Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in absentia legum et contra legem

di Vincenzo DE MICHELE

1. La finta privatizzazione del pubblico impiego italiano dal d.lgs. n.29/1993 fino al d.lgs. n.81/2015 sul riordino delle tipologie contrattuali, autodichiaratosi incompatibile con il diritto dell'Unione europea. - 2. La Corte costituzionale e l'invenzione del "controlimite" del divieto di conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego. - 3. Nozioni di "lavoratore subordinato" nel lavoro (pubblico) "atipico" nella giurisprudenza della Corte costituzionale. - 4. La nozione unitaria di "lavoratore [subordinato]" nella giurisprudenza Ue: le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi e le sentenze Fenoll e Regojo Dans. - 5. La risposta adesiva della Corte costituzionale italiana alla riscoperta della nozione unitaria di lavoratore subordinato nella giurisprudenza Ue. - 6. La Corte di giustizia e la Commissione suggeriscono alla Corte costituzionale la soppressione del "controlimite" del divieto di conversione nel pubblico impiego: l'ordinanza Affatato e la sentenza Valenza. - 7. La Corte costituzionale si adegua ai suggerimenti della Corte di giustizia e toglie i controlimiti al precariato pubblico: l'ordinanza n.49/2013 sulla natura giuridica delle aziende sanitarie e l'ordinanza Mattarella n.207/2013 di rinvio pregiudiziale sul reclutamento scolastico. - 8. La Corte di giustizia scioglie il nodo gordiano (interno) del divieto di conversione nel pubblico impiego e ordina la stabilizzazione dei precari pubblici e l'equiparazione delle tutele in entrata con i lavoratori privati: le sentenze Carratù e Mascolo, l'ordinanza Papalia. - 9. Giurisdizione "a protezione europea" versus legislatore fraudolento per la maggior tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori precari. Il rinvio a nuovo ruolo delle cause sul reclutamento scolastico in Corte costituzionale. - 10. Prospettive conclusive: il d.lgs. n.81/2015 sul "disordine" delle tipologie contrattuali flessibili in contrasto con il diritto Ue e il possibile intervento "preventivo" censorio della Corte costituzionale sui precari delle Fondazioni liriche e sinfoniche.

1. La finta privatizzazione del pubblico impiego italiano dal d.lgs. n.29/1993 fino al d.lgs. n.81/2015 sul riordino delle tipologie contrattuali, autodichiaratosi incompatibile con il diritto dell'Unione europea

Il primato del diritto "comunitario" sulle legislazioni nazionali è sancito unicamente nella dichiarazione n. 17¹, allegata ai Trattati Ue: «Per giurisprudenza costante della

¹ V. P. Gianniti, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Idem* (a cura di),

Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.».

Quindi, la primazia del diritto dell'Unione non è un dato scontato sul piano generale del sistema delle fonti del diritto, sicuramente non lo è stato per il Governo italiano che, dal 1993 all'attualità, ne ha vanificato la penetrazione nell'ordinamento interno soprattutto attraverso quel buco nero della finanza pubblica, quale dovremmo qualificare il processo di "privatizzazione del pubblico impiego".

L'applicazione al lavoro pubblico delle stesse regole del diritto del lavoro (e previdenziali) che governano quello privato nasce dal principio europeo della libera circolazione dei lavoratori e dal divieto di ogni discriminazione in ragione della cittadinanza per l'accesso al lavoro, di cui agli artt. 1 e 7, del regolamento CE n. 1612/1968.

In particolare, la Commissione CE, avendo constatato che in alcuni Stati membri un gran numero di posti considerati appartenenti al pubblico impiego non avevano alcun rapporto con l'esercizio di pubblici poteri e con la tutela degli interessi generali dello Stato (situazione questa che costituiva specifica deroga alla libera circolazione nell'accesso al lavoro in altri Stati), intraprendeva nel 1998 un'«azione sistematica» con la comunicazione 88/C 72/02 in materia di applicazione dell'art. 48, n. 4, del Trattato CEE.

In questa comunicazione la Commissione invitava gli Stati membri a consentire ai cittadini degli altri Stati membri l'accesso ai posti negli enti incaricati della gestione di un servizio commerciale, come i trasporti pubblici, la distribuzione dell'elettricità o del gas, la navigazione per via aerea o marittime, le poste e telecomunicazioni, nonché negli enti di radiotelevisone, nei servizi operativi della sanità pubblica, nell'insegnamento pubblico e nella ricerca effettuata a scopi civili negli istituti pubblici.

La Commissione, infatti, riteneva che i compiti e le responsabilità che caratterizzavano i posti rientranti in questi settori fossero solo in via del tutto eccezionale riconducibili alla deroga di cui all'art.48, n. 4, del Trattato CEE per gli impieghi nella pubblica amministrazione.

Seguirono negli Stati membri i faticosi processi di privatizzazione del pubblico impiego (per l'Italia con il d.lgs. n. 29/1993 e con la finta privatizzazione di Poste italiane e la sottoscrizione nel novembre 1994 del 1° contratto collettivo di lavoro macroaziendale di diritto privato), con le tre contestuali sentenze di condanna per inadempimento del 2 luglio 1996 della Corte di giustizia nei confronti del Belgio

La Cedu e il ruolo delle Corti, 2015, Bologna, 149.

(causa C-173/03), del Granducato di Lussemburgo (causa C-473/03) e della Grecia (causa C-290/04).

La Corte europea ha evidenziato che i tre Stati membri non avevano limitato il requisito della rispettiva cittadinanza all'accesso ai posti di pubblico dipendente o impiegato che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle funzioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche, e lo avevano esteso, invece, in violazione della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, ai settori pubblici della ricerca, dell'insegnamento, della sanità, dei trasporti via terra, marittimi e aerei, delle poste e delle telecomunicazioni e nei servizi di distribuzione di acqua, gas ed elettricità.

Nonostante l'abile strumento elusivo delle assunzioni stabili nella pubblica amministrazione di cui all'art. 36, c. 2, d.lgs. n. 165/2001 e del divieto di conversione per violazione di norme imperative concernenti l'assunzione e l'impiego dei rapporti di lavoro flessibili, anche l'Italia ha subito dalla Corte di giustizia ben due condanne per inadempimento sulla libera circolazione dei lavoratori nell'accesso all'impiego nella scuola statale sia nel 2005² che nel 2006³, fino alla sentenza *Mascolo*⁴ del 26 novembre

² CGUE, sez. II, 12 maggio 2005, causa C-278/03 *Commissione contro Repubblica italiana*, su cui cfr. V. De Michele, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, in *Lav. giur.*, 2011, 701.

³ CGUE, sez. II, 26 ottobre 2006, causa C-371/04 *Commissione contro Repubblica italiana*, su cui cfr. V. De Michele, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, cit., 703.

⁴ CGUE, sez. III, 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 *Mascolo* ed altri contro *Miur* e Comune di Napoli. Sulla sentenza *Mascolo* cfr. V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, su www.europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; P. Coppola, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, *ivi*, 10 gennaio 2015; S. Galleano, *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, *ibidem*, 8 gennaio 2015; R. Irmici, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, su questa Rivista, 2015, n.2, pp.177 ss.; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, su *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, p.343 ss.; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, *ivi*, 2015, II, p.336 ss.; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, su *Lav. pp. aa.*, nn.3-4, 2014, 499 ss.; R. Nunin, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo"*

2014, che impone la definizione di un processo effettivo di equiparazione delle discipline e delle tutele tra i lavoratori alle dipendenze di pubbliche amministrazioni e i dipendenti di datori di lavoro privati.

L'equiparazione tra lavoro pubblico e lavoro privato sembrava rafforzata dalla modifica dell'art. 97 della Costituzione con la legge costituzionale n.1/2012 a decorrere dal 1° gennaio 2014, con l'introduzione cioè del seguente comma premesso: «*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano la parità di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico*». La nuova disposizione costituzionale, infatti, integrando e rafforzando l'art.117, comma 1, Cost., obbliga le pubbliche amministrazioni a tener conto, nell'azione amministrativa, dell'intero quadro normativo Ue per raggiungere l'obiettivo generale della parità di bilancio, rispettando (e applicando) anche le direttive sociali che riguardano l'organizzazione del lavoro e la disciplina dei rapporti di lavoro.

In effetti, il d.lgs. 25 giugno 2015, n.81 sul riordino delle tipologie contrattuali di lavoro in attuazione dell'art.1, comma 7, lettere a) e b), della legge delega 25 dicembre 2014, n.183, segna il punto estremo di confusa assimilazione delle discipline tra lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni e lavoro privato, realizzato però attraverso la (comune) eliminazione delle tutele contro gli abusi nell'utilizzo della flessibilità in entrata, nel contratto a tempo determinato, nel contratto di somministrazione a tempo determinato, nel lavoro accessorio.

La nuova disciplina delle tipologie contrattuali di lavoro, tuttavia, contiene in sé il vizio genetico della temporaneità e della inaffidabilità, per dichiarata incompatibilità con il diritto dell'Unione europea e, quindi, per carenza strutturale della delega.

Infatti, l'art. 1, comma 7, ultima parte della legge delega n.183/2014 fissa le condizioni di legittimità costituzionale e sovranazionale del percorso normativo di razionalizzazione e riordino delle tipologie contrattuali, che appunto deve essere realizzato «*in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali*».

