



Tribunale di Trapani - sezione lavoro⁺

I. SENT. 12 DICEMBRE 2012, N. 745 DR PETRUSA
CAIA +1 CONTRO COMUNE DI [...]

II. SENT. 15 FEBBRAIO 2013, N. 90 DR PETRUSA
TIZIO CONTRO MIUR E ALTRI

I

Lavoro pubblico (rapporto) - assunzione con contratto a termine – reiterazione – nullità - conseguenze – risarcimento del danno da mancata conversione - quantificazione – retribuzioni non percepite dalla mancata stabilizzazione all'età pensionabile – spetta.*

*Nel caso di reiterazione di illegittimi contratti a termine, esclusa restando al conversione per il divieto posto dall'art. 97, III comma, della Costituzione, il danno risarcibile (collegato alla condotta illecita delle Amministrazioni resistenti, prevedibile e non riconducibile ad alcuna colpa dei soggetti danneggiati) consiste nel lucro cessante pari all'importo delle retribuzioni future (ove la loro probabilità di essere percepite sia superiore al 50% di quella di non esserle, probabilità desumibile, secondo l'id quod plerumque accidit, dal fatto che nella p.a. i dipendenti conservano il loro lavoro fino alla pensione), per il periodo compreso fra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto col raggiungimento dell'età pensionabile da parte del ricorrente.**

II

Lavoro pubblico (rapporto) – scuola – concorso pubblico – idoneo non vincitore - graduatorie permanenti – inserzione – assunzione con contratto a termine – reiterazione – nullità - conseguenze – risarcimento del danno da mancata conversione - quantificazione – retribuzioni non percepite dalla mancata stabilizzazione all'età pensionabile – spetta.*

⁺ Pubblichiamo due sentenze del Tribunale di Trapani (n. 90 del 2013 e n. 745 del 2012 - con di seguito a ciascuna due postille qui [I](#) e qui [II](#)) che indubbiamente susciteranno ampio dibattito. Con la sentenza n. 745 del 2012 il Tribunale emette una condanna generica a carico di un Comune a pagare a ciascun precario ricorrente la retribuzione (capitalizzata) che egli avrebbe percepito (sottinteso se il avesse potuto operare la conversione del contratto a termine illegittimo) dal momento della cessazione del rapporto per scadenza del termine fino al raggiungimento della propria età pensionabile, con il favore, sulle retribuzioni già maturate dalla cessazione del rapporto alla condanna, degli interessi legale e della rivalutazione fino al pagamento. Con la successiva sentenza n. 90 del 2013 il medesimo Tribunale articola più dettagliatamente la prospettiva risarcitoria quantificando il danno. Nel prossimo numero pubblicheremo l'ampio commento «*Contratti a termine illegittimi con la PA: resta aperta la questione della tutela risarcitoria*» di Claudia Marranca.

* Massime a cura della redazione.

Lavoro pubblico (rapporto) – scuola – concorso pubblico – idoneo non vincitore - graduatorie permanenti – inserzione – assunzione con contratto a termine – reiterazione – nullità – conseguenze – violazione del diritto all'anzianità – disparità di trattamento rispetto al lavoro a tempo indeterminato - sussiste – ragioni oggettive legittimanti il differente trattamento – insussistenza – conseguenze – riconoscimento dell'anzianità – spetta - quantificazione – ricostruzione retributiva che tenga conto dell'anzianità – spetta.*

Lavoro pubblico (rapporto) – scuola – concorso pubblico – graduatorie permanenti – inserzione di non abilitato – assunzione con contratto a termine – reiterazione – legittimità – mancata corresponsione della retribuzione nei mesi di luglio e agosto - conseguenze – illiceità – sussiste - quantificazione – retribuzioni non corrisposte – spettano – punteggio ai fini della collocazione in graduatoria - spetta.*

*Nel caso di reiterazione illegittima di contratti a termine, esclusa restando al conversione per il divieto posto dall'art. 97, III comma, della Costituzione, il danno risarcibile (collegato alla condotta illecita delle Amministrazioni resistenti, prevedibile e non riconducibile ad alcuna colpa dei soggetti danneggiati) consiste nel lucro cessante pari all'importo delle retribuzioni future (ove la loro probabilità di essere percepite sia superiore al 50% di quella di non esserle, probabilità desumibile, secondo l'id quod plerumque accidit, dal fatto che nella p.a. i dipendenti conservano il loro lavoro fino alla pensione), per il periodo compreso fra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto col raggiungimento dell'età pensionabile da parte del ricorrente.**

*Nel contesto degli settore scolastico, allorché tra le stesse parti siano stati reiterati nel tempo senza soluzione di continuità contratti a termine su posto vacante (irrilevanti restando i periodi non lavorati), la mancata attribuzione dell'anzianità di servizio, utile all'attribuzione di aumenti retributivi, non è giustificabile da ragioni obiettive e contrasta perciò con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato dalla direttiva 1999/70 CE, (Sulla base della interpretazione datane da Corte di Giustizia il 13.9.2007 e dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 15.4.2008), in quanto produttiva disparità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo determinato e lavoratori assunti a tempo indeterminato.**

*Quando successive assunzioni a termine siano state legittimamente disposte, per non essere il lavoratore inserito nelle graduatorie come idoneo all'insegnamento, con riferimento al periodo intercorso fra la prima assunzione e quella immediatamente anteriore al conseguimento dell'idoneità all'insegnamento, va corrisposta la retribuzione per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno e vanno attribuiti i punteggi aggiuntivi ai fini della collocazione in graduatoria.**

*

I

[omissis] Con ricorso ritualmente notificato le ricorrenti in epigrafe hanno convenuto in giudizio il Comune di [...] esponendo:

- Di essere state assunte dallo stesso, in data 31.12.2007, con contratto a tempo determinato, poi prorogato alla scadenza (fissata per il 9.11.2009) fino il 30.12.2010, per l'espletamento delle mansioni di assistenti sociali (cat. D1);

* Massime a cura della redazione.

- Che detta assunzione era scaturita dalla rimodulazione delle piante organiche con cui l'Amministrazione aveva stabilito di procedere all'assunzione di n. 5 assistenti sociali per il triennio 2007/2009;

- Che tali posti da coprire risultavano «vacanti» e che «non sussisteva alcuno ostacolo all'assunzione di nuovo personale»;

- Che nei contratti di lavoro poi stipulati fra il Comune e le odierne ricorrenti «nulla veniva detto circa le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo giustificanti l'apposizione del termine»;

- Che, in ogni caso, la proroga di 1 anno, concordata oralmente al momento della cessazione del predetto rapporto, era anch'essa carente di qualsivoglia indicazione delle ragioni giustificatrici;

Chiedono pertanto che venga appurata l'illegittima apposizione del termine, ovvero, l'illegittimità della proroga del rapporto, con conseguente instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato a decorrere dal 31.12.2007, riammissione in servizio e pagamento dell'indennità omnicomprensiva ex art. 32 L. 183/10, in via subordinata, nel caso di mancato accoglimento della domanda di conversione, chiedono la condanna del Comune convenuto a risarcire il danno da quantificarsi equitativamente.

Costituitosi in giudizio, il Comune di [...] ha offerto una ricostruzione dei fatti pressoché analoga a quella data dalle ricorrenti.

Ha quindi chiesto il rigetto del ricorso in quanto, avendo le lavoratrici consapevolmente stipulato un contratto di lavoro a termine ed accettato la proroga dello stesso, sarebbe ravvisabile una «sicura acquiescenza agli atti adottati dall'Amministrazione».

Inoltre, si evidenzia che «le ragioni dell'apposizione [del termine sarebbero] ben esplicitate nella parte motiva degli atti deliberativi che hanno proceduto alla stipula del contratto». Anche con riferimento alla proroga, il Comune convenuto ritiene infondate le censure mosse dalle lavoratrici.

Sul contraddittorio così instaurato la causa è stata decisa all'udienza odierna.

Motivazione

1. Premessa metodologica:

Va preliminarmente ricordato che l'art. 1 co. 1 del D.Lgs. n. 368/01, applicabile anche al lavoro subordinato svolto nei confronti delle Amministrazioni pubbliche, afferma che «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo

o sostitutivo», ed il successivo comma 2 aggiunge: «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

In definitiva, da tali disposizioni emerge che il legislatore ha inteso liberalizzare l'impiego del lavoro a termine a condizione che sussistano ragioni tecnico-organizzative e che tali ragioni siano cristallizzate nel documento contrattuale.

Nella valutazione della domanda giudiziale in oggetto, però, i detti profili vanno esaminati nell'ordine invero e, quindi, si deve procedere in primo luogo ad appurare se siano esaustivamente indicate nel contratto le ragioni sottese all'apposizione del termine di durata del rapporto e, solo successivamente, nel caso di valutazione positiva, si può passare ad esaminare se, in punto di fatto, tali ragioni siano effettivamente sussistenti o meno.

La valutazione del primo aspetto, infatti, è preliminare a quella del secondo nel senso che, se dovesse risultare che nel contratto non erano sufficientemente definite le ragioni giustificatrici del termine, non sarà necessario proseguire l'analisi valutando il secondo profilo. L'effettiva sussistenza di validi motivi per l'assunzione del lavoratore a tempo determinato, cioè, non sopperisce il vizio del contratto che non li abbia menzionati ab origine.

Tale conclusione deriva dalla ratio dell'art. 1 co. 2 del d.lgs. 368/01, che è quella di rendere conoscibili per il lavoratore i motivi per i quali lo stesso non è stato assunto in modo definitivo, nonché quella di cristallizzarli nel documento contrattuale evitando così che questi possano essere artificiosamente ricercati ex post, secondo la convenienza del momento.

Una indicazione fumosa nel contratto delle ragioni in questione, pertanto, rende di per sé illegittimo il termine, senza che abbia alcuna rilevanza l'oggettiva sussistenza di validi motivi (inespressi) che avrebbero consentito l'assunzione a tempo determinato.

In altre parole, al momento della redazione del documento contrattuale sul datore di lavoro grava un onere di *clare loqui* e, successivamente, non sarà possibile per costui addurre motivi diversi da quelli originariamente denunciati.

Infatti, a ragionare diversamente, magari consentendo al datore di lavoro di spiegare in sede giurisdizionale quali fossero le ragioni tecnico-organizzative, il lavoratore non potrebbe costatarne preliminarmente l'effettiva ricorrenza ed, anzi, cessato il rapporto, sarebbe costretto ad esperire un ricorso «al buio» al solo fine di conoscere il contenuto dei motivi fumosamente indicati nel contratto per poi scoprire,

magari, che gli stessi erano obiettivamente sussistenti e che, quindi, la propria domanda giudiziale era infondata.

Una tale soluzione interpretativa, secondo l'opinione di questo giudice, si pone in palese contrasto (oltre che con l'art. 137 c.c.) con gli artt. 24 e 111 Cost., non potendosi definire «giusto» il processo che la parte deve instaurare senza poter preliminarmente vagliare la fondatezza della propria pretesa.

2. Insufficienza delle ragioni giustificatrici del termine nel caso di specie:

Sulla base di tale premessa metodologica, occorre adesso analizzare l'effettivo contenuto dei contratti a tempo determinato in oggetto al fine di appurare se le ragioni giustificative del termine ivi dedotte appaiono sufficienti.

Dai documenti contrattuali depositati (docc. nn. 5 e 6 fasc. ric.) emerge che le assunzioni a termine sono avvenute «per motivi organizzativi e di servizio, nel rispetto della disciplina prevista in materia di mobilità».

Giova ricordare che la giurisprudenza consolidata ha stabilito che le ragioni tecnico-organizzative devono essere descritte in modo sufficientemente dettagliato (ferma restando una basilare esigenza di flessibilità). In altre parole, il datore di lavoro non può limitarsi a richiamare pleonasticamente la formula di legge o del contratto collettivo senza concretamente chiarire la ragione per la quale ha ritenuto necessario apporre un termine al rapporto. L'impiego di clausole di stile, infatti, farà sì che l'assunzione verrà considerata a tempo indeterminato sin dall'inizio.

Ciò premesso, nel caso di specie si deve ritenere che i contratti di lavoro stipulati dalle ricorrenti erano assolutamente carenti di qualsivoglia indicazione circa le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo che hanno giustificato il termine finale di durata.

Al punto n. 3 dei rispettivi documenti contrattuali (come sopra riportato) viene ripetuta pedissequamente la formulazione di legge, senza dare alcuna concreta indicazione sul punto. L'espressione usata è un contenitore vuoto che, per le ragioni di cui sopra (cfr. punto 1. della presente decisione), non può essere riempito in un secondo momento (in particolare, nel corso del presente processo).

Absolutamente non condivisibili (e ai limiti della temerarietà) sono poi le deduzioni di cui alla memoria del Comune di [...] circa la pretesa acquiescenza delle lavoratrici, acquiescenza desumibile dal fatto che le stesse hanno sottoscritto il contratto ed hanno accettato la proroga dello stesso; tali comportamenti, infatti, non possono ovviamente essere reputati espressivi di alcuna accettazione del termine illegittimo in quanto, a ragionare diversamente, non si comprenderebbe in quali ipotesi si potrebbe applicare la tutela di cui al D.lgs. n. 368/01 avverso l'abusiva appo-

sizione del termine stesso. Tale tutela, cioè, sarebbe applicabile nei soli casi in cui manchi un contratto sottoscritto dal lavoratore! In realtà, nei comportamenti dedotti dal Comune resistente manca il basilare requisito tipico di ogni comportamento concludente: la «incompatibilità con una volontà diversa», non potendosi affatto escludere che le lavoratrici abbiano accettato l'apposizione del termine pur di lavorare almeno per 3 anni. Lo stesso vale per la successiva proroga del termine.

Neppure sono condivisibili le deduzioni del Comune resistente circa l'eshaustività delle ragioni menzionate in contratto, non essendone menzionate neppure una in concreto. Come detto, nel contratto si richiama genericamente la formulazione legislativa senza riempirla di alcun effettivo contenuto; la pretesa indicazione delle ragioni per le quali le odierne ricorrenti sono state assunte a tempo determinato, in realtà, è una clausola di stile.

Neanche si può ritenere che, nel contratto in esame, le ragioni di cui all'art. 1 co. 1 D.lgs. n. 368/01 siano desumibili «per relationem» facendo riferimento (come si sostiene nella memoria difensiva del Comune) agli «atti deliberativi che hanno preceduto alla stipula del contratto» ivi menzionati.

Anche a voler ritenere possibile che le ragioni tecnico-organizzative vengano espresse in un documento scritto distinto rispetto al contratto di lavoro, è chiaro che la relatio può spiegare i propri effetti a condizione che tale documento «esterno» sia richiamato dal contratto e che sia ben evidenziato che in tale documento sarà possibile reperire i motivi che hanno giustificato l'apposizione del termine.

Nel caso di specie, però, sebbene nei contratti di lavoro in atti sia effettivamente menzionata la delibera n. 1516 del 28.12.2007, vi sono almeno due ragioni per le quali si deve ritenere insufficiente tale richiamo:

1. In nessun modo dal contratto di lavoro si evince che nella delibera n. 1516/07 vengono espresse le ragioni tecnico-organizzative di cui all'art. 1 D.lgs. n. 368/01. La delibera viene richiamata nella parte iniziale del contratto (nel «premessato che»), non nel punto n. 3, in cui si fa riferimento alle ragioni giustificatrici del termine. Quindi, non era affatto chiaro che tali ragioni (taciute nel contratto) fossero menzionate nella delibera richiamata.

