

La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno

VINCENZO DE MICHELE

SOMMARIO: 1. La finta privatizzazione del pubblico impiego italiano dal d.lgs. n.29/1993 fino al d.lgs. n.81/2015. - 2. La Corte costituzionale e l'invenzione del "controlimite" del divieto di conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego. - 3. La caotica legislazione nazionale sui contratti a termine nel pubblico impiego fino alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia. - 4. La Commissione Ue e la procedura di infrazione n.2010/2124 sul precariato scolastico. - 5. L'ordinanza Affatato e la sentenza Valenza della Corte di giustizia invitano lo Stato italiano a dare effettività alle tutele antiabusive e antidiscriminatoria per tutto il precariato pubblico. - 6. La Corte costituzionale sembra togliere i controlimiti al precariato pubblico: l'ordinanza n.49/2013 sulle aziende sanitarie e l'ordinanza Mattarella n.207/2013 sul reclutamento scolastico. - 7. La Corte di giustizia dispone la stabilizzazione dei precari pubblici e l'equiparazione delle tutele in entrata con i lavoratori privati: le sentenze Carratù e Mascolo, l'ordinanza Papalia. - 8. L'inadempimento dello Stato italiano alla direttiva 1999/70/Ce nella sentenza Mascolo. La "conseguente" sentenza della Cgue Commissione contro Lussemburgo per i lavoratori saltuari dello spettacolo. - 9. Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele. - 10. La risposta "energica" della Cgue nella sentenza Mascolo sul principio di leale cooperazione: applicazione dell'art.5, c.4 bis, d.lgs. n.368/2001. - 11. L'inadempimento della Spagna alla direttiva 1999/70/Ce su tutto il precariato pubblico nell'ordinanza León Medialdea della Cgue. - 12. Il legislatore nazionale si rifiuta di adempiere agli obblighi Ue e di recepire la sentenza Mascolo: il d.lgs. n.81/2015 e la l. n.107/2015 sulla scuola. - 13. Giurisdizione "a protezione europea" contro il legislatore fraudolento per la maggior tutela dei diritti dei lavoratori pubblici precari. - 14. Conclusioni: il dovere di evitare le azioni di risarcimento dei danni contro lo Stato. La sentenza Ferreira della Cgue. Il rinvio alle Sezioni unite sull'art.2, c.1 bis, d.lgs. n.368/2001 e sui contratti acausali del Jobs act

1. La finta privatizzazione del pubblico impiego italiano dal d.lgs. n.29/1993 fino al d.lgs. n.81/2015

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

¹ V. P. Gianniti, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Idem* (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, 2015, Bologna, 149.

giurisprudenza costante della 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 area o marittime, le poste e telecomunicazioni, nonché negli enti di radiotelediffusione, 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), con le tre contestuali

sentenze di condanna per inadempimento del 2 luglio 1996 della Corte di giustizia nei confronti del Belgio (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 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

² CGUE, sez. II, 12 maggio 2005, causa C-278/03 *Commissione contro Repubblica italiana*, su cui cfr. De Michele, 2011c, 701.

³ CGUE, sez. II, 26 ottobre 2006, causa C-371/04 *Commissione contro Repubblica italiana*, su cui cfr. De Michele, 2011c, 703.

⁴ CGUE, sez. III, 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Russo e Napolitano ed altri c. Miur e Comune di Napoli*; su cui cfr. Aimo, 2015; Calafà, 2015a; Coppola, 2015; De Luca, 2014a; De Michele, 2015a; Galleano, 2015; Ghera F., 2015; Irmici, 2015; Menghini, 2015b; Minichiello - Mercuri, 2014; Miscione M., 2015; Nunin, 2015a; Perrino, 2014; Pinto, 2015; Santoro Passarelli G., 2015; Zampieri, 2015.

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.

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 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.

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 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 progressiva 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

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

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

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.

Del resto, è sintomatico che nella sentenza n.293/2009 (Est. Cassese) la Consulta richiami 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 evidenziava 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, allorché 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.».

3. La caotica legislazione nazionale sui contratti a termine nel pubblico impiego fino alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia

La disciplina italiana sul contratto a termine nel lavoro privato di cui alla l. n.230/1962 (nel testo integrato dall'art.23 della l. n.56/1987 e modificato dall'art.10 della l. n.196/1997) è stata estesa al lavoro pubblico solo a decorrere dal 23 aprile 1998 con la modifica dell'art.36, c. 7, d.lgs. n.29/1993 (introdotta dall'art.22 d.lgs. n.80/1998), qualche mese prima che la competenza sulle controversie in materia di pubblico impiego contrattualizzato passasse, compresa quella in materia di assunzione a tempo indeterminato, alla competenza della magistratura ordinaria specializzata.