Viceversa, **nel decreto del 15 giugno 2015** con cui, l'ultimo giorno utile per il rispetto del termine semestrale della delega, **il Presidente della Repubblica ha**

sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego, su *Lav. giur.*, 2015, 2, 146 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, su *Il quotidiano giuridico*, 5 gennaio 2015, n.5; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, su *Arg. dir. lav.*, 2015, 1, p.189; M. Aimo, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, IT – 249; C. De Marco, *Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dell'Europa*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, IT – 243; A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, II, c. 93.

emanato lo schema di decreto legislativo adottato nella riunione del Consiglio dei Ministri dell'11 giugno 2015, **manca il riferimento al rispetto del diritto dell'Unione europea e non vengono citati né l'art.117, comma 1, né l'art.97, comma premesso, della Carta costituzionale**, nonostante, per il resto, il contenuto della delega sia integralmente trascritto.

Evidentemente, il Presidente Mattarella non è convinto che il testo del decreto legislativo contenga norme che attuino correttamente le direttive europee: inusuale caso di *absentia legis* dichiarata dallo stesso legislatore (o meglio da chi le leggi le deve promulgare).

2. La Corte costituzionale e l'invenzione del "controlimite" del divieto di conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego

Sabino Cassese in un recente editoriale⁵ ha accusato i sindacati di assumere nella propria azione indirizzi conservatori, insistendo «regolarmente per la stabilizzazione di precari negli uffici pubblici, in barba al dettato della Costituzione».

Immagino che l'illustre Autore faccia riferimento al metagiuridico divieto di conversione nel pubblico impiego nel caso di mancato espletamento di concorso pubblico per tutti i lavoratori a tempo determinato, che discenderebbe dall'art. 97, comma 3, Cost., e che ha trovato la sua prima più compiuta enunciazione nella nota e incredibile sentenza della Corte costituzionale sui bidelli⁶, che il concorso per legge non lo hanno mai fatto, accedendo al reclutamento stabile attraverso graduatorie permanenti per soli titoli.

E' abbastanza singolare che l'ex autorevole Giudice della Corte costituzionale dimentichi, per un'inspiegabile forma di oblio, l'inciso e ultima parte dell'art.97 co.3 Cost. «salvo i casi stabiliti dalla legge», che consente dunque deroghe alla regola del concorso, seppure legislativamente disposte.

Infatti, con la **sentenza n.81/1983 la Corte costituzionale** ha legittimato la discrezionalità del legislatore di ricorrere all'assunzione nel pubblico impiego con modalità diverse da quelle concorsuali, salvo il rispetto del criterio della razionalità dell'intervento: *«non può negarsi al legislatore un'ampia discrezionalità nello scegliere i sistemi e le procedure per la costituzione del rapporto di pubblico impiego e per la progressione in carriera; il limite a questa discrezionalità è dato essenzialmente dall'art. 97, primo comma, Cost., dal quale discende la necessità che le norme siano tali da garantire il buon andamento della P.A.; il che, per quanto attiene al momento*

⁵ S. Cassese, *Discorso critico sul diritto del lavoro*, in Dir. lav. merc., 2014, I, 7.

⁶ Cfr. Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89.

della costituzione del rapporto d'impiego, consiste nel far sì che nella P.A. siano immessi soggetti i quali dimostrino convenientemente la loro generica attitudine a svolgere le funzioni che vengono affidate a chi deve agire per la P.A. e, per quanto attiene alla progressione, consiste nel valutare congruamente e razionalmente la attività pregressa del dipendente, sì da trarne utili elementi per ritenere che egli possa bene svolgere anche le funzioni superiori. A tal fine lo stesso art. 97, terzo comma, ritiene che il sistema preferibile per la prima ammissione in carriera, e cioè per l'accertamento della predetta generica attitudine sia quello del pubblico concorso: ma non lo eleva a regola assoluta, lasciando libero il legislatore di adottare sistemi diversi, purché anch'essi congrui e ragionevoli in rapporto al fine da raggiungere ed all'interesse da soddisfare.»

In perfetta coerenza con il precedente di dieci anni prima, la stessa **Corte costituzionale con la sentenza n.266/1993** aveva dichiarato illegittima una norma della Regione Sicilia che aveva previsto un concorso riservato per figure professionali, il cui accesso stabile alla pubblica amministrazione era invece regolamentato dalla norma statale dell'art. 16 della l. n. 56/1987, cioè per il tramite degli (ex) Uffici del lavoro.

Viceversa, dieci anni dopo, i collaboratori scolastici (Corte Cost. 27 marzo 2003, n. 89) devono fare il concorso, nonostante l'unica modalità di accesso stabile presso la pubblica amministrazione scolastica sia rappresentata (e regolata per legge) dall'inserimento nelle graduatorie per soli titoli (diploma di scuola media inferiore e servizi lavorativi), cioè secondo le condizioni di accesso e di progressione mutate dall'art. 16 della l. n. 56/1987.

Pare evidente che **la Corte costituzionale con la sentenza n.89/2003 ha respinto senza giuridica motivazione le ineccepibili sollecitazioni del Giudice del rinvio (Tribunale di Pisa) ad adeguare l'ordinamento interno alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, consentendo l'equiparazione piena della tutela contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato tra lavoratori alle dipendenze di privati e lavoratori precari pubblici**, fissando invece l'apodittico "controlimite" del divieto di conversione nel pubblico impiego.

3. Nozioni di "lavoratore subordinato" nel lavoro (pubblico) "atipico" nella giurisprudenza della Corte costituzionale

Del resto, è sintomatico che nella **sentenza n.293/2009** (Est. Cassese) la Consulta richiama erroneamente le citate sentenze della Corte di giustizia del 1996 di inadempimento alla libera circolazione dei lavoratori nell'accesso al pubblico impiego anche sanitario, argomentando in modo manipolativo e non veritiero che la stessa Corte

europea avrebbe riconosciuto in quelle decisioni il principio/obbligo del pubblico concorso.

E non è neanche casuale che la **Corte costituzionale con la sentenza n. 267/2013** (Est. Cassese) abbia dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma sull'applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato ai contratti di lavoro a termine dei **vigili del fuoco volontari**. Secondo la Corte costituzionale il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del Corpo dei vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate ad eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consiste in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale.

I volontari dei vigili del fuoco non ricadrebbero quindi nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge» (clausola 2): non vi sarebbe un rapporto di lavoro, ma di servizio.

Anche in questo caso si è in totale disaccordo con la decisione della Consulta, che ha qualificato diversamente (come rapporto di servizio) un rapporto di lavoro che solo il Giudice di merito può qualificare come tale e considerare di natura subordinata e che comprende in sé, come la gran parte dei contratti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, anche il rapporto di "servizio".

Questa "innovativa" e apodittica pronuncia di chiaro favore amministrativo-erariale, chiaramente legata alla massima estensione possibile dell'autarchico divieto di stabilizzazione dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego, si pone in aperto contrasto anche con più autorevoli e "conservative" (per usare le categorie di analisi politico-sociale di Cassese) decisioni della stessa Consulta (**Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121**), che ha precisato: *«non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoro subordinato.»*

Anche nella **sentenza n.115/1994** la Corte costituzionale precisava che *«affinché si mantenga il carattere precettivo e fondamentale, essi (diritti dettati dalla Costituzione a tutela del lavoratore) devono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento, eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il nomen iuris enunciato, siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile.»*

Venti anni dopo, seguendo questa autorevole (e dimenticata) giurisprudenza costituzionale, la Corte di giustizia nella sentenza *Sibilio*⁷ sulla tutela dei contratti temporanei dei lavoratori socialmente utili, al punto 48 ha ribadito il principio che «*il legislatore italiano non può rifiutare la qualifica giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che, oggettivamente, rivestono una siffatta natura.*».

4. La nozione unitaria di “lavoratore [subordinato]” nella giurisprudenza Ue: le conclusioni dell’avvocato generale Mengozzi e le sentenze Fenoll e Regojo Dans.

E’ l’avvocato generale italiano Mengozzi che, finalmente, **nelle conclusioni delle cause Fenoll** (C-316/13, depositate il 12 giugno 2014) e **Regojo Dans** (C-177/14, depositate il 20 maggio 2015) **ha convinto la Corte di giustizia a rivedere la sua giurisprudenza e a ritornare ad una nozione unitaria Ue di lavoratore subordinato**, evitando quelle derive nazionalistiche nell’applicazione delle direttive europee che hanno portato alla proliferazione dei contratti di lavoro atipici, non solo in Italia.

Importanti anche le fattispecie di causa in cui è maturata la revisione della giurisprudenza comunitaria.

Nella causa *Fenoll* si controverteva dell’eventuale diritto alle ferie annuali (in applicazione diretta e orizzontale dell’art.7 della direttiva 2003/88/CE sull’organizzazione dell’orario di lavoro, in combinato disposto con l’art.31 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea) di un lavoratore disabile con capacità lavorativa inferiore a un terzo di quella normale, inserito nei Centri di aiuto attraverso il lavoro (CAT), strutture di accoglienza di tipo medico-sociale prive di scopo di lucro. Il lavoratore disabile percepiva un sussidio pubblico per l’attività “lavorativa” svolta nei CAT, senza essere qualificato come lavoratore subordinato nella legislazione francese.

