

Civile Sent. Sez. L Num. 6089 Anno 2021

Presidente: TRIA LUCIA

Relatore: SPENA FRANCESCA

Data pubblicazione: 04/03/2021

SENTENZA

sul ricorso 9254-2017 proposto da:

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI TRAPANI, in
persona del legale rappresentante pro tempore,
domiciliata in ROMA PIAZZA CAVOUR presso LA
CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE,
rappresentata e difesa dall'avvocato SABRINA
LIPARI;

2020

2684

- ricorrente principale-

contro

CUSENZA SALVATORE, BARBARA FRANCA MARIA, ZICHICHI

PASQUALE, tutti elettivamente domiciliati in
ROMA, VIA PREMUDA 2, presso lo studio
dell'avvocato SERGIO LUCCHETTI, rappresentati e
difesi dall'avvocato FRANCESCO TRUGLIO;

**- controricorrenti - ricorrenti incidentali -
nonchè contro**

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI TRAPANI;

**- ricorrente principale - controricorrente
incidentale -**

avverso la sentenza n. 900/2016 della CORTE
D'APPELLO di PALERMO, depositata il 21/11/2016
R.G.N. 560/2015;

udita la relazione della causa svolta nella
pubblica udienza del 25/11/2020 dal Consigliere
Dott. FRANCESCA SPENA;

udito il P.M. in persona del Sostituto
Procuratore Generale Dott. MARIO FRESA che ha
concluso per il rigetto del ricorso principale e
incidentale.

FATTI DI CAUSA

1. con sentenza del 21 novembre 2016 numero 900 la Corte d'Appello di Palermo confermava la sentenza del Tribunale di Trapani nella parte in cui aveva dichiarato illegittima la successione di contratti a termine intercorsi tra ciascuno dei lavoratori SALVATORE CUSENZA, PASQUALE ZICHICHI, FRANCA MARIA BARBARA e la datrice di lavoro AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI TRAPANI (nel prosieguo: la AZIENDA SANITARIA); riformava le statuizioni risarcitorie e, per l'effetto, determinava l'importo del danno per ciascun ricorrente in dieci mensilità di retribuzione, ai sensi dell'articolo 32, comma 5 legge 183/2010;

2. La Corte territoriale osservava essere pacifico il superamento per tutti i dipendenti a termine della durata complessiva di servizio di 36 mesi, come fissata dall'articolo 5, comma quattro *bis*, del decreto legislativo 368/2001; la tesi della AZIENDA SANITARIA, secondo cui non vi era abuso— per essere le assunzioni avvenute in forza di più procedure concorsuali— non trovava riscontro nelle norme e non era giustificabile in forza di circolari.

3. I lavoratori avevano diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 32, comma cinque, del decreto legislativo 183/2010, alla luce di una interpretazione del diritto interno comunitariamente orientata. Mancava, invece, la prova di un danno ulteriore rispetto a quello liquidato ai sensi del citato articolo 32.

4. Ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza la AZIENDA SANITARIA, articolato in tre motivi, cui hanno opposto difese gli intimati con controricorso, contenente altresì ricorso incidentale articolato in due motivi, cui ha resistito con controricorso la AZIENDA SANITARIA.

5. La causa è stata trattata in pubblica udienza all'esito della ordinanza interlocutoria della sezione sesta di questa Corte nr. 27264/2018.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La AZIENDA SANITARIA, ricorrente in via principale, ha dedotto:

- con il primo motivo: violazione ed errata applicazione dell'articolo 36 comma cinque, decreto legislativo 165/2001 e dell'articolo 5, comma quattro *bis*, decreto legislativo 368/2001, in relazione agli articoli 51 e 97 della

Costituzione, assumendo la erronea applicazione nella sentenza impugnata del limite di trentasei mesi di cui al citato articolo 5 D.Lgs. 368/2001. Secondo le deduzioni della ricorrente il rispetto del termine di durata complessiva andrebbe verificato rispetto a ciascuna procedura concorsuale in forza della quale avviene la assunzione a termine. A fondamento di tale interpretazione la Azienda Sanitaria ha richiamato i pareri espressi dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri- dipartimento della Funzione pubblica (parere nr. 3/2009 e nota nr. 37562/2012) e dal CNR (circolare nr. 39/2012).

