

IL CONTRATTO A TERMINE NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

di Daniela CERVELLERA

La proroga dei contratti a termine con la pubblica amministrazione, in violazione del disposto legislativo di cui all'art. 5, comma 4-bis d.lgs. n. 368/2001, determina la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato al compimento del trentaseiesimo mese per effetto della disciplina transitoria introdotta dall'art. 1, co. 43, l. 247/2007 di adeguamento della normativa comunitaria in tema di contratti a termine.

Tribunale di Trani - Sez. lavoro
Sentenza 16 dicembre 2012 - 25 marzo 2013
(Giudice Dott.ssa M.A. La Notte Chirone)

(Omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 16.12.11 P.V. ha dedotto:

1) di aver lavorato, dal 10.4.06 al 31.12.11, senza soluzione di continuità, alle dipendenze dell'ASL convenuta, per oltre 5 anni, in forza di n. 3 contratti di lavoro a tempo determinato, sottoscritti il 31.12.06 ed il 1.8.11 (il primo dei quali è stato prorogato per varie volte), (prima ancora selezionata sulla base della graduatoria del concorso pubblico), con la posizione funzionale di Dirigente Psicologo e di essere stata assegnata al servizio sovra distrettuale P.O. di Ruvo di Puglia;

2) di avere, conseguentemente, diritto, ex art. 5, co. 4-bis, d.lgs. 368/2001, a che detto rapporto di lavoro fosse considerato a tempo indeterminato (con le conseguenze di legge) o, in via subordinata, stante l'illegittimità del termine apposto ai contratti e alle successive proroghe, al risarcimento del danno per violazione di norme imperative.

Nonostante la ritualità della notifica del ricorso, l'Asl convenuta si è tardivamente costituita in giudizio, resistendo alla domanda.

All'udienza odierna, la causa è stata discussa e decisa con sentenza contestuale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

In via preliminare, va rigettata l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice ordinario in quanto, non si verte in materia di nullità delle procedure concorsuali, bensì in ipotesi in cui la ricorrente chiede che il suo rapporto di lavoro sia convertito in un rapporto a tempo indeterminato essendo ormai decorso abbondantemente lo spazio temporale entro il quale è consentito stipulare contratti a tempo determinato senza soluzione di continuità per la pubblica amministrazione.

Va altresì rigettata l'eccezione di incompetenza per territorio del tribunale adito in quanto, la clausola con la quale le parti avrebbero statuito la competenza esclusiva del foro di Bari, non è provato che sia stata specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'articolo 1341 del codice civile dalla lavoratrice ricorrente e, comunque, non risulta essere contenuta nei precedenti contratti, a quello del 1 agosto 2011, sui quali pure la ricorrente fonda la sua pretesa.

I. Nel merito, non è contestato (e, comunque, è provato per *tabulas*) che la ricorrente abbia prestato servizio, alle dipendenze dell'ASL, sempre in qualità di Dirigente Medico, nei periodi innanzi richiamati, in forza di 3 contratti di lavoro a tempo determinato e delle successive proroghe.

Se l'istante fosse stata dipendente di un'impresa "*privata*", le conseguenze di tale sequela contrattuale, in forza del d.lgs. 368/2001, sarebbero state talmente ovvie che nessuno avrebbe contestato il suo buon diritto ad essere "*stabilizzata*", in quanto - senza entrare nel merito delle ragioni addotte dalla difesa attorea anche a sostegno dell'illegittimità dei contratti e delle proroghe - la ripetuta sottoscrizione dei contratti di cui si discute, senza soluzione di continuità, sarebbe stata di per sé sufficiente, per un verso, a documentare l'esistenza di esigenze "*strutturali*" e per nulla provvisorie e, per altro verso, il palese abuso di tale tipologia contrattuale da parte del datore di lavoro.

Sennonché, vista la natura "*pubblica*" dell'amministrazione convenuta, la soluzione del caso di specie appare ben più complessa, se non altro per la difficoltà di individuare e di coordinare fra loro le disposizioni che disciplinano il contratto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego e, in particolare, nella sanità pubblica.

Come sarà più chiaro quando si sarà ricostruito il quadro normativo di riferimento, certo non può dirsi che gli interventi del legislatore del pubblico impiego brillino per chiarezza e per coerenza, in quanto danno l'idea di qualcosa di "*raffazzonato*", di disposizioni messe insieme alla meglio, in modo frettoloso e casuale, più per correggere errori e sviste del passato che non per dar vita ad un complessivo ed organico disegno normativo.

La stessa diversità dei percorsi motivazionali seguiti dalla giurisprudenza di merito per negare o per riconoscere, in tutto o in parte, il diritto dei precari pubblici alla conversione del loro rapporto di lavoro ne sono la più chiara evidenza.