Il precedente “negativo” per il riconoscimento del diritto alle ferie annuali era facilmente rinvenibile nella sentenza *Betray*⁸, in cui la Corte ha ritenuto che una persona che lavorava in un’impresa specificamente creata da un Comune olandese al solo fine di occupare persone temporaneamente o durevolmente incapaci di inserirsi in un ambiente di lavoro ordinario, non potesse essere considerata un lavoratore, in quanto le attività esercitate non costituivano attività economiche reali ed effettive, essendo solo uno strumento di rieducazione e di reinserimento.

⁷ CGUE, sez. VI, 15 marzo 2012, causa C-157/11 *Sibilio* contro *Comune di Napoli*.

⁸ CGCE, Gr. sez., 31 maggio 1989, causa C-344/87 *Betray* contro *Staatssecretaris Van Justitie*.

Nella causa *Regojo Dans* si controvertava, ancora una volta, sulla nota questione del riconoscimento del diritto agli scatti triennali di anzianità nei confronti di una lavoratrice spagnola (in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE), reclutata "occasionalmente" (cioè sulla base di un contratto di natura fiduciaria e legato alla durata del servizio di chi aveva conferito l'incarico occasionale) presso il Consiglio di Stato, dove prestava servizio dal 1° marzo 1996 almeno fino al 25 gennaio 2012 come capo della segreteria del presidente della II sezione, avendo comunque espletato attività di lavoro temporaneo presso le pubbliche amministrazioni (anche presso la Corte costituzionale) per 31 anni e mezzo.

La situazione su cui la Corte di giustizia era chiamata a pronunciarsi nella causa *Regojo Dans* era identica a quella sfociata nell'ordinanza *Rivas Montes*⁹, con cui la Corte ha dichiarato di non essere competente a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione spagnola alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. In tale ordinanza, la Corte era chiamata ad occuparsi della disposizione spagnola che prevedeva, con riferimento ai dipendenti di ruolo, la considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, di tutti i periodi anteriori di servizio, a prescindere dall'amministrazione nella quale essi erano stati svolti. La stessa disposizione prevedeva, per contro, con riferimento agli agenti assunti con contratto, la considerazione dei soli periodi di servizio svolti nella stessa amministrazione.

L'avvocato generale Mengozzi critica sia la sentenza *Bentray* che l'ordinanza *Rivas Montes* e, in questo caso, anche la prima ordinanza *Vino*¹⁰, sulle cui conclusioni la

⁹ CGUE, sez. VIII, ord. 7 marzo 2012, causa C-178/12 *Rivas Montes* contro *IMDECO*.

¹⁰ Corte giust., sez. VI, ordd. 11 novembre 2010 e 22 giugno 2011, rispettivamente in cause C-20/10 e C-161/11 *Vino* c/ Poste italiane. L'avvocato generale Mengozzi nella causa C-177/14 *Regojo Dans* così censura le ordinanze *Rivas Montes* e *Vino* nella lunghissima nota 73: «In ogni caso, la soluzione accolta dalla Corte nell'ordinanza *Rivas Montes* mi sembra criticabile. Infatti, nella misura in cui la ricorrente era stata assunta a tempo determinato, e taluni lavoratori a tempo indeterminato (i dipendenti di ruolo) beneficiavano del vantaggio ad essa negato, sarebbe stato preferibile, a mio avviso, ritenere che fosse integrata una disparità di trattamento vietata dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Negare alla sig.ra *Rivas Montes*, come fatto dalla Corte, il beneficio di tale clausola 4 si risolve nell'esigere che tutti i lavoratori a tempo indeterminato comparabili (dipendenti di ruolo e agenti assunti con contratto a tempo indeterminato), e non solo taluni lavoratori a tempo indeterminato comparabili (i dipendenti di ruolo), beneficino del vantaggio negato al lavoratore a tempo determinato che si reputa vittima di una discriminazione. Siamo in presenza in tal caso, mi sembra, di un'interpretazione restrittiva della citata clausola 4, mentre gli obiettivi di detto accordo quadro e il suo effetto utile richiedono un'interpretazione ampia della clausola in parola. Infine, rilevo

Corte aveva fondato la declaratoria di incompetenza.

L'avvocato generale italiano sulla nozione di lavoratore nel diritto dell'Unione evidenzia che «*ai fini dell'applicazione della direttiva 2003/88, tale nozione non può essere interpretata in vario modo, con riferimento agli ordinamenti nazionali, ma ha una portata autonoma propria del diritto dell'Unione. Essa dev'essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. Orbene, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione*» (conclusioni causa Fenoll, punto 29), richiamando sia la sentenza *O'Brien*¹¹ sull'applicazione della clausola 4 della direttiva 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale ai giudici onorari britannici sia la sentenza *Union syndicale Solidaires Isère*¹² sull'applicazione della direttiva 2003/88/CE per quanto riguarda i riposi giornalieri anche ai lavoratori occasionali e stagionali con "contratto di assistenza educativa" della durata massima di 80 giorni l'anno sia la fondamentale sentenza *Lawrie-Blum*¹³ sul criterio del vincolo di subordinazione ricavato dal diritto alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, applicato in Germania a tirocinanti insegnanti nel pubblico impiego (v. conclusioni causa *Regojo Dans*, nota 13), sia, infine, la già citata sentenza *Sibilo* sui lavoratori socialmente utili in Italia (conclusioni causa *Regojo Dans*, punto 22).

Secondo Mengozzi, l'operazione di qualificazione relativa alla nozione di lavoratore deve fondarsi su criteri obiettivi, e tutte le circostanze del caso devono

che nell'ordinanza Vino, sulla quale si fonda la Corte nell'ordinanza Rivas Montes, nessun lavoratore a tempo indeterminato poteva beneficiare del vantaggio rivendicato dal ricorrente, in quanto un siffatto vantaggio consisteva nell'indicazione obbligatoria, nel contratto di lavoro a tempo determinato, della ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato (posto che l'omissione di una siffatta indicazione comportava la riquilificazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato). Si era dunque effettivamente in presenza di una disparità di trattamento fra taluni lavoratori a tempo determinato (quelli al servizio, come il ricorrente, delle poste italiane, la cui normativa prevedeva che il contratto non doveva menzionare la ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato) e altri lavoratori a tempo determinato (quelli che beneficiavano delle disposizioni di diritto comune, ossia il cui contratto doveva menzionare la ragione per la quale esso era a tempo determinato). V. ordinanza Vino (C-20/10, EU:C:2010:677, punti 15, 16 e 57).».

¹¹ CGUE, sez. II, 1° marzo 2012, causa C-393/10 *O'Brien* contro *Ministro della Giustizia*.

¹² CGUE, sez. II, 14 ottobre 2010, causa C-428/09 *Union syndacale Solidaires Isère* contro *Primo Ministro ed altri*.

¹³ CGCE, 3 luglio 1986, causa C-66/85 *Lawrie-Blum* contro *Land Baden-Württemberg*.

essere valutate nel loro complesso. A tal riguardo, la natura giuridica sui generis di un rapporto di lavoro con riguardo al diritto nazionale non può avere alcuna conseguenza sulla qualità di lavoratore ai sensi del diritto dell'Unione. Ciò significa in concreto, nell'ambito della causa *Fenoll*, che il fatto che le persone disabili che soggiornano in un CAT siano assoggettate solo a talune disposizioni del codice del lavoro non può costituire un ostacolo con riferimento alla potenziale qualificazione di suddette persone come «lavoratore» ai sensi della direttiva 2003/88 (conclusioni causa *Fenoll*, punto 30).

In effetti, la Corte di giustizia nella sentenza *Fenoll*¹⁴, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione francese, ha precisato che la **nozione di «lavoratore [subordinato]»** di cui all'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretata nel senso che essa può comprendere un disabile ammesso in un centro di aiuto attraverso il lavoro (CAT), nonostante l'ordinamento transalpino configuri le prestazioni rese presso i CAT come di natura meramente previdenziale e assistenziale, e non lavorativa.

La Corte di giustizia non si pronunzia sull'applicazione diretta ed orizzontale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella causa *Fenoll* perché, sempre accogliendo le conclusioni di Mengozzi, evidenzia che *ratione temporis* la fattispecie del giudizio principale si era conclusa in periodo antecedente all'entrata in vigore dal 1° dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, momento dal quale se ne potesse inferire l'applicazione diretta come norma dei Trattati (art.6 TUE).

Anche nella sentenza *Regojo Dans*¹⁵, accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale italiano e rivedendo il precedente orientamento dell'ordinanza *Rivas Montes* sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale Supremo spagnolo, la Corte di giustizia precisa che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che si applica a un lavoratore «occasionale» quale la ricorrente nel procedimento principale e dichiara che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una

¹⁴ CGUE, sez. I, 26 marzo 2015, causa C-316/13 *Fenoll* contro *Centre d'aide par le travail «La Jouvène»*.

¹⁵ CGUE, sez. III, 9 luglio 2015, causa C-177/04 *Regojo Dans* contro *Consejo de Estado*.

maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili.