- con il secondo motivo— ai sensi dell'articolo 360 numero 3 codice di procedura civile— violazione e falsa applicazione dell'articolo 32, comma cinque, legge 183/2010, assumendo l'inapplicabilità della norma al pubblico impiego privatizzato, in quanto presupponente una pronuncia di conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato.

- con il terzo motivo: violazione ed errata applicazione dell'articolo 32, comma cinque, legge 183/2010, in relazione all'articolo 8 legge 604/1966, sotto il profilo della eccessività dell'indennizzo liquidato in relazione al periodo di servizio prestato.

2. I lavoratori ricorrenti in via incidentale hanno denunciato:

- con il primo motivo: ai sensi dell'articolo 360 numero 3 cod.proc.civ.— violazione e falsa applicazione del decreto legislativo 368/2001, articoli 1 ed 11 nonché degli articoli 2, 3, 4, 11, 24, 35 e 36 Costituzione, in relazione alla direttiva numero 70/1999 CE, impugnando la sentenza per non avere convertito il rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

- con il secondo motivo: ai sensi dell'articolo 360 numero 3 codice di procedura civile— violazione e falsa applicazione della legge 183/2010 articolo 32, comma cinque, in relazione all'articolo 8 della legge 604/1966, censurando la quantificazione dell'indennizzo sotto il profilo della sua inadeguatezza.

3. Va preliminarmente trattato il primo motivo del ricorso principale, in relazione al quale la ordinanza interlocutoria della sesta sezione ha disposto la trattazione della causa in pubblica udienza.

4. Nell'assunto della AZIENDA SANITARIA, basato su note interne e circolari, la durata massima di 36 mesi di cui all'articolo 5, comma 4 *bis* D.Lgs 368/2001, troverebbe applicazione nel lavoro pubblico contrattualizzato in relazione a ciascuna delle procedure concorsuali in forza delle quali si costituisce il rapporto a termine.

5. L'espletamento di una nuova procedura concorsuale neutralizzerebbe il rapporto in precedenza intercorso tra le stesse parti e consentirebbe la stipula di ulteriori contratti a termine per trentasei mesi. A conforto di tale ricostruzione di sistema si richiamano gli articoli 51 e 97 Costituzione e la necessità di non escludere dalla partecipazione alla procedura concorsuale coloro che, avendo già avuto rapporti a termine con la amministrazione che indice il concorso, finirebbero per essere impiegati per più di 36 mesi.

6. Il motivo è infondato.

7. I contratti a termine oggetto di causa sono stati conclusi:

- per SALVATORE CUSENZA e FRANCA MARIA BARBARA nel periodo dall' 1 agosto 2005 (primo contratto) al 25 luglio 2011(ultimo contratto)
- per PASQUALE ZICHICHI nel periodo dal 28 aprile 2006 (primo contratto) al 25 luglio 2011 (ultimo contratto).

8. Viene in rilievo la disciplina del lavoro flessibile presso le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 36 D.Lgs nr.165/2001, nel testo vigente alla data di stipula dei plurimi contratti intercorsi tra le parti di causa.

9. Sin dal testo originario la norma ha fatto rinvio nella materia dei contratti a tempo determinato, per il tramite della contrattazione collettiva, alla disciplina prevista per il lavoro privato.

10. Con gli interventi operati a partire dall'anno 2006 (D.L. 10 gennaio 2006 nr.4, convertito con modificazioni dalla legge 9 marzo 2006 nr. 80, art. 4, comma 2) il legislatore si è mosso principalmente nell'ottica di una limitazione del ricorso all'impiego flessibile, prevedendone la attivazione in presenza di esigenze «temporanee ed eccezionali» («temporanee o

eccezionali» nella formulazione introdotta a partire dal DL 31 agosto 2013 nr. 101, conv. con mod. dalla L.30 ottobre 2013, nr, 125, art. 4, comma 1).

