

ASPETTI PATOLOGICI DEL FENOMENO DEL PRECARIATO NELLA P.A., ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA, DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CASSAZIONE: RIFLESSI SULLA RESPONSABILITÀ AMM.VO-CONTABILE DEI PUBBLICI FUNZIONARI.

Premessa.

L'art. 97 della Costituzione, dopo aver enunciato il fondamentale principio del buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, statuisce, in linea con tale principio, che "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

Malgrado i non rari casi di irregolarità riscontrati nelle procedure concorsuali, può senz'altro ritenersi, a distanza di decenni, che quanto stabilito dal Costituente sul ruolo centrale della selezione mediante concorso costituisca tuttora un criterio fondamentale per garantire, nei limiti del possibile, che l'accesso agli impieghi pubblici avvenga con l'osservanza di criteri di trasparenza e di imparzialità.

Come si è visto, secondo la Costituzione, il concorso dovrebbe costituire la regola, mentre misure alternative potrebbero essere ammesse solo come eccezioni, per motivi particolari che giustificassero la deroga, nei limiti del principio di ragionevolezza.

Da lungo tempo, invece, si assiste ad un fenomeno diffuso di manifesta violazione di tale principio, in quanto i concorsi per l'accesso agli impieghi presso le diverse pubbliche amministrazioni si sono sempre più rarefatti, in virtù di "norme capestro", o addirittura non sono stati affatto banditi per moltissimi anni, (come nel settore scolastico, per oltre un decennio, dal 1999 al 2011), mentre si sono incrementate le assunzioni a termine, spesso prorogate più volte, anche per periodi prolungati.

Il motivo di fondo per tale distorsione da un principio di sana amministrazione riposa su una inaccettabile - e spesso controproducente - concezione del risparmio, a scapito di diritti fondamentali, senza tener conto delle gravi conseguenze, anche di carattere sociale, che ne derivano.

Sul piano del buon andamento della p.a., è appena il caso di osservare come la assoluta mancanza di sicurezza derivante dalla precarietà del rapporto, spesso limitato a pochi mesi, salvo rinnovo, non consenta minimamente quel grado di tranquillità necessario per svolgere proficuamente il proprio lavoro.

Sul piano economico-sociale, la carenza di stabilità è devastante soprattutto per i giovani, impedendo la costituzione di nuove famiglie, l'acquisto di una casa di abitazione per il mancato accesso ai mutui bancari ecc.

Infine, le assunzioni al di fuori delle procedure concorsuali favoriscono scelte spesso prive di qualsiasi canone di obiettività e correttezza, antepoendo soggetti della stessa "cordata", ad altri dotati di più elevate capacità professionali.

Anche la Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero per la semplificazione e la p.a., con circolare in data 21.11.2013, ha ricordato, in particolare, che il tema del precariato è particolarmente "emergente" in quanto: determina situazioni incompatibili con i principi dell'art. 97 Cost., che sono alla base dell'organizzazione e del corretto funzionamento delle amministrazioni pubbliche, ma anche con quelli degli articoli 1 e 4 della Carta costituzionale che il datore di lavoro pubblico, ancor più di quello privato, ha l'obbligo di rispettare; favorisce il proliferare di un contenzioso che sempre più diffusamente vede le amministrazioni pubbliche soccombenti; determina procedure di infrazione avviate in sede comunitaria; si riflette sul piano sociale e sulla dignità dei lavoratori.

Cenni sulla normativa di maggiore rilievo sul lavoro precario.

Il d.lgs. n. 80/1998, all'art. 22, ha previsto l'estensione alle p.a. delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste per il settore privato, con l'obiettivo, rivelatosi fallace, che l'applicazione di schemi privatistici avrebbe comportato maggiore rapidità ed efficienza nell'azione amministrativa.

Il d.lgs. n. 165/2001, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", all'art. 36, comma 1, ha statuito che, per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali, le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, possano avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e, nel comma 2, ha escluso che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'impiego di lavoratori, da parte delle p.a., possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, fermo restando il diritto al risarcimento del danno a favore degli stessi lavoratori.