5. La risposta adesiva della Corte costituzionale italiana alla riscoperta della nozione unitaria di lavoratore subordinato nella giurisprudenza Ue

Pare evidente che questa giurisprudenza sovranazionale, recuperando il proprio *spatium deliberandi* nell'interpretazione e nell'applicazione delle direttive sociali, limita la discrezionalità degli Stati membri quanto alla proliferazione dei contratti di lavoro atipici soprattutto nel pubblico impiego, consentendo alle Corti superiori nazionali una maggiore effettività interpretativa nella tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, rimanendo nell'ambito del dialogo con la Corte costituzionale italiana, va evidenziato che la Consulta con una articolata e condivisibile motivazione nella sentenza n.114/2015 (Pres. Criscuolo, Est. Sciarra) ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, comma 2, d.lgs. n.184/1997 in materia di ricongiunzione, di riscatto e di prosecuzione volontaria ai fini pensionistici, sollevata dalla Corte d'appello di Trieste, nella parte in cui limiterebbe il ricorso alla contribuzione volontaria, per contestuali periodi di assicurazione ad una forma di previdenza obbligatoria, in ipotesi in cui, oltre a detta contribuzione vi sia stata anche quella versata nella cosiddetta gestione separata di cui all'art. 2, comma 26, della legge n. 335/1995.

In effetti, secondo la Corte costituzionale, entra in gioco proprio la nozione unitaria (e comunitaria) di "lavoratore subordinato" sia in relazione al lavoro a tempo parziale sia in relazione al lavoro occasionale di tipo accessorio, cui potrebbe essere assimilata la prestazione di promoter (cioè di collaborazione coordinata e continuativa) che, nella fattispecie di causa, avrebbe fatto scattare il divieto di cumulo di contribuzione obbligatoria e contribuzione alla gestione separata.

Secondo il Giudice delle leggi, nell'ordinanza di rinvio non si forniscono elementi sufficienti a consentire di comprendere la natura ed i caratteri del rapporto di lavoro in questione, né il regime di tutele ad esso applicabile. Non è dato intendere se la natura "saltuaria" della prestazione sia riconducibile a un rapporto di lavoro occasionale di tipo accessorio, svolto da un soggetto a rischio di esclusione sociale, per un compenso inferiore alla somma dei cinquemila euro, somma indicata quale tetto massimo per tali prestazioni lavorative. Ugualmente incerta risulta la configurazione di un rapporto di lavoro a tempo parziale, di tipo "verticale", svolto solo in alcuni giorni della settimana, secondo una cadenza prestabilita nel contratto individuale di lavoro. La Corte rimettente non adduce specifiche e valide motivazioni, al fine di ricondurre la

prestazione di lavoro in oggetto entro l'ambito di applicazione della norma censurata, né si premura di assimilarla alle fattispecie individuabili quali *tertium comparationis*.

Il dialogo a distanza tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sembra dunque cominciare a dare buoni frutti, come vedremo, anche sul piano della stabilizzazione del precariato pubblico.

6. La Corte di giustizia e la Commissione suggeriscono alla Corte costituzionale la soppressione del “controlimito” del divieto di conversione nel pubblico impiego: l’ordinanza Affatato e la sentenza Valenza

Dopo le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*¹⁶ della Corte di giustizia, il legislatore ha avviato immediatamente il processo di stabilizzazione del precariato pubblico (legge finanziaria n.296/2006), avendo ben compreso che la compatibilità *prima facie* della Corte di giustizia sul risarcimento del danno previsto dall'allora art.36 c. 2 d.lgs. n.165/2001 a fronte del divieto di conversione avrebbe dovuto rispettare le rigide condizioni fissate dal Collegio di Lussemburgo circa la natura dissuasiva, effettiva ed equivalente della sanzione in caso di abusi nella successione di contratti a tempo determinato.

Ebbene, soltanto la stabilizzazione del precariato storico avrebbe potuto compensare, con l'effettività ed equivalenza della tutela rispetto ai lavoratori a tempo determinato nell'impiego privato, la volontà dello Stato di non applicare alle pubbliche amministrazioni le sanzioni previste dal d.lgs. n.368/2001.

In effetti, contestualmente alla seconda legge finanziaria di stabilizzazione del precariato pubblico il legislatore del Collegato lavoro (legge n.247/2007) ha introdotto l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 a decorrere dal 1° gennaio 2008 (nel contempo modificando anche l'art.5, comma 2, del decreto legislativo), inserendo così una misura adeguata a prevenire gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato soprattutto nel pubblico impiego ai sensi della clausola 5, n.1, lettera b), dell'accordo quadro comunitario.

Il legislatore di dicembre 2007 ha, altresì, modificato l'art. 36 del d.lgs. n.165/2001 con la legge finanziaria n. 244/2007, disponendo il divieto assoluto di procedere alla stipula ed al rinnovo di contratti a termine. Tale modifica non può che essere interpretata in connessione con l'introduzione dell'art. 5 c. 4 bis d.lgs. n.368/2001.

¹⁶ CGUE, sez. II, 6 settembre 2006, cause non riunite C-53/04 *Marrosu e Sardino* e C-180 *Vassallo*, in entrambi i casi contro *Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*.

La versione dell'art. 36 TUPI dell'epoca era infatti collegata all'introduzione del limite dei 36 mesi (e della conseguente trasformazione a tempo indeterminato); diversamente non avrebbe avuto senso che venisse improvvisamente vietata la stipulazione di contratti a termine, salvo che per esigenze eccezionali, e venisse altresì introdotto il divieto della loro proroga e, in particolare, della reiterazione dell'assunzione, sotto qualsiasi forma flessibile, dello stesso lavoratore.

Infine, con la (ulteriore) modifica operata sull'art. 36, d.lgs. n.165/2001 con l'art. 17 della legge n. 109/2009 è stato inserito il comma 5 *bis* allo stesso art. 36, in base al quale le disposizioni dei commi 4-*quater*, 4-*quinqües* e 4-*sexies* dell'art.5 del d.lgs. n.368/2001 si applicano esclusivamente al personale reclutato secondo le procedure di cui all'art. 35, comma 1, lettera b), del d.lgs. n.165/2001.

Dunque, nel coordinamento tra l'art. 5 del d.lgs. n.368/2001 e l'art. 36 del d.lgs. n.165/2001, il legislatore ha escluso unicamente la operatività di alcune delle disposizioni dell'art. 5, d.lgs. n.368/01, tra le quali non figura il comma 4 bis che risulta quindi pienamente applicabile al pubblico impiego.

Tale situazione normativa è emersa nella causa pregiudiziale C-3/10 *Affatato*, a fronte della chiara posizione dell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Rossano che negava ogni possibilità di tutela effettiva ai lavoratori a tempo determinato nel pubblico impiego nazionale anche per la scuola statale, perché priva di effettività la norma che prevede il risarcimento dei danni - art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001.

L'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte depositate il 7 maggio 2010 nella causa *Affatato* C-3/10, prendendo posizione anche sulle questioni di pregiudizialità sollevate dal Tribunale di Rossano sul precariato scolastico ai nn.4), 5), e 6), ha ammesso l'applicazione integrale del d.lgs. n.368/2001 a tutti i dipendenti pubblici a tempo determinato, compreso il personale della scuola, sottolineando (al punto 67) come le modifiche apportate dalla legge n.247/2007 con i commi 4 bis, 4-ter, 4-*quinqües* e 4-*sexies* aggiunti all'art.5 del d.lgs. n.368/2001 avessero rafforzato le tutele preventive e antiabusive in materia di contratti a tempo determinato anche nel pubblico impiego.

E' significativo che il 16 aprile 2010 è stata presentata alla Commissione Ue l'interrogazione scritta n. E-2354/10 della parlamentare europea Rita Borsellino, che segnalava che - all'epoca - in Italia esistevano più di 70.000 ausiliari tecnici amministrativi (personale ATA) che si occupano a diverso titolo del funzionamento della scuola pubblica e che operavano da diversi anni con contratti a tempo determinato, reiterati negli anni, dando vita a una forma di precariato di lunga durata, senza che venissero riconosciuti a questa fascia di lavoratori gli stessi diritti derivanti dall'assunzione a tempo indeterminato.

L'europarlamentare lamenta, dunque, la mancata applicazione della sentenza *Adeneler*¹⁷ della Corte di giustizia, che aveva addirittura sancito la non applicazione della norma della Costituzione ellenica (art.103) che prevedeva il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego, per contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Qualche giorno dopo il deposito delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Affatato* e attingendo evidentemente dalla stessa fonte, la Commissione europea, nel rispondere il 10 maggio 2010 all'interrogazione scritta, ne ha recepito le indicazioni, confermando l'applicazione dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine "successivi" di durata superiore a trentasei mesi con lo stesso datore di lavoro anche pubblico, con particolare riferimento alla scuola e al personale ata. Tuttavia, prudentemente l'Istituzione Ue si è riservata di scrivere «*alle autorità italiane per ottenere informazioni e chiarimenti sull'applicazione della normativa italiana agli ausiliari tecnici amministrativi delle scuole pubbliche*».