2. Anche a voler superare il precedente profilo, va detto che neppure nel corpo della delibera n. 1516/07 vengono chiariti i motivi per i quali si è deciso di procedere con assunzioni a termine anziché a tempo indeterminato. In tale atto si fa genericamente riferimento a un «fabbisogno triennale» senza spiegare il perché tale fabbisogno fosse limitato nel tempo.

In altre parole, nonostante la relatio con la delibera n. 1516/07 richiamata nei contratti, si deve ritenere che l'onere di indicare le ragioni tecnico-organizzative di cui all'art. 1 D.lgs. n. 368/01 non sia stato assolto dal Comune resistente il quale, piuttosto, si è limitato a fare uso di espressioni pleonastiche e di clausole di stile.

Per ciò solo va accolta la domanda di accertamento dell'illegittimità avanzata in ricorso, senza che si possa quindi procedere alla verifica dell'effettiva sussistenza di eventuali ragioni giustificatrici del termine non indicate in contratto (ciò per le motivazioni già espresse al punto n. 1).

Pertanto va detto che il termine finale apporto al contratto dovrebbe essere considerato come «privo di effetto», salvo quanto si dirà appresso.

Per la logica della «ragione più liquida» restano assorbite le doglianze avverso l'illegittimità della proroga del contratto in oggetto.

3. Sul rimedio della «conversione»:

Venendo al profilo inerente al rimedio conseguente alla suddetta nullità del termine, non può non evidenziarsi che, nel settore del pubblico impiego, la c.d. conversione del rapporto è impedita dal legislatore il quale, con l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01, ha escluso che l'illegittima apposizione del termine possa comportare la costituzione con una pubblica amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato.

Questa disposizione ha sollevato forti dubbi di compatibilità con quanto disposto dalla Corte di Giustizia Europea la quale ha da tempo espresso la necessità che gli ordinamenti nazionali predispongano misure adeguate per evitare l'abusivo ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato da parte delle Pubbliche Amministrazioni (cfr. ex multis sent. Adeneler, poi confermata dalla successiva sentenza del 6 settembre 2006 – Vassallo C-180/04).

Escluso lo strumento della conversione del rapporto dal citato art. 36 d.lgs. 165/01, infatti, ci si è domandati se il generale istituto del risarcimento del danno sia uno strumento adeguato ad assicurare la tutela richiesta dall'ordinamento comunitario. Sul punto si è recentemente soffermata la Corte di Cassazione la quale, con la sent. n. 4417/12, ha statuito che: «Deve ritenersi conforme ai principi comunitari, oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione in rapporti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, dovendosi infatti ritenere il risarcimento del danno previsto dall'ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte degli enti pubblici».

Pertanto le domande di riammissione/reintegrazione in servizio avanzate dalle ricorrenti vanno rigettate (e con esse la domanda tesa ad ottenere l'indennità omni-comprendiva ex art. 32 L. 183/2010, che può essere corrisposta solo «nei casi di conversione») e vanno quindi analizzate le richieste risarcitorie avanzate in via subordinata.

4. Sul rimedio risarcitorio:

Sul punto va detto che, secondo lo scrivente, al fine di rendere concretamente accessibile la tutela risarcitoria ed evitare una sostanziale elusione dei dettami della Corte di Giustizia, l'onere probatorio generalmente gravante sul danneggiato, non va appesantito eccessivamente, specie con riferimento al danno patrimoniale.

Ritenute infatti inapplicabili in via analogica le eccezionali disposizioni che prevedono meccanismi di forfetizzazione del danno (in particolare quello di cui all'art. 18 St.Lav., per il caso di licenziamento illegittimo), la quantificazione del risarcimento va operata applicando le regole generali dettate dal legislatore in tema di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione.

4.1 (La natura giuridica della responsabilità):

Va infatti ravvisata in capo alla P.A. una responsabilità da contratto sociale qualificato, per avere illegittimamente apposto il termine finale al rapporto, così violando il dettato del d.lgs. 368/01; conseguentemente, va applicata la disciplina della responsabilità di cui all'art. 1218 e ss. cod. civ.

L'Amministrazione, cioè, all'atto della stipulazione del contratto a termine senza indicazione di ragioni obiettive non è un «passante occasionale», ma è un soggetto col quale il danneggiato ha instaurato un pregresso rapporto fiduciario (la trattativa) dal quale scaturisce un preciso obbligo di correttezza che va oltre il *neminem laedere*. Come ha chiarito la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 14712/07), la demarcazione fra responsabilità aquiliana e responsabilità da inadempimento va tracciato tenendo conto del fatto che, mentre nella responsabilità aquiliana c'è solo un generico obbligo di non ledere che si traduce in obbligazione risarcitoria nel momento patologico e il rapporto obbligatorio nasce con la produzione del danno, nella responsabilità contrattuale l'obbligazione viene in esistenza già nel momento fisiologico della vicenda e la responsabilità attiene proprio alla violazione di essa. Pertanto, nel caso in cui il danneggiante non sia un passante occasionale, ma abbia intrattenuto col danneggiato precedenti rapporti di fatto sufficientemente intensi, in applicazione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. si viene a radicare un vero e proprio dovere di curare l'interesse della controparte e di rispettare l'affidamento generato dal contatto sociale. Pertanto, si deve ravvisare una obbligazione

di protezione la cui violazione dà luogo ad una vera e propria responsabilità da inadempimento.

In conclusione, l'illecito ascrivibile al Comune di [...] per aver stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato in assenza dei presupposti, è assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. con le relative conseguenze in termini di onere della prova, prescrizione del diritto, individuazione dei danni risarcibili etc.

In questa sede si ritiene opportuno soprassedere sull'eventualità di qualificare la responsabilità in questione come di matrice precontrattuale, tipologia che la giurisprudenza tradizionalmente inquadra nell'ambito della responsabilità aquiliana, ma che la dottrina più moderna, condivisibilmente, non esita a qualificare comunque come da «contatto sociale».

Infatti, tenuto conto delle recenti evoluzioni dell'istituto di cui agli artt. 1337 e s., per le quali il danno risarcibile ben può essere rappresentato dal c.d. «interesse positivo differenziale» e non solo dalla lesione dell'interesse «negativo» (a non essere coinvolti da una trattativa inutile), nessuna sensibile conseguenza sul piano risarcitorio si potrebbe ravvisare nel caso di specie ravvisando nella responsabilità in esame una forma di responsabilità precontrattuale.

In altre parole, anche a voler ravvisare nel caso di specie una responsabilità per aver tenuto un comportamento scorretto in sede di redazione del documento contrattuale, si deve ritenere comunque superato l'antico dogma secondo il quale il risarcimento del danno potrebbe riguardare solo la lesione dell'interesse negativo. L'opinione più moderna, infatti, ritiene che la parte che abbia subito un danno precontrattuale abbia in ogni caso la possibilità di essere messo nella posizione economica in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la deviazione della trattativa. Questa conclusione scaturisce inequivocabilmente dal tenore dell'art. 1440 c.c. che, in tema di dolo incidente, prevede che «Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni». I danni in questione non sono ravvisabili nella lesione dell'interesse negativo, perché il contratto produce i propri effetti (la trattativa, cioè, non è stata inutile). Tali danni sono piuttosto rappresentati dalla perdita dei vantaggi che il contraente avrebbe conseguito dal contratto se il contenuto dello stesso non fosse stato depistato dalla condotta dolosa di uno dei contraenti, ossia dalla lesione del c.d. «interesse positivo differenziale».

In definitiva, anche a voler ravvisare nell'abusiva apposizione del termine finale al rapporto di lavoro una forma di responsabilità precontrattuale, il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto a risarcire al lavoratore il medesimo danno patrimoniale

che dovrebbe risarcire in applicazione delle regole sull'inadempimento ovvero sull'illecito aquiliano.

4.2 (L'individuazione del danno risarcibile):

Venendo pertanto all'individuazione di tale danno patrimoniale risarcibile, va detto che il perimetro dello stesso è tracciato dagli artt. 1223, 1225 e 1227 del codice civile.

Posto che la condotta censurata è rappresentata dall'abusiva apposizione del termine, ossia, dal non aver stipulato con l'odierna parte ricorrente un contratto a tempo indeterminato (tipologia che, giusta il dettato dell'art. 1 del D.lgs. n. 368/01, rappresenta la regola), il datore di lavoro deve risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento.

Vanno cioè risarcite le diminuzioni patrimoniali scaturite «immediatamente e direttamente» dalla condotta (art. 1223 cc.), purché siano «prevedibili» (art. 1225 c.c.) e non riconducibili a fatto proprio del danneggiato (art. 1227 cc.).

La giurisprudenza ha chiarito che, in definitiva, il risarcimento deve avere ad oggetto le conseguenze che scaturiscano l'effetto normale e prevedibile dell'illecito lamentato.

Fermi restando tali limiti, tutto il decremento patrimoniale subito dal danneggiato va risarcito, sia che la diminutio assuma la forma di un danno emergente sia che si tratti di lucro cessante.

Ciò premesso a livello teorico generale, nel caso di specie è evidente che la condotta illecita ha privato le lavoratrici di un rapporto a tempo indeterminato e, sul piano patrimoniale, dell'erogazione di una retribuzione che, in modo costante, queste avrebbero percepito a decorrere dalla data di scadenza del termine illegittimo fino a quella che sarebbe stata la naturale cessazione del rapporto. Se non vi fosse stata la clausola abusiva, cioè, si deve ritenere che le odierne parti ricorrenti sarebbero state assunte a tempo indeterminato, dal momento che lo stesso Comune convenuto aveva ampliato le piante organiche ed aveva stabilito che vi erano ben 4 nuovi posti vacanti liberi ed inerenti al profilo professionale delle ricorrenti.

Le conseguenze di tale illegittima apposizione del termine, pertanto, si riverberano sul patrimonio di ciascuna delle lavoratrici diminuendolo di un lucro pari alle retribuzioni che vi sarebbero affluite fino alla prevedibile cessazione del rapporto.

A tal fine si deve fare applicazione della logica del «più probabile che non», non potendosi applicare alla causalità civile la regola penalistica della «certezza oltre ogni ragionevole dubbio» (come hanno correttamente affermato Cass. 11755/06 e Cass. 21619/07); in altre parole, nel diritto civile si deve ritenere che il danneg-

giante abbia causato il danno quando, eliminata la condotta, vi è almeno il 51% di possibilità che pure il pregiudizio venga meno. I danni risarcibili, quindi, sono quelli che in assenza del comportamento illecito si sarebbero presumibilmente evitati, viceversa, non vanno risarciti i soli danni che, probabilmente (con probabilità superiore al 50%), si sarebbero prodotti in ogni caso.

È questa la logica del «più probabile che non»; essa rappresenta il corollario della funzione riparatoria (e non sanzionatoria) del risarcimento del danno, sì che il peso economico dello stesso debba gravare su «chi è meno ingiusto che lo sopporti». L'ago della bilancia, pertanto, non è rappresentato dalla certezza della causazione del danno (com'è nel campo sanzionatorio, in cui va verificato se sia giusto applicare la sanzione all'unico soggetto che è parte del procedimento), ma dal fatto che, fra i due soggetti interessati, in posizione di reciproca parità, vige un assoluto equilibrio ed anche un tenuto elemento che faccia ritenere «meno ingiusto» che l'uno anziché l'altro sopporti l'onere economico rappresentato dal danno, può assumere una rilevanza decisiva al fine del decidere. È questa la ragione per la quale, anche laddove il danno sia stato causato «probabilmente» (ossia con probabilità appena superiore al 50%) dal danneggiante, sia pur senza alcuna certezza, costui sarà chiamato a risarcirlo integralmente.

In applicazione di tale criterio, nel caso di specie, ci si deve chiedere quale sia stata la perdita, sotto il profilo del lucro cessante, ce senza l'apposizione illegittima del termine da parte dell'Amministrazione, sarebbe stata plausibilmente evitata dalle danneggianti (ossia con almeno il 51% di probabilità).

Facendo riferimento all'id quod plerumque accidit e, secondo la detta prospettiva, non può non evidenziarsi che il comportamento largamente più diffuso fra i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato è quello di conservare il proprio rapporto lavorativo fino al raggiungimento dell'età pensionabile. Sul punto lo scrivente ritiene di poter ravvisare una massima d'esperienza, nessuna prova può essere quindi ricercata. Si può quindi presumere che, con una probabilità che va ben oltre la soglia del 51%, anche le odierne ricorrenti avrebbero fatto altrettanto (né il datore di lavoro ha provato che, nel caso di specie, le lavoratrici si sarebbero presumibilmente discostate dal comportamento socialmente più diffuso e avrebbero volontariamente interrotto il rapporto prima dell'età pensionabile).

Quindi, si può concludere che, se la P.A. avesse instaurato un rapporto a tempo indeterminato come imposto dalla legislazione vigente, le ricorrenti avrebbero continuato a svolgere la propria attività lavorativa nei confronti del Comune di [...] fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Il danno risarcibile (collegato alla condotta illecita del Comune resistente, prevedibile, e non riconducibile ad alcuna colpa dei soggetti danneggiati), in definitiva, consiste in un lucro cessante di importo pari alle retribuzioni «future», per il periodo compreso fra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto col raggiungimento dell'età pensionabile da parte delle ricorrenti.

4.3 (Irrilevanza della necessità del pubblico concorso ex art. 97 Cost.):

Va chiarito che tali somme rappresentano un risarcimento del danno, non una retribuzione. In alcun modo, quindi, viene in rilievo il fatto che, nel pubblico impiego, le assunzioni devono necessariamente avvenire mediante concorso pubblico (art. 97 co. 3° Cost.).

Il Comune di [...], cioè, può ben rifiutare di assumere le ricorrenti facendo leva sulla necessità di un pubblico concorso e, quindi, sul divieto di conversione del rapporto che ne è il corollario (art. 36 del d.lgs. 165/01, già citato), ma non può farsi scudo di tale divieto per eludere la responsabilità che scaturisce dall'aver stipulato abusivamente contratti a termine illegittimi, forte della posizione di inferiorità delle controparti le quali, non potendo ottenere la conversione del rapporto, restano di fatto vittime di un vero e proprio abuso.

Pertanto, se è certamente condivisibile il principio secondo il quale nel pubblico impiego l'accesso può avvenire solo mediante concorso e, quindi, si deve escludere la possibilità di conversione del rapporto con termine illegittimo in rapporto a tempo indeterminato, è anche vero che il richiamato principio non esclude affatto che la P.A. debba risarcire il danno comunque cagionato con la propria condotta *contra legem*.

Cioè: la necessità di impedire assunzioni senza concorso non è affatto incompatibile con una condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno per aver stipulato un contratto con termine nullo.

L'interesse pubblico sotteso al divieto di conversione, infatti, non concerne la protezione del patrimonio dei soggetti pubblici, ma concerne il buon andamento dell'Amministrazione (non è un caso che l'obbligo del concorso pubblico sia inserito nello stesso articolo 97 della Costituzione che concerne il buon andamento e l'imparzialità della P.A.); è solo questo il motivo per cui i dipendenti devono essere assunti mediante concorso e, quindi, non può operare la conversione dei rapporti di lavoro con termine nullo. Ma il principio del pubblico concorso costituisce solo un limite alla libertà negoziale della P.A., non una «causa di giustificazione» che

escluda o limiti in alcun modo la responsabilità dell'amministrazione laddove questa, dolosamente o colposamente, abbia cagionato un danno.

