

**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI**

SENT. N. 4262/19  
R.G. N. ....  
CRON N. ....

sezione controversie di Lavoro e di Previdenza ed Assistenza  
composta dai sig.ri Magistrati:

- |                               |                  |
|-------------------------------|------------------|
| 1.dott. Maria Rosaria Rispoli | Presidente       |
| 2.dott. Giovanna Guarino      | Consigliere rel. |
| 3.dott. Stefania Basso        | Consigliere      |

riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 9 luglio 2019 la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile iscritta al n.8303/2011 r. g. sez. lav., vertente

**TRA**

SAGLIOCCO ANGELA, rapp.ta e difesa dagli avv.ti Bruno Carbone e Paolo Pirozzi, presso il cui studio elett.te domicilia in Napoli, via S. Teresa al Museo n. 8. appellante

**E**

MINISTERO DELLA DIFESA, SCUOLA SOTTUFFICIALI A.M "M. ANELLI" di Caserta, in persona dei rispettivi legali rapp.ti p.t, rapp.ti e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso il cui studio ope legis domicilia in Napoli, via Diaz n.11. appellati

8

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

Con ricorso depositato in data 28/6/2007 presso il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, Sagliocco Angela convenne in giudizio il Ministero della Difesa e la Scuola Sottufficiali della A.M. Anelli di Caserta esponendo di aver intrattenuto continuativi rapporti di lavoro a tempo determinato con la scuola sottufficiali dell'aeronautica militare "M. Anelli" di Caserta quale docente di materie non militari, dal 15/7/1986 al 31/12/2005, sulla base di apposite convenzioni stipulate ai sensi del D.M. Difesa del 20/12/1971.

Evidenziò, ancora, che l'insegnamento presso la Scuola era espletato a mezzo di singole e reiterate convenzioni (art. 1 D.M. del 20.12.1971), stipulate anche senza soluzione di continuità. Sottolineò che tale condotta era posta in violazione della direttiva del consiglio U.E. n. 1999/70/CE e dell'art. 5 D.lgs. 368 del 2001.

Tanto premesso, Sagliocco Angela, eccependo l'illegittimità di tali contratti a termine, anche alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea, concluse chiedendo l'accertamento del suo diritto alla costituzione di un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato fin dall'inizio del primo rapporto di lavoro, con condanna dei convenuti al pagamento, in suo favore, delle retribuzioni medio tempore non ancora corrisposte, nonché al risarcimento del danno subito.

Il Ministero della Difesa e la Scuola Sottufficiali A.M. ANELLI di Caserta si costituirono in giudizio eccependo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, l'improcedibilità della domanda e l'infondatezza, nel merito, della domanda ex adverso proposta.

Con sentenza n.7177 del 10.1.2011, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere rigettò la domanda proposta dalla ricorrente rilevando nel pubblico impiego, ai sensi dell'art.36 D.lgs. n. 165/2001, l'impossibilità di convertire i rapporti di lavoro a termine in rapporti a tempo indeterminato; inoltre rigettò la domanda risarcitoria rilevando la mancata allegazione e prova dell'effettivo danno subito.

Avverso tale sentenza, con ricorso depositato in data 6 ottobre 2011, Sagliocco Angela ha proposto appello evidenziando che il giudice di primo grado non aveva correttamente applicato la normativa comunitaria e, segnatamente, la direttiva del Consiglio U.E. del 28/9/1999 n. 1999/70/CE che, rapportata alle numerose decisioni della Corte di Giustizia della Comunità Europea, avrebbe comportato l'accoglimento delle domande avanzate in primo grado.

Ha richiamato l'applicazione dell'art. 36 comma 2 D.lgs. 165/2001, come interpretato da varie decisioni della Corte di Giustizia rilevando che il meccanismo di conferimento degli incarichi di docenza nelle forze armate delineato dal DM

g

difesa del 20/12/1971 non era volto a soddisfare esigenze temporanee e straordinarie, ma a far fronte ad esigenze strutturali e permanenti, per cui si poneva in contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro.