In mancanza di altre misure di tutela antiabusive, la normativa del 1962 prevedeva all'art.2, c. 1, un regime eccezionale anche per la “proroga” e, al successivo c. 2 (modificato dall'art.12 della l. n.196/1997), l'intera disciplina dei “contratti successivi”, che verrà integralmente traslata nei cc. da 1 a 4 dell'art.5 del d.lgs. n.368/2001.

La disciplina del contratto a termine prima del recepimento della Direttiva 1999/70/Ce non si applicava alle amministrazioni statali e alle aziende autonome dello Stato, perché il d.P.R. di adeguamento previsto dall'art.10 della l. n.230/1962 non è stato mai emanato.

E' pur vero che il c. 7 dell'art.36 D.lgs. n.29/1993, prima dell'entrata in vigore del testo unico sul pubblico impiego di cui al d.lgs. n.165/2001, prevedeva l'applicazione “mediata” dalla contrattazione collettiva della l. n.230/1962, ma la possibilità per i datori di lavoro pubblici di ricorrere legittimamente a contratti a termine era comunque legata al rispetto della disciplina sul reclutamento attraverso procedure selettive o l'avviamento degli iscritti al collocamento *ex art.16* della l. n.56/1987, non essendo consentita, in

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

caso di violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori (art.36, c. 8, d.lgs. n.29/1993), la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, salvo un formale ma non sostanziale diritto del lavoratore al risarcimento dei danni da rapporto di lavoro "nullo", con applicazione del solo art.2126 c.c., norma di garanzia "interna" all'obbligazione contrattuale ormai cessata.

Come è noto, la legge delega comunitaria n.422/2000 ha dato mandato al Governo di recepire anche in Italia l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato di cui alla direttiva 1999/70/Ce, nonostante le indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n.41/2000 sulla adeguatezza della normativa interna (l. n.230/1962) rispetto alla disciplina europea.

Prima dell'emanazione del d.lgs. n.368/2001, in ottemperanza all'art.11, c. 4, lett.a), del d.lgs. n.59/1997 e alla direttiva 91/533/Ce relativa all'obbligo del datore di lavoro (compreso quello pubblico) di informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, il d.lgs. n.165/2001 ha confermato nel testo unico sul pubblico impiego la possibilità di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro flessibile, compresi i contratti a termine ai sensi della l. n.230/1962, ancora vigente.

Tuttavia, il d.lgs. n.165/2001 ha scisso le ipotesi di reclutamento per l'assunzione a tempo indeterminato con i conseguenti obblighi di rispetto delle procedure selettive, comprese quelle di assunzione attraverso le graduatorie del collocamento *ex art.16* della l. n.56/1987 (art.35), rispetto alle ipotesi di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale (art.36, c. 1), in relazione alle quali, rimanendo privo di "contenuto" normativo il riferimento al "rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti" (commi scomparsi con la scissione dell'originario art.36 D.lgs. n.29/1993 in due distinti articoli), le pubbliche amministrazioni sono state di fatto autorizzate a non fare ricorso a procedure selettive per l'assunzione con rapporti flessibili, senza conseguenze invalidanti o responsabilità dirigenziali, fatta eccezione per le assunzioni di personale a termine nel comparto scuola.

Infatti, l'art.4 della l. 3 maggio 1999, n.124 ("Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico") ha ripristinato un sistema derogatorio (rispetto alla l. n.230/1962) per il reclutamento a tempo determinato sia dei docenti sia del personale tecnico, ausiliario ed amministrativo (ata), sulla base di graduatorie permanenti derivanti da procedure concorsuali già espletate e

utilizzabili anche per le assunzioni a tempo indeterminato (*ex artt.401 ss. d.lgs.n.297/1994*), con tre tipologie:

- supplenze annuali di dodici mesi che coprono l'intero anno scolastico fino al 31 agosto (comma 1), per la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento e di lavoro amministrativo (per il personale ata), che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l'intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l'utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo;
- supplenze "temporanee" di dieci mesi fino al termine delle attività didattiche, cioè fino al 30 giugno (comma 2), per la copertura di posti di lavoro non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre;
- supplenze "effettivamente" temporanee (comma 3, per sostituzione di personale assente per malattia, maternità, ecc.), nelle altre ipotesi diverse dai commi 1 e 2.

La natura derogatoria del sistema di reclutamento della scuola, rispetto alla sostanziale liberalizzazione prevista dall'art.36, c. 1, d.lgs. n.165/2001, è stata salvaguardata dall'art.70, c.8, 3° periodo, d.lgs. n.165/2001, che al 1° periodo dello stesso comma ha previsto e prevede l'applicabilità dell'intero T.U.P.I. al personale della scuola, compreso dunque l'art.36 del Testo unico sul pubblico impiego, più volte modificato, come vedremo.

In questo contesto normativo, al c.2 dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 il legislatore del testo unico sul pubblico impiego ha riprodotto la stessa norma-sbarramento dell'art.36, c. 8⁸, d.lgs. n.29/1