L'illegittima apposizione del termine finale al rapporto lavorativo ha infatti una duplice valenza:

Come atto negoziale, non produce alcun effetto, dovendosi dare la prevalenza all'interesse pubblico consacrato dall'art. 97 Cost., il quale impone di sacrificare gli interessi particolari dei privati per dare priorità al buon andamento della Cosa Pubblica e, quindi evitare che l'accesso al pubblico impiego possa avvenire senza concorso. Di qui il corollario della non convertibilità del rapporto ex art. 36 D.lgs. n. 165/10;

Come fatto, però, l'illegittima apposizione del termine è un normale comportamento illecito che, laddove sussista il dolo o la colpa (nel caso di specie si tratta di colpa specifica per violazione dell'art. 1 D.lgs. n. 368/01), nei limiti in cui abbia inciso sul patrimonio di terzi, deve fare luogo al risarcimento del danno, senza con ciò si violi alcun interesse pubblico. Non può infatti ravvisare nella Costituzione alcun principio che imponga di proteggere prioritariamente il patrimonio pubblico a discapito del patrimonio dei privati.

4.4 (Ancora sull'irrelevanza dell'art. 97 Cost. relativamente al piano del nesso causale):

Neppure si può dire che la necessità del pubblico concorso recida il nesso di causalità fra la condotta ed il danno; in altre parole, a parere dello scrivente, non è condivisibile la tesi prospettata da alcune pronunce di merito (cfr. ad es. Trib. Roma 18.9.2012) secondo la quale le lavoratrici, se non fossero state assunte a termine, non sarebbero state assunte affatto e, quindi, nessun danno può essere dalle stesse lamentate.

Più precisamente, secondo la prospettiva che qui si contesta, dall'art. 97 co. 3 Cost., che (come detto) impone la necessità del concorso pubblico per l'assunzione, si dovrebbe desumere che, eliminando mentalmente la condotta illecita (l'aver stipulato un contratto a termine senza indicarne i motivi), la situazione che si verrebbe a radicare non sarebbe l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, ma la mancanza di qualsivoglia rapporto di lavoro; pertanto, nessun lucro cessante potrebbe essere risarcito al lavoratore, in quanto il nesso di causalità tra comportamento e pregiudizio non potrebbe essere ravvisato, non essendovi alcuna prova (anche secondo la logica del «più probabile che non») che l'interessato avrebbe vinto il concorso necessario per l'assunzione.

Questa prospettiva, a parere dello scrivente, è errata perché conduce ad escludere l'operatività dello strumento risarcitorio, ossia, dell'unica forma di tutela che (eliminata la possibilità della conversione del rapporto) residua in capo al lavoratore.

Ebbene, tenuto conto del fatto che, come detto, la Corte di Giustizia Europea ha in più occasioni affermato che il divieto di conversione è compatibile con l'ordinamento comunitario solo a condizione che vengano predisposte adeguate misure volte a prevenire l'abusivo ricorso dei soggetti pubblici a contratti di lavoro a tempo determinato, è considerato che la Corte di Cassazione ha ritenuto che, nell'ordinamento italiano, la misura deputata ad evitare tali abusi e adeguata a tale fine è proprio costituita dal risarcimento del danno (sent. n. 4417/12), si deve necessariamente ritenere che, escludendo pure l'applicabilità della tutela risarcitoria, si radicherebbe un contrasto ineliminabile fra l'art. 36 del D.lgs. n. 165/01 e l'Ordinamento Comunitario.

In definitiva, non ci si può limitare a ritenere che il lavoratore, se non fosse stato assunto a termine, non sarebbe stato assunto affatto e, quindi, che nessun lucro cessante sarebbe ravvisabile in capo a costui; piuttosto si deve ricercare una diversa soluzione che sia conciliabile con le disposizioni comunitarie sopra riportate. Il giudice nazionale deve infatti procedere, laddove possibile, ad una interpretazione dell'ordinamento interno che sia armonizzabile con quello Comunitario. La tesi che qui si critica, invece, giunge esattamente alle conclusioni che, da quasi un decennio, la Corte di Giustizia Europea ha indicato come incompatibili con i principi comunitari.

Ebbene: la soluzione interpretativa va ricercata proprio nella dicotomia tra «atto» e «comportamento» sopra accennata.

Ritiene questo giudice che, effettivamente, considerando l'apposizione del termine nullo come «atto negoziale», si possa ritenere che, ai fini degli effetti del contratto, senza l'inserimento di tale clausola, presumibilmente il lavoratore non sarebbe stato affatto assunto dalla P.A., non essendovi prova del fatto che costui avrebbe superato il necessario concorso. La volontà negoziale della P.A. Cioè è irrilevante e, quindi, così come l'Amministrazione non avrebbe potuto validamente stipulare un contratto a tempo indeterminato senza previamente procedere alla procedura concorsuale, del pari il comportamento della stessa, rappresentato dall'omessa indicazione delle ragioni del termine, non può avere rilevanza e non può produrre per vie traverse lo stesso effetto (l'instaurazione a tempo indeterminato) che in via diretta è precluso.

Ma considerando la medesima apposizione del termine non più come atto negoziale produttivo di effetti, bensì come «comportamento» contra legem produttivo di

un pregiudizio, la prospettiva deve necessariamente cambiare, anche per quanto concerne il nesso di causalità.

L'ostacolo all'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato rappresentato dalla necessità del pubblico concorso, infatti, nella seconda delle citate prospettive finisce con lo svilire in quanto non viene più in rilievo la necessità di impedire la produzione di un effetto del contratto (l'assunzione del dipendente), ma quella di verificare quale sia il pregiudizio scaturito dalla violazione di legge operata dalla P.A.

A tal fine, come accennato, la necessità di bandire un pubblico concorso non ha né lo scopo di giustificare deroghe alle disposizioni che limitano il potere di potere del datore di lavoro di stipulare contratti a termine, né lo scopo di proteggere il patrimonio dei soggetti pubblici, né lo scopo di autorizzare comportamenti contra legem della P.A.

La ratio del pubblico concorso è esclusivamente quella di assicurare l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione evitando che entrino a far parte dell'organico della stessa soggetti che non siano stati selezionati in base a criteri meritocratici ma allora, in tale ottica, il principio in questione non recide il nesso di causalità fra comportamento illecito e danno che ne è derivato, ma si pone esclusivamente come limite all'autonomia negoziale della P.A.

La necessità del pubblico concorso non limita la responsabilità dell'Amministrazione, ma circoscrive solo gli effetti dei negozi e dei comportamenti con valore negoziale dalla stessa tenuti. La situazione in esame è in buona parte sovrapponibile a quella disciplinata dall'art. 1440 cc. (sul dolo incidente) sopra richiamato, con l'unica differenza che, nel caso di specie, l'incidenza sul contenuto del contratto potrebbe essere dovuta al fatto colposo, e non necessariamente doloso, della P.A.; quest'ultima, cioè, potrebbe aver erroneamente confidato nell'eshaustività delle ragioni giustificatrici del termine dedotte nel contratto, quindi, non è detto che sia ravvisabile il dolo dell'art. 1440 cc.

In ogni caso è evidente che la condotta (sia pure colposa) in questione ha di fatto depistato la trattativa finendo con l'incidere sul contenuto del contratto, si da rendere quest'ultimo non conforme alla legge né alla volontà delle lavoratrici assunte.

Questa conseguenza deve avere uno sbocco risarcitorio a prescindere dall'obbligo per la P.A. di assumere mediante concorso pubblico.

Ai soli fini risarcitori si deve quindi ritenere che, senza l'apposizione illegittima del termine, la P.A. avrebbe assunto le lavoratrici senza che possa aver alcuna rile-

vanza il mancato espletamento di un pubblico concorso né l'incertezza sulle chances di vittoria dello stesso da parte delle lavoratrici.

Questa conclusione deriva, oltre che dalla riferita necessità di armonizzare il diritto interno con le prescrizioni comunitarie, anche dalle seguenti considerazioni:

1) Il D.lgs 268/01 prevede espressamente che l'assunzione a tempo indeterminato costituisce la regola. Quindi, senza che rilevi l'obbligo di assumere per concorso, si deve ritenere che, non sussistendo i presupposti per l'eccezione (assunzione a termine), la fattispecie debba ricadere nella regola (assunzione a tempo indeterminato).

2) A ragionare diversamente ci si dovrebbe porre le seguenti domande: se veramente le ricorrenti, senza la possibilità per l'Amministrazione di apporre il termine finale, non sarebbero state assunte affatto, chi avrebbe svolto l'attività lavorativa espletata dalle stesse? Perché l'Amministrazione non ha indetto un pubblico concorso per poi assumere a tempo indeterminato i soggetti vincitori? Era onere delle lavoratrici accorgersi del fatto che la P.A. Stava violando l'obbligo di assumere mediante pubblico concorso (e quindi rifiutare l'assunzione a termine) oppure era onere dell'Amministrazione condurre la trattativa rispettando l'obbligo di indicare esaurientemente le ragioni giustificatrici del termine, ovvero, di indire un pubblico concorso per assumere a tempo indeterminato? In sostanza: su chi è meno ingiusto che ricada il peso economico dell'illecito compiuto dalla P.A.?

3) Seguendo il ragionamento che qui si critica si dovrebbe giungere alla conclusione che se le odierne ricorrenti non fossero state assunte, l'attività lavorativa in questione non sarebbe stata espletata da alcun lavoratore. Ma allora perché lo stesso Comune resistente ha deliberato di ampliare le piante organiche incrementando le unità da destinare all'espletamento di tale attività lavorativa? Questa condotta tenuta dal Comune resistente evidenzia piuttosto la necessità di assumere nuovo personale per lo svolgimento delle mansioni poi svolte dalle ricorrenti; lo stesso Comune ha infatti indetto una selezione per l'assegnazione dell'incarico e, attesa l'idoneità delle lavoratrici, ha stipulato con le stesse un accordo volto ad ottenere l'erogazione di una prestazione lavorativa, sia pure a tempo determinato.

Dall'insieme di tali aspetti non si può desumere affatto che, senza l'apposizione del termine le ricorrenti non sarebbero state assunte ma, semmai si ricava che le stesse sarebbero state assunte, com'è di regola, con contratto a tempo indeterminato.

4.5 (Inoperatività dell'art. 1226 cc. nel caso di specie)

In ultimo va chiarito che il criterio di quantificazione del danno operato con la presente pronuncia non è quello equitativo, ma quello che si desume dall'applicazione della generale disciplina in tema di risarcimento del danno patrimoniale.

Va infatti ricordato che, ai sensi dell'art. 1226 cc., il giudice può ricorrere all'equità solo quanto «il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare».

Nel caso di specie, invece, il danno da lucro cessante ben può essere provato (applicando, come detto, la regola del «più probabile che non»), quindi, nessuna valutazione equitativa può essere effettuata dal magistrato il quale, piuttosto, deve ripristinare il patrimonio del danneggiato riportandolo nella situazione in cui lo stesso si sarebbe presumibilmente trovato se non vi fosse stata la condotta illecita del danneggiante (l'apposizione del termine *contra legem*).

La valutazione equitativa del quantum di cui all'art. 1226 cc., del resto, non ha lo scopo di ridurre un risarcimento del danno (dimostrato) quando l'ammontare appaia «eccessivo» secondo un giudizio di valore lasciato all'apprezzamento del magistrato; piuttosto, lo strumento dell'equità previsto dalla norma citata ha lo scopo di superare una oggettiva difficoltà probatoria in cui incorra il danneggiato. Si tratta cioè di un istituto che, derogando alla regola dell'art. 2697 cc., esprime un favor per il danneggiato esonerandolo dal fornire la prova altrimenti necessaria. Tale strumento, pertanto, non può essere convertito in un istituto finalizzato a decurtare il risarcimento di un danno che il danneggiato ha provato, anche se questo dovesse apparire eccessivamente oneroso secondo un giudizio di valore. Del resto, il danneggiante avrebbe ben potuto astenersi dal tenere la condotta illecita; se non lo ha fatto, deve sopportare le conseguenze normali e prevedibili del proprio comportamento (art. 1223 e 1225 cc.). In altre parole, mentre nel diritto penale la pena deve essere parametrata alla gravità del fatto, all'intensità dell'elemento soggettivo, alle caratteristiche del reo e, quindi, alla necessità di una misura rieducativa, nel diritto civile l'ammontare del risarcimento (che non ha connotati sanzionatori) esula da tutti questi profili e va parametrato unicamente all'entità del danno causato, specialmente quando si tratti di un danno patrimoniale dimostrabile.

Deroghe a quanto appena detto sono ravvisabili solo in ipotesi specifiche, ad es. nell'art. 1225 cc., il quale fa scaturire la risarcibilità del danno imprevedibile al caso di inadempimento doloso. Al di fuori di tali casi marginali, l'unico parametro da considerare ai fini di quantificare il risarcimento del danno patrimoniale è rappresentato dalla diminuzione del patrimonio della vittima che sia causalmente riconducibile alla condotta dolosa/colposa del danneggiante (per incidens: non costituisce eccezione a tale principio il dettato dell'art. 1227 cc., il quale piuttosto delimita

sotto due profili la portata delle conseguenze eziologicamente ascrivibili al danneggiante).

In definitiva, la quantificazione del danno patrimoniale dimostrato è un'operazione logica, per sua natura avulsa da giudizi di congruità da parte del magistrato.

Mentre la sanzione può essere congrua o eccessiva, il risarcimento del danno può solo essere corrispondente o non corrispondente alla deminutio dimostrata. La funzione riparatoria del risarcimento del danno, infatti, impone un approccio scervo da giudizi di valore ed ancorata alla realtà del caso concreto: va risarcito tutto il danno provato (prevedibile e non dovuto a fatto dello stesso danneggiante ex artt. 1223, 1225 e 1227 cc.), e nulla di più di tale danno.

Il giudice non può né decurtare né incrementare l'ammontare del danno che il danneggiato ha provato in giudizio. L'equità di cui all'art. 1226 cc., lo si ripete, non è uno strumento di correzione del quantum del danno dimostrato, perché, laddove la prova venga fornita, nessuna valutazione equitativa è più possibile per il giudice. Solo se l'ammontare del danno «non può essere provato» è possibile l'intervento equitativo del magistrato.

Come si vede, le due ipotesi sono ontologicamente distinte e, nel caso di specie, non ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'art. 1226 cc.

Solo il legislatore, nella sua facoltà di bilanciare le contrastanti esigenze che vengono in rilievo, ha la possibilità di disporre una «forfetizzazione» del danno risarcibile. Ma tale facoltà, in applicazione del principio di separazione fra i poteri, è consentita solo a chi, per essere stato eletto dal popolo, ne ha la rappresentanza e, quindi, ha il potere di procedere ad una valutazione «politica» delle esigenze del popolo stesso, ponderando le diverse esigenze che vengono in gioco.

Il magistrato non può quindi avventurarsi in valutazioni di opportunità politica decidendo di decurtare arbitrariamente il pregiudizio risarcibile sulla scorta di ciò che egli ritiene «giusto».