II. Nella ricostruzione del quadro normativo, pare utile partire da una premessa che può essere data (salvo alcune limitate eccezioni) per condivisa: il rapporto di lavoro a tempo determinato, nel pubblico impiego, trova la sua disciplina (almeno quella generale) tanto nel d.lgs. 368/2001, quanto nell'art. 36 del d.lgs. 165/2001¹.

Considerata la diversità dei contenuti delle due discipline (soprattutto con riferimento alle conseguenze dell'illegittimo utilizzo del contratto a tempo determinato), all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 368/2001 ci si è chiesti se la novella avesse "*abrogato*" l'art. 36 del d.lgs. 165/2001 e, se no, come fosse possibile coordinare le due disposizioni di legge, visto l'espresso divieto di conversione del rapporto previsto per il pubblico impiego.

¹ Norma che, dalla sua entrata in vigore ad oggi, ha subito non poche ed incisive modificazioni.

Sul punto, va detto che se, da un lato, è fuori discussione la persistente vigenza dell'art. 36 cit. (non foss'altro perché il legislatore, continuando ad intervenire sui suoi contenuti anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 368/2001, ha di fatto riconosciuto di non averlo mai inteso abrogare), dall'altro, non può nemmeno essere contestata l'applicabilità al pubblico impiego del d.lgs. 368/2001, considerato che, a prevederlo, è lo stesso art. 36, 2° co., del d.lgs. 165/2001.

Il problema, allora, è solo (ovviamente, si fa per dire) quello di stabilire come le disposizioni in questione possano e debbano coordinarsi fra loro.

A questo proposito, come emerge chiaro dal combinato disposto del d.lgs. 368/2001 e dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, non può esserci alcun dubbio che *"la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non possa comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni"*, avendo, *"il lavoratore interessato"*, *"diritto (solo) al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative"* (quali quelle contenute nel d.lgs. 368/2001).

Absolutamente condivisibile deve, quindi, ritenersi quanto statuito da Cass. 14350/2010², per la quale *<la ragione>* dell'*<impedimento>* a che un rapporto di lavoro a termine con una pubblica amministrazione possa trasformarsi in un rapporto a tempo indeterminato sarebbe *<costituita dalla previsione del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 36>*, il quale *<esclude che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni possa comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato>*.

Tale arresto è stato di recente ripreso dal Giudice di legittimità con la sentenza n. 392 del 13.1.2012³, nella quale è stata ribadita la specificità del *<regime sanzionatorio>* in vigore nel pubblico impiego, che *<si configura come alternativo a quello disciplinato dall'art. 5 del ... d. lgs. n. 368 del 2001>*, essendo *<volto, 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 a seguito di detta violazione>*.

Secondo la S.C., insomma, *<- è bene ribadirlo - nel lavoro pubblico alla illegittimità del contratto a termine per violazione di norme imperative non può che conseguire un regime sanzionatorio che - con l'escludere ogni effetti reintegrativo stante la regola generale del concorso per l'assunzione del personale - viene ad essere incentrato sul versante dei danni subiti dalla pubblica amministrazione e dal lavoratore>*.

Ancora più di recente, la Cassazione ha fatto propri tali (condivisibili) principi con la sentenza n. 4417 del 20.3.2012.

Insomma, nel pubblico impiego, se l'assunzione a termine avviene in violazione di norme imperative, il prestatore ha solo titolo al risarcimento del danno.

III. Queste decisioni, però, non considerano (né potevano farlo, essendo relative a fattispecie contrattuali consumatesi anteriormente) che il quadro normativo, alla fine dell'anno 2007, si è venuto parzialmente a modificare, posto che la legge 24.12.2007, n. 247⁴, all'art. 1, comma 40, all'art. 5 del d.lgs. 368/2001 ha aggiunto il comma 4-bis, che, com'è noto, così dispone: *"ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fat-*

² In una fattispecie - è bene sottolinearlo - non disciplinata, *ratione temporis*, dal comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001, che, all'epoca, non era ancora entrato in vigore.

³ Resa in una fattispecie, nella quale il S.C. ha richiamato l'art. 5 del d.lgs. 368/2001 (nella sua attuale formulazione), omettendo però di precisare - sia nella parte in fatto, che nella motivazione - che detta norma era inapplicabile *ratione temporis* (l'inapplicabilità, infatti, la si desume solo dal fatto che la causa decisa dalla Corte territoriale risulta iscritta sotto il numero di "R.G.N. 597/06").

⁴ Successivamente modificato dall'art. 2, comma 2, del d.l. 25.6.2008, n. 112, a sua volta modificato, in sede di conversione, dalla legge 6.8.2008, n. 133.

te salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2".

In forza di tale disposizione, il legislatore - pur lasciando invariate le sanzioni conseguenti all'eventuale "violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni" - ha novellato il sistema, stabilendo che "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato", laddove, in presenza di proroghe e di rinnovi (anche) legittimi, "abbia complessivamente superato i trentasei mesi".