11. Il testo dell'articolo 36 introdotto dalla legge 24 dicembre 2007 nr. 244, art. 3, comma 79— rimasto in vigore nel periodo dal 1^o gennaio al 14 giugno 2008— ha indicato, in senso ancor più rigoroso, ipotesi specifiche in cui è legittimo il ricorso delle pubbliche amministrazioni al lavoro flessibile, in deroga ad una previsione generale che impediva ad esse di avvalersene.

LA APPLICABILITA' ALL'IMPIEGO PUBBLICO PRIVATIZZATO DELL'ARTICOLO 5 c.4 BIS D.LGS nr. 368/2001

12. Per quanto rileva in causa, occorre preliminarmente verificare se alla disciplina limitativa dei presupposti legittimanti l'assunzione a termine — che di per sé costituisce misura antiabusiva ai sensi della clausola 5 lettera a) dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE — si aggiunga nel pubblico impiego privatizzato il limite dei 36 mesi di durata complessiva del rapporto a termine tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti, di cui all'articolo 5, comma 4 *bis*, del D.Lgs. nr. 368/2001 (comma introdotto dalla legge 24 dicembre 2007 nr. 247 articolo 1, comma 40, lettera b).

13. L'articolo 36 del D.Lgs. 165/2001 conteneva una disposizione antiabusiva di durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi soltanto nella formulazione vigente dal 25 giugno 2008 al 4 agosto 2009 (introdotta dal DL 25 giugno 2008 nr. 112, conv. con mod. dalla legge 6 agosto 2008 nr. 133, articolo 49, comma 1); il comma 3 dell'articolo 36, nel testo applicabile nel suddetto arco temporale, impediva alle amministrazioni «di ricorrere all'utilizzo del medesimo lavoratore con più tipologie contrattuali per periodi di servizio superiori al triennio nell'arco dell'ultimo quinquennio».

14. Tale disposizione è venuta meno nel testo del medesimo comma 3 sostituito dal DL 1.7.2009, n. 78, conv. con mod. dalla l. 3.8.2009, n. 102 (art. 17, co. 26, lett. b), che «al fine di combattere gli abusi nell'utilizzo del lavoro flessibile» ha previsto un meccanismo interno di valutazione e controllo.

15. Tuttavia questa Corte nelle sentenze del 7 novembre 2016 dalla numero 22552 alla numero 22557, relative alla disciplina speciale del settore

scolastico, ha già evidenziato in termini generali che «la complessiva durata massima di trentasei mesi costituisce un parametro tendenziale del sistema delle assunzioni a tempo determinato che porta ad allineare, ferma la specialità del D.Lgs. n. 165 del 2001, il settore privato e il settore pubblico se pur esclusivamente in ordine al limite temporale oltre il quale è configurabile l'abuso» (sentenze citate, punto 65).

16. Tale principio va in questa sede ribadito.

17. Come sopra evidenziato, l'articolo 36 D.Lgs nr. 165/2001, nelle diverse versioni succedutesi nel tempo— (salvo che nel testo vigente *ex lege* 244/2007, che non disponeva sul punto) — ha sempre richiamato per i contratti a termine stipulati dalla pubblica amministrazione la disciplina fissata, per i rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, dapprima dalla legge 230/1962 e dall'articolo 23 legge nr. 56/1987 ed, in epoca successiva, del D.Lgs. nr. 368/2001 (ponendo in tal senso un vincolo alla disciplina della contrattazione collettiva) .

18. L'intento del legislatore di estendere alle pubbliche amministrazioni le prescrizioni dettate, in particolare, dall'art. 5 del D.Lgs. nr. 368/2001, si desume anche dal comma 5 *bis* dell'art. 36 D.Lgs nr. 165/2001 (aggiunto dal citato DL. nr. 78/2009) perché con tale comma è stata espressamente limitata l'applicazione dell'art. 5 del D.Lgs. nr. 368/2001 soltanto quanto alle previsioni sul diritto di precedenza nelle assunzioni (che è stato riservato al solo personale reclutato, *ex* articolo 35 comma 1 lettera b, mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento).