Ricevute informazioni nazionali non positive sul rispetto degli obblighi comunitari nei confronti dei supplenti della scuola e sull'applicazione dell'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001, **la Commissione ha aperto la procedura di infrazione n.2124/2010 prima nei confronti del solo personale ata, estendendola nel 2012 anche a tutto il personale docente, infine allargandola con il parere 21 novembre 2013 a tutto il precariato pubblico, dopo le modifiche all'art.36, d.lgs. n.165/2001 introdotte dal d.l. n.101/2013.**

Paradossalmente la scuola pubblica è l'unico "settore" del pubblico impiego in cui sono state imposte rigorose modalità di reclutamento per l'accesso anche alle supplenze (art.70, comma 8, 3° capoverso, d.lgs. n.165/2001), oltre che alle assunzioni in ruolo, attraverso il citato "doppio canale" (metà immessi in ruolo dalle graduatorie concorsuali e metà dalle graduatorie permanenti ad esaurimento fondate sui titoli di accesso e sui titoli di servizio) ed è l'unico "settore" in cui vi è stato un incremento

¹⁷ CGUE, grande sez., 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, causa C-212/04. Sulla sentenza *Adeneler v. R. CONTI e R. FOGLIA, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr. giur.*, 2006, 1456-1459; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel. ind.*, 2006, 439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 752-755; A. M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, 48-70.

esponenziale del precariato (certamente emblematici al riguardo sono l'art. 1, commi 605-620, della l. 296/2006, l'art. 2 della l. n. 244/2007, l'art. 64 del d.l. 112/2008 e l'art. 19 del d.l. 98/2011 che, per meri motivi di politica economica, hanno ridotto del 20% gli organici di diritto individuati dal MIUR e quindi il numero delle immissioni in ruolo), perché deliberatamente lo Stato non ha espletato concorsi per ben tredici anni dal 1999 al 2012.

Ecco perché la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ordinanza *Affatato*¹⁸ al punto 48 ha ritenuto l'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001 la sanzione idonea a soddisfare le condizioni di compatibilità con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, accogliendo proprio le osservazioni scritte dello Stato Italiano sul punto, senza scendere nel merito della effettività della "tutela" del risarcimento dei danni prevista dall'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001.

Peraltro, l'art. 97, comma 3, Cost. e l'accesso alle pubbliche amministrazioni mediante concorso è stato richiamato nella giurisprudenza comunitaria soltanto nella sentenza *Valenza*¹⁹ al punto 13, oltre che nella prima delle ordinanze *A.E.E.G. c/ Bertazzi*²⁰.

La fattispecie esaminata dalla **Corte di giustizia nella sentenza *Valenza*** era relativa ad una normativa di favore – art.75, comma 2, d.l. n.112/2008, non convertito in legge - che aveva consentito ai raccomandati (dal legislatore d'urgenza) precari delle Autorità indipendenti, con stipendi ben superiori a quelli di altri dipendenti pubblici con mansioni equivalenti in base all'autonomia finanziaria e regolamentare dell'Ente pubblico a cui si aggiungevano ulteriori assegni *ad personam* di "cortesia" (€ 1.574,10 mensili per la ricorrente *Valenza*, come precisato dal Consiglio di Stato nella sentenza n.5287/2013), di essere stabilizzati d'urgenza sulla base di un'applicazione "estensiva" dell'art.1, comma 519, della l. n.296/2006 (1^a legge di stabilizzazione dei precari pubblici con almeno tre anni di servizio e un concorso pubblico per l'accesso a tempo determinato o una procedura selettiva "finale" prima dell'assunzione a tempo indeterminato) senza né concorso pubblico di accesso né procedura selettiva di

¹⁸ Corte giust., VI Sez., ord. 1° ottobre 2010, causa C-3/10 *Affatato* contro *ASL Cosenza*. Sulla ordinanza *Affatato* v. W. FERRANTE, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass.avv.Stato*, 2011, 2 Sez., I, pp.12-16; M.BORZAGA, *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, pp. 859-865.

¹⁹ Corte giust., VI Sez., 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11 *Valenza ed altri* contro *AGCM*.

²⁰ Corte giust., VIII Sez., ord. 7 marzo 2013, causa C-393/11 *A.E.E.G. contro Bertazzi*.

stabilizzazione, rinunciando all'anzianità di servizio maturata per i periodi a tempo determinato e mantenendo però l'assegno *ad personam* riassorbibile.

E' evidente che la Corte di giustizia, riproducendo gli artt.3 (punto 12) e 97, comma 3, Cost., ha stigmatizzato lo Stato italiano sin dalle cause *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* per aver sempre insistito sulla necessità del concorso pubblico per l'accesso stabile al pubblico impiego, presentandosi poi con una decretazione d'urgenza, senza neanche la dignità della conversione in legge, che aveva provveduto a stabilizzare senza alcuna procedura selettiva personale precario "favorito" discrezionalmente rispetto ad altri dipendenti a tempo determinato stabilizzati tramite selezione.

La Corte di giustizia nella sentenza *Valenza* smentisce l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale e confermata dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 392/2012, in ordine al presunto divieto di conversione nel pubblico impiego nazionale come principio addirittura di rango "comunitario", che sarebbe stato confermato dall'ordinanza *Affatato* della Cgue.

In particolare al punto 69 la Corte di giustizia smentisce l'interpretazione proposta dal Consiglio di Stato sulla ordinanza *Affatato*, dato che la clausola 5 dell'accordo quadro è priva di rilevanza al riguardo, e che inoltre le ordinanze di rinvio non forniscono alcuna informazione concreta e precisa in merito ad un eventuale utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non vi è luogo – così come sostenuto dalle ricorrenti nei procedimenti principali – per pronunciarsi in merito all'interpretazione della clausola suddetta.

Né va dimenticato, come già anticipato, che con la legge costituzionale n.1/2012 e con decorrenza dal 1° gennaio 2014 nel testo dell'art.97 della Carta fondamentale è stato inserito il comma "premessso", in base al quale le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Questa disposizione crea la regola costituzionale della parità di bilancio (con contestuale modifica dell'art.81 Cost.), legando l'operato delle pubbliche amministrazioni in attuazione dei principi di legalità, buon andamento e imparzialità di cui all'art.97 Cost. all'osservanza dell'intera normativa dell'Unione, e non solo di quelle della contabilità pubblica, come ribadito dall'art.18, comma 4, del d.l. n.83/2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n.134/2012.

7. La Corte costituzionale si adegua ai suggerimenti della Corte di giustizia e toglie i controlimiti al precariato pubblico: l'ordinanza n.49/2013 sulla natura giuridica delle aziende sanitarie e l'ordinanza *Mattarella* n.207/2013 di rinvio pregiudiziale sul reclutamento scolastico

Dopo la sentenza *Valenza* la Corte costituzionale²¹ si è finalmente adeguata alla giurisprudenza europea e, richiamando sentenze del Consiglio di Stato²² e della Cassazione a Sezioni Unite²³, ha affermato che «**le aziende sanitarie si caratterizzano, secondo il prevalente e consolidato orientamento interpretativo, per essere enti pubblici economici esercenti la loro attività *utendo iure privatorum***»²⁴.

Fa una certa sensazione il fatto che la Corte costituzionale abbia smentito se stessa a distanza di pochissimi anni dalle due declaratorie di illegittimità costituzionale della legislazione regionale in materia di stabilizzazione del personale precario del SSN in Veneto e in Puglia, nulla per violazione della regola del concorso pubblico²⁵.

Così come desta perplessità il fatto che, in conseguenza della devastante e anti-giuridica sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale, siano state sollevate ben tre cause pregiudiziali sul precariato sanitario regionale nei giudizi definiti dalle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e dall'ordinanza *Affatato* sull'applicazione dell'art.36, comma 2 (poi 5), del d.lgs. n.165/2001 per poi scoprire che il TUPI non è applicabile alle aziende sanitarie, che sono dal 1999 Enti pubblici economici e quindi soggetti imprenditori.

Stesso atteggiamento il Giudice delle leggi ha assunto sul precariato scolastico con le contestuali ordinanze “Mattarella” nn.206 e 207 del 18 luglio 2013²⁶.

²¹ Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 49.

²² Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2004, n. 5924; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2001, n. 2609, in www.giustizia-amministrativa.it

²³ Cass., Ss. Uu., 30 gennaio 2008, n.2031.

²⁴ Sul punto v. condivisibilmente R. IRMICI, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, cit., 183.

²⁵ V. Corte Cost. 13 novembre 2009, n.293 (Regione Veneto) e 11 febbraio 2011, n.42 (Regione Puglia), quest'ultima addirittura scritta dallo stesso Estensore di Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 49, a distanza di appena due anni.

²⁶ Corte cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, ord. 18 luglio 2013, nn. 206 e 207, su cui cfr. V. DE MICHELE, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla “nuova” disciplina del contratto a termine*, in *Lav. giur.*, 2014, 816 e ss., nonché *L'ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in www.europeanrights.eu; U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in www.forumcostituzionale.it, 24 luglio 2013; in senso conforme L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv. giur. lav.*, 2013, 4, 425; B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in*

Con la 1ª ordinanza n.206/2013 la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal giudice del rinvio (Tribunale di Trento), perché i docenti supplenti avevano insistito anche nel giudizio davanti alla Consulta nel sostenere l'applicabilità della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001 e la Corte ha messo in evidenza che non erano state sottoposte a scrutinio di costituzionalità le due norme del 2009 (art.4, comma 14 bis, legge 124/1999) e del 2011 (art.10, comma 4 bis, d.lgs. 368/2001), che impedivano l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 e dell'art. 5, comma 4 bis in particolare.