Per completezza, va aggiunto sul punto che l'art. 1, comma 43, della legge 247/07 ha anche dettato una disciplina transitoria, in ragione della quale, "in fase di prima applicazione", "a) i contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della presente legge continuano fino al termine previsto dal contratto, anche in deroga alle disposizioni di cui al comma 4-bis dell'articolo 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dal presente articolo" e "b) il periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in vigore della presente legge (lo) si" può computare, "insieme ai periodi successivi di attività ai fini della determinazione del periodo massimo di cui al citato comma 4-bis, decorsi quindici mesi dalla medesima data".

Da ciò deriva che - per effetto del combinato disposto dell'art. 5, comma 4-bis del d.lgs. 368/2001 e dell'art. 1, comma 43, della legge 247/07 - nell'ipotesi in cui si volesse tener conto dei periodi lavorati anteriormente al 1° gennaio 2008 (data di entrata in vigore della l. 247/2007), il giorno a partire dal quale, per effetto del superamento del termine dei trentasei mesi, "il rapporto di lavoro si (può) considera(re) a tempo indeterminato ai sensi del comma 2", è quello del 1° aprile 2009.

Com'è evidente, con la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001 - che è stata dettata all'evidente scopo di adeguare la normativa interna a quella comunitaria⁵ e di porre un limite all'utilizzo dei contratti a tempo determinato, in modo da evitare che il lavoratore possa rimanere "precario a vita" - il legislatore ha fissato un arco temporale, oltre il quale "il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato" indipendentemente dalla legittimità o meno del termine e, quindi, dall'indagine circa l'eventuale violazione delle disposizioni legali e contrattuali disciplinanti tale tipologia contrattuale.

In sostanza, la novità dell'art. 5, comma 4-bis, cit., è data dal fatto che ciò che assume rilevanza ai fini della conversione del rapporto non è l'illegittimità del termine (che, al massimo, come si è visto, considerata la limitazione di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001, consentirebbe al pubblico dipendente di ottenere un risarcimento del danno), ma il fatto che, pure in presenza di contratti legittimi (e cioè rispettosi delle norme che disciplinano il lavoro a termine), "il rapporto di lavoro" possa essere considerato "a tempo indeterminato", "qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro".

IV. Il punto, allora, è quello di stabilire se la fattispecie di cui all'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001, debba essere ricondotta ad un'ipotesi di violazione di norma imperativa (per

⁵ Ed in particolare alla Clausola n. 5, lett. b, della Direttiva 1999/70/CE, in tema di contratto a termine.

la quale l'art. 36 del d.lgs. 165/2001 prevede espressamente che non possa esserci trasformazione del rapporto di lavoro a termine in un rapporto a tempo indeterminato), oppure riguardi qualcosa di diverso, a cui non possa estendersi - né per via diretta, né per via analogica - il divieto di conversione stabilito per i pubblici dipendenti.

Ebbene, che sia qualcosa di diverso lo dimostra il fatto che la trasformazione del rapporto di lavoro non solo non è la conseguenza della violazione di una norma imperativa, ma, anzi, ne prescinde del tutto, tant'è vero che:

a) quella promossa dal lavoratore non si configura come un'azione di nullità ed il termine (dell'ultimo contratto, come anche di quelli precedenti) non viene dichiarato nullo (salvo che non sia tale per una qualche altra ragione);

b) il rapporto si trasforma a tempo indeterminato con efficacia dal compimento del trentaseiesimo mese e non già - come avviene in caso di violazione di norme imperative - *ex tunc* (e cioè dal momento della sottoscrizione del contratto);

c) l'art. 32 della l. 183/2010, ha esteso i termini decadenziali di cui all'art. 6 della l. 604/1966 solo "*all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo*", e non anche a quella con la quale venga richiesta la conversione del rapporto per l'avvenuto superamento del termine dei 36 mesi;

d) il diritto alla conversione del rapporto, *ex art. 5, co. 4 bis, cit.* (non essendo la conseguenza di un'azione di nullità) non è soggetto alla disciplina degli artt. 1422 e 1421 c.c., e, quindi, per un verso, non può considerarsi "*imprescrittibile*" e deve essere necessariamente azionato nel rispetto del termine prescrizione ordinario e, per altro verso, è da escludersi che soggetti diversi dal lavoratore possano agire per far valere la nullità del termine e/o che la stessa possa "*essere rilevata d'ufficio dal giudice*".

In sostanza, la conversione del rapporto non è la conseguenza della violazione di una norma imperativa e della nullità del termine apposto al contratto (azionabile, dal lavoratore, nel rispetto dei termini decadenziali di cui all'art. 32 della l. 183/2010 e, "*da chiunque vi*" abbia "*interesse*", senza limiti di tempo), ma, più semplicemente, dell'avveramento della "*condizione*" prevista dalla legge e può essere fatta valere esclusivamente dal lavoratore, al quale viene riconosciuta tale facoltà solo a partire dal momento in cui si verifichi il superamento dei 36 mesi di lavoro e fino a quando non sia scaduto il termine prescrizione ordinario.