Pertanto, in riforma della sentenza di primo grado, ha concluso chiedendo l'accoglimento della sua domanda di trasformazione del rapporto di lavoro da rapporto a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato; in subordine ha chiesto il risarcimento del danno ex art 36 comma 2 D.lgs.165/2001, con vittoria di spese del doppio grado del giudizio.

Costituitisi in giudizio, il Ministero della Difesa e la Scuola Sottufficiali A.M. ANELLI di Caserta hanno resistito alle avverse richieste, sottolineando, in particolare, che gli incarichi di docenza nelle forze armate di cui al DM difesa del 20/12/1971 erano disciplinati da una normativa speciale e non si inquadravano nello schema del rapporto di lavoro subordinato; pertanto hanno chiesto il rigetto dell'appello, con vittoria di spese di giudizio.

All'odierna udienza di discussione, su richiesta dei procuratori delle parti, la Corte ha deciso la causa come da separato dispositivo.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

L'appello è fondato e, pertanto, va accolto nei limiti di seguito indicati adeguandosi questo Collegio ad un precedente di questa stessa Corte ( sent. n. 313/2017).

La domanda principale dell'odierna appellante è di conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato succedutesi nel tempo, in rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato, con condanna dell'amministrazione resistente al pagamento delle conseguenze economiche derivanti dalla trasformazione.

Il Tribunale ha escluso tale possibilità in considerazione dell'espresso dettato dell'articolo 36, comma 5, decreto legislativo 165 del 2001, che impedisce 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. La Corte costituzionale con la sentenza n. 69 del 2003 ha ritenuto che il meccanismo della conversione contrasterebbe con il principio costituzionale per il quale instaurazione di rapporti di pubblico impiego deve

g

avvenire mediante concorso, principio questo posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione di cui al primo comma dell'articolo 97 Cost.. Alcun dubbio di compatibilità della norma con l'ordinamento comunitario, soprattutto in seguito alla sentenza della corte di giustizia e del 7 settembre 2006.

Va dunque confermato che la norma di cui all'articolo 36 D.lgs. 165 del 2001 è categorica sul punto, disponendo che la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Se sono state violate norme imperative che regolano i lavori flessibili, il lavoratore i cui diritti sono stati lesi, potrà chiedere il risarcimento dei danni subiti e le amministrazioni avranno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili.

Il decreto legislativo n.368/01, che ha innovato la disciplina del lavoro a tempo determinato, non ha toccato questo profilo. Quindi il principio fissato nel testo unico sul pubblico impiego è rimasto inalterato.

Il decreto legislativo 165 del 2001, articolo 36, ha sicuramente riconosciuto la praticabilità del contratto a termine e di altre forme negoziali flessibili del rapporto di lavoro pubblico, valorizzando il ruolo della contrattazione collettiva con l'attribuire alla stessa di una più accentuata rilevanza rispetto al passato; nello stesso tempo la disposizione in esame ha però segnato una innegabile e chiara differenza tra il lavoro pubblico e il lavoro privato per quanto attiene al contratto a termine, sì da configurarsi una norma speciale-volta in quanto tale ad escludere la conversione in contratto a tempo indeterminato ai sensi del decreto legislativo numero 368 del 2001-in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio. Detto regime, infatti, vietando la costituzione di rapporti lavorativi a tempo indeterminato è diretto, da un lato, a responsabilizzare la dirigenza pubblica al rispetto delle norme imperative in materia e, dall'altro, a riconoscere il diritto al

g

risarcimento dei danni subiti dal lavoratore a seguito della suddetta violazione, configurandosi come alternativo a quello disciplinato dal decreto legislativo numero 368 del 2001, art. 5.

Ed è invero -è bene ribadirlo- nel lavoro pubblico all'illegittimità del contratto a termine per violazione di norme imperative non può che conseguire un regime sanzionatorio che -con l'esclusione di ogni effetto integrativo 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, danni che assumono anche essi una propria caratterizzazione correlata a negozi, la cui flessibilità assume natura e requisiti distinti da quelli risultanti nel lavoro privato e su cui i suddetti danni vanno conseguentemente parametrati.