Del resto, il legislatore ha più volte predisposto misure volte a quantificare in via forfettaria il pregiudizio subito dal lavoratore (riducendo il margine di valutazione del magistrato ad una forbice compresa fra un massimo ed un minimo, spesso ancorando tale valutazione a parametri predefiniti (si pensi ad esempio al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo indicato forfetariamente dalla L. 604/66 e dall'art. 18 L. 300/70, all'indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/2010 etc.

Si tratta, però, di ipotesi in cui, eccezionalmente la legge ha deciso di derogare alla regola generale, secondo la quale tutto il danno cagionato e normalmente pre-

vedibile va risarcito. Trattandosi di disposizioni eccezionali, le stesse non possono essere applicate analogicamente (art. 14 disp. Legge in gen.) e, pertanto, il giudice deve fare applicazione delle regole generali sopra riportate senza alcun margine di procedere a valutazioni imperniate su propri giudizi di valore. Non condivisibili, quindi, sono le soluzioni interpretative adottate da vari Tribunali i quali hanno finito con l'applicare al caso di specie l'indennità di cui all'art. 18 St.Lav.

Lo scrivente è consapevole del fatto che il risarcimento del danno al quale viene condannato il Comune di [...] è di ammontare decisamente elevato, ma queste sono le soluzioni alle quali si deve pervenire applicando le regole giuridiche elaborate dal legislatore.

Del resto, si tenga presente che è da parecchi anni che la Corte di Giustizia Europea ha affermato a più riprese la necessità che gli Stati Membri adottino misure idonee a scoraggiare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato da parte delle Amministrazioni. Quindi il legislatore italiano ha avuto tutto il tempo di introdurre un adeguato meccanismo di risarcimento forfettario del danno analogo a quelli sopra menzionati. Se non lo ha fatto si deve ritenere che la sua volontà sia stata proprio quella di voler continuare ad applicare a tali casi la generale disciplina sul risarcimento del danno.

Per completezza giova chiarire che, sebbene nel 2010 il legislatore abbia riconosciuto per i lavoratori illegittimamente assunti a termine una indennità omnicomprensiva compresa fra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione (art. 32 L. 183/2010), tale misura non rappresenta affatto l'adempimento dell'onere di predisporre le misure protettive richieste dalla Corte di Giustizia.

L'indennità in questione, infatti, va corrisposta (anche nel lavoro privato) «nei casi di conversione» del rapporto. Si tratta cioè di un emolumento aggiuntivo rispetto alla conversione in contratto a tempo indeterminato.

Nel pubblico impiego, invece, stante il divieto di conversione di cui al citato art. 36 del D.lgs. n. 165/01, sarebbe stato necessario predisporre una indennità sostitutiva del rapporto.

Se ci si limitasse ad applicare ai dipendenti pubblici la sola indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/10, quindi, si finirebbe per radicare una evidente disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e dipendenti privati in quanto, a fronte della medesima situazione (ossia, alla illegittima apposizione del termine finale al rapporto), ai secondi spetterebbe oltre all'indennità in esame pure l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta solo l'indennità dell'art. 32.

È evidente, quindi, che una interpretazione sistematica compatibile con l'art. 3 Cost. impone di attribuire al dipendente pubblico un *quid pluris* e, non potendosi convertire il rapporto, in mancanza delle specifiche misure imposte dalla Corte di Giustizia, si debba ripiegare sul generale istituto del risarcimento del danno, come sopra si è detto. Tale risarcimento finisce con l'assorbire l'indennità la quale, pertanto, risulta inapplicabile al pubblico impiego.

5. (conclusioni).

In conclusione, il ricorso va accolto ed il Comune di [...] va condannato a pagare a ciascuna delle ricorrenti la retribuzione che la stessa avrebbe percepito dal momento della cessazione del rapporto per scadenza del termine fino al raggiungimento della rispettiva età pensionabile.

Sulle retribuzioni già maturate vanno calcolati interessi e rivalutazione dalla data di maturazione dei singoli crediti fino al pagamento, su quelle future, invece, va operata la capitalizzazione.

Le spese di lite vanno compensate tenuto conto della complessità della materia e del carattere disomogeneo della giurisprudenza sul punto [*omissis*]

*

† *Minority report. (Ovvero il danno futuro e l'ermeneutica orientata)*. Nel noto film di S. Spielberg, ispirato all'omonimo racconto di Philip K. Dick *Minority report*, ambientato nel non lontano 2054, uno speciale reparto della polizia, detto *Precrime*, ("precrimine"), sotto la guida severa del capitano John Anderton, riesce a impedire la consumazione di ogni omicidio. Infatti, essa arresta i "colpevoli" prima della loro commissione e perfino prima del tentativo. Non viene punito il fatto (che appunto non avviene) ma l'intenzione di commetterlo, accertata dalla sezione *pre-crimine* sulle base delle premonizioni dei *precog* (da *precognitivi*): tre persone naturalmente dotate di poteri extrasensoriali e assunte infallibili. Il film celebra, nel suo (lieto, a differenza di quello del romanzo cupo) finale - attraverso lo smantellamento della *precrime* - il libero arbitrio dell'uomo e della sua capacità di scegliere il proprio destino, capace di rinunciare a percorrere una strada immaginata per lui da altri. Una opzione di cambiamento che la sentenza non sembra riconoscere né al singolo né alla società nel suo complesso né alla p.a. in particolare. Gli è che la determinazione del danno futuro operata dalla sentenza, in misura pari alle retribuzioni che sarebbero spettate al lavoratore se non vigesse il divieto di conversione, dalla cessazione del rapporto per scadenza del termine illegittimamente apposto alla data del pensionamento, appare affidata a una precognizione del comportamento futuro di quella specifica PA e del lavoratore (a cui così riconosce una rendita perpetua). Comportamenti che, per ragioni non chiarite nella sentenza, dovrebbero ritenersi conseguenza dell'intenzione della PA di stipulare contratti a termine illegittimi. Viene esclusa in radice la possibilità di interventi del legislatore o perfino di condotte legittime. Ed è proprio sul piano dell'intervento del legislatore che la sentenza mostra tutta la sua debolezza esegetica. Il ragionamento del decidente è semplicistico: costruisce un gigante dai piedi di argilla. La sentenza perviene alla determinazione del risarcimento del danno sulla base di alcuni snodi che si chioseranno adesso separatamente. Essi (di seguito in corsivo numerati progressivamente) sono i seguenti. a) «[...] da parecchi anni che la Corte di Giustizia Europea ha affermato a più riprese la necessità che gli Stati Membri adottino mi-

*sure idonee a scoraggiare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato da parte delle Amministrazioni; In realtà la Corte di Giustizia ha sostenuto che la mancata conversione non è incompatibile con l'ordinamento dell'Unione, poiché è previsto il risarcimento del danno. Su quali siano i danni risarcibili e su come vadano determinati la Corte di Giustizia non si è pronunciata. b) Il legislatore italiano ha avuto tutto il tempo di introdurre un adeguato meccanismo di risarcimento forfetario del danno; in realtà la forfetizzazione del danno non è che una tecnica risarcitoria che il legislatore ha introdotto in via generale nel contratto a termine, ma certo non è una via obbligatoria. Tuttavia il Tribunale inferisce che c) se non lo ha fatto si deve ritenere che la sua volontà sia stata proprio quella di voler continuare ad applicare a tali casi la generale disciplina sul risarcimento del danno; l'inferenza sull'inerzia del legislatore appare di quelle che provano troppo e troppo poco. Da un lato, infatti, l'inerzia del legislatore non dimostra alcunché né in un senso né nell'altro. Di regola il silenzio non nega né afferma. Da un altro lato il legislatore non era espressamente obbligato a differenziare la tutela risarcitoria tra pubblico e privato. Così se poi, come ha fatto, introduce la forfetizzazione del danno, con riferimento al contratto a termine illegittimo di cui al d. lgs. 368 del 2001, dal comportamento del legislatore si può solo inferire che anche nel lavoro pubblico ha inteso forfetizzare il danno. d) Sebbene nel 2010 il legislatore abbia riconosciuto per i lavoratori illegittimamente assunti a termine una indennità omnicomprensiva compresa fra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione (art. 32 L. 183/2010), tale misura non rappresenta affatto l'adempimento dell'onere di predisporre le misure protettive richieste dalla Corte di Giustizia; in questo passaggio la sentenza si sostituisce al giudizio delle Corti di Giustizia assumendo un inadempimento del legislatore. È ben vero che il giudice di merito non ha l'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia, ma non per questo può sostituirsi alla Corte stabilendo – in assenza di precise statuizioni – la conformità o non di una norma alle statuizioni della Corte stessa. Né gli argomenti addotti per giustificare tale operazione di “sostituzione” paiono convincenti. Secondo il Tribunale e) l'indennità in questione, infatti, va corrisposta (anche nel lavoro privato) «nei casi di conversione» del rapporto. Si tratta cioè di un emolumento aggiuntivo rispetto alla conversione in contratto a tempo indeterminato. Sebbene la ricostruzione sia formalmente corretta e in linea con i più recenti percorsi giurisprudenziali, la prospettiva in cui è posta che è errata. “L'emolumento”, per usare le parole della sentenza, non è affatto “aggiuntivo” alla conversione. La c.d. conversione e il risarcimento (forfetizzato e non) operano su due piani diversi. La nullità del termine restituisce al contratto al suo estensione “naturale”. Non è poi detto che dalla nullità sia derivato un danno. Il danno, se c'è, deriva dal noto meccanismo di *mora accipiendi*, già consolidatosi in giurisprudenza al momento della novella del collegato lavoro. La forfetizzazione del danno opera solo su questo piano: attribuisce al lavoratore un'indennità risarcitoria anche quando il danno non ci sia stato e lo solleva al riguardo dal relativo onere della prova; ciò comporta che il danno possa essere non integralmente risarcito. Questo meccanismo, discutibile quanto si vuole, secondo il giudice delle leggi, realizza un equilibrio costituzionalmente compatibile. Per tale ragione è del tutta priva di rilievo ricostruttivo la considerazione del Tribunale secondo cui f) nel pubblico impiego, invece, stante il divieto di conversione di cui al citato art. 36 del D.lgs. n. 165/01, sarebbe stato necessario predisporre una indennità sostitutiva del (la conversione del n.d.a.) rapporto; infatti, questo è l'auspicio del giudicante non il precetto di una norma. Non giova alla causa della necessità di tutela sostitutiva considerare che g) se ci si limitasse ad applicare ai dipendenti pubblici la sola indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 L. 183/10, quindi, si finirebbe per radicare una evidente disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e dipendenti privati in quanto, a fronte della medesima situazione (ossia, alla illegittima apposizione del termine finale al rapporto), ai secondi spetterebbe oltre all'indennità in esame pure l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta solo l'indennità dell'art. 32. La notazione è suggestiva ma continua a confondere il piano degli effetti della fattispecie negoziale con quello del risar-*

cimento. Quando opera la c.d. conversione il rapporto o i rapporti a termine vengono ricondotti a un unico rilevante rapporto a tempo indeterminato; l'indennità risarcitoria invece compensa forfettariamente il danno che l'ingiustificata sospensione della funzionalità del rapporto ha prodotto: una o più volte in dipendenza del numero dei contratti a termine illegittimi. Il danno risiede nella sospensione illegittima del rapporto e non nell'illegittimità del termine per sé considerata: rispetto a questa la sanzione risulterà essere la nullità (del termine e non anche la conversione che è a sua volta solo un effetto). Risulta allora, in contrario avviso del tribunale, per niente *h) evidente, quindi, che una interpretazione sistematica compatibile con l'art. 3 Cost. impone di attribuire al dipendente pubblico un quid pluris*. Infatti, in presenza di una norma specificamente determinativa del danno non è consentito all'interprete crearsene una da sé stesso allorché ritenga insufficiente – per una data fattispecie – la tutela accordata dalla legge. Scegliere una interpretazione costituzionalmente orientata è doveroso in presenza di una possibile alternativa ermeneutica ma non in contrasto con la lettera della legge; alternativa che qui non v'è per due ragioni. Da una parte perché la Corte costituzionale ha già detto che la non coincidenza del danno forfettario con il danno effettivo non è incostituzionale né dal punto di vista della limitazione del risarcimento del danno per il lavoratore né dal punto di vista dell'eccesso di risarcimento per il datore di lavoro. Da un altro lato perché il danno forfettario copre una sorta di danno da mancata conversione, infatti opera esclusivamente per il danno pregresso alla conversione. Dopo la conversione non vi è risarcimento perché non vi è danno e non vi è danno perché vi è la conversione. Perciò nel lavoro pubblico *i) non potendosi convertire il rapporto*, il danno si verifica ogni volta che si accerti che un termine è stato illegittimamente apposto. Conseguentemente potrà spettare un'indennità risarcitoria quante sono state le abusive apposizioni di termine partitamente accertate. Non è perciò vero che ci sia una *l) mancanza delle specifiche misure imposte dalla Corte di Giustizia*, poiché è proprio l'indennità risarcitoria collegata a ogni illegittima apposizione di termine che di fatto funziona come un *astrainte*, cioè come una norma atta a prevenire gli abusi, dato che essa spetta anche in assenza di interruzione tra una contratto a termine illegittimo e un altro. Pare però del tutto arbitrario affermare che *m) si debba ripiegare sul generale istituto del risarcimento del danno*. Le conseguenze che il Tribunale trae dalla norma creata da sé stesso lo inducono ad affermare che *n) tale risarcimento finisce con l'assorbire l'indennità la quale, pertanto, risulta inapplicabile al pubblico impiego*». Si tratta di un argomento apodittico e contraddittorio. È apodittico in quanto si tratta di un'affermazione e non di una dimostrazione; è contraddittorio perché se lo sforzo esegetico è orientato alla ricerca di un *quid pluris* da mancata conversione rispetto all'indennità risarcitoria allora occorre che esso sia aggiuntivo e non sostitutivo e ciò perché l'indennità copre il danno pregresso e la conversione quello futuro che la cui verifica la conversione impedisce. Dunque, ammesso, e niente affatto concesso, che l'interprete sia autorizzato a crearsi una norma quando ritiene che la mancanza di essa possa violare la Costituzione, il danno futuro – secondo i canoni civilistici invocati dalla stessa motivazione – deve essere provato nella sua effettività. La soluzione adottata dal Tribunale non è meno errata – anzi lo è di più – di quella invocata dai lavoratori che chiedevano la conversione in presenza del divieto legale e costituzionale. Infatti, il risarcimento del danno pari alle retribuzioni dovute fino al raggiungimento dell'età pensionabile equivale a una conversione parziale: che si verifica solo da lato del lavoratore e non anche da quello corrispettivo del datore di lavoro (pubblico) il quale si troverà onerato delle stesse obbligazioni conseguenti alla conversione (vietata) ma senza beneficiare della controprestazione lavorativa. L'assurdità di tale conseguenza si coglie a piene mani. Ora, poiché di tutta evidenza la strada di una conversione monolaterale non è dogmaticamente percorribile, nella statuizione del Tribunale il risarcimento del danno futuro (ipotetico) finisce col perdere la sua funzione legale di riparazione di un danno effettivamente subito (come conseguenza di una condotta già realizzata) e si trasforma in un danno punitivo e preventivo. Il metro di giudizio alla base della quantificazione della puni-

zione non è però una norma positiva ma è qui l'etica del decisore. Così così come nel film l'etica dell'individuo viene annullata davanti a quella della precrimine così nella sentenza all'etica del nostro diritto (che non contempla i danni punitivi) si sostituisce quella del magistrato. Sarà pur vero che una sentenza risolve solo un caso è però anche vero che rischia di aprirne altri trecentomila: una distopia che forse serve a mettere sull'avviso della catastrofe che si profila, *se così fan tutti.* [\[cmc\]](#)

II

[omissis] Venendo al merito della controversia, la stessa presenta diversi profili connessi ma pur sempre autonomi fra loro:

1) L'individuazione del confine fra legittimità e illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro nell'ambito del pubblico impiego;

2) L'individuazione di un rimedio (alternativo rispetto alla c.d., conversione) per i casi di illegittimità del termine;

3) La conformità col principio di non discriminazione della mancata progressione economica dei lavoratori a termine;

4) La legittimità della determinazione di scadenze contrattuali anteriori al 31 agosto per incarichi di insegnamento.