Se questo è vero, siamo certamente al di fuori dello sbarramento di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001, visto che, per espressa previsione normativa, quest'ultima disposizione, per i pubblici dipendenti, esclude che il rapporto di lavoro possa convertirsi a tempo indeterminato per effetto della (e quando vi sia la) violazione di una norma imperativa, ma non si (pre)occupa affatto di stabilire cosa accada nella fattispecie disciplinata dal comma 4 bis dell'art. 5 del d.lgs. 368/2001 (nella quale non c'è alcuna violazione di legge), né di estendere a quest'ultima le limitazioni (e le sanzioni) valevoli per gli atti negoziali il cui termine sia affetto da nullità.

Anzi, ove mai il divieto di conversione fosse esteso alla fattispecie disciplinata dalla norma *de qua*, il paradosso sarebbe che il pubblico dipendente non avrebbe titolo per rivendicare alcunché, posto che il risarcimento del danno presuppone pur sempre che ci sia la violazione di una norma imperativa e che il termine venga dichiarato nullo.

V. Ecco, allora, che, di fronte al "*silenzio*" del legislatore del d.lgs. 165/2001, per giustificare il divieto di conversione, non potendo bastare il rinvio all'art. 36 dello stesso decreto, il problema che rimane è quello di stabilire se vi sia una qualche (altra) norma che impedisca che la disposizione di cui all'art. 5, comma 4-bis del d.lgs. 368/2001 (che, come abbiamo visto, prescinde dai vizi del contratto e dalla violazione di norme imperative), possa trovare applicazione anche ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni.

Ebbene - salvo specifiche recenti disposizioni relative ad altrettanto specifici settori, quali quelli della scuola e della sanità pubblica, di cui si dirà in seguito - non

solo non ve n'è alcuna, ma anzi (contrariamente a quanto sostenuto da più parti) la prova provata dell'applicabilità della norma *de qua* al pubblico impiego e, quindi, del riconoscimento anche al lavoratore pubblico precario del diritto alla conversione del rapporto (quale conseguenza, *tout court*, del superamento del termine dei 36 mesi) è data (quantomeno per via indiretta) proprio nell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, visto che, al comma 5-bis, il legislatore ha dettato delle deroghe solo ai commi 4-quater⁶, 4-quinquies⁷ e 4-sexies⁸ dell'art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (limitandone l'applicabilità "esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del ... decreto" n. 165/2001), disinteressandosi del tutto del comma 4-bis e lasciando, così, chiaramente intendere che il limite dei trentasei mesi, previsto da quest'ultima norma, sia applicabile anche ai rapporti di lavoro a termine con le pubbliche amministrazioni, senza limitazione alcuna.

Dal punto di vista sistematico, poi, non è irrilevante ricordare che l'art. 5, comma 4-ter, del d.lgs. 368/2001 ha previsto una deroga a quanto stabilito dal precedente comma 4-bis⁹, a dimostrazione del fatto che il legislatore, quando ha voluto escluderne l'applicazione, lo ha detto *expressis verbis*.

Una ulteriore (e qualificata) conferma dell'applicabilità dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001 al pubblico impiego, la si ritrova nell'ordinanza "Affatato", resa dalla Corte di Giustizia Europea il 1° ottobre 2010, le cui conclusioni sono state fortemente condizionate dal fatto che, "nelle sue osservazioni scritte il governo italiano" aveva "sottolineato, ..., che l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico", aveva "aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro" era "ritenuto concluso a tempo indeterminato ..." (punto 48).

È stata questa, infatti, la premessa da cui è partito il giudice europeo per poter affermare che "una disciplina nazionale siffatta" poteva "soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza" (punto 49), stante il suo "carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo", tale da "garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro".

Ritenere applicabile all'impiego pubblico privatizzato la norma di cui all'art. 5, co. 4 bis, del d.lgs. 368/2001:

a) non solo è coerente con (e non viola) la normativa comunitaria, ma ha anche il

⁶ Per il quale "il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine".

⁷ Per il quale "il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali".

⁸ Per "il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro".

⁹ Stabilendo che "le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative".

pregio di rispettare il contenuto precettivo dell'art. 97, comma 3, Cost., posto che la deroga al principio costituzionale (secondo cui *"agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso"*) trova legittimità in una norma di legge e, quindi, può farsi tranquillamente rientrare nei *"casi stabiliti dalla legge"* che l'art. 97 cit. fa espressamente salvi;

b) è l'unica conclusione in grado di offrire una spiegazione plausibile ad una serie di interventi legislativi assai recenti¹⁰, primi fra tutti quelli che hanno interessato la scuola¹¹ e la sanità pubblica.