Ed invero la Corte di giustizia ha ribadito a più riprese che la conversione in contratto a tempo indeterminato non costituisce l'unica soluzione possibile; l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non osta a che uno Stato membro preveda, in materia di abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato, una tutela differente a seconda che i contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro privato o pubblico; ciò purché l'ordinamento interno preveda una sanzione alternativa proporzionata, sufficientemente effettiva, dissuasiva ed adeguata al fine di prevenire e, se del caso, sanzionare il predetto abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto dell'unione.

Pertanto, la domanda volta ad ottenere la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato non può essere accolta.

Quanto invece alla domanda proposta in via subordinata, Sagliocco Angela ha censurato la sentenza impugnata per non aver accolto la sua domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni, risarcimento sicuramente spettante alla luce del diritto comunitario, che lo ha previsto come strumento alternativo al divieto di conversione del rapporto di lavoro. Tale danno che viene considerato in re ipsa dall'appellante, è stato commisurato dalla parte, sulla base della previsione dell'articolo 18, commi 4 e 5, legge 300 del 1970, alle retribuzioni globali di fatto

g

maturate dalla data della messa in mora della P.A (istanza di conciliazione) alla decisione, oltre alle differenze sul TFR ricevuto alla cessazione dei singoli rapporti di lavoro.

Il giudice di primo grado ha rigettato la domanda risarcitoria rilevando la mancata allegazione e prova di un effettivo danno subito.

Ritiene la Corte che due siano i profili da valutare.

Il primo, che è necessario presupposto del secondo che attiene alle modalità di liquidazione del danno, è quello che ha riguardo alla illegittimità della reiterazione dei contratti a tempo determinato verificatosi tra le parti a partire dal 15.7.1986 sino al 31.12.2005.

Tali contratti risultano tutti stipulati in virtù di quanto previsto dal D.M. del ministero della Difesa 20 dicembre 1971, in attuazione della legge 1023/1969 poi abrogata per effetto della legge n. 66 del 2010.

Essi sono stati qualificati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (C. di S. numero 96 del 23 gennaio 1992) come contratti di impiego pubblico, per cui va certamente esclusa l'ipotesi della convertibilità.

Nella suindicata pronuncia il Consiglio di Stato, sulla base di un approfondito esame della disciplina prevista dal DM del 20 dicembre 1971, ha ritenuto che il rapporto instaurato tra gli incaricati e l'amministrazione -modellato sullo schema utilizzato nella scuola statale e nell'università- vada qualificato come rapporto di lavoro subordinato.

Deve inoltre rilevarsi che il suindicato testo normativo non prevede una forma di limitazione alla reiterazione dei contratti, né alcun sistema di reclutamento del personale docente delle scuole militari in discipline diverse da quelle militari, che potesse essere considerato come normativa speciale e di presidio, equivalente alle forme di tutela dal precariato imposte dalla direttiva europea 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE o CEEP sul lavoro a tempo determinato.

G

Inoltre, risulta testualmente esclusa, stante la diversità del soggetto datore di lavoro, anche l'applicabilità della legge n. 124/1999 relativa al personale scolastico dipendente dal MIUR, oggetto di valutazione di non conformità alla direttiva da parte della sentenza della corte di giustizia e del 26 novembre 2014-Mascolo- poi recepita dalla sentenza della Corte Costituzionale la n. 187 del 20 luglio 2016.

Anche per l'ipotesi esaminata in quella sede il dubbio di conformità al diritto dell'unione si incentrava proprio sulla reiterazione degli incarichi annuali su posti d'organico vuoti, fattispecie analoga alla presente.