A) Sulla legittimità/illegittimità del termine nell'ambito del pubblico impiego.

Giova ricapitolare il panorama normativo che fa da sfondo alla problematica delle assunzioni a termine nella scuola.

L'art. 4 della legge n. 124/99, nei primi tre commi, recita: «1. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data dei 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo, si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo. 2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario. 3. Nei casi diversi da quelli previsti ai commi 1 e 2 si provvede con supplenze temporanee».

Il personale chiamato ad assumere incarichi di supplenza viene selezionato in base ad una graduatoria permanente su base provinciale (art. 4, comma 6 lett. I, n. 124 del 1999 che richiama l'art. 401 del testo unico approvato con d. lgs. n. 297 del 1994), poi sostituita da graduatorie "ad esaurimento" per effetto della disposizione di cui all'art. 1, comma 605, lett. c) legge n. 296 del 2006.

Più di recente il legislatore è intervenuto sulla materia aggiungendo al citato art. 4 della legge n. 124 del 1999 il comma 14-bis, in cui s'afferma che «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni» (art. 1 del d. legge n. 134 del 2009, convertito in legge n. 167 n. 2009). Il citato art. 1, comma 605, lett. c) della legge n. 296 del 2006 concerne un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, da verificare annualmente [...], circa la concreta fattibilità dello stesso, per complessive 150.000 unità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente».

A.2) Come è evidente, nel panorama normativo tracciato non si ravvisano disposizioni che riconducano la materia delle assunzioni a termine nel settore della scuola alla disciplina generale sui contratti di lavoro a termine (oggi dettata dal d. lgs. n. 368 del 2001).

La normativa in esame appare quindi speciale rispetto a quelle generalmente dettata in materia di contratti a termine. Dunque, nella disciplina sul personale della scuola non vi sono prescrizioni che impongano di predeterminare specificamente le ragioni poste a supporto della clausola di apposizione del termine, né che disciplinino le materie della proroga e delle assunzioni successive.

Del resto, le peculiarità del settore scolastico sono state ben evidenziate dalla Corte d'appello di Perugia, sent. n. 143/2011 (inedita), la quale ha rilevato che i contratti a tempo determinato nella scuola sono riconducibili a tre tipologie (v. l'art. 4, comma 11 della legge n. 124/99, l'art. 1 del regolamento per le supplenze del personale ata, d.m. n. 430 del 2000, e, per il personale docente, l'art. 1 del d.m. n. 201 del 2000, poi il dm. n. 131 del 2007).

Vi sono, anzitutto, le supplenze annuali cosiddette su "organico di diritto" ossia riguardanti posti disponibili e vacanti, con scadenza al termine dell'anno scolastico

(31 agosto). I posti in questione sono quelli che risultano effettivamente vacanti entro lo data del 31 dicembre e che rimarranno prevedibilmente scoperti per l'intero anno. Per essi in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali, si procede al conferimento di supplenze annuali con la stipulazione di contratti a termine in scadenza al 31 agosto, allorché non sia possibile provvedere con il personale di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante utilizzazione del personale in soprannumero, se non vi sia stato assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo. Si tratta, di regola, di posti in sedi disagiate o comunque di scarso gradimento, per i quali non vi sono domande di assegnazione da parte del personale di ruolo. La scoperta di questi posti non è prevedibile, e si manifesta solo dopo l'esaurimento delle procedure di trasferimento, assegnazione provvisoria, utilizzazione di personale soprannumerario e immissione in ruolo; solo allora, verificato che sono rimasti privi di titolare, quei posti possono essere coperti - in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo - mediante l'assegnazione delle supplenze su organico di diritto dette anche annuali.

V'è poi, la tipologia delle supplenze annuali cosiddette su "organico di fatto", con scadenza al 30 giugno, cioè, al termine dell'attività didattica. I posti con esse coperti non sono tecnicamente vacanti, ma si rendono di fatto disponibili. Ciò può avvenire, ad esempio, per un aumento imprevisto della popolazione scolastica nel singolo istituto, la cui pianta organica resti tuttavia immutata, oppure per l'aumento del numero di classi, dovuto a motivi contingenti, ad esempio di carattere logistico.

La terza categoria è quella delle supplenze temporanee, conferite per ogni altra necessità, come la sostituzione di personale assente o la copertura di posti resisi disponibili per qualsivoglia ragione, soltanto dopo il 31 dicembre, e destinate a terminare non appena venga meno l'esigenza per cui sono state disposte».

In conclusione, stando al diritto positivo richiamato, le autorità scolastiche, al fine di coprire posti vacanti (supplenze annuali) o posti di fatto disponibili (supplenze temporanee fino al termine dell'anno scolastico), potrebbero liberamente assumere lo stesso lavoratore ripetutamente da un anno all'altro senza soluzione di continuità e senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche ragioni a giustificazione del termine.

La possibilità di assumere reiteratamente a termine, cioè, scaturisce dal solo fatto che vi è un posto vacante che sarà coperto in un momento futuro indeterminato, cioè, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali, ovvero, perché persistono stabilmente esigenze di coperture di posti di fatto liberi.

A.3) Tale conclusione, però, appare difficilmente conciliabile con le disposizioni comunitarie le quali individuano talune puntuali condizioni che devono essere sod-

disfatte affinché il termine finale non comprometta la tutela di Interfasi fondamentali dei lavoratori.

L'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, del 28.06.1999, cui ha dato attuazione la Direttiva comunitaria 1999/70/CE, infatti, con la clausola n. 1 si ripromette di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato». Lo stesso accordo, poi, nella clausola n. 5, poi, afferma che gli Stati membri dell'Unione Europea sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire ed a sanzionare l'abuso nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La citata clausola 5 dispone, infatti: "per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri [...] dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per lo prevenzione degli abusi e in 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».

Nell'ordinamento italiano i detti principi sono stati recepiti con il d. lgs. n. 368 del 2001, il quale è stato emanato col dichiarato intento di dare attuazione alla suddetta direttiva 1999/70/CE. L'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, come novellato nel 2007, ha appunto dettato una serie di prescrizioni in tema di proroghe e successione di contratti a termine volte ad evitare l'abusivo ricorso a detta tipologia contrattuale.

L'art. 1 co. 2 del d. lgs. n. 368 del 2001, invece, afferma che «E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro».

Tenuto conto del fatto che tale disciplina è stata emanata proprio per superare i dubbi circa la compatibilità dell'istituto in esame con l'Ordinamento comunitario, è chiaro che il perimetro operativo delle garanzie in essa contenute non può di certo essere più circoscritto rispetto a quello della Direttiva 1999/70/CE (pena la violazione un Ordinamento comunitario, le cui disposizioni risulterebbero in parte non recepite);

Occorre pertanto risalire all'ambito di operatività della suddetta Direttiva al fine di comprendere la sfera applicativa della disciplina interna di attuazione. Sul punto

è univoca e chiarissima la storica pronuncia resa il 4.7.2006 dalla Corte di Giustizia Europea (sentenza Adeneler, punti 54-57):

"54 ... si deve anzitutto precisare che la direttiva 1999/70/CE e l'accordo quadro si applicano altresì ai contratti e di rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri enti del settore pubblico.

55 Infatti le disposizioni di questi due atti non contengono alcuna indicazione dalla quale possa dedursi che il loro campo di applicazione si limiterebbe ai contratti a tempo determinato conclusi dai lavoratori con datori di lavoro del solo settore privato.

56 Al contrario, da un lato, come risulta dalla stessa formulazione della clausola 2, n. 1 dell'accordo quadro, il campo di applicazione di quest'ultimo viene inteso in senso lato, riguardando in maniera generale i «lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore di ciascuno Stato membro». Inoltre, la definizione della nozione di «lavoratori a tempo determinato» ai sensi dell'accordo quadro, enunciata nella clausola 3, n. 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro.

57 Dall'altro, la clausola 2, n. 2, dello stesso accordo quadro, lungi dal prevedere l'esclusione dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con un datore di lavoro del settore pubblico, si limita a offrire agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato», nonché i contratti e rapporti di lavoro «definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».

La stessa sentenza 4.7.2006 (Adeneler), poi, chiarisce che il giudice nazionale ha l'obbligo di provvedere, laddove possibile, all'interpretazione delle norme di diritto interno in modo compatibile con l'ordinamento comunitario:

«108 Si deve ricordare che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali devono interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 249, terzo comma, CE (v. segnatamente, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a., Racc. pag. I-8835, punto 113, e giurisprudenza ivi citata). Tale obbligo di interpretazione conforme riguarda l'insieme delle disposizioni del diritto nazionale, sia anteriori sia posteriori alla direttiva di

cui trattasi (v., in particolare, sentenze 13 novembre 1390, causa C-106/89, Harleasing, Racc. pag. 1-4135, punto 8, e Pfeiffer e a., cit. punto 115).

109 L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta (v. in particolare, sentenza Pfeiffer e c., cit. punto 114).

111 Il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultima (v. sentenza Pfeiffer e c., cit., punti 115, 116, 118 e 119)».

Ebbene, secondo tali coordinate, lo scrivente è tenuto a ritenere che, nonostante la specificità delle norme sul reclutamento nel settore pubblico (e, in particolare, in quello della scuola), le esigenze sottese alla direttiva n. 1999/70/CE (ossia la già richiamata "prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a di rapporti di lavoro a tempo determinato») debbano in ogni caso trovare applicazione.

Poiché la disciplina deputata a contenere l'istituto del lavoro a tempo determinato entro i limiti tracciati dall'ordinamento europeo è quella racchiusa nel d. lgs. n. 368 del 2001, si deve concludere che le disposizioni di tale corpo normativo (nella parte in cui dettano i criteri per distinguere la legittima apposizione del termine da quella illegittima), siano applicabili tanto nell'ambito del lavoro privato quanto nell'ambito del pubblico impiego.

Se infatti si ritenesse la disciplina speciale del settore scolastico svincolata dai limiti propri applicabili a tutti gli altri rapporti a termine, si dovrebbe giungere alla confusione che la stessa sarebbe in contrasto insanabile con la disciplina vincolante comunitaria e l'intera legislazione sull'assunzione del personale scolastico dovrebbe essere quindi disapplicata.

Giova a questo punto ricordare che il legislatore comunitario nutre una certa diffidenza per le assunzioni a termine che si susseguano a breve distanza di tempo fra loro, ritenendole potenzialmente dannose per i lavoratori.

Conseguentemente è necessario, tanto nel lavoro privato, quanto il quello pubblico, che i contratti a termine siano sorretti da ragioni oggettive, ossia, che sussi-

stano esigenze quanto meno temporanee del datore di lavoro, senza che con le assunzioni a termine si possano soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli.

Per le stesse ragioni, anche le proroghe e le reiterazioni nelle assunzioni a termine sono sottoposte, anche nel lavoro per le Amministrazioni Pubbliche, ai stessi limiti dettati in via generalizzata dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001.

In definitiva, le assunzioni non possono aver luogo in successione e tali devono reputarsi quelle che si ripetono nel tempo con intervalli ridotti (si veda sul punto ordinanza della Corte di Giustizia 12 giugno 2008 - Vassilakis, procedimento C-364/07).

Nella specie, avendo avuto luogo, di fatto, un'assunzione senza soluzione di continuità, con distinti contratti a termine non corredati dell'indicazione di ragioni obiettive, deve ravvisarsi per ciò solo la violazione del d. lgs. n. 368 del 2001, applicabile (per le ragioni dette) anche nei rapporti di pubblico impiego.

Il fatto che il ricorrente abbia stipulato in successione una molteplicità di contratti con la medesima Amministrazione, per un lungo lasso di tempo e per l'espletamento della medesima attività esprime inequivocabilmente la presenza di una esigenza lavorativa stabile, non temporanea ed eccezionale, con la conseguenza che la detta successione di contratti deve ritenersi abusiva ai sensi della Direttiva 1999/70/CE.

A.4) Queste considerazioni non sono scardinate dal recente intervento della Corte di Giustizia Europea (sent. del 26.1.2012, causa C-586/10 Kucuk). Con tale pronuncia la Corte afferma che non è la ripetizione del contatto in sé a sancire la nullità del termine, ma la carenza di ragioni obiettive. In particolare, un datore di lavoro che decida di ricorrere a contratti a tempo determinato per far fronte a carenze temporanee di organico, sebbene queste ultime si manifestino in modo ricorrente, può agire legittimamente se sussistono circostanze precise e concrete, tali da giustificare la successione dei contratti e risultanti "dalla particolare natura delle funzioni..., dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittimo finalità di politica sociale".

Tale pronuncia non legittima affatto la generalizzata reiterazione del rapporto a termine nel pubblico impiego (in particolare nel settore scolastico) né contraddice quanto già stabilito dalla sopra richiamata giurisprudenza comunitaria (sent. Adeneler e Vassilakis).

Piuttosto, con la sentenza Kucuk la Corte di Giustizia afferma la necessità di procedere ad una valutazione caso per caso per appurare se vi siano circostanze precise e concrete che esprimano, di fatto, la necessità di procedere a plurime as-

sunzioni a termine in successione. Le deroghe rispetto alle regole generali (trasfuse nell'art. 1 d. lgs. n. 368 del 2001) sono cioè due:

1) Si può non applicare la disciplina dettata in tema di riassunzione dopo la scadenza del termine (art 5 del d. lgs. n. 368 del 2001);

2) Non è necessario che le ragioni tecnico-organizzative siano necessariamente essere cristallizzate nel documento contrattuale (a differenza di quanto avviene nel lavoro privato), ben potendo le stesse essere evidenziate ex post.

Ma tali deroghe sono ammissibili solo a condizione che, di fatto, siano ravvisabili precise circostanze dalle quali si possa desumere che la successione dei contratti fosse effettivamente deputata a soddisfare esigenze temporanee.

Tenuto conto della portata innovativa di tale pronuncia, diventa necessario entrare nel merito della situazione concreta senza poter limitare l'analisi al fatto che i contratti di lavoro non indicavano alcuna ragione giustificatrice e che gli stessi si siano succeduti nel tempo ben oltre il limite temporale di 36 mesi.

Ebbene: va detto che, secondo lo scrivente, nell'ambito del settore scolastico si deve distinguere fra la posizione del docente assunto come supplente per coprire posti non vacanti, ma di fatto disponibili, da quella del docente assunto per coprire posti vacanti e disponibili.

