ha evidenziato come i contratti in esame non fossero stati stipulati per ragioni di carattere temporaneo, bensì per le gravi carenze strutturali di organico ASL), sulla parte resistente incombeva un preciso onere di prova, volto alla

dimostrazione della concreta sussistenza della temporanea esigenza giustificatrice.

Il mancato assolvimento di detto onere (nessuna richiesta di prova sul punto è stata, infatti, formulata nella comparsa di costituzione) conduce a far ritenere illegittima la clausola appositiva del termine.

All'accertamento dell'illegittimità della clausola appositiva del termine, non segue però necessariamente una pronuncia dichiarativa della predetta illegittimità, presupponendo detta statuizione la sussistenza, in capo alla parte ricorrente, di un interesse attuale a tale pronuncia.

Prima di esaminare la questione dell'interesse ad una pronuncia (meramente) declaratoria dell'illegittimità del termine, vanno, invero, prese in esame le ulteriori domande proposte dalla parte ricorrente, per essere l'attualità del predetto interesse strettamente connessa all'accoglibilità delle statuizioni ad essa eventualmente consequenziali.

Come puntualmente chiarito da recente pronuncia della Suprema Corte (v. C. Cass. n. 392 del 13.1.2012), nell'ambito del pubblico impiego la tutela accordabile al lavoratore assunto con contratto a termine "in violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori", è esclusivamente quella prevista dall'art. 36 D.Lgs. n. 165 del 2001; norma questa di carattere speciale - "per la migliore aderenza alle caratteristiche proprie della fattispecie specifica oggetto della sua previsione" - ed in quanto tale, come già detto, non derogata (non solo per i dirigenti, come la ricorrente, ma per tutti i dipendenti pubblici) dalla disciplina (generale) successiva di cui al D.Lgs. n. 368 del 2001. Ne consegue che, nel lavoro pubblico, alla illegittimità del contratto a termine per violazione di norme imperative, non può che seguire un regime sanzionatorio che - con l'escludere ogni effetto reintegrativo, stante peraltro il principio generale dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, 3 comma, Cost - è interamente incentrato sul risarcimento dei danni subiti dal lavoratore.

Incidentalmente è bene aggiungere che la Corte Costituzionale, con sent. 89 del 27.3.2003 ha reputato giustificata la scelta del legislatore - cui spetta, nei limiti della ragionevolezza, individuare i casi eccezionali in cui il principio del concorso può essere derogato - di ricollegare alla violazione di norme imperative in materia di contratto a termine conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio.

La delineata distinzione tra il regime sanzionatorio del settore pubblico e di quello privato è stata, inoltre, più volte rimarcata anche nella normativa comunitaria, come ribadito in numerosi interventi della Corte di Giustizia europea, che con giurisprudenza uniforme (v. in particolare Corte Giust. C 180/04, Vassallo) ha affermato che, al fine di apprestare un'adeguata tutela ai lavoratori danneggiati dall'abusivo ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato, a fronte della mancata previsione, da parte del diritto comunitario, di specifiche sanzioni, non è obbligatorio per gli stati membri prevedere quale sanzione, a carico del datore di lavoro, la conversione dei rapporti di lavoro in rapporti a tempo indeterminato, essendo richiesto solo che le eventuali misure

alternative all'uopo previste siano tali da garantire una tutela effettiva (v. p. 34), in attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito nella Direttiva 1999/70/CE (v. p. 34). Tale orientamento è stato da ultimo ribadito con un'ulteriore pronunzia (v. Corte Giust. C 3/10, Affatato). In linea di principio, quindi, la normativa italiana, che per il solo settore del pubblico impiego esclude in caso di abusivo ricorso ai contratti a termine la trasformazione di questi ultimi in contratti a tempo determinato e prevede esclusivamente un regime sanzionatorio di tipo risarcitorio, non è stata ritenuta come contrastante con la richiamata Direttiva comunitaria.