La Corte di giustizia nella sentenza citata ha affermato che:

*Per quanto riguarda l'esistenza di misure di prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, è pacifico che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali consenta di assumere docenti con una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per il conferimento di supplenze, senza prevedere alcuna misura che limiti la durata massima totale di tali contratti o il numero dei loro rinnovi, ai sensi del punto 1, lettere b) e c), di detta clausola. In particolare, il Tribunale di Napoli indica a tale riguardo, come risulta dal punto 28 della presente sentenza, che l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 esclude l'applicazione alla scuola statale dell'articolo 5, comma 4 bis, di detto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato, permettendo così un numero di rinnovi illimitato di siffatti contratti. È anche incontestato che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non preveda alcuna misura equivalente a quelle enunciate alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.*

85 *In tali circostanze, è importante che il rinnovo di siffatti contratti di lavoro sia giustificato da una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.*

86 Come si evince dal punto 7 delle considerazioni generali di tale accordo, infatti, e come risulta dal punto 74 della presente sentenza, i firmatari dell'accordo quadro hanno ritenuto che l'uso di contratti di lavoro a tempo determinato basato su ragioni obiettive sia un mezzo per prevenire gli abusi (v. sentenze *Adeneler e a.*, EU:C:2006:443, punto 67, nonché *Fiamingo e a.*, EU:C:2014:2044, punto 58).

87 Per quanto riguarda tale nozione di «ragioni obiettive» che figura nella clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, la Corte ha già dichiarato che essa deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza *Kücük*, EU:C:2012:39, punto 27 e giurisprudenza ivi citata).

88 Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non soddisferebbe i requisiti precisati al punto precedente della presente sentenza. Infatti, una disposizione di tal genere, di natura puramente formale, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, se esso sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine. Una siffatta disposizione comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e, pertanto, non è compatibile con lo scopo e l'effetto utile dell'accordo

8

*quadro (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 28 e 29 nonché giurisprudenza ivi citata).*

Deve quindi ritenersi che una interpretazione rispettosa della normativa dell'unione imponga di valutare la legittimità delle diverse convenzioni a tempo determinato oggetto di causa secondo i parametri generali all'epoca previsti dall'articolo 36 commi 7 ss del decreto legislativo 29 del 1993, ora confluito nell'articolo 36 del decreto legislativo 165 del 2001.

In particolare le citate disposizioni prevedevano che *"le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui commi precedenti, si avvalgono 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. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, numero 230, dall'articolo 23 della legge n. 56 del 1987, dall'articolo 3 del decreto legge n. 726 del 1984 convertito con modifiche dalla legge n. 863 del 1984, dall'articolo 16 del decreto legge n. 299 del 1994 convertito con modifiche dalla legge 451 del 1994, dalla legge n. 196 del 1997 nonché da ogni successiva modifica o integrazione della relativa disciplina.*

*In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto a risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative.*

*Le amministrazioni a non obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo colpa grave."*

g

Nel caso di specie va evidenziato che le convenzioni tra l'appellante e la Scuola Allievi si sono succedute quasi senza alcuna soluzione di continuità dal luglio 1986 al dicembre 2005; tutte le convenzioni, come precisato dall'appellante, erano state stipulate utilizzando moduli predisposti dalla scuola nei quali non si faceva alcun riferimento alle ragioni per cui si faceva ricorso alla stipula di contratti a termine; invero nella premessa della convenzione c'è solo scritto che *"L'amministrazione della Difesa ha necessità di assicurare l'insegnamento delle materie indicate al successivo art. 2 agli allievi..."*, è evidente quindi che la disciplina applicata a tali contratti non prevede né un limite massimo di contratti a termine che possono essere legittimamente stipulati, né richiede la individuazione delle ragioni oggettive che con tali contratti si perseguono, ossia la individuazione delle circostanze precise e concrete tali da giustificare l'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Dalla illegittimità della reiterazione dei contratti a termine stipulati quindi, discende l'obbligo risarcitorio previsto oggi dall'articolo 36 decreto legislativo 165 del 2001.

La questione relativa alle modalità di determinazione del danno comunitario risarcibile ha trovato autorevole soluzione a seguito della sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione n. 5072 del 2016 cui si intende dare seguito.