Con specifico riferimento alla sanità, l'art. 4, comma 5, del d.l. 13/9/2012, n. 158 (pubblicato sulla G.U. n. 214 del 13/9/2012 ed entrato in vigore il 14/9/2012)¹², ha aggiunto all'art. 10 del d.lgs. 368/2001, il comma 4-ter, in virtù del quale, *"... sono esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato del personale sanitario del ... Servizio sanitario nazionale, ivi compresi quelli dei dirigenti, in considerazione di garantire la costante erogazione dei servizi sanitari e il rispetto dei livelli essenziali di assistenza. La proroga dei contratti di cui al presente comma non costituisce nuova assunzione. In ogni caso non trova applicazione l'articolo 5, comma 4-bis"*, finendo, in tal modo, per confermare l'applicabilità del d.lgs. 165/2001 e del d.lgs. 368/2001, nel periodo precedente la sua entrata in vigore.

¹⁰ Si pensi all'art. 2, comma 6, del d.l. n. 225/10, convertito, senza modificazioni sul punto, dalla legge n. 10/2011, che ha espressamente *"deroga(to) ... la normativa vigente"*, dichiarando inapplicabile al personale del Ministero dell'Interno assunto ai sensi dell'*"art. 1, comma 1, dell'ordinanza del Presidente del Consiglio 29 marzo 2007, n. 3576"*, *"quanto stabilito dall'art. 5 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368"*.

¹¹ Solo nel 2009, infatti, il legislatore si è premurato di dettare *"per lo specifico settore della Scuola ... una disposizione ostativa alla conversione"*, stabilendo, all'art. 1 del d.l. 25.9.2009, n. 134, che, *"all'articolo 4 della legge 3 maggio 1999, n. 124, dopo il comma 14" fosse "aggiunto, in fine, il seguente: «14-bis. 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, non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo»"*. In fase di conversione, detta disposizione è stata modificata dalla l. 24.11.2009, n. 167 nei seguenti termini: *"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"*.

Ancor più di recente, il legislatore, con il d.l. 13.5.2011, n. 70, avendo aggiunto *"all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368" il comma 4 bis* (a mente del quale *"sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA"* e *"in ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto"*) non solo ha ribadito l'inapplicabilità, nella scuola, dell'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001, ma ha esteso - ovviamente con decorrenza dal momento della sua entrata in vigore (e cioè del 13 maggio 2011) - quell'inapplicabilità all'intero *corpus* del d.lgs. 368/2001. E ciò risulta ancor più chiaro nella legge n. 106 del 12 luglio 2011 - con cui è stato convertito il decreto legge n. 70/2011 - che, all'art. 9, co. 18, ha richiamato espressamente l'articolo 4, comma 14-bis, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (che, come abbiamo già visto, è entrato in vigore a partire dal 25 settembre 2009), a dimostrazione del fatto che solo da questa data (mancando, per il periodo precedente, una norma dal contenuto analogo), non è più possibile l'applicazione, nella scuola, dell'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001.

¹² Convertito, con modificazioni, in L. 8/11/2012, n. 189.

È chiaro che se l'impedimento alla conversione del rapporto, in caso di superamento del termine dei 36 mesi, fosse stato rinvenibile già nell'art. 36 del d.lgs. 165/2001, la norma da ultimo richiamata (come quelle dettate, in precedenza, per la scuola) non avrebbe avuto alcun senso, potendo, il legislatore, per impedire la conversione dei rapporti di lavoro a termine dei dipendenti della sanità pubblica, già contare su detta disposizione di legge (in quanto applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche).

In realtà, le "novelle" hanno certamente dettato una "regula" nuova, posto che, per la prima volta, hanno escluso categoricamente che, nella scuola come nella sanità pubblica, possa esservi la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato quale conseguenza della stipula di uno o più contratti a termine.

Detto divieto assoluto di conversione, non potendo che partire dall'entrata in vigore delle novelle, non può certamente impedire, però, che si considerino a tempo indeterminato quei rapporti che, nel frattempo, abbiano superato il limite temporale dei 36 mesi.

Nel contempo, il fatto che gli interventi legislativi di cui innanzi - tesi ad escludere l'applicabilità del d.lgs. 368/2001 e specificamente del più volte citato art. 5, comma 4 bis - siano stati dettati limitatamente alla scuola e alla sanità pubblica, a giudizio di chi scrive diventa la prova invincibile della persistente applicabilità di quella normativa ai settori della pubblica amministrazione che non sono stati toccati dalla riforma.

Così, per quel che qui rileva, riepilogando quanto innanzi esposto, a giudizio di questo Tribunale, per effetto del combinato disposto dell'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001 (introdotto, nel nostro ordinamento, a partire dal 1° gennaio 2008, dalla legge 247/07) e dell'art. 4, comma 5, del d.l. 13/9/2012, n. 158, i precari della sanità che hanno titolo per richiedere che il loro rapporto sia considerato a tempo indeterminato sono solo quelli che hanno maturato i 36 mesi di lavoro entro il 13/9/2012.