Con la 2ª ordinanza n.207/2013 la Corte costituzionale ha invece proposto per la prima volta questioni pregiudiziali Ue in sede incidentale, mettendo in discussione la compatibilità dell'attuale sistema di reclutamento scolastico del personale docente e ata a tempo determinato con la direttiva 1999/70/CE e costringendo così la Corte di giustizia, dopo le numerose pronunce interpretative sull'accordo quadro a tempo determinato, a fornire risposte più chiare nei confronti dello Stato italiano sugli abusi delle pubbliche amministrazioni in caso di successione dei contratti temporanei.

8. La Corte di giustizia scioglie il nodo gordiano (interno) del divieto di conversione nel pubblico impiego e ordina la stabilizzazione dei precari pubblici e l'equiparazione delle tutele in entrata con i lavoratori privati: le sentenze Carratù e Mascolo, l'ordinanza Papalia

Dopo il deposito dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale nella causa C-418/13 *Napolitano* ed altri contro *Miur* (che è stata riunita alle quattro ordinanze già sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-63/13 *Mascolo, Forni e Racca* sul precariato scolastico e nella causa C-62/13 *Russo* sul precariato pubblico regionale), in risposta al dialogo diretto del Giudice delle leggi con la Corte di giustizia per tentare di risolvere problemi strutturali e gravissimi dell'ordinamento interno per mancato corretto assolvimento agli obblighi comunitari, il legislatore d'urgenza con l'art.4 del d.l. 31 agosto 2013, n.101 (convertito con modificazioni dalla l. 30 ottobre 2013, n.125) ha modificato l'art.36 d.lgs. n.165/2001, inserendo due norme – il comma 5-ter e il comma 5-quater -che impediscono *apertis verbis* ogni tutela effettiva anche risarcitoria in caso di abuso nella successione dei contratti a termine in tutto il pubblico impiego.

un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013, 23 ottobre 2013, in www.forumcostituzionale.it.

Viceversa, dal 12 dicembre 2013 al 26 novembre 2014 la Corte di giustizia è intervenuta sul precariato pubblico italiano in modo molto diverso e molto più incisivo ed efficace rispetto ad alcuni provvedimenti precedenti della stessa Corte, come per lo “Stato-PI” (PI è acronimo di Poste italiane) la sentenza *Viscido*²⁷ e le due ordinanze *Vino* e per lo Stato-SSN (SSN è acronimo di Servizio Sanitario Nazionale), le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza *Affatato*: la sentenza *Carratù*²⁸, l’ordinanza *Papalia*²⁹ e la sentenza *Mascolo*, le cui risposte interpretative devono essere lette in modo combinato (in termini, Cass., sentenza n.27363/2014).

Tali risposte possono essere così schematizzate nella loro straordinaria valenza interpretativa ed applicativa:

- l’art. 117, comma 1, Cost. impone al legislatore nazionale di dare corretta esecuzione agli obblighi comunitari, tra cui la direttiva 1999/70/CE (sentenza *Mascolo*, punti 11 e 14) e le sanzioni antiabusive previste dalla normativa interna che attua l’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato rientrano tra i “casi stabiliti dalla legge”,

²⁷ Corte giust., sez. IV, 7 maggio 1998 in cause riunite da C-52/97 a C-54/97 *Viscido e a.* contro Poste italiane.

²⁸ Corte giust., sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-361/12 *Carratù* contro *Poste italiane*. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, *Lav. giur.*, 3, 2014, 241-260; *Id.*, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo*, cit.; L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. giur.*, 2014, 5, 463-465; P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta euounitaria del sistema interno*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 198; R. NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *Riv.giur.lav.*, 2014, p.124; M. LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 2, II, 487 e ss.; S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2014, 682-695; GENTILE, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell’indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 479 e ss.

²⁹ Corte giust., sez. VI, ord. 12 dicembre 2013, in causa C-50/13 *Papalia* contro *Comune di Aosta*, commentata da E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, su *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, II, 86 e ss.; nonché da R. NUNIN, *op.cit.*; B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l’ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, II, 1033 e ss.

attraverso i quali i lavoratori pubblici precari possono accedere a posto stabile nella pubblica amministrazione (sentenza *Mascolo*, punto 14);

• **lo Stato italiano, nel recepire correttamente la direttiva 1999/70/CE prevedendo misure effettive ed “energetiche” idonee a prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come l’art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001** (sentenza *Mascolo*, punto 55; già ordinanza *Affatato*, punto 48), **si adegua al principio di leale cooperazione con le Istituzioni europee di cui all’art.4, punto 3, del Trattato dell’Unione europea TUE, da cui il Giudice nazionale non può discostarsi se non violando in maniera flagrante il diritto europeo** (sentenza *Mascolo*, punti 59-61);

• il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione delle clausole 4, punto 1, e 5, punto 1, lettera a) e punto 2, lettera b) dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato anche per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie in caso di utilizzo illecito (sentenza *Carratù*, punti 22-24);

• l’art.32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 ricade nell’ambito della direttiva 1999/70, anche se le disposizioni controverse sono state emanate per finalità e scopi diversi rispetto alla necessità di attuazione della direttiva (sentenza *Carratù*, punti 25-26);

• Poste italiane è organismo statale, è lo Stato italiano che opera in settori economici totalmente aperti alla concorrenza, e non è una impresa privata (sentenza *Carratù*, punti 27-31);

• a Poste italiane, in quanto organismo statale, e a tutte le pubbliche amministrazioni si applica direttamente il decreto legislativo n.368/2001 e la misura preventiva e sanzionatoria effettiva dell’art.1, commi 1 e 2, dell’unica normativa interna attuativa della direttiva 1999/70/CE delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 5, 22 e 24; sentenza *Mascolo*, punto 14);

• per l’effetto, **a tutte le pubbliche amministrazioni non si applica** (né è stato mai applicabile) **l’art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 in quanto misura inidonea a sanzionare l’utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego** (ordinanza *Papalia*, conclusioni) **sia che si tratti di un unico contratto a termine** (sentenza *Carratù*) **sia che si tratti di una pluralità di contratti successivi** (ordinanza *Papalia*, conclusioni; sentenza *Mascolo*, punto 114) **e il Giudice nazionale, in questo caso, è tenuto a dare effettività alla tutela dei lavoratori pubblici a tempo determinato applicando le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, cioè gli artt.1, commi 1 e 2, 4 e 5, commi**

2, 3, 4 e 4-bis, d.lgs. n.368/2001 come richiamati dall'art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001 (ordinanza *Papalia*, punti 7 e 35; sentenza *Mascolo*, punto 55);

- anche le conseguenze sanzionatorie in caso di illecito utilizzo del contratto a tempo determinato (anche del primo e unico rapporto a termine) entrano nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4, n.1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 32-38);

- le situazioni dell'utilizzo illecito di un contratto a tempo determinato e del licenziamento ingiustificato da un contratto a tempo indeterminato sono differenti e, dunque, normalmente non rientrano nei parametri di comparabilità previsti dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo comunitario sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 42-45);

- tuttavia, **poiché il legislatore nazionale ha introdotto disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato, cioè ha equiparato la tutela speciale prevista dall'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (caso della lavoratrice postale *Carratù*) o dall'art.5, commi 3, 4 e 4-bis, dello stesso decreto 368 (caso del maestro di banda musicale *Papalia*; caso dell'insegnante di asilo comunale *Russo*) in caso di assunzione illecita *ex tunc* o *ex nunc* a tempo determinato con la tutela prevista per il licenziamento ingiustificato nel campo di applicazione dell'art.18 della legge n.300/1970 (nella formulazione antecedente le modifiche della legge n. 92/2012), il combinato disposto della clausola 4, punto 1, e della clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro impone la rimozione o non applicazione di tutte le disposizioni di legge successive al d.lgs. n. 368/2001 che impediscono l'applicazione diretta (anche a Poste italiane e a tutte le pubbliche amministrazioni) del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro** (sentenza *Carratù*, punto 28 e punti 46-48);

- infine, non è necessario risolvere le questioni interpretative sul giusto processo e l'applicazione diretta dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, perché l'applicazione diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro comunitario non rende necessaria la cogenza della norma primaria del Trattato UE (sentenza *Carratù*, punto 49; sentenza *Mascolo*, punto 121), con la disapplicazione della norma retroattiva che modifica la tutela già riconosciuta (v. sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*³⁰, richiamata sia nella sentenza *Carratù* sia nella sentenza

³⁰ Corte giust., sez. II, 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 *Gavieiro Gavieiro* e C-459/09 *Iglesias Torres*. Sulla sentenza *Gavieiro Gavieiro* e *Iglesias Torres*, cfr. V. DE MICHELE, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p.781-796; L. DRIGUEZ, *Contrat de travail à durée déterminée et égalité de traitement*, in *Europe*, 2011, n° 2, p.43-44; E. JEANSEN,

Mascolo, che ha imposto alla Spagna la diretta non applicazione o disapplicazione di una norma interna che modificava *in peius* retroattivamente la tutela già assicurata nell'ordinamento interno in base al corretto recepimento della clausola di non discriminazione inserita nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato³¹).