La citata pronuncia sanando il contrasto sul punto tiene conto anche degli arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Osserva la Corte di Cassazione che "in materia di pubblico impiego privatizzato, nell'ipotesi di abusiva reiterazione di contratti a termine, la misura risarcitoria prevista dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo 165 del 2001, ma interpretata in conformità al canone di effettività della tutela affermato dalla corte di giustizia dell'Unione Europea (ordinanza 12 dicembre 2013, in C-50/13), sicché, mentre va escluso -siccome incongruo- il ricorso ai criteri previsti per il licenziamento illegittimo, può farsi riferimento alla fattispecie omogenea di cui all'articolo 32, comma 5, della legge numero 183 del 2010, quale danno

G

presunto, con valenza sanzionatoria e qualificabile come "danno comunitario", determinata tra un minimo ed un massimo, salva la prova del maggiore pregiudizio sofferto, senza che ne derivi una posizione di favore del lavoratore privato rispetto al dipendente pubblico, atteso che, per il primo, l'indennità forfettizzata limita il danno risarcibile, per il secondo invece, agevola l'onere probatorio del danno subito".

Dovendosi, dunque, in ossequio al principio di uniformità nell'applicazione delle regole, giungere alla determinazione del danno come statuito dalla Suprema Corte in difetto di specifiche ulteriori allegazioni, ritiene questa Corte d'appello che i parametri indicati dall'articolo 32 della legge 183 del 2010 conducono a ritenere congrua una quantificazione del danno subito dal dipendente pari a 12 mensilità della retribuzione di fatto percepita in costanza di rapporto.

Deve rilevarsi, infatti, che i parametri stabiliti dall'articolo 8 della legge n. 604 del 66 e richiamati al fine di quantificare la su indicata indennità consistono: nel numero dei dipendenti occupati, nelle dimensioni dell'impresa, nell'anzianità di servizio del prestatore di lavoro e nel comportamento e nelle condizioni delle parti. Con riguardo al primo criterio, deve rilevarsi che la stessa struttura complessiva della scuola militare presso cui prestò servizio la Sagliocco può considerarsi di notevoli dimensioni; sotto il profilo dell'anzianità di servizio del lavoratore bisogna considerare che l'appellante è stata alle dipendenze della scuola per svariati anni (quasi 20), e quindi per un periodo non breve, con tutte le conseguenze in termini di mancata possibilità di reperire altre occasioni lavorative. Inoltre, il contratto a termine è stato prorogato o rinnovato numerose volte con gravi ricadute sulle aspettative occupazionali del dipendente. Dunque, operando un bilanciamento tra tali circostanze, deve ritenersi congrua la quantificazione dell'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto erogata.

In tal senso va quindi riformata l'impugnata sentenza, condannandosi il Ministero della Difesa e la Scuola Sottufficiali della A.M. "Mario Anelli" di

g

Caserta, in solido, a risarcire a Sagliocco Angela il danno subito dalla stessa ex art.36 D.lgs. n.165/2001, liquidato nella misura di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto corrisposta, oltre accessori come per legge dalla presente sentenza.

In applicazione del principio della soccombenza, le spese del doppio grado vanno poste a carico delle parti appellate nella misura liquidata in dispositivo e con attribuzione a favore dei procuratori dell'appellante.

### **PQM**

La Corte così provvede: 1) accoglie l'appello ed in riforma dell'impugnata sentenza condanna il Ministero della Difesa e la Scuola Sottufficiali della A.M. "Mario Anelli" di Caserta, in solido, a risarcire a Sagliocco Angela il danno subito dalla stessa ex art.36 Dlgs n.165/2001, che liquida nella misura di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto corrisposta, oltre accessori come per legge dalla presente sentenza ; 2) condanna gli appellati al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, che liquida per il primo grado in euro 1.800,00 e per il secondo grado in euro 2.000,00, oltre spese generali, iva e c.p.a come per legge, con attribuzione, in solido, agli avv.ti Bruno Carbone e Paolo Pirozzi antistatari .

Così deciso in Napoli il giorno 9 luglio 2019

Il Consigliere est. rel.



Il Presidente