Il d.lgs. n. 368/2001, all'art. 4, ha consentito la proroga esclusivamente per i contratti a termine con durata iniziale inferiore ai tre anni, per una sola volta, per un periodo complessivamente non superiore a tre anni, con il consenso del dipendente, se ricorrano ragioni oggettive e per la stessa tipologia lavorativa prevista dal contratto originario.

Il d.l. n. 101/2013, convertito in legge n. 125/2013, nell'art. 4, comma 1, ha apportato modifiche all'art. 36 del d.lgs. 165/2001, restringendo le ipotesi per le quali è possibile fare ricorso a contratti a tempo determinato, già previste "per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali", che potranno essere stipulati solo "per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale". Al comma 2 dell'art. 36 ha aggiunto la possibilità per le p.a. di concludere contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei nei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato, anche utilizzando le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni. Dopo il comma 5 bis dell'art. 36 ha introdotto il comma 5 ter, che ha stabilito l'applicabilità alle p.a. delle disposizioni di cui al decreto legislativo n. 368/2001 sul tempo determinato, in attuazione della direttiva del Consiglio europeo del 28 giugno 1999, n. 70/CE relativa all'accordo quadro

CES, UNICE, CEEP sul lavoro a tempo determinato, ribadendo tuttavia, per il settore pubblico, il divieto di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La giurisprudenza della Corte di giustizia U.E. in materia di abusi nella successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

La Corte di giustizia si è pronunciata in più occasioni sull'argomento: per brevità verranno citate solo alcune decisioni, particolarmente significative.

Con sentenza in data 7.9.2006, nella causa C-53/04, la Corte ha chiarito che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che escluda, in caso di abuso nella successione di contratti di lavoro nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti del settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare ed eventualmente a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte della p.a.

Con ordinanza in data 12.12.2013, nella causa C-50/13, la Corte di giustizia ha statuito che l'accordo quadro "deve essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dallo ordinamento dell'Unione. Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale, volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, siano conformi a questi principi".

Con sentenza in data 26.11.2014, nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, la Corte di giustizia si è pronunciata sulle questioni pregiudiziali proposte dalla Corte costituzionale (per la prima volta dalla sua istituzione!) e dal Tribunale di Napoli con le quali era stato chiesto alla Corte europea se la normativa italiana sia conforme al citato accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e, in particolare, se quest'ultimo consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, senza la previsione di tempi certi per l'espletamento dei concorsi ed escludendo qualsiasi risarcimento del danno subito a causa di un siffatto rinnovo.

La Corte di giustizia - premesso che l'organizzazione del servizio scolastico richiede una particolare flessibilità, per garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero degli alunni, circostanza, questa, che può oggettivamente giustificare il ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e che parimenti può oggettivamente giustificarsi la successione di tali contratti, in attesa dell'espletamento dei concorsi per la copertura dei posti da occupare - ha tuttavia ritenuto che la indicata «ragione obiettiva» non sia sufficiente a rendere la normativa nazionale conforme all'accordo quadro, se risulti che l'applicazione concreta di detta normativa conduca, nei fatti, ad un ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Ciò si verifica quando tali contratti siano utilizzati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali in materia di personale.

In conclusione la Corte, rilevato che il termine di immissione in ruolo dei docenti nell'ambito di tale regime è variabile e incerto e che non è previsto alcun termine preciso per l'organizzazione delle procedure concorsuali, ha statuito che la normativa italiana, sebbene limiti formalmente il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato, per provvedere a supplenze annuali per posti vacanti e disponibili, solo per un periodo temporaneo, fino all'espletamento delle procedure concorsuali, non consente di garantire che l'applicazione concreta delle ragioni oggettive sia conforme ai requisiti dell'accordo quadro.

La giurisprudenza della Corte costituzionale.