E' appena il caso di soggiungere che, quand'anche si dovesse ritenere l'inadeguatezza del nostro sistema sanzionatorio a garantire una tutela effettiva del lavoratore pubblico (per quanto si preciserà in seguito, in particolare, sul rigoroso onere di allegazione e di prova incombente sul lavoratore e quindi sulla mancata previsione di un regime risarcitorio che preveda una misura minima, forfetaria, sempre dovuta al lavoratore illegittimamente assunto con contratto a termine), il rimedio esperibile non sarebbe certo né quello del riconoscimento del diritto alla conversione (prevista dall'art. 5 D.Lgs. n. 368 del 2001), né quello dell'introduzione di forme di risarcimento "in via equitativa" (fondate ad esempio sulla valutazione del tempo ritenuto necessario al reperimento di una nuova occupazione in seguito alla scadenza del termine apposto al contratto impugnato), disancorate da qualsiasi previsione normativa, ovvero di forme di risarcimento che dessero ingresso all'applicazione analogica di criteri risarcitori operanti in settori del tutto diversi (quello dell'art. 18 St. Lav., previsto per il caso di licenziamento illegittimo, o quello dell'art. 32 L. n. 183 del 2010, operante solo nei casi di conversione del contratto e dunque nei rapporti di lavoro con datori di lavoro privati).

Sicché l'unico rimedio eventualmente esperibile dal lavoratore che assuma lesa il suo diritto potrebbe essere quello di far rilevare in sede comunitaria la responsabilità dello Stato Italiano per mancata puntuale attuazione della Direttiva citata (in seguito alla mancata previsione di un adeguato meccanismo risarcitorio/sanzionatorio che, in qualche modo, compensi la mancata previsione della conversione del contratto a termine, evitando quindi una ingiustificata discriminazione dei lavoratori pubblici), ma non certo la richiesta di introduzione, in via pretoria, di forme di tutela non riconosciute dall'ordinamento.

Circoscritto quindi il regime sanzionatorio, in astratto applicabile alla fattispecie in esame, ad una mera pronuncia risarcitoria, deve ulteriormente precisarsi che (a fronte del dato letterale dell'art. 36, 5 comma, D.Lgs. n. 165 del 2001, contenente la previsione del solo "diritto" del "lavoratore interessato" "al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative") ai fini dell'accoglimento della richiesta risarcitoria del lavoratore, non può prescindere da una prospettazione del danno da parte dello stesso, supportata da elementi di riscontro probatorio (v. sul punto la sent. C. Cass. già citata 392/2012).

Non può infatti ritenersi che il danno sia in re ipsa, in applicazione peraltro di un costante indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale il risarcimento dei danni scaturenti dal rapporto lavorativo (quale ad esempio il danno biologico o

quello da perdita di chances) va provato in giudizio (v. Cass. SS.UU. 26972/2008 e SS.UU. 6572/2006), salvo appunto che non vi sia una qualche previsione normativa di favore per il lavoratore che lo esoneri da detta prova, stabilendo una misura minima del danno risarcibile a prescindere dalla concreta dimostrazione del pregiudizio subito (v. art. 18 St. Lav, art. 32 L. n. 183 del 2010).

Né, come anticipato, appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale che in tale norma rinviene la previsione di una sanzione, la cui irrogazione prescinde quindi dalla sussistenza di un effettivo pregiudizio. Pur nella consapevolezza che la Corte di Giustizia Europea ha più volte ribadito (v. sent. già citate) che alla stipulazione illegittima di contratti di lavoro a termine da parte delle pubbliche amministrazioni debba comunque conseguire una misura che operi da efficace deterrente alla stipulazione dei predetti contratti, al di fuori delle condizioni consentite, e che la previsione di una penale potrebbe senz'altro avere tale efficacia dissuasiva, non si ritiene che, alla luce del tenore letterale del cit. art. 36, si possa pervenire alla conclusione di rinvenire in tale norma l'introduzione di una penale. Nei casi in cui è prevista una penale ex lege (v. ad es. art. 32 della L. n. 183 del 2010 così come ribadito da Cass. 3056/2012) è infatti sempre espressamente prevista la misura della sanzione; previsione che invece manca del tutto nel cit. art. 36, contenente, al contrario, il riferimento esclusivamente ad un onere risarcitorio "del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative" e dunque di un danno reale ed effettivo.

Ora, nel caso in esame, la parte ricorrente non solo non ha allegato alcuno specifico profilo di danno (quale ad esempio la perdita di occasioni di lavoro), ma neppure ha sottoposto alla valutazione del giudicante elementi in base ai quali sia possibile risalire, attraverso un prudente apprezzamento all'esistenza di un qualche danno.