VI. Passando dai principi di diritto al fatto, com'è pacifico agli atti di causa e, comunque, è documentato, la ricorrente ha lavorato, dal 10.4.06 al 31.12.11, senza soluzione di continuità, alle dipendenze dell'ASL convenuta, per oltre 5 anni, in forza di 3 contratti di lavoro a tempo determinato, sottoscritti il 10.4.06, il 31.12.06 ed il 31.8.11 (il secondo dei quali è stato prorogato per diverse volte), con la posizione funzionale di Dirigente Psicologo, e che è stata assegnata al P.O. di Ruvo.

Da ciò deriva che, ai sensi dell'art. 5, co. 4 bis, del d.lgs. 368/2001, poiché dopo l'entrata in vigore della l. 247/07 (e cioè successivamente al 1° gennaio 2008) ed anteriormente al 13/9/2012, ha cumulato periodi lavorativi di gran lunga eccedenti i 36 mesi, l'istante ha diritto a beneficiare della previsione di cui all'art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001, a partire dal compimento dei 36 mesi (maggio 2009).

A far venire meno tale diritto non può nemmeno servire il richiamo dell'art. 10 del d.lgs. 368/2001 (che, com'è noto, ha escluso i dirigenti dal campo di applicazione di detta legge), posto che la figura dei Dirigenti Medici di I livello (qual è l'odierna ricorrente), come si evince chiaramente dalla contrattazione collettiva acquisita agli atti del processo, non è affatto riconducibile (per funzioni e responsabilità) a quella categoria.

VII. Quanto all'aspetto risarcitorio, la situazione più semplice è ovviamente quella nella quale - come nel caso di specie - vi sia la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto dell'applicazione dell'art. 5, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001, posto che il Giudice è dispensato dal verificare l'eventuale (e contestuale) ulteriore sussistenza della violazione di norme imperative, dovendosi limitare a fare applicazione dell'art. 32, co. 5, della l. 183/2010¹³ (su cui pende una pregiudiziale comunitaria sollevata dal Tribunale di Napoli), che

¹³ La questione sarebbe stata certamente più delicata (ma non è il nostro caso), laddove non fosse stato possibile fare applicazione dell'art. 5, co. 4 bis, del d.lgs. 368/2001, essendo il risarcimento

impone di liquidare, a titolo risarcitorio, *“un’indennità onnicomprensiva 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 nell’articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604”* e cioè *“al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell’impresa, all’anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti”*.

Ebbene, tenuto conto di tali criteri (e del fatto che, con la norma interpretativa di cui all’art. 1, co. 13, l. 28/6/2012, n. 92, il legislatore ha finito per ricomprendere nell’indennità onnicomprensiva da riconoscere al lavoratore anche le *“conseguenze ... contributive”*), si stima equo liquidare - in suo favore - un’indennità pari a 6 mensilità.

VIII. In conclusione, il rapporto di lavoro per cui è causa va considerato a tempo indeterminato con decorrenza dal febbraio 2010 e l’ASL va condannata a corrispondere alla ricorrente *“un’indennità onnicomprensiva”* pari a 6 *“mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto”*.

IX. Alla soccombenza conseguono le spese di lite liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il giudice del Tribunale di Trani, sezione lavoro, definitivamente decidendo, così provvede:

a) dichiara che il rapporto di lavoro tra la ricorrente e l’ASL BA deve essere *“considera(to) a tempo indeterminato”*, ai sensi dell’art. 5, comma 4-bis, del d.lgs. 368/2001, con decorrenza da maggio 2009;

b) ordina all’ASL, in persona di chi legalmente la rappresenta, di riammettere immediatamente in servizio la ricorrente e di risarcirle il danno in misura pari ad *“un’indennità onnicomprensiva”* di 6 *“mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto”*, maggiorata degli accessori di legge;

d) condanna l’ASL, in persona di chi legalmente lo rappresenta, al pagamento delle spese e competenze di lite, che liquida in Euro 2.500,00, oltre al rimborso delle spese generali, all’IVA e al CAP.

(Omissis)

*** **

NOTA

La sentenza in esame accoglie la domanda della ricorrente che - selezionata sulla base della graduatoria di un concorso pubblico ed assunta dall’ASL in qualità di Dirigente Psicologo presso il servizio sovra distrettuale di Ruvo di Puglia, previa sottoscrizione di contratti di lavoro a termine - chiede le venga riconosciuto il diritto alla conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi dell’art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001.

In particolare la ricorrente aveva sottoscritto con la ASL tre contratti a termini, il primo dei quali in data 10.04.2006, il secondo il data 31.12.2006, più volte prorogato ed un ulteriore contratto, in data 01.08.2011, con termine al 31.12.2011, ricoprendo sempre la stessa posizione funzionale.