Anche la Consulta, come la Corte di giustizia U.E., si è occupata più volte della problematica in esame con diverse decisioni, fra cui vanno citate:

Sentenza n. 89/2003. Ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., nella parte in cui esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'impiego di lavoratori, da parte delle p.a., possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, in quanto è da escludere che il rapporto di lavoro c.d. "privatizzato" alle dipendenze delle p.a. possa essere assimilato, sotto ogni aspetto, a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati, tenuto conto che il principio fondamentale in materia di impiego alle dipendenze delle p.a. è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97 e giustifica la scelta del legislatore di ricollegare, alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche, conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio, in luogo della conversione in rapporto a tempo indeterminato prevista per i lavoratori privati.

Sentenza n. 146/2008. Ha confermato che, malgrado la progressiva assimilazione del rapporto di lavoro pubblico con quello privato, sussistano ancora differenze sostanziali che rendono le due situazioni non omogenee, in

quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite «della specialità del rapporto e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali» (sentenza n. 275 del 2001). La p.a., infatti, conserva una connotazione peculiare, essendo tenuta «al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa» (sentenza n. 82 del 2003).

Sentenza n. 226/2014. Ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, come interpretato dall'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012, per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione alla clausola 8.3 (clausola di non regresso) dell'accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato. La questione è stata prospettata sulla base del presupposto che tali disposizioni, limitando l'entità del risarcimento del danno spettante al lavoratore per il caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, ridurrebbero la tutela già riconosciuta nel regime previgente, in violazione del divieto di *reformatio in peius* sancito dalla normativa comunitaria. La Consulta ha ritenuto che le disposizioni censurate esulino dall'ambito di applicazione della clausola di non regresso, non essendo collegate alla attuazione dell'accordo quadro, ma perseguendo scopi distinti. In proposito ha richiamato la propria sentenza n. 303/2011 nella quale la *ratio* dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 è stata individuata nella volontà di introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione.

La giurisprudenza della Cassazione.

Vastissima è la produzione giurisprudenziale del giudice ordinario del lavoro: l'analisi delle sentenze, per brevità, verrà limitata a quelle più recenti prodotte dalla Cassazione, Sezione lavoro.

Sentenza n. 392/2012. Il d.lgs. n. 165/2001, art. 36, ha sicuramente riconosciuto la praticabilità del contratto a termine e di altre forme negoziali flessibili nel rapporto di lavoro pubblico; nello stesso tempo ha però segnato una chiara differenza rispetto al lavoro privato, sì da configurarsi come norma speciale - volta in quanto tale ad escludere la conversione in contratto a tempo indeterminato ai sensi del d.lgs. n. 368/2001 - in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio inteso, da un lato, a responsabilizzare la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in materia e, dall'altro, a riconoscere il diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore, regime adeguato alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idoneo a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione.

Sentenza n. 10127/2012. La speciale normativa delle supplenze, integrata nel sistema di accesso ai ruoli, prevedendo la stipula dei contratti a termine solo per le obiettive necessità dell'attività scolastica, non si pone in contrasto con la direttiva 1999/70/CE, come interpretata dalla giurisprudenza comunitaria. Ne consegue che la reiterazione dei contratti a termine non conferisce al docente il diritto alla conversione in contratto a tempo indeterminato, né il diritto al

risarcimento del danno, ove non risulti perpetrato, ai suoi danni, uno specifico abuso del diritto nell'assegnazione degli incarichi di supplenza.

Sentenza n. 19371/2013. Riguardo al quantum del risarcimento spettante per effetto dell'illegittima apposizione del termine va applicata d'ufficio, anche riguardo a rapporto intercorso con una p.a., la legge n. 183/2010, art. 32, che al comma 5 così dispone: "Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella legge n. 604/1966, art. 8". Lo *ius superveniens* di cui alla legge n. 183/2010, art. 32, commi 5 e 7, configura una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo; pertanto, l'importo dell'indennità è liquidato dal giudice, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore (senza riguardo, quindi, ad eventuale *aliunde perceptum*), trattandosi di indennità "forfettizzata" e "omnicomprensiva" per i danni causati dalla nullità del termine.