Nel primo caso, effettivamente, si può ritenere che la situazione di fatto sia di per sé espressiva della temporaneità dell'esigenza datoriale e, quindi, si può affermare che la reiterazione di rapporti a termine (senza indicazione di alcuna giustificazione) sia legittima, come implicitamente affermato dalla sent. Kucuk.

Nel caso di supplenze volte a coprire posti vacanti e disponibili, però, si devono raggiungere le opposte conclusioni.

Se il posto è vacante significa che l'Amministrazione è tenuta a coprirlo, ossia, ad assumere personale "idoneo" attinto dalle graduatorie [i cc.dd. idonei non vincitori].

In questo caso, pertanto, non si può affermare che la situazione concreta esprima una temporaneità del fabbisogno, al contrario: è chiaro che l'assunzione dovrebbe essere effettuata a tempo indeterminato e, se l'Amministrazione intende procedere ad assumere un docente a termine [specie se lo fa reiterando un rapporto già instaurato anch'esso a termine], ha l'onere di indicare quali siano le ragioni obiettive non essendo queste ultime desumibili dalla situazione concreta. In altre parole, nel caso di assunzioni a termine per coprire posti vacanti e disponibili la PA è chiamata ad chiarire in modo univoco quali sarebbero le ragioni tecnico-organizzative di cui al d. lgs. n. 368 del 2001, senza potersi "riparare" dietro il diaframma della peculiarità

del settore. Tale peculiarità: al massimo, può essere ravvisata laddove il posto non sia vacante ma solo "temporaneamente disponibile"; ai di là di questa ipotesi, piuttosto, torna ad operare l'obbligo di parificazione fra pubblico impiego e lavoro privato sancito a chiare lettere dalla già citata sent. Adeneler.

Apodittica è quindi l'affermazione dell'Avvocatura dello Stato (per vero condivisa da una parte della giurisprudenza, fra cui App. Milano sent. n. 708/2012) secondo la quale le peculiarità del sistema di reclutamento scolastico sarebbero tali da escludere la compatibilità con la disciplina dettata dal d. lgs. n. 368 del 2001.

Piuttosto, si deve tenere distinto il caso di supplenze volte a coprire posti temporaneamente disponibili da quelle deputate a coprire posti vacanti e disponibili.

Nel caso di specie, considerato che la parte ricorrente è stata chiamata a coprire anche posti vacanti (come affermato ripetutamente a pp. 5 ss. del ricorso, fatto non contestato dagli Enti convenuti), e che la stessa ha superato il concorso pubblico di abilitazione all'insegnamento il 27.4.2006, si deve ravvisando l'illegittimità della prima assunzione a tempo determinato avvenuta successivamente a tale data (ossia, il 1.9.2006), in quanto priva dell'indicazione delle ragioni giustificatrici ex art. 1 d. lgs. n. 368/01, nonché (ad abundantiam) delle successive assunzioni a termine, in quanto anch'esse prive della detta indicazione e in quanto avvenute in violazione del limite temporale di 36 mesi ex art 5 d. lgs. n. 368 del 2001.

B) Sul rimedio applicabile

Il suddetto profilo concerne la valutazione della legittimità del termine apposto ai contratti di lavoro nell'ambito del pubblico impiego e, in particolare, nel settore scolastico; tale aspetto è ontologicamente distinto da quello che concerne il rimedio applicabile nel caso in cui si ravvisi l'illegittimità del termine in questione.

B.2) Con riguardo al profilo da ultimo menzionato, infatti, va ricordato che, per effetto dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, nel nostro ordinamento è espressamente escluso che l'illegittima apposizione del termine possa comportare la costituzione con una pubblica Amministrazione di un rapporto a tempo indeterminato.

Giova chiarire sin da subito che il fondamento dell'art. 36 in esame non risiede nella posizione di privilegio della P.A., ma risiede nei principi di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

In altre parole, il divieto di conversione del rapporto è il precipitato logico dell'obbligo per la P.A. di procedere ad assunzioni solo mediante concorso. Poiché tale obbligo è a sua volta un corollario del principio di buon andamento e imparzialità (come confermato dal fatto che è sancito dallo stesso art. 97 Cost.), si deve necessariamente concludere che il divieto di conversione di cui all'art. 36 del d. lgs. n.

165 n. 2001 ha la finalità di evitare che, a causa dell'erronea apposizione di un termine in un contratto di lavoro, possa essere aggirato l'obbligo di assumere mediante concorso e, quindi, possa essere compromesso il buon funzionamento della macchina pubblica nonché disatteso l'obbligo di assicurare un pari trattamento a tutti coloro che aspirano ad essere assunti a tempo indeterminato.

È solo in ossequio a tali superiori interessi pubblici che viene operato un distinto trattamento del dipendente pubblico rispetto a quello privato, non per mantenere una (irragionevole quanto inesistente) posizione di privilegio della P.A. nei confronti del proprio dipendente.

B.3) Fatte tali precisazioni, è noto che la deroga alla generale disciplina dettata dal d. lgs. n. 368 del 2001 racchiusa nell'art 36 d. lgs. n. 165 del 2001 ha sollevato forti dubbi di compatibilità con la sopra richiamata esigenza comunitaria di proteggere il dipendente (pubblico o privato) dall'abusiva apposizione di un termine finale a rapporto lavorativo.

Tuttavia, sull'esclusione del rimedio della "conversione", si è pronunciata la Corte di Giustizia Europea affermando che tale esclusione non è incompatibile con l'ordinamento comunitario, purché accompagnata da misure dirette a prevenire e contrastare l'utilizzazione abusiva di contratti a termine in successione (cfr. la citata sent. Adeneler, poi confermata dalla successiva sentenza del 6 settembre 2006 - Vassallo C-180/04),

La giurisprudenza interna, quindi, in mancanza di espresse disposizioni di legge che predisponessero le "misure" menzionate dalla Corte di Giustizia, ha cercato di ricostruire in via interpretativa adeguati rimedi al fenomeno delle reiterate assunzioni a termine.

In particolare, in taluni casi, si è ritenuto di poter applicare analogicamente il risarcimento forfettario del danno di cui all'art. 18 legge 300/70, quantificando la perdita del posto di lavoro in 15 o 20 mensilità della retribuzione globale di fatto, a seconda degli orientamenti interpretativi.

Va subito anticipato che lo scrivente ritiene di non condividere questa impostazione in quanto essa finisce per applicare analogicamente una norma eccezionale in palese violazione col dettato dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

Pertanto, esclusa tanto la conversione del rapporto quanto l'applicabilità di un risarcimento a forfait, ci si deve chiedere se il generale istituto del risarcimento del danno sia uno strumento adeguato ad assicurare la tutela richiesta dall'ordinamento comunitario. Infatti, laddove si desse risposta negativa, si dovrebbe necessariamente dare prevalenza al diritto comunitario e, quindi, previa disapplicazione dell'art.

36 d. lgs. n. 165 del 2001, si dovrebbe pronunciare la conversione del rapporto (come chiesto in ricorso).

Sul punto si è recentemente soffermata la Corte di Cassazione la quale, con la sent. n. 4417 del 2012, ha statuito che: «Deve ritenersi conforme ai principi comunitari oltre che alla Carta costituzionale, il divieto di conversione in rapporti a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato sottoscritti dalla pubblica amministrazione in modo illecito, in quanto riproposti senza soluzione di continuità, dovendosi infatti ritenere il risarcimento del danno previsto dall'ordinamento italiano rimedio sufficiente a prevenire e sanzionare eventuali abusi da parte degli enti pubblici».

Pertanto, la domanda principale di cui al ricorso introduttivo (che mira appunto ad ottenere l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato) va rigettata.

Con essa va anche rigettata la domanda tesa ad ottenere l'indennità omnicomprensiva ex art. 32 legge n. 183 del 2010, che può essere corrisposta solo "nei casi di conversione". In altre parole, si tratta di un istituto necessariamente accessorio rispetto alla conversione, quindi, *simul stabunt simul cadent*.

Rigettate tali domande, vanno analizzate le residuali richieste di matrice risarcitoria avanzate in ricorso.

B.4) Appare a questo punto utile, al fine di individuare il regime di responsabilità applicabile, chiarire a monte come vada inquadrato l'illecito ascritto alla PA che abbia apposto un termine finale alla durata del rapporto senza giustificazioni adeguata così violando il dettato dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 e, quindi, della dir. 1999/70/CE.

Sotto tale aspetto lo scrivente ritiene di poter ravvisare in capo alle Amministrazioni convenute una responsabilità da contatto sociale qualificato, conseguentemente, va applicata la disciplina della responsabilità di cui all'art. 1218 e ss. cod. civ.

L'Amministrazione, cioè, all'atto della stipulazione del contratto a termine senza indicazione di ragioni obiettive non è un "passante occasionale", ma è un soggetto col quale il danneggiato ha instaurato un pregresso rapporto "di fatto" (ravvisabile nella trattativa, nello svolgimento del concorso pubblico, nell'espletamento di precedenti rapporti lavorativi aventi ad oggetto le medesime mansioni ed età); da tale rapporto scaturisce evidentemente un affidamento in capo a ciascuna delle parti circa il comportamento corretto dell'altra e, quindi, un preciso obbligo di protezione in capo a ciascuno dei paciscenti che va oltre il *neminem laedere*, sì da poter es-

sere assimilato ad una obbligazione (tenuto conto del carattere non tassativo delle fonti dell'obbligazione, come emerge del testo dell'art. 1173 c.c.).

Come ha chiarito la Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 14712/07), la demarcazione fra responsabilità aquiliana e responsabilità di inadempimento va tracciata tenendo conto del fatto che, mentre nella responsabilità aquiliana c'è solo un generico obbligo di non ledere che si traduce in obbligazione risarcitola nel momento patologico e il rapporto obbligatorio nasce con la produzione del danno, nella responsabilità contrattuale l'obbligazione viene in esistenza già nel momento fisiologico della vicenda e la responsabilità attiene proprio alla violazione di essa. Pertanto, nel caso in cui il danneggiante non sia un passante occasionale, ma abbia intrattenuto col danneggiato precedenti rapporti di fatto sufficientemente intensi, in applicazione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost. si viene a radicare un vero e proprio dovere di curare l'interesse della controparte e di rispettare l'affidamento ingenerato dal contatto sociale. Pertanto, si deve ravvisare una obbligazione di protezione la cui violazione dà luogo ad una vera e propria responsabilità da inadempimento.

In conclusione, l'illecito ascrivibile alle Amministrazioni resistenti per aver stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato in assenza dei presupposti, è assoggettato alla disciplina di cui agli artt. 1218 e ss. con le relative conseguenze in termini di onere della prova, prescrizione del diritto, individuazione dei danni risarcibili etc.

In questa sede si ritiene opportuno soprassedere sull'eventualità di qualificare la responsabilità in questione come di matrice precontrattuale (tipologia che la giurisprudenza tradizionalmente inquadra nell'ambito della responsabilità aquiliana, ma che la dottrina più moderna, condivisibilmente, non esita a qualificare comunque come da «contatto sociale»).

Infatti, tenuto conto delle recenti evoluzioni dell'istituto di cui agli artt. 1337 e s., per le quali il danno risarcibile ben può essere rappresentato dal c.d. "interesse positivo differenziale" e non solo dalla lesione dell'interesse "negativo" (a non essere coinvolti da una trattativa inutile), nessuna sensibile conseguenza sul piano risarcitorio si potrebbe ravvisare nel caso di specie.

In altre parole, anche a voler ravvisare nel caso di specie una responsabilità precontrattuale, si deve ritenere comunque superato l'antico dogma secondo il quale il risarcimento del danno potrebbe riguardare solo la lesione dell'interesse negativo.

L'opinione più moderna, infatti, ritiene che la parte che abbia subito un danno precontrattuale abbia in ogni caso la possibilità di essere messo nella posizione

economica in cui si sarebbe trovato se non vi fosse stata la deviazione della trattativa.

Questa conclusione scaturisce inequivocabilmente dal tenore dell'art. 1440 c.c. che, in tema di dolo incidente, prevede che "Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni". I danni in questione sono appunto rappresentati dalla perdita dei vantaggi che il contraente avrebbe conseguito dal contratto se il contenuto dello stesso non fosse stato depistato dalla condotta dolosa di uno dei contraenti, ossia dalla lesione del c.d. "interesse positivo differenziale".

In definitiva, anche a voler ravvisare nell'abusiva apposizione del termine finale al rapporto di lavoro una forma di responsabilità precontrattuale, il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto a risarcire al lavoratore il medesimo danno patrimoniale che dovrebbe risarcire in applicazione delle regole sull'inadempimento.

B.5) Venendo pertanto all'individuazione di tale danno patrimoniale risarcibile, va detto che il perimetro dello stesso è tracciato dagli artt. 1223, 1225 e 1227 del codice civile.

Posto che la condotta censurata è rappresentata dall'abusiva apposizione del termine, ossia, dal non aver stipulato con l'odierno ricorrente un contratto a tempo indeterminato (tipologia che rappresenta pur sempre la "regola"), il datore di lavoro deve risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento.

Vanno cioè risarcite le diminuzioni patrimoniali scaturite "immediatamente e direttamente" dalla condotta (art. 1223 cc), purché siano "prevedibili" (art. 1225 c.c.) e non riconducibili a fatto proprio del danneggiato (art. 1227 c.c.).

La giurisprudenza ha chiarito che, in definitiva, il risarcimento deve avere ad oggetto le conseguenze che costituiscano l'effetto normale e prevedibile dell'illecito lamentato.

Fermi restando tali limiti, tutto il decremento patrimoniale subito dal danneggiato va risarcito, sia che la deminutio assuma la forma di un danno emergente sia che si tratti di lucro cessante.

Ciò premesso a livello teorico generate, nel caso di specie è evidente che la condotta illecita ha privato il lavoratore di un rapporto a tempo indeterminato e, sul piano patrimoniale, dell'erogazione di una retribuzione che, in modo costante, questi avrebbe percepito e decorrere dalla data di scadenza del termine illegittimo fino a quella che sarebbe stata la naturale cessazione del rapporto. Se non vi fosse stata

la clausola abusiva, cioè, si deve ritenere che l'odierno ricorrente sarebbe stato assunto a tempo indeterminato, dal momento che il posto occupato era vacante e disponibile, il lavoratore era risultato idoneo a ricoprire quel posto a seguito di una regolare procedura selettiva e la stessa P.A. ha per diversi anni usufruito delle prestazioni lavorative dello stesso.

Le conseguenze di tale illegittima apposizione del termine, pertanto, si riverberano sul patrimonio del lavoratore diminuendolo delle retribuzioni che vi sarebbero affluite fino alla prevedibile cessazione del rapporto.

A tal fine si deve fare applicazione della logica del "più probabile che non", non potendosi applicare alla causalità civile la regola penalistica della "certezza oltre ogni ragionevole dubbio", come hanno correttamente affermato Cass. 11755/06 e Cass. 21619/07.

In altre parole, nel diritto civile si deve ritenere che il danneggiante abbia causato il danno quando, eliminata la condotta, vi è almeno il 51% di possibilità che pure il pregiudizio venga meno. I danni risarcibili, quindi, sono quelli che in assenza del comportamento illecito si sarebbero presumibilmente evitati, viceversa, non vanno risarciti i soli danni che, probabilmente (con probabilità superiore al 50%), si sarebbero prodotti in ogni caso.