Peraltro, nel dichiarare con la prima formale sentenza di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE del "malcapitato" Lussemburgo la mancata predisposizione di misure preventive contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato per i lavoratori saltuari dello spettacolo, **la Corte di giustizia con la sentenza *Commissione contro Lussemburgo*³² a distanza di tre mesi richiama ben volte la sentenza *Mascolo*, che considera effettivamente la 1^a vera e gravissima sentenza di inadempimento sull'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato sul precariato scolastico italiano, invitando così la Commissione a vigilare sulla stabilizzazione dei supplenti della scuola statale e di tutto il precariato pubblico nazionale e di intervenire nuovamente con ricorso per inadempimento all'esito della procedura di infrazione n.2010-2124 e del parere motivato del 20 novembre 2013.**

In ogni caso, **la censura della Corte di giustizia sulla scelta di escludere la temporaneità come causa giustificativa del ricorso sia ai contratti a tempo determinato sia alla somministrazione a tempo determinato, operata dal legislatore d'urgenza italiano del d.l. n.34/2014, è integrale e confermata dalla recente sentenza della Grande Sezione della Corte europea³³ sull'interpretazione**

Égalité de traitement des salariés embauchés pour une durée déterminée, in *SJS*, 2011, n° 13, pp.38-39; P.Sardina Cámara, *La primacía del derecho comunitario versus el criterio temporal contenido en el art. 25.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. A propósito de la STJUE de 22 diciembre de 2010*, in *Diario La ley*, 2011, n° 7619, pp.1-3; F.SIOTTO, *Parità di trattamento per i lavoratori a tempo determinato: il principio di non discriminazione impone il diritto all'indennità per anzianità di servizio*, in *RIDL*, 2011, II, pp.1294-1299

³¹ Così conclude al punto 5 la sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* sul potere di disapplicare la norma interna retroattiva in contrasto con il diritto dell'Unione: «Nonostante l'esistenza, nella normativa nazionale di trasposizione della direttiva 1999/70, di una disposizione che, pur riconoscendo il diritto dei dipendenti pubblici temporanei al versamento delle indennità per trienni di anzianità, esclude tuttavia l'applicazione retroattiva di tale diritto, le autorità competenti dello Stato membro interessato hanno l'obbligo, in forza del diritto dell'Unione, e nel caso di una disposizione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che figura nell'allegato della direttiva 1999/70, avente effetto diretto, di attribuire al citato diritto al versamento delle indennità un effetto retroattivo a decorrere dalla data di scadenza del termine impartito agli Stati membri per la trasposizione di tale direttiva.»

³² Corte giust., sez. III, 26 febbraio 2015, causa C-238/14 *Commissione contro Lussemburgo*.

³³ Corte giust., gr. sez., 17 marzo 2015, causa C-533/13 *AKT*.

della direttiva 2008/104/CE in materia di lavoro alle dipendenze di agenzie interinali.

La Corte ha confermato le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, che aveva insistito sulla temporaneità come causa giustificativa del ricorso al lavoro interinale, escludendo la legittimità a tale strumento negoziale per fabbisogno permanente di personale, così legittimando la conformità di quelle misure preventive antiabusive che, invece, il legislatore italiano ha integralmente soppresso anche per il contratto a tempo determinato.

9. Giurisdizione “a protezione europea” contro il legislatore fraudolento per la maggior tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. Il rinvio a nuovo ruolo delle cause sul reclutamento scolastico in Corte costituzionale

Il 23 giugno 2015 in Corte costituzionale era stata fissata nel calendario dell'udienza pubblica la discussione delle questioni di legittimità costituzionale (due del Tribunale di Roma e due del Tribunale di Lamezia Terme) che sono state già oggetto di delibazione da parte della Corte di giustizia nella causa *Mascolo*, con l'aggiunta di tre ordinanze del Tribunale di Trento, sostanzialmente identiche a quelle già dichiarate inammissibili dall'ordinanza n.206/2013 della Consulta.

Cosa avrebbe fare la Corte costituzionale, rispetto ad una situazione processuale in cui tutte e sette le ordinanze di rinvio chiedono la declaratoria di illegittimità dell'art.4, comma 1, della l. n.124/1999, la cui rimozione (scontata, dopo la sentenza *Mascolo*) lascerebbe però il vuoto della sanzione adeguata da applicare?

Il Giudice delle leggi avrebbe potuto senza dubbio intervenire, consentendo la definizione di un nuovo quadro normativo scevro delle attuali superfetazioni di disposizioni ostative alla tutela, con l'applicazione di quella norma che la Corte di giustizia in ben due pronunce (ordinanza *Affatato*, punto 48; sentenza *Mascolo*, punto 55) ha riconosciuto come regolativa di una sanzione adeguata in caso di abusivo utilizzo di contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego: l'art.5, comma 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001.

Per raggiungere tale risultato e dare indicazioni chiare alla giurisprudenza di merito, in prevalenza orientata sulla liquidazione di un risarcimento dei danni di cui si ignorano i fondamenti giuridici e che tutte le Corti superiori³⁴ hanno escluso possa

³⁴ Il risarcimento danni per abusivo utilizzo di contratti a tempo determinato successivi per il tramite del reclutamento scolastico disciplinato dall'art.4 della l. n.124/1999 è escluso, in relazione alla legittimità e conformità alla predetta disposizione di legge del sistema delle supplenze scolastiche, sia dalla Corte di cassazione nella sentenza n.10127/2012 sia dalla Corte

configurarsi in riferimento al reclutamento scolastico, la Corte costituzionale avrebbe potuto operare - sia ai sensi dell'art.27 della l. n. 87/1953 sia sollevando d'ufficio questioni di legittimità costituzionale delle norme ostative all'effettività della tutela antiabusiva - dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art.4, commi 1, 2 e 14-bis, della l. n.124/1999, dell'art.10, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, dell'art.36, commi 2 ultimo periodo, 5-ter e 5-quater, d.lgs. n.165/2001, nella parte in cui tali norme consentono assunzioni a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni scolastiche sia di personale docente che di personale tecnico, ausiliario ed amministrativo, al di fuori dell'applicazione del d.lgs. n. 368/2001, e segnatamente della sanzione contenuta nell'art.5, comma 4-bis.

La delimitazione del personale da "stabilizzare" a quello che ha superato i 36 mesi di servizio precario alle dipendenze dell'Amministrazione scolastica sarebbe stata in linea con le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* ed avrebbe evitato i pasticci del Governo nella legge sulla "Buona Scuola" appena approvata (e in corso di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale), che invece individua il requisito dei 36 mesi (interpretato incredibilmente come riferito a tre supplenze annuali e non come sommatoria di tutti i periodi di servizio precario con mansioni equivalenti) come limite massimo di utilizzo del personale già inserito nelle graduatorie ad esaurimento, oltre il quale sarebbe vietata l'utilizzazione dello stesso personale supplente.

Verso una soluzione di questo genere si è orientata anche la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite³⁵, che ha definitivamente concluso al pt. 14 per la non applicazione del divieto di conversione in caso di abusivo ricorso a contratti a tempo

costituzionale nell'ordinanza n.207/2013 sia dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* (punto 114, che richiama le posizioni dei Giudici del rinvio pregiudiziale), che affermano categoricamente l'inapplicabilità dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001. L'ostinazione con cui la giurisprudenza di merito si ostina ad escludere la sanzione della riqualificazione in contratto a tempo indeterminato e ad applicare la sanzione del risarcimento dei danni, richiamando sempre e a sproposito il divieto di conversione di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e l'art.97, comma 3, Cost. ha qualcosa di "morboso" e di irrazionale ("spaventoso"), come opportunamente segnalato dal Tribunale di Locri (Est. D'Agostino) nella sentenza n.808/2015 di stabilizzazione del personale ata supplente. Soprattutto, mi pare doverosa la constatazione che la gran parte della magistratura specializzata non abbia mostrato rispetto per le situazioni di precarietà lavorativa "incolpevole" di tanti lavoratori pubblici, tollerando eccessivamente e inspiegabilmente gli abusi delle pubbliche amministrazioni.

³⁵ Cass., 9 marzo 2015, n. 4685, in *GCMass.*, 2015; commentata da R. Nunin, *Dopo "Mascolo" (ed in attesa della Consulta...): un obiter dictum delle Sezioni unite du nullità del termine e sanzioni nel pubblico impiego*, in *Lav. giur.*, 2015, 6, 588 ss.

determinato almeno nei confronti del personale precario degli Enti pubblici economici (Cass., sez. lav., n.4062/2011) e delle società *in house* (Cass., sez. lav., n.23702/2013), con conseguente diritto alla riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti flessibili almeno nella vigenza del d.lgs. n. 368/2001, richiamando l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia e scaricando in buona parte la responsabilità della confusione sulla stabilizzazione del pubblico sulla Corte costituzionale e sull'uso eccessivamente restrittivo della regola del concorso, soprattutto per quei profili professionali in cui la regola per l'accesso stabile è un'altra (l'art. 16, l. n. 56/1987) o le procedure selettive sono state comunque espletate, seppure non con le caratteristiche del concorso pubblico per titoli ed esami.