Sentenza n. 14169/2014. In tema di assunzioni temporanee alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, anche per i rapporti di lavoro di diritto privato valgono le discipline specifiche che escludono la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato (d.lgs. n. 165/2001, art. 36), atteso che l'art. 97 Cost., che pone la regola dell'accesso al lavoro nelle pubbliche amministrazioni mediante concorso, ha riguardo non già alla natura giuridica del rapporto, ma a quella dei soggetti, salvo che una fonte normativa non disponga diversamente in casi eccezionali, con il limite della non manifesta irragionevolezza della discrezionalità del legislatore.

Sentenza n. 27363/2014. Seppure la disciplina comunitaria impedisca di rendere eccessivamente difficoltoso al lavoratore illegittimamente assunto a termine da una p.a. il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni, nella fattispecie difetta la prova, anche presuntiva, del danno subito, dovendosi chiarire che, anche in caso di illegittima assunzione a termine da parte di una pubblica amministrazione, il danno non può comunque ritenersi *in re ipsa*, ma deve essere provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti, tali dunque da non rendere eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, da parte del lavoratore.

Sentenza n. 27481/2014. La Cassazione ha premesso che la decisione deve tener conto dell'ordinanza della Corte di giustizia U.E. 12.12.2013 C-50/13. Ha precisato che spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere proporzionato e sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro. La Corte di giustizia ha ritenuto non conforme al principio di effettività il risarcimento del danno sofferto dal lavoratore del settore pubblico, in quanto sarebbe impossibile o eccessivamente difficile fornire la prova della perdita di opportunità di lavoro e quella del conseguente lucro cessante richiesta dal diritto nazionale. Una simile prova, che obbliga il lavoratore a dimostrare

concretamente il danno medesimo, non è imposta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui il danno risarcibile a causa della violazione di una norma contenuta nella direttiva 1999/70 deve derivare immediatamente e direttamente dalla violazione delle norme finalizzate alla tutela dei lavoratori precari. Tanto premesso, la Cassazione, in base al generale canone ermeneutico della conformità dell'interpretazione del diritto nazionale al diritto comunitario, secondo le decisioni della Corte di giustizia, ha statuito che il d.lgs. n. 165/2001, art. 36, comma 5, deve essere interpretato - al di fuori delle fattispecie del precariato scolastico - nel senso che la nozione di danno applicabile deve essere quella di "danno comunitario" ed il relativo risarcimento configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro, mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine sulla base di esigenze falsamente indicate come straordinarie e temporanee, a prescindere dalla costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito (senza riguardo ad eventuale *aliunde perceptum*), spettando alla amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso. Per la determinazione del ristoro, si dovrà tenere conto del numero dei contratti a termine, dell'intervallo di tempo intercorrente tra l'uno e l'altro, della durata dei singoli contratti e della complessiva durata del periodo in cui vi è stata la reiterazione. Riguardo al parametro per la liquidazione del danno, potrà essere utilizzato, come criterio tendenziale, quello indicato dalla legge n. 604/1966, art. 8, apparendo, invece, ingiustificato e riduttivo il ricorso al sistema indennitario omnicomprensivo previsto dalla legge n. 183/2010, art. 32, che riguarda la diversa ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato e improprio il criterio previsto dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori, anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha alcuna attinenza con il lavoro pubblico.

Principi generali desumibili dalla normativa vigente e dalla citata giurisprudenza.

Alla luce di quanto esposto, possono enuclearsi i seguenti principi nella materia in trattazione:

A) I contratti a tempo determinato, in virtù di una normativa di natura cogente, la cui violazione comporta la nullità dei contratti stessi, possono essere stipulati dalla p.a. esclusivamente per rispondere ad esigenze di carattere temporaneo o eccezionale.