Nel costituirsi in giudizio l’ASL convenuta eccepiva preliminarmente due questioni relative, rispettivamente, al difetto di giurisdizione del giudice ordinario ed all’incompetenza territoriale del Tribunale adito.

Entrambe le questioni vengono rigettate dal Giudice del lavoro ed argomentate la prima, *“in*

del danno (se e nel caso in cui fosse stato eccepito dal lavoratore) condizionato, tanto nell’*an* quanto nel *quantum*, dall’accertamento della violazione di norme imperative.

quanto, non si verte in materia di nullità delle procedure concorsuali ...” e la seconda “in quanto, la clausola con la quale le parti avrebbero statuito la competenza esclusiva del foro di Bari, non è provato che sia stata specificamente approvata per iscritto ...”.

Infatti, secondo quanto statuito dall’art. 63 d.lgs. n. 165/2001, la materia attinente al lavoro alle dipendenze dalla P.A. è devoluta al giudice ordinario, residuando la competenza amministrativa riguardo solo alle controversie sulle procedure concorsuali con particolare riguardo alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro ed al passaggio ad un’area o fascia funzionale superiore¹⁴.

Con riferimento, invece, alla competenza territoriale il Giudice del lavoro ha ritenuto che la stessa, in quanto non oggetto di espressa previsione contrattuale, ex art. 1361, co. 2, cod. civ., non possa essere derogabile stante il disposto di cui all’art. 6 del codice di rito.

Passando al merito della questione la motivazione della sentenza segue un iter logico-giuridico comparando la tutela differenziata, rispettivamente, del lavoratore subordinato di un’azienda privata e del dipendente di un ente pubblico e riconoscendo come, solo per il primo, le deroghe al termine del contratto, stabilite dal d.lgs. n. 368/2001, comportino la conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato.

Nel pubblico impiego, al contrario, il regime normativo di cui al d.lgs. 368/2001 deve essere coordinato con quanto disposto dall’art. 36 d.lgs. 165/2001 che impone l’assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione “esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato” e limita le “forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa” ai casi in cui le pubbliche amministrazioni stesse debbano “rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali”.

Contrariamente alla tutela fornita dal d.lgs. 368/2001 al lavoratore dipendente da privato, eventuali violazioni a tale disciplina nel pubblico impiego non comportano “la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni” pur riconoscendo, in capo al lavoratore interessato, il “diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro” (art. 36, co. 5, d.lgs. 165/2001).

A fronte della giurisprudenza di legittimità richiamata in sentenza (Cass. 14350/2010; Cass. n. 392/2012; Cass. 4417/2012) - che ribadisce il principio di esclusività della costituzione di rapporti a tempo indeterminato con la pubblica amministrazione, stante la regola generale del concorso per l’assunzione, fatto salvo il diritto al solo risarcimento del danno, quale specifico regime sanzionatorio - il Giudice del lavoro rileva come, la legge 24.12.2007 n. 247 (interventiva in epoca successiva alle vicende processuali sulle quali si sono pronunziati i giudici della Corte) abbia in qualche modo modificato il quadro normativo consentendo la “stabilizzazione” del dipendente pubblico nei casi in cui la durata del contratto a termine superi i 36 mesi (art. 5, co. 4-bis d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall’art. 40, co. 1, l. n. 247/2007).

Ritiene infatti il giudicante che, in ragione della disciplina transitoria dettata dall’art. 1, comma 43, l. n. 247/2007 - anche di recepimento della Direttiva 1999/70/CE sul contratto a termine - il rapporto di lavoro della ricorrente possa considerarsi a tempo indeterminato avendo superato la durata del contratto a tempo determinato il termine di 36 mesi computato, in particolare, tenendo conto dei periodi di lavoro già effettuato (dal 31.12.2006) fino alla

¹⁴ Cass. civ. SS.UU., 1 agosto 2012 n. 13796 secondo cui è devoluta al giudice ordinario tutta la materia del lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni con la sola eccezione rappresentata dalle controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione, riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo per quelle finalizzate alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro con la P.A. e quelle promosse per il passaggio ad una area o fascia funzionale superiore, in virtù del combinato disposto degli artt. 35, primo comma e 52, primo comma del d.lgs. n. 165/2001.

data di entrata in vigore della legge (1 gennaio 2008) insieme ai successivi, decorsi 15 mesi dalla medesima data e quindi fino all'1 aprile 2009.

Nello specifico, considerato che la ricorrente ha lavorato alle dipendenze della ALS BA dal 14.04.2006 al 31.12.2011, senza soluzione di continuità, ricoprendo sempre la funzione di Dirigente Psicologo, previa sottoscrizione di tre contratti di lavoro a termine e che la stessa ha superato il periodo di 36 mesi anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 247/2007, deve riconoscersi, per effetto del disposto di cui all'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, la conversione del contratto di lavoro intercorso con la ASL in un rapporto a tempo indeterminato con effetto dal compimento del trentaseiesimo mese ovvero a decorrere dal mese di maggio 2009¹⁵.