E' questa la logica del "più probabile che non"; essa rappresenta il corollario della funzione riparatoria (e non sanzionatoria) del risarcimento del danno, sì che il peso economico dello stesso debba gravare su "chi è meno ingiusto che lo sopporti". L'ago della bilancia, pertanto, non è rappresentato dalla certezza della causazione del danno (com'è nel campo sanzionatorio, in cui va verificato se sia giusto applicare la sanzione all'unico soggetto che è parte del procedimento), ma dal fatto che, tra i due soggetti interessati (in posizione di reciproca parità), vige un assoluto equilibrio ed anche un tenue elemento che faccia ritenere "meno ingiusto" che l'uno anziché l'altro sopporti l'onere economico rappresentato dal danno, può assumere una rilevanza decisiva al fine del decidere. È questa la ragione per la quale, anche laddove il danno sia stato causato "probabilmente" (ossia con probabilità appena superiore al 50%) dal danneggiante, sia pur senza alcuna certezza, costui sarà chiamato a risarcito integralmente.

In applicazione di tale criterio, nel caso di specie, ci si deve chiedere quale sia stata la perdita, sotto il profilo del lucro cessante, che senza l'apposizione illegittima del termine da parte dell'Amministrazione, sarebbe stata plausibilmente evitata dal danneggiato (ossia con almeno il 51% di probabilità).

Facendo riferimento all'*id quod plerumque accidit* e, secondo la detta prospettiva, non può non evidenziarsi che il comportamento largamente più diffuso fra i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato è quello di conservare il proprio rapporto lavorativo fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Si può quindi presumere che, con una probabilità che va ben oltre la soglia del 51%, anche l'odierna parte ricorrente avrebbe fatto altrettanto (né il datore di lavoro ha provato che, nel esso di specie, il lavoratore si sarebbe presumibilmente discostato dal comportamento socialmente più diffuso e avrebbe volontariamente interrotto il rapporto prima dell'età pensionabile).

Quindi, si può concludere che, se la P.A. avesse instaurato un rapporto a tempo indeterminato come imposto dalla legislazione vigente, il ricorrente avrebbe continuato a svolgere la propria attività lavorativa come docente fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

Il danno risarcibile (collegato alla condotta illecita delle Amministrazioni residenti, prevedibile e non riconducibile ad alcuna colpa dei soggetti danneggiati), in definitiva, consiste in un lucro cessante di importo pari alle retribuzioni "future", per il periodo compreso fra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto col raggiungimento dell'età pensionabile da parte del ricorrente.

B.6) Va chiarito che tali somme rappresentano un risarcimento del danno, non una retribuzione. In alcun modo, quindi, viene in rilievo il fatto che, nel pubblico impiego, le assunzioni devono necessariamente avvenire mediante concorso pubblico (art. 97 co. 3° Cost).

Il MIUR, cioè, può ben rifiutare di assumere il ricorrente a tempo indeterminato facendo leva sulla necessità di un pubblico concorso e, quindi, sul divieto di conversione del rapporto che ne scaturisce (art. 36 del d. lgs. n. 155 del 2001), ma non può farsi scudo di tale divieto per stipulare abusivamente contratti a termine illegittimi, forte della posizione di inferiorità della controparte la quale, non potendo ottenere la conversione del rapporto, resta di fatto vittima di un vero e proprio abuso.

Pertanto, se è certamente condivisibile il principio secondo il quale nel pubblico impiego l'accesso può avvenire solo mediante concorso e, quindi, si deve escludere la possibilità di conversione del rapporto, è anche vero che il richiamato principio non esclude affatto che la P.A. debba risarcire il danno comunque cagionato con la propria condotta *contra legem*.

L'interesse pubblico sotteso al divieto di conversione, come già chiarito, non concerne la protezione del patrimonio dei soggetti pubblici, ma concerne il buon

andamento dell'Amministrazione; è solo questo il motivo per cui i dipendenti devono essere assunti mediante concorso e, quindi, resta preclusa la conversione dei rapporti di lavoro.

Per dirla diversamente, l'illegittima apposizione del termine finale al rapporto lavorativo ha una duplice valenza:

- come atto negoziale, non produce alcun effetto, dovendosi dare la prevalenza all'interesse pubblico consacrato dall'art. 97 Cost., il quale impone di sacrificare gli interessi particolari dei privati per dare priorità al buon andamento della Cosa Pubblica e, quindi, evitare che l'accesso al pubblico impiego possa avvenire senza concorso. Di qui il corollario della non convertibilità del rapporto ex art. 36 d. lgs. n. 165/10;

- come detto, però, l'illegittima apposizione del termine è un normale comportamento illecito che, nei limiti in cui abbia inciso sul patrimonio di terzi, deve dare luogo al risarcimento del danno, senza con ciò si violi alcun interesse pubblico. Non si può infatti ravvisare nella Costituzione alcun principio che imponga di proteggere prioritariamente il patrimonio pubblico a discapito dal patrimonio dei privati.

B.7) Neppure si può dire che la necessità del pubblico concorso recida il nesso di causalità fra la condotta ed il danno; in altre parole, a parere dello scrivente, non è condivisibile la tesi prospettata da alcune pronunce di merito (cfr., ad es. Trib., Roma 18.9.2012) secondo la quale il lavoratore, se non fosse stato assunto a termine, non sarebbero stato assunto affatto e, quindi, nessun danno può essere dallo stesso lamentato.

Più precisamente, secondo la prospettiva che qui si contesta, dall'obbligo del concorso pubblico, si dovrebbe desumere che, eliminando mentalmente la condotta illecita (l'aver stipulato un contratto a termine senza indicarne i motivi), la situazione che si verrebbe a radicare non sarebbe l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, ma la mancanza di qualsivoglia rapporto di lavoro; pertanto, nessun lucro cessante potrebbe essere risarcito al lavoratore, in quanto il nesso di causalità tra comportamento e pregiudizio non potrebbe essere ravvisato, non essendovi alcuna prova (neanche secondo la logica del "più probabile che non") che l'interessato avrebbe vinto il concorso necessario per l'assunzione.

Questa prospettiva, a parere dello scrivente, è errata per due ordini di ragioni.

In primo luogo perché non mette nella dovuta evidenza il fatto che, in data 27.4.2006, il ricorrente ha comunque sostenuto la prova concorsuale e, sebbene non sia stato vincitore, è stato comunque riconosciuto idoneo all'insegnamento

(quindi, è stato inserito nelle graduatorie ad esaurimento). Perlomeno per il periodo successivo a tale data l'assunzione del ricorrente avrebbe dovuto essere a tempo indeterminato.

La seconda ragione per la quale si ritiene di non condividere la tesi sopra riferita che quest'ultima conduce ad escludere l'operatività dello strumento risarcitorio, ossia, dell'unica forma di tutela che (eliminata la possibilità della conversione del rapporto) residua in capo al lavoratore.

Ebbene, tenuto conto del fatto che, come detto, la Corte di Giustizia Europea ha in più occasioni affermato che il divieto di conversione è compatibile con l'ordinamento comunitario solo a condizione che vengano predisposte adeguate misure volte a prevenire l'abusivo ricorso dei soggetti pubblici a contratti di lavoro a tempo determinato, e considerato che la Corte di Cassazione ha ritenuto che nell'ordinamento italiano la misura deputata ad evitare tali abusi e adeguata a tale fine è proprio costituita dal risarcimento del danno (sent., n. 4417/12), si deve necessariamente ritenere che, escludendo pure l'applicabilità della tutela risarcitoria si mancherebbe un contrasto ineliminabile fra l'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001 e l'Ordinamento Comunitario (contrasto che non potrebbe che essere risolto con la disapplicazione del detto art. 36 e la conseguenziale instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato).

In definitiva, non ci si può limitare a ritenere che il lavoratore, se non fosse stato assunto a termine, non sarebbe stato assunto affatto e, quindi, che nessun lucro cessante sarebbe ravvisabile in capo a costui; piuttosto si deve ricercare una diversa soluzione che sia conciliabile con le disposizioni comunitarie sopra riportate, il giudice nazionale deve infatti procedere, laddove possibile, ad una interpretazione dell'ordinamento interno che sia armonizzabile con quello Comunitario (come già ricordato). La tesi che qui si critica, invece, giunge esattamente alle conclusioni che, da quasi un decennio, la Corte di Giustizia Europea ha indicato come incompatibili con i principi comunitari.

Ebbene: la soluzione interpretativa va ricercata proprio nella dicotomia tra "atto" e "comportamento» sopra accennata.

Ritiene questo giudice che, effettivamente, considerando l'apposizione del termine nullo come "atto negoziale", si possa ritenere che, senza l'inserimento di tale clausola, il lavoratore (inserito fra gli idonei non vincitori) non sarebbe stato assunto dalla PA (se non dopo aver "scalato» graduatoria ad esaurimento e maturato il punteggio necessario per essere assunto in via definitiva). La volontà negoziale della P.A. cioè è effettivamente irrilevante e, quindi così come l'Amministrazione non avrebbe potuto validamente stipulare un contratto a tempo indeterminato con

un soggetto risultato idoneo non vincitore, del pari il comportamento della stessa, rappresentato dall'omessa indicazione delle ragioni dei termini non può avere alcuna rilevanza e non può produrre per vie traverse lo stesso effetto (l'instaurazione a tempo indeterminato) che in via diretta è precluso.

Ma considerando la medesima apposizione del termine non più come atto negoziale produttivo di effetti, bensì come "comportamento" contra legem produttivo di un pregiudizio, la prospettiva deve necessariamente cambiare, anche per quanto concerne il nesso di causalità.

L'ostacolo all'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato rappresentato dalla necessità del pubblico concorso, cioè, nella seconda prospettiva finisce con lo svilire in quanto non viene più in rilievo la necessità di impedire la produzione di un effetto del contratto (l'assunzione del dipendente), ma quella di verificare quale sia il pregiudizio scaturito dalla violazione di legge operata dalla PA.

A tal fine, come accennato, lo sbarramento pubblico concorso sbiadisca non essendo lo stesso finalizzato a giustificare deroghe alle disposizioni che limitano il potere di potere del datore di lavoro di stipulare contratti a termine, né a proteggere il patrimonio dei soggetti pubblici, né ad autorizzare comportamenti contra legem della pubblica Amministrazione.

La ratio del pubblico concorso è esclusivamente quella di assicurare l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione evitando che entrino a far parte dell'organico della stessa soggetti che non siano stati selezionati in base a criteri meritocratici.

Ma allora, in tale ottica, il principio in questione non recide il nesso di causalità fra comportamento illecito e danno che ne è derivato, ma si pone esclusivamente come limite all'autonomia negoziale della PA.

La situazione in esame è analoga a quella disciplinata dall'art. 1440 c.c., (sul dolo incidente) sopra richiamato, nel senso che il comportamento tenuto in sede di trattative da una delle parti ha determinato uno sviamento che ha inciso sul contenuto dell'accordo (il cui oggetto è divenuto l'assunzione a termine anziché a tempo indeterminato), con la conseguenza che la parte che ha determinato tale sviamento è tenuta a risarcire all'altra il cd. danno differenziale, ossia, a riportare il patrimonio di questa nella situazione in cui si sarebbe presumibilmente trovato laddove il contenuto del contratto non fosse stato alterato.

L'unica fra la fattispecie dell'art. 1440 c.c. e quella oggi in decisione risiede nel fatto che, nel caso di specie l'incidenza sul contenuto del contratto potrebbe essere dovuta al fatto meramente colpose della PA e non necessariamente ad un compor-

tamento doloso della stessa (mentre nell'ipotesi di cui all'art. 1440 c.c. il dolo rappresenta il fulcro della fattispecie).

In ogni caso è evidente che la condotta (sia pure colposa) in questione ha di fatto depistato la trattativa finendo con l'incidere sul contenuto del contratto, si da rendere quest'ultimo non conforme alla legge né alla volontà del lavoratore assunto, che ha dovuto accettare l'assunzione a termine illegittima al solo scopo di acquisire punteggio e scalare la graduatoria, ad esaurimento.

Questa situazione di illegittimità deve avere uno sbocco risarcitorio a prescindere dall'obbligo per la PA di assumere mediante concorso pubblico.

B.8) In ultimo va ribadito che il criterio di quantificazione del danno applicato con la presente pronuncia è quello che si desume dall'applicazione della generale disciplina in tema di risarcimento del danno patrimoniale.

Il legislatore ha più volte predisposto misure volte a quantificare in via forfettaria il pregiudizio subito dal lavoratore (riducendo il margine di valutazione del magistrato ad una forbice compresa fra un massimo ed un minimo, spesso ancorando tale valutazione a parametri predefiniti): si pensi ad esempio al risarcimento del danno da licenziamento illegittimo indicato forfettariamente dalla legge 604/66 e dall'art. 18 legge 300/70, all'indennità omnicomprensiva di cui all'art 32 legge 183/2010 etc.

Si tratta però di ipotesi in cui, eccezionalmente, la legge ha deciso di derogare alla regola generale, secondo la quale tutto il danno cagionato e normalmente prevedibile va risarcito. Trattandosi di disposizioni eccezionali, le stesse non possono essere applicate analogicamente (art. 14 disp., legge in gen.) e, pertanto, il giudice deve fare applicazione delle regole generali sopra riportate. Non condivisibili, quindi, sono le soluzioni interpretative adottate da vari Tribunali i quali hanno finito con l'applicare al caso di specie l'indennità di cui all'art. 18 St. Lav.

La Corte di Giustizia Europea, dal canto suo, ha affermato a più riprese la necessità che gli Stati Membri adottino misure idonee a scoraggiare il ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato da parte delle Amministrazioni. Quindi, dal momento che il legislatore italiano ha ritenuto di non predisporre alcun meccanismo di risarcimento forfettario, si deve ritenere che con tal silenzio abbia voluto implicitamente esprimere una scelta tesa ad inquadrare l'abusiva stipulazione di contratti a termine nell'ambito delle regole generali.

Per completezza giova chiarire che, sebbene nel 2010 il legislatore abbia riconosciuto per i lavoratori illegittimamente assunti a termine una indennità omnicomprensiva compresa fra 2,5 e 12 mensilità di retribuzione (art. 33 legge 183/2010)

tale misura non rappresenta certamente l'adempimento dell'onere di predisporre le misure protettive richieste dalla Corte di Giustizie.

L'indennità in questione, infatti, va corrisposta (anche nel lavoro privato) nei casi di conversione del rapporto. Si tratta cioè di un emolumento aggiuntivo rispetto alla conversione in contratto a tempo indeterminato.

Nel pubblico impiego, invece, stante il divieto di conversione di cui al citato art. 36 del d. lgs., n. 165/01, sarebbe stato necessario predisporre una indennità sostitutiva, del rapporto.

Se ci si limitasse ad applicare ai dipendenti pubblici la sola indennità omnicomprensiva di cui all'art. 32 della legge n. 133 del 2010, quindi, si finirebbe per radiare una evidente disparità di trattamento fra dipendenti pubblici e dipendenti privati in quanto, a fronte della medesima situazione (ossia, alla illegittima apposizione dei termine finale al rapporto), ai secondi spetterebbe oltre all'indennità in esame pure l'instaurazione del rapporto a tempo indeterminato, mentre ai primi verrebbe riconosciuta solo l'indennità dell'art 32.