19. Nel testo introdotto nell'anno 2013, l'articolo 36 del D.Lgs. nr. 165/2001 ha da ultimo dichiarato espressamente applicabile alle pubbliche amministrazioni il D.Lgs. nr. 368/2001, salvo specifiche eccezioni, tra le quali non figura l'articolo 5, comma 4 *bis* (articolo 36 comma 5 *ter*, aggiunto dall'articolo 4, comma 1, lettera *b* del D.L. 31 agosto 2013, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla Legge 30 ottobre 2013, n. 125 e successivamente abrogato dall'articolo 9, comma 1, lettera *e*, del D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75).

20. Anche l'esame del D.Lgs. 368/2001 conduce alle medesime conclusioni. L'art. 10, comma 4 *bis* del suddetto decreto legislativo —



(inserito dall' articolo 9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni in Legge 12 luglio 2011, n. 106) — nell'escludere espressamente la applicazione del precedente articolo 5 comma co.4 *bis* ai contratti a tempo determinato stipulati nel settore scolastico, indirettamente ne conferma la generale applicabilità per le pubbliche amministrazioni.

21. Secondo quanto già affermato nelle richiamate pronunce del 2016, la norma dell'articolo 5 comma 4 *bis* D.Lgs 368/2001— modellata sull'impiego privato e quindi formulata in termini di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine— si applica dunque nell'impiego pubblico privatizzato, seppur nel limite del divieto di assunzione con una successione di contratti a tempo determinato per un periodo superiore ai 36 mesi, divieto che costituisce l'implicito ma evidente presupposto della conversione.

LE MODALITA' DI APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 5 c.4 BIS D.LGS nr. 368/2001

22. La stessa amministrazione ricorrente non dubita dell'applicabilità nell'impiego pubblico privatizzato del limite dei 36 mesi di durata complessiva dei rapporti a termine successivi ma ne propone, piuttosto, una modalità diversa di computo: la durata complessiva del rapporto a termine con lo stesso lavoratore per mansioni equivalenti non potrebbe superare i 36 mesi per ciascun concorso indetto dalla amministrazione datrice di lavoro.

23. L'assunto non è condivisibile.

24. Esso non trova riscontro nella lettera della norma, che non fa alcun riferimento alle modalità in forza delle quali avviene la assunzione a termine.

25. Inoltre, la proposta interpretazione neppure è conforme alla *ratio* dell'articolo 5 comma 4 *bis* D.Lgs nr. 368/2001, che è all'evidenza quella di prevenire (e di sanzionare nell'impiego privato) l'abuso derivante dalla successione di contratti a termine, in attuazione della clausola 5 lettera *b*) dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE.

27. Rispetto alla finalità della disposizione, nessun rilievo può essere attribuito all'espletamento di una nuova procedura concorsuale; il ripetersi dei concorsi pubblici per l'assunzione a termine da parte della stessa amministrazione potrebbe consentire l'impiego dello stesso lavoratore per

coprire il medesimo posto vacante per un periodo di tempo potenzialmente illimitato.

28. Se il concorso pubblico consentisse la successione dei contratti a termine per ripetuti trienni, nella sostanza resterebbe violata anche la previsione secondo cui la pubblica amministrazione può ricorrere al lavoro flessibile solo in presenza di esigenze «temporanee ed eccezionali», giacché il ricorrere di esigenze temporanee ed eccezionali va escluso a fronte dell'impiego del lavoratore a termine in mansioni equivalenti per un periodo superiore ai 36 mesi.

29. Correttamente, pertanto, la sentenza impugnata ha evidenziato che la tesi della AZIENDA SANITARIA non trova riscontro nell'articolo 5 comma 4 *bis* D.Lgs. nr. 368/2001 né può essere fondata su circolari, che non costituiscono fonte di diritto.