B) La violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'apposizione di termini nei contratti di lavoro, da parte delle p.a., non può comportare la conversione di questi in contratti di lavoro a tempo indeterminato. Tale principio, sancito dall'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, non si pone in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost., in quanto è da escludere che il rapporto di lavoro c.d. "privatizzato" alle dipendenze delle p.a. possa essere assimilato, *in toto*, a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati e considerato che il principio dell'accesso alle p.a. mediante concorso, per esigenze di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.), è estraneo alla disciplina del lavoro privato.

C) Il ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato diventa abusivo quando tali contratti siano utilizzati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli della p.a.

D) Il diritto al risarcimento, subordinato all'onere, gravante sul lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, può avere come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

E) Per determinare la conformità della normativa nazionale alle prescrizioni contenute nell'accordo quadro U.E. occorre tener conto non delle finalità astrattamente previste da tale normativa, ma della situazione di fatto che ne deriva: in particolare, la sussistenza di una «ragione obiettiva» non è sufficiente a rendere la normativa interna conforme a quella europea, se risulta che l'applicazione concreta di detta normativa conduca, nei fatti, ad un ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

F) Il criterio di liquidazione del danno previsto dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, che potrebbe comportare la limitazione dell'entità del risarcimento spettante al lavoratore per l'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, non viola il principio del divieto di *reformatio in peius* sancito dalla normativa comunitaria.

G) Il d.lgs. n. 165/2001, art. 36, prevede uno specifico regime sanzionatorio, idoneo a prevenire e penalizzare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione, in linea con la direttiva 1999/70/CE, responsabilizzando la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in argomento e riconoscendo il diritto al risarcimento dei danni subiti dal lavoratore,

H) Sul tema dell'onere probatorio a carico del lavoratore che agisce per il risarcimento del danno e sulla quantificazione del risarcimento stesso non sussiste unitarietà di indirizzi nella giurisprudenza di legittimità (e meno ancora in quella di merito, che si omette di riportare, per brevità):

Una tesi sostiene che, per la determinazione del quantum del risarcimento vada applicata d'ufficio la legge n. 183/2010, art. 32, che al comma 5 prevede un'indennità forfettizzata ed omnicomprensiva, sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro, a prescindere dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore, senza riguardo, quindi, ad eventuale *aliunde perceptum*.

Altra tesi ritiene che il danno non può comunque ritenersi *in re ipsa*, ma debba essere provato, secondo i principi sull'onere probatorio e dunque anche per presunzioni gravi, precise e concordanti.

Altra tesi ancora, considerata la preminenza dell'ordinamento comunitario rispetto a quello di tutti gli Stati membri sostiene che: I) la nozione di danno applicabile nella specie dovrebbe essere quella di "danno comunitario"; II) il

risarcimento - da liquidare secondo i parametri previsti dalla legge n. 604/1966, art. 8 - sarebbe configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore di lavoro; III) l'onere probatorio a carico del lavoratore dovrebbe essere limitato alla produzione di elementi di fatto idonei a dimostrare, anche in via presuntiva, l'esistenza di una situazione di abusivo ricorso ai contratti a termine in suo danno, spettando alla amministrazione convenuta l'onere di provare l'insussistenza dell'abuso.

Riflessi sulla responsabilità amm.vo-contabile dei pubblici funzionari derivanti dagli aspetti patologici del fenomeno del precariato nella p.a.

Preliminarmente va ricordata la normativa in materia.

L'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, comma 2, statuisce, nella seconda parte, che "il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave".

L'art. 4 del d.l. n. 101/2013, conv. in legge n. 125/2013, comma 5 quater, ha aggiunto al citato art. 36 che "i dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286".

L'art. 21 "responsabilità dirigenziale" prevede che "1. I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi ... comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico ... e la destinazione ad altro incarico ... 2. Nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente o di ripetuta valutazione negativa il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi.