Se a ciò si aggiunge che la stipulazione di un contratto a termine può anche non cagionare alcun danno al lavoratore (infatti nelle ipotesi di stipulazione di contratti a termine in violazione delle condizioni legittimanti previste dalla legge, la condotta illegittima della PA si può tradurre per il lavoratore in un'utilità, costituita dalla possibilità di lavorare e di conseguire reddito, sia pure eventualmente per un limitato periodo di tempo, al di fuori delle regole previste per l'instaurazione di rapporti di lavoro con i soggetti pubblici), in difetto di alcuna allegazione sui profili concreti di danno, non può che rigettarsi la domanda risarcitoria.

Sicché, in concreto, pur rilevandosi la difficile posizione del lavoratore, a fronte degli oneri di allegazione e prova impostigli dal citato art. 36 e pur dubitandosi dell'idoneità della richiamata norma a garantirgli una tutela effettiva ed equivalente a quella dei lavoratori privati, rispondente ai parametri fissati dalla Corte di Giustizia Europea, per le considerazioni che precedono, non può che rigettarsi la domanda di risarcimento in esame.

Una volta rigettata ogni domanda accessoria rispetto a quella volta all'accertamento dell'illegittimità della clausola appositiva del termine, devono richiamarsi le ulteriori condivisibili argomentazioni sviluppate nella sentenza

della Suprema Corte più volte richiamata (Cass. 392/2012), in ordine alla carenza di interesse ad una mera pronuncia dichiarativa della nullità del contratto a termine, che prescinda da qualsiasi consequenziale pronuncia di carattere ripristinatorio, risarcitorio e/o sanzionatorio.

Posto che l'interesse ad agire deve essere attuale, poiché solo in tal caso trascende il piano della mera prospettazione soggettiva ed acquista consistenza oggettiva, deve escludersi che la parte abbia un interesse ad una statuizione di accertamento "strumentale alla soluzione di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche" (v. Cass. 24434/2011; 27151/2009), quali ad esempio la possibilità di vedersi accordare, in occasione di prossimi reclutamenti di personale, una qualche preferenza.

Una volta esclusa la possibilità di addivenire (anche in astratto) ad una pronuncia di conversione del contratto e (nella specie, per le suddette carenze probatorie) ad una pronuncia risarcitoria, deve escludersi l'interesse ad una declaratoria di illegittimità del contratto a termine in esame.

Sulla base delle considerazioni esposte anche le ulteriori domande formulate in ricorso devono essere rigettate.

In relazione, poi, alla domanda in ultimo proposta dalla parte ricorrente, avente ad oggetto il riconoscimento (quantomeno) dell'anzianità di servizio maturata e delle conseguenti differenze retributive e contributive maturate in connessione con gli scatti di anzianità da riconoscerle, deve rilevarsi come la stessa sia stata formulata solo nelle conclusioni dell'atto introduttivo (v. punto f delle conclusioni), senza essere supportata da alcuna allegazione in fatto in ordine alla effettiva anzianità di servizio riconosciuta e a quella ritenuta spettante, nonché al livello retributivo raggiunto e a quello ritenuto spettante; sicché né la controparte, né il giudice sono stati messi in condizione di prendere posizione sul punto.

A ciò deve aggiungersi che, come detto, il D.Lgs. n. 368 del 2001 non trova senz'altro applicazione in relazione alla posizione lavorativa dei dirigenti pubblici (per l'espressa esclusione contenuta nell'art. 10, comma 4); sicché neppure potrà al rapporto in esame applicarsi l'art. 6 del D. L.vo citato, a norma del quale "al prestatore di lavoro con contratto a tempo determinato spettano le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quelli inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, ed in proporzione al periodo lavorativo prestato sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine".

Ribadendosi, quindi, i rilievi formulati in ordine all'assoluta carenza di allegazioni sul punto, in mancanza anche di alcun richiamo ai riferimenti normativi e contrattuali in base ai riconoscere alla ricorrente, dirigente farmacista, "tutti gli emolumenti retributivi come differenza tra quanto effettivamente corrisposto e quanto dovuto", non vi sono margini per accogliere anche l'ulteriore richiesta conclusivamente formulata in ricorso.

Avuto riguardo alla complessità delle questioni trattate e ai diversi orientamenti giurisprudenziali esistenti in materia, può disporsi l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede:

1. rigetta il ricorso;
2. compensa integralmente tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Cassino, il 4 giugno 2014.

Depositata in Cancelleria il 4 giugno 2014.