30. Ne consegue il rigetto del primo motivo del ricorso principale.

31. Il secondo motivo del ricorso principale ed il primo motivo del ricorso incidentale, che possono essere trattati congiuntamente— in quanto, pur con prospettive antitetiche, entrambi vertono sulle conseguenze discendenti dalla abusiva successione dei contratti a termine — sono infondati.

32. Per costante giurisprudenza di questa Corte, dalla illegittima reiterazione di contratti a termine alle dipendenze di una pubblica amministrazione non può derivare la conversione del rapporto: quest'ultima, infatti, è esclusa per legge (art. 36 TU nr. 165/2001) e trattasi di esclusione affatto legittima sia secondo i parametri costituzionali che secondo quelli comunitari; la tutela riconosciuta al dipendente è esclusivamente quella risarcitoria (Cass. S.U. 15/03/2016 nr. 5072).

33. Piuttosto, poiché l'efficacia dissuasiva richiesta dalla clausola 5 dell'Accordo quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE postula una disciplina agevolatrice e di favore, che consenta al lavoratore che ha patito la reiterazione di contratti a termine di avvalersi di una presunzione di legge circa l'ammontare del danno, e rilevato che il pregiudizio è normalmente correlato alla perdita di *chance* di altre occasioni di lavoro stabile (e non alla mancata conversione), le Sezioni Unite nella citata pronuncia nr. 5071/2016

hanno rinvenuto nella L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 5, una disposizione idonea allo scopo, nella misura in cui, prevedendo un risarcimento predeterminato tra un minimo ed un massimo, esonera il lavoratore dall'onere della prova, fermo restando il suo diritto di provare di aver subito danni ulteriori (per tutte: Cassazione civile sez. lav., 26/05/2020, n.9787).

34. La sentenza impugnata, dopo avere accertato la abusiva successione dei contratti a termine, ha correttamente escluso la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (contrariamente a quanto assunto nel ricorso incidentale) ed altrettanto correttamente ha applicato la presunzione di danno di cui all'articolo 32, comma 5, L. nr. 183/2010 (contrariamente a quanto dedotto dalla parte ricorrente in via principale).

35. Da ultimo, va dichiarata la inammissibilità del terzo motivo del ricorso principale e del secondo motivo del ricorso incidentale, che colgono, con finalità opposte, la quantificazione della indennità ex articolo 32, comma 5, legge nr. 183/2010 operata nella sentenza impugnata.

35. Per consolidato orientamento di questa Corte (*ex aliis*: Cassazione civile sez. VI, 08/11/2019, n.28887; 10/10/2019, n.25484; Cassazione civile, sez. lav., 22/01/2014, n. 1320; 17 marzo 2014 n. 6122), la determinazione, tra il minimo e il massimo, della misura dell'indennità risarcitoria prevista all'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, nr. 183 spetta al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizio di motivazione, nei limiti in cui esso è deducibile ai sensi del vigente testo dell'articolo 360 nr. 5 cod.proc.civ.

36. Entrambe le parti ricorrenti, pur denunciando formalmente la violazione di norme di diritto, chiedono nella sostanza a questa Corte un non consentito riesame del merito.

37. Il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere conclusivamente respinti.

38. Le spese del presente grado si compensano tra le parti per la reciproca soccombenza.

39. Trattandosi di giudizio instaurato successivamente al 30 gennaio 2013 sussistono le condizioni per dare atto- ai sensi dell'art.1 co 17 L. 228/2012 (che ha aggiunto il comma 1 *quater* all'art. 13 DPR 115/2002) - della sussistenza dei presupposti processuali dell'obbligo di versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per la impugnazione integralmente rigettata, se dovuto (Cass. SU 20 febbraio 2020 n. 4315).

PQM

La Corte rigetta entrambi i ricorsi. Compensa le spese.

Ai sensi dell'art. 13 co. 1 *quater* del DPR 115 del 2002 dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente principale e del ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale e per il ricorso incidentale, a norma del comma 1 bis dello stesso articolo 13, se dovuto.

Così deciso in Roma nella udienza del 25 novembre 2020