Anche il Consiglio di Stato, dopo il confronto burrascoso con la Corte di giustizia conclusosi con la sentenza *Valenza* e le due ordinanze *Bertazzi*, ha avviato un dialogo costruttivo con la giurisprudenza comunitaria su problematiche legate alla stabilizzazione e al riconoscimento del principio di parità di trattamento del personale precario della scuola pubblica, con la sentenza sui dirigenti scolastici a tempo indeterminato vincitori del concorso riservato ai docenti (anche a tempo determinato) che avevano maturato più di cinque anni di servizio (Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2014, n. 4724); con la sentenza sul divieto di discriminazione indiretta per l'accesso dei docenti a tempo indeterminato ad abilitazioni di altre classi di concorso attraverso i tfa tirocini formativi attivi (Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2015, n.2138); con la sentenza che riconosce il diritto dei docenti in possesso del diploma abilitante di istituto magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 ad accedere alle graduatorie permanenti ad esaurimento (Cons. St., sez. VI, 16 aprile 2015, n.1973).

Non vi è dubbio che le predette decisioni della giurisprudenza nazionale di vertice, orientate a recepire i principi europei e la giurisprudenza della Corte di giustizia, si pongano spesso *praeter legem* o addirittura *contra legem*.

Ma non si tratta di giurisprudenza eversiva. E' il legislatore nazionale che, operando quasi sempre al di fuori del quadro costituzionale dell'art.117, comma 1, Cost. e quindi in flagrante e costante violazione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, obbliga la giurisdizione ad una operazione di supplenza che, se costituzionalmente e eurounitariamente orientata, consente la legittima e necessaria espunzione di norme fraudolente per sostituirle con una disciplina sistematica, che rafforza la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori senza andare ad incidere con le ragioni finanziarie ed economiche dello Stato.

La sentenza *Mascolo* ricorda al punto 110 che, sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del

ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

La Corte di giustizia non fa altro che riprodurre implicitamente l'art.97, comma premesso, della Costituzione nazionale e l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di operare in coerenza con l'intero ordinamento dell'Unione europea, senza nascondersi dietro presunte ragioni finanziarie e di bilancio quando violano le direttive europee.

Tuttavia, a quattro giorni dall'udienza del 23 giugno 2015 di discussione delle questioni di legittimità sul reclutamento scolastico la Corte costituzionale ha disposto il rinvio delle cause a nuovo ruolo, rimandando apparentemente *sine die* la soluzione della definizione sistematica, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, delle regole che disciplinano i rapporti di lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni scolastiche. Perché questo rinvio improvviso e imprevisto?

10. Prospettive conclusive: il d.lgs. n.81/2015 sul "disordine" delle tipologie contrattuali flessibili in contrasto con il diritto Ue e il possibile intervento "preventivo" censorio della Corte costituzionale sui precari delle Fondazioni liriche e sinfoniche.

Pare a chi scrive che il rinvio della discussione delle cause sulla legittimità costituzionale del reclutamento scolastico sia legato a tre situazioni concomitanti.

Innanzitutto, la Corte costituzionale ha avvertito la necessità di responsabilizzare il Governo italiano agli impegni assunti di approvare entro il 15 giugno 2015 la legge sulla "Buona scuola", contenente il piano di stabilizzazione di poco più di 100.000 docenti precari inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento, dopo l'incauto annuncio del 16 giugno 2015 del Presidente del Consiglio dei Ministri di rinviare l'approvazione della legge e quindi le nuove assunzioni con decorrenza dal 1° settembre 2016. In effetti, il differimento dell'udienza in Corte costituzionale ha indotto il Governo ad accelerare, con l'uso della fiducia in Senato, l'iter di approvazione della legge di riordino del sistema scolastico, appena approvata, consentendo così una parziale e temporanea soluzione del problema del precariato scolastico.

In secondo luogo, il 15 giugno 2015 il Presidente della Repubblica ha emanato il decreto legislativo n.81/2015 sul riordino delle tipologie contrattuali di lavoro, che contiene una disciplina del lavoro a tempo determinato (e del contratto di somministrazione a tempo determinato; e del contratto accessorio; e delle collaborazioni organizzate dal committente) applicabile alle pubbliche amministrazioni che è in totale distonia con i principi e le direttive dell'Unione europea, di cui nel presente lavoro si è cercato di evidenziare i punti essenziali attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel decreto presidenziale, come già notato, manca la

trascrizione della parte della delega di cui all'art.1, comma 7, della legge n.183/2014 in cui si condizionava l'operato del Governo alla coerenza con il diritto dell'Unione europea.

In particolare, per quanto riguarda la “disciplina” del contratto a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, vanno evidenziate le seguenti “incongruenze” rispetto al sistema delle fonti eurounitario:

- i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze (come i contratti a termine del personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale) sono esclusi dal campo di applicazione della nuova disciplina (e quindi da ogni disciplina sul contratto a tempo determinato), ai sensi dell'art.29, comma 2, lett.c), d.lgs. n.81/2015, in aperta violazione della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia;
- i contratti a tempo determinato dei ricercatori universitari stipulati ai sensi dell'art.24 della legge n.240/2010 sono esclusi dal campo di applicazione della nuova disciplina (e quindi da ogni disciplina sul contratto a tempo determinato), ai sensi dell'art.29, comma 2, lett.d), d.lgs. n.81/2015, in aperta violazione della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia e della raccomandazione n.251/2015 della Commissione europea, che estende anche a tale categoria di lavoratori pubblici l'applicazione della direttiva 1999/70/CE;
- continua ad applicarsi a tutti i dipendenti a tempo determinato delle pubbliche amministrazioni l'art.36 del d.lgs. n.165/2001 (art.29, comma 4, d.lgs. n.81/2015), che però è svuotato del suo contenuto regolativo dal momento che il d.lgs. n.368/2001, richiamato espressamente nel comma 2 e nel comma 5-ter del predetto art.36, è stato soppresso dall'art.55, comma 1, lett.b), d.lgs. n.81/2015, rimanendo così operativa solo la disposizione sulla ampia legittimazione all'uso dei contratti a tempo determinato per esigenze temporanee o eccezionali (art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001) e la mancanza di qualsiasi sanzione effettiva in caso di abuso nella successione contrattuale (art.36, commi 5, 5-ter e 5-quater, d.lgs. n.165/2001);
- al personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale (già Enti pubblici non economici) di cui al d.lgs. n.367/1996 non si applica la normativa sui contratti successivi contenuta nella nuova disciplina, ai sensi dell'art.29, comma 3, d.lgs. n.81/2015, per cui tali contratti possono essere prorogati o rinnovati senza limiti.

Di fronte a questo nuovo quadro normativo desolante, la Corte costituzionale ha fatto benissimo a rinviare a nuovo ruolo le cause sul precariato scolastico, anche in attesa della soluzione che la stessa Consulta dovrà fornire sui contratti a tempo determinato dei dipendenti delle Fondazioni Enti lirici, su cui appunto è nuovamente intervenuto il legislatore “Italiexit” con l'art.29, comma 3, d.lgs. n.81/2015.

Infatti, ed è questa la terza situazione che potrebbe aver indotto il Giudice delle leggi al rinvio delle cause sulla scuola, la Corte di appello di Firenze con l'ordinanza

n.234/2014, decisa nella camera di consiglio del 10 giugno 2015 (Rel. Sciarra), ha sollevato una condivisibile e ben argomentata questione di legittimità costituzionale della solita norma autoqualificata di interpretazione autentica (art.40, comma 1-bis, d.l. n.69/2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 98/2013), nella parte in cui interpreta l'art.3, comma 6, primo periodo, del d.l. n. 64/2010, convertito, con modificazioni, in legge n.100/2010 nel senso che alle fondazioni liriche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine, di proroga o di rinnovo dei medesimi contratti.

La Corte di appello di Firenze ha stigmatizzato che l'intervento normativo di interpretazione autentica sia in contrasto con il consolidato orientamento della Cassazione (v. per tutte, sentenza n. 17892/2014) che aveva evidenziato l'applicabilità pacifica al personale degli Enti lirici del regime della nullità del termine per mancanza delle ragioni oggettive sia rispetto all'art.1 della legge n.230/1962 sia rispetto all'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, così determinando una violazione dell'art.117, comma 1, Cost. in relazione agli artt.6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La Corte costituzionale ha dunque l'occasione straordinaria di superare le problematiche create dalle sue decisioni (sentenze n.234/207 e n.311/2009) sulla identica questione del personale ata transitato dagli Enti locali allo Stato e, seppure senza il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea e con la direttiva 1999/70/CE (non richiesto dal Giudice del rinvio), effettuare il primo preventivo *crash test* del nuovo decreto legislativo n.81/2015 (art.29, comma 3) che, se dovesse produrre il risultato auspicato (cioè la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di interpretazione autentica), provocherebbe inevitabilmente un effetto domino su tutte le altre norme che impediscono la tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari, anche in applicazione del diritto eurounitario oltre che della Convenzione EDU.