La Presidenza del Consiglio, Ministero per la semplificazione e la p.a., con circolare del 21.11.2013, in relazione al d.l. n. 101/2013, ha formulato "Indirizzi volti a favorire il superamento del precariato" sottolineando che "il tema del precariato è particolarmente emergente", in particolare, in quanto "si riflette sulla responsabilità amministrativa e dirigenziale, in caso di accertato utilizzo improprio del lavoro flessibile, atteso, tra l'altro, che le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave". Inoltre ha precisato che "sempre in un'ottica dissuasiva al ricorso improprio a contratti a tempo determinato, si sancisce la nullità dei contratti illegittimi e si rafforza la responsabilità in capo a chi li pone in essere prevedendo un'ipotesi di responsabilità erariale che serva da deterrente per tutte le amministrazioni. Viene rafforzato il regime delle responsabilità anche per l'utilizzo improprio dei

contratti di collaborazione coordinata e continuativa estendendo la previsione di nullità dei contratti, la responsabilità erariale, la responsabilità dirigenziale ed il divieto di conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato previsti dall'articolo 36. La previsione di un'ipotesi "tipica" di danno erariale in capo ai responsabili della violazione determina per le amministrazioni l'obbligo di comunicare alla Corte dei conti le sentenze di condanna al risarcimento di danno per l'abuso di contratto a termine".

Orbene, malgrado le vincolanti direttive della Presidenza del Consiglio che hanno sottolineato l'obbligo di legge di denuncia del danno erariale, si presume che tale obbligo non sia stato mai adempiuto, tanto è vero che non sembra siano reperibili in banca dati sentenze rese dalle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti, in materia di responsabilità amministrativa, per il danno indiretto conseguente alle numerose condanne risarcitorie a favore dei dipendenti, pronunziate dai giudici del lavoro nei confronti delle p.a., per violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'apposizione di termini nei contratti di lavoro.

Tale omissione, di per sé estremamente grave, può comportare conseguenze ancor più gravi, contribuendo a produrre, nei fatti, uno scollamento delle finalità della normativa interna in materia - che, si ricorda, deve avere anche valenza "dissuasiva" nei confronti di condotte intese a violare le relative prescrizioni - rispetto a quelle perseguite dalla normativa europea.

Si premette che in tema di contratti a tempo determinato pendono due procedure di infrazione (n. 2010/2045 e n. 2010/2124) aperte dall'U.E. a carico dello Stato italiano, e che la Corte di giustizia, come già detto, si è pronunziata in modo estremamente critico sulla normativa nazionale, precisando, da una parte, che l'onere probatorio a carico del dipendente non debba conseguire l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato dipendente, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione, dall'altra, che l'eventuale sussistenza di una "ragione obiettiva" per rinnovare contratti a termine non sia sufficiente a rendere la normativa nazionale conforme all'accordo quadro, se risulti che l'applicazione concreta di detta normativa conduca, nei fatti, ad un ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Come si evince da tali statuizioni, alla Corte europea, più che l'assetto normativo dello Stato membro astrattamente considerato, interessa ciò che ne deriva "praticamente" e quindi quale sia il risultato conseguito dalla "applicazione concreta di detta normativa".

Dal canto suo, la Cassazione (sent. n. 392/2012) ha osservato che il regime introdotto dal d.lgs. n. 165/2001, art. 36, risulta "adeguato alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idoneo a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione ... in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio inteso a responsabilizzare la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in materia". Ancora, la Cassazione (sent. n. 27481/2014) ha recentemente ribadito che "spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non soltanto

proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro".

Orbene, considerato che dai dati statistici risulta che a tutt'oggi il fenomeno del precariato, con una miriade di contratti a termine rinnovati più volte, anche per lunghi periodi, "è particolarmente emergente", deve concludersi nel senso che, per un duplice ordine di motivi, la "applicazione concreta" della normativa vigente di contrasto al precariato porti a risultati contrari ai principi sanciti dall'ordinamento europeo, provocando giustamente le contestazioni della Corte di giustizia.