Ritiene, inoltre, il giudicante che *"la conversione del rapporto non è la conseguenza della violazione di una norma imperativa e della nullità del termine apposto al contratto (...)"* - espressamente esclusa per i pubblici dipendenti dalla previsione dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 - *"ma, più semplicemente, dell'avveramento della condizione prevista dalla legge"* riconosciuta al lavoratore *"a partire dal momento in cui si verifichi il superamento dei 36 mesi di lavoro (...)"*.

L'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, infatti, prescinde dalla violazione di norme imperative e la sua applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione trova fondamento proprio nelle limitazioni imposte dall'art. 36, co. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001¹⁶ e nella deroga allo stesso art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 per effetto del successivo comma 4-ter¹⁷.

Tale assunto è, altresì, confermato dall'ordinanza emessa dalla sesta sezione della Corte di Giustizia Europea dell'1 ottobre 2010¹⁸ in cui si rileva come: *"l'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato"*.

Pertanto, nella sentenza, il Giudice del lavoro rileva come l'applicabilità dell'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 al pubblico impiego privatizzato non solo trova fondamento nella normativa comunitaria ma non viola neppure il principio di cui all'art. 97, co. 3, Cost. - che riserva l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni ai vincitori di concorso - rinviando, lo stesso ai *"casi stabiliti dalla legge"* e, comunque, è applicabile al caso di specie in quanto solo successivamente ed, in particolare, con d.l. n. 158/2012, ne è stata esclusa la sua appli-

¹⁵ Né osta al riconoscimento di tale diritto la previsione dell'art. 10, co. 4, d.lgs. n. 368/2001 che, in deroga all'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, consente *"la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, purchè di durata non superiore a cinque anni, con i dirigenti"* non rientrando la posizione funzionale della ricorrente, per funzioni e responsabilità nella categoria dirigenziale come individuata dalla Contrattazione collettiva di settore.

¹⁶ Art. 36, co. 5-bis, d.lgs. n. 165/2001: *"Le disposizioni previste dall'articolo 5, commi 4-quater, 4-quinquies e 4-sexies del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), del presente decreto"*

¹⁷ Art. 5, co. 4-ter, d.lgs. n. 368/2001: *"Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonchè di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative"*.

¹⁸ Procedimento C-3/2010 (Franco Affatato contro Azienda Provinciale Sanitaria di Cosenza).

cabilità al personale del Servizio sanitario nazionale assunto con uno o più contratti a termine (art. 4, co. 5)¹⁹.

Conclude il giudice ritenendo che *“i precari della sanità che hanno titolo per richiedere che il loro rapporto sia considerato a tempo indeterminato sono solo quelli che hanno maturato i 36 mesi di lavoro entro il 13/09/2012”*, stante l'entrata in vigore, in data 14.09.2012, del decreto legge ostativo al riconoscimento di tale diritto.

Si condivide l'impostazione tecnico-giuridica fornita nella sentenza dal giudice che con un chiaro ragionamento - partendo dalle disposizioni della l. n. 247/2007 (di c.d. stabilizzazione nel P.I.) - esamina, in particolare, il comma 43 dell'art. 1 - che ha inserito nell'art 5 del d.lgs. n. 368/2001 (contratti a termine) il comma 4-bis, sottolineando che la conversione del rapporto è la conseguenza ... dell'avveramento della condizione prevista dalla legge.

Si prende atto che, in effetti, la giurisprudenza di legittimità su questo argomento, seppur pronunziata nel 2012, si riferisce a controversie antecedenti la l. 247/2007. Quindi il Giudice del lavoro, decidendo sulla conversione del rapporto, non ha inteso sanzionare il datore di lavoro per la violazione di una norma imperativa (e quindi sulla nullità del termine apposto al contratto, anche perchè questa sanzione è esclusa per i pubblici dipendenti ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001), ma semplicemente ha dato atto all'avveramento di una condizione stabilita dalla legge e cioè il compimento del trentaseiesimo mese di lavoro secondo quanto previsto dalla l. 24.12.2007 n. 247.

¹⁹ Art. 5, co. 4, d.l. n. 158/2012: *“Nel rispetto dei vincoli finanziari che limitano, per il Servizio sanitario nazionale, la spesa per il personale e il regime delle assunzioni, sono esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato del personale sanitario del medesimo Servizio sanitario nazionale, ivi compresi quelli dei dirigenti, in considerazione della necessità di garantire la costante erogazione dei servizi sanitari e il rispetto dei livelli essenziali di assistenza. La proroga dei contratti di cui al presente comma non costituisce nuova assunzione. In ogni caso non trova applicazione l'articolo 5, comma 4-bis”*.