È evidente, quindi, che una interpretazione sistematica compatibile con l'art. 3 Cost. impone di attribuire al dipendente pubblico un *quid pluris e*, non potendosi convertire il rapporto, in mancanza delle specifiche misure imposte dalla Corte di Giustizia, si debba ripiegare sul generale istituto del risarcimento del danno, come sopra si è detto. Tale risarcimento finisce con l'assorbire l'indennità la quale, pertanto, risulta inapplicabile al pubblico impiego.

C) Sulla domanda inerente alla mancata progressione economica.

Con riferimento alla mancato riconoscimento degli scatti di anzianità va detto che l'art. 526 co. 1° d. lgs. n. 297 del 1994 afferma che "Al personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo".

Sulla scorta di tale disposizione si è ritenute che, nei caso di reiterazione di contratti a termine, il lavoratore non maturi alcuno scatto di anzianità in quanto, considerando ciascun rapporto come instaurato *ex novo*, non si sarebbe avuta alcuna progressione economica.

Il d. l. n. 134/09, (conv. nella legge n. 167 del 2009) ha integrato l'art. 4, legge 3 maggio n. 124 del 1999 in materia di supplenze, aggiungendo il comma 14-bis il quale, nella sua previsione originaria, poi venuta meno in sede di conversione, escludeva che i contratti a tempo determinato consentissero di maturare scatti di anzianità.

La relazione illustrativa del d. l. n. 134 del 2009 spiegava che il regime specifico delle supplenze nel mondo della scuola è caratterizzato da una disciplina separata e speciale rispetto a quella generale dei contratti a tempo determinato, atteso che i periodi di supplenza riguardarlo distinti contratti di lavoro e, per questa ragione, il trattamento economico dei supplenti deve essere riferito, per ciascun periodo di supplenza, allo stipendio iniziale dei docente in molo, non potendosi configurare per il personale non di ruolo alcuna progressione di carriera.

Tale assunto non può essere condiviso.

Come ha correttamente affermato il Trib. Treviso con sent. 16/11/2011 nel corso del proc. n. 56 RG 2010, «il ricorso alla contrattazione a tempo determinato reiterata anche per lungo tempo è il risultato di una scelta programmatica dell'amministrazione, finalizzata ad un risparmio dei costi più che ad esigenze specifiche del settore scolastico. Il Ministero infatti formula ogni anno delle scelte relative al numero di immissioni in ruolo da effettuare. Sulla base del dato relativo all'organico di diritto, stabilisce quale parte di tale organico deve essere coperto con personale di ruolo e quale parte vada invece coperta con contratti a tempo determinato mediante utilizzo delle graduatorie provinciali permanenti. In altre parole il Ministero pur essendo consapevole di avere l'esigenza di coprire una determinata quantità di posti di lavoro più o meno costante nel corso degli anni si riserva la facoltà di coprire con conti atti a tempo determinato una quantità notevole di tali posti di lavoro».

Ciò premesso, la disparità di trattamento tra lavoratori assunti a tempo determinato ed a tempo indeterminato in materia di anzianità di servizio utile all'attribuzione di aumenti retributivi non è giustificabile da ragioni obiettive.

La situazione contestata dalla parte ricorrente è infatti palesemente contrastante con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato dalla direttiva 1999/70 CE.

Sul punto si è pronunciata la Corte di Giustizia il 13.9.2007 (poi ripresa in modo conforme dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella sentenza del 15.4.2008), la quale, in applicazione del principio di non discriminazione ha dichiarato che «la nozione di condizioni di impiego" di cui alla clausola 4, punto 1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato ... deve essere interpretata nel senso che essa può servire da base ad una pretesa ... che mira all'attribuzione, ad un lavoratore a tempo determinato, di scatti di anzianità che l'ordinamento nazionale riserva ai soli lavoratori a tempo indeterminato», e che la medesima clausola «deve essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legisla-

tiva e regolamentare di uno stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale ed il datore di lavoro».

Nel caso concreto, in mancanza di “ragioni oggettive” che giustifichino il fatto che la parte ricorrente pur avendo lavorato praticamente senza soluzione di continuità da diversi anni per conto del MIUR sia sempre stata retribuita senza alcuna considerazione dell'anzianità di servizio maturata nel frattempo, è giocoforza ritenere che l'art. 526, comma 1°, del d. lgs. n. 297/94, richiamato dal Ministero convenuto e la normativa contratture che ha dato applicazione a tale principio, vadano disapplicati in quanto contrastanti con la normativa europea, così come interpretata dalla Corte di Giustizia.

La domanda della ricorrente diretta ad ottenere la differenza tra quanto effettivamente percepito e quanto avrebbe percepito qualora fosse stata assunta come lavoratore a tempo indeterminato, ossia con il calcolo dell'incremento retributivo determinato dall'anzianità di servizio va pertanto accolta, sia pure nei limiti della prescrizione quinquennale maturata.

In definitiva, essendo stata interrotta la prescrizione con racc. a/r recapitata il 14.12.2010 (doc. 1 fasc. ric.) alla parte ricorrente andrebbero riconosciuti gli scatti stipendiali maturati dopo il 14.12.2005.

Tuttavia, nel caso di specie; va detto che solo in data 27.4.2006 il ricorrente (risultato idoneo nella procedura concorsuale) è stato inserito nella graduatoria ad esaurimento. Pertanto, è solo a decorrere dal 1.9.2006 che il MIUR avrebbe dovuto precedere all'assunzione a tempo indeterminato e, quindi, gli scatti di anzianità da prendere in considerazione per ricostruire la posizione economica del ricorrente sono solo quelli maturati successivamente a tale data.

D) Sulla mancata assunzione relativamente ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno.

La parte ricorrente espone di aver svolto supplenze deputate a ricoprire posti vacanti e, quindi, giusta il tenore dell'art. 4 legge 124/99, chiede che le venga riconosciuto il punteggio di servizio fino alla fine di ciascun anno scolastico (31 agosto), non solo fino alla data del 30 giugno, come invece ha fatto il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca.

In effetti l'art. 4 legge 124/99 dispone che:

Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico [...] si provvede mediante il conferimento

di supplenze annidali in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo.

2. Alla copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre e fino al termine dell'anno scolastico si provvede mediante il conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche. Si provvede parimenti al conferimento di supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche per la copertura delle ore di insegnamento che non concorrono a costituire cattedre o posti orario.

3. (...)

È evidente che il legislatore tiene distinta «ipotesi di supplenze volte a coprire posti vacanti presumibilmente per l'intero anno scolastico, per le quali la durata è de plano fino al 31 agosto (ossia fino alla fine dell'anno scolastico in corso) e quella di supplenze per coprire posti non vacanti, per le quali la durata è fissata "fino al termine delle attività didattiche» (ossia fino alla fine di giugno dell'anno in corso). Nel caso di specie la parte ricorrente deduce di aver espletato supplenze deputate a coprire posti vacanti e, ciononostante, le scadenze contrattuali sono state fissate nei mesi di giugno dei rispettivi anni, anziché nei mesi di agosto, con conseguente maturazione di un minore punteggio di servizio da far valere in successive procedure concorsuali

Considerato che il fatto dell'aver espletato supplenze volte a coprire posti vacanti e disponibili non risulta contestato, la doglianza è fondata e la domanda in esame va accolta.

Come ha già chiarito la giurisprudenza di merita, «è illegittimo il termine di apposto al contratto di lavoro di un assistente amministrativa fino ai termine delle attività didattiche (30 giugno) in quanto contrario alle previsioni di cui agli artt. 4 legge 124 del 1999 e legge del d.m. 13 dicembre 2000 n. 430, allorché risulti che la supplenza è stata conferita per coprire un posto vacante in organico e disponibile al 31 dicembre dell'anno precedente, e non per esigenze temporanee o per la sostituzione del titolare, a nulla rilevando quale organo abbia provveduto alla nomina (nel caso, il dirigente scolastico)». (Trib. Sassari sent. del 2.5.2008).

Pertanto, le Amministrazioni resistenti vanno condannate a corrispondere al ricorrente gli importi delle retribuzioni inerenti ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno, nonché ad assegnargli il punteggio consequenziale ai fini della graduatoria.

E) Conclusioni e quantificazione del danno.

Il ricorrente è stato legittimamente, assunto con contratti a termine fino al 2006 (non essendo, fino all'aprile 2006, lo stesso inserito nelle graduatorie come idoneo

all'insegnamento). Con riferimento al periodo intercorso fra la prima assunzione e quella del 1.9.2006, pertanto, al ricorrente va corrisposta solo la retribuzione per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno e gli vanno attribuiti i punteggi aggiuntivi ai fini della collocazione in graduatoria (questo per le ragioni dette sub D).

A decorrere dal 27.4.2006, però, il ricorrente (che nelle more era risultato idoneo all'insegnamento a seguito di regolare concorso pubblico), avrebbe dovuto essere assunto a tempo indeterminato e, quindi, per il periodo successivo a tale data le assunzioni a termine non sono più legittime. Il primo rapporto a termine illegittimo risulta essere quello instaurato il 1.9.2006.

Al ricorrente, per quanto riguarda il periodo successivo a tale data vanno quindi riconosciuti (a titolo di lucro cessante futuro) gli scatti di anzianità, la retribuzione per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno e il relativo punteggio ai fini della graduatoria.

A tal proposito, le P.P.A.A. resistenti vanno condannate a riportare il patrimonio del ricorrente nella posizione in cui si sarebbe trovato laddove lo stesso fosse stato assunto a tempo indeterminato alla data del 1.9.2006 e tenuto del fatto che, presumibilmente, il ricorrente avrebbe conservato il rapporto di lavoro fino al raggiungimento dell'età pensionabile. È infatti unanimemente ammesso il risarcimento del danno futuro, sia quando questo assuma la veste di danno emergente (ove l'evento attuale incida su un diritto già incluso nella sfera del soggetto, ma con conseguenze si devono ancora manifestare; ad esempio le spese sanitarie che il soggetto dovrà sborsare come conseguenza della lesione personale cessante (ossia quando la lesione attuale va a pregiudicare un incremento patrimoniale la cui sorgente non è ancora venuta in essere).

La quantificazione di tali somme deve tenere conto di una "posta attiva" consistente nella perdita delle retribuzioni che, presumibilmente il ricorrente avrebbe ottenuto fino al raggiungimento dell'età pensionabile (come detto) e di una «posta passiva" rappresentata da i proventi che (altrettante probabilmente) il ricorrente di fatto percepirà in futuro. Infatti, così come l'Amministrazione scolastica ha annualmente assunto il ricorrente a tempo determinato dal 2001 sino ad oggi, è presumibile che altrettanto farà per gli anni a seguire. L'importo delle retribuzioni che verranno in futuro percepite (presumibilmente) dal ricorrente, quindi deve essere scomputato dalla "posta attiva" del risarcimento sopra menzionata per evitare locupletazioni.

Non potendosi conoscere anticipatamente l'ammontare di tali retribuzioni, si deve necessariamente fare ricorso alla quantificazione equitativa del danno di cui

all'art. 1226 c.c., tenute conto degli anni lavorativi residui in capo al ricorrente, A tal fine:

- Per il passato (dal 2001 al momento della presente pronuncia): al ricorrente va riconosciuta la retribuzione per i mesi di luglio e agosto di ciascun anno dall'a.s. 2001/2002 fino all'a.s. 2011/2012, nonché la progressione economica maturata a decorrere dal 1.9.2006.

- Per il futuro, lo scrivente presume in via equitativa che per il 90% degli anni lavorativi residui il ricorrente continuerà ad essere assunto (così come è stato fino ad oggi) con contratti a termine annuali, senza riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata e senza alcuna retribuzione per i mesi di luglio e agosto. Conseguentemente, il lucro cessante sarà costituito dalle retribuzioni inerenti al 10% di anni in cui il ricorrente (presumibilmente) non verrà assunto, da quelle relative ai mesi di luglio e agosto per l'intero periodo (anche per gli anni in cui sarà nuovamente assunto a tempo determinato) e dalla progressione economica maturata di anno in anno.

In definitiva, al ricorrente spetta una somma equitativamente così determinata:

- Per il periodo che va dal 2001 alla data odierna, vanno corrisposti euro 28,500, per le omesse retribuzioni relative ai mesi estivi e per gli scatti di anzianità non applicati a decorrere dal 1.9.2006, oltre accessori.

- Per il periodo successivo alla presente pronuncia, fino al raggiungimento dell'età pensionabile, pari ad euro 137.000 netti, oltre interessi da capitalizzare, di cui: euro 55.000 per la retribuzione inerente ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno futuro; euro 46.000 per la mancata progressione economica futura; euro 36.000 per le retribuzioni che non verranno percepite negli anni in cui il ricorrente non verrà assunto affatto, equitativamente quantificate nel 10% del periodo lavorativo residuo, come detto.

In aggiunta, al ricorrente va riconosciuto il punteggio di servizio relativo ai mesi di luglio e agosto di ciascun anno successivamente al 1.9.2006, ai fini della progressione in graduatoria. [omissis]

*

‡ *Se così fan tutti. (Ovvero quanto potrebbero costare le graduatorie permanenti).* Il conto della serva è presto fatto. Centosessantamila euro netti che ne valgono almeno trecentomila lordi per oltre trentamila in graduatoria permanente sono quasi un miliardo di euro. Solo nella scuola. In una parte di essa. Ma i precari nella PA, com'è noto sono più di trecentomila e allora i miliardi diventerebbero dieci. A fondo perduto, perché se poi se un precario risarcito verrà assunto dovrà essere ovviamente retribuito. La cifra non è trascurabile. È più del doppio dell'IMU prima casa. Vale due punti e mezzo di IVA. Copre più di un milione e mezzo di assegni sociali annui o tre anni e passa di finanziamento della CIG in deroga o,

soprattutto, varrebbe il fabbisogno per garantire un reddito minimo di 7.200 euro annui (600 euro al mese) per due anni (su dati Bin- Italia, Caritas, Istat che stimano il reddito minimo dai 6 ai 18 miliardi di euro all'anno da cui sottrarre quanto già speso in misure di integrazione del reddito). Un costrutto quello del "vitalizio giudiziale capitalizzato" che – in un paese a basso tasso di legalità del lavoro e a nullo di etica del lavoro – alimenta e rinfocola sommerso. Perché i precari dovrebbero cercare o perfino accettare altra occupazione? O comunque qual è la causa dell'attribuzione risarcitoria capitalizzata allorché il precario trovi poi altra occupazione? E *quid iuris* se le successive occupazioni saranno ancora con la PA e ancora illegittime? Due sono le cose o si moltiplica il risarcimento: ogni nullità di termine un risarcimento sino alla pensione; o si crea una zona franca di contratti precari, risarcita una volta per tutte. Sarà giunta l'ora di interventi strutturali sul precariato e sul sommerso? [cfr. A. Fumagalli (a cura di). *Relazione sulla sostenibilità, costo e finanziamento di un reddito di base incondizionato in Italia*. in <http://www.bin-italia.org/pdf/Breve%20relazione%20costo%20e%20finanziamento%20RBI-%20dic%202011%20%283%29.pdf>] [cmc]