In primo luogo deve rilevarsi, da una parte, la presumibile assoluta indifferenza delle p.a. per le vincolanti direttive della Presidenza del Consiglio, sull'obbligo di denuncia del danno erariale, che potrebbero porre i dirigenti al riparo dei giudizi di responsabilità erariale e, dall'altra, la altrettanto presumibile assenza di azioni relative alla responsabilità dirigenziale, di cui non si ha alcuna notizia, per "accertato utilizzo improprio del lavoro flessibile".

In secondo luogo va stigmatizzata la superficialità ed incongruenza di una normativa nazionale che, nello stabilire genericamente il diritto al risarcimento, si è guardata bene dal precisare i criteri per la sua determinazione e quantificazione, in una materia nella quale tale intervento risultava quanto mai opportuno, per difficoltà obiettive che hanno portato il giudice del lavoro alle più disparate soluzioni, anche estreme, o con il negare nella sostanza il risarcimento, richiedendo una "*probatio diabolica*", o con l'elargire ristori di elevatissimo ammontare e facendo comunque applicazione delle più disparate norme.

Alla luce di quanto detto, può rilevarsi che, in concreto e nella pratica, la situazione non sia quella ritenuta dalla Cassazione nella sent. n. 392/2012 secondo cui il regime introdotto dal d.lgs. n. 165/2001, art. 36, risulta "adeguato alla direttiva 1999/70/CE, in quanto idoneo a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione".

Infatti non sussistono affatto le condizioni necessarie di prevenzione e sanzione per i seguenti motivi:

A) I dirigenti pubblici e gli altri eventuali responsabili, allo stato degli atti, sembrano godere di una assoluta impunità, in carenza di azioni a loro carico, e quindi non avrebbero motivo di preoccuparsi per le illegalità perpetrate in materia.

B) Nell'attuale situazione caotica, non vi è alcuna certezza sull'*an* o sul *quantum* del risarcimento e conseguentemente sulla sussistenza e sull'entità del danno erariale da perseguire, che viene a variare a seconda delle particolari vedute del giudice del lavoro che decide la causa di risarcimento.

8) Considerazioni conclusive.

Un particolare riconoscimento spetta alla Corte di giustizia europea che ha richiamato lo Stato italiano al rispetto di diritti fondamentali che incidono sulla dignità della persona, tuttora calpestati, senza alcuna valida motivazione.

Né possono invocarsi, per giustificare la politica della "lesina" ai danni di tanti lavoratori, specie giovani - defraudati, in tutto o in parte, dai loro diritti per quanto riguarda una retribuzione decorosa, l'assistenza sanitaria, le ferie, il trattamento di fine rapporto, la pensione ecc. - presunte esigenze di risparmio nella spesa pubblica, che potrebbero agevolmente essere conseguite eliminando una quantità di episodi di corruzione e di sperperi inauditi quali quelli derivanti dalle indebite "superfetazioni" da parte soprattutto degli enti locali, che hanno portato all'istituzione di migliaia di società partecipate, spesso inutili o dannose.

Nell'articolo dello scrivente in data 16.10.2012, è stato condotto un "approfondimento della problematica, di grandissimi rilievo ed attualità, relativa al notevole abuso nella costituzione di società partecipate dalla p.a., con enorme spendita di denaro pubblico, sovente finalizzato, dietro lo "specchietto delle allodole" di una maggiore efficienza, a distribuire poltrone su base clientelare, a gonfiare indebitamente i compensi, ad assumere nuovo personale senza alcuna garanzia nel reclutamento, a distribuire consulenze superflue, ad aggirare i limiti imposti per le gare di evidenza pubblica a tutela della concorrenza, ad operare in conclusione al di fuori dei fondamentali canoni di trasparenza e buona amministrazione, garantiti da seri controlli".

Roma 2 febbraio 2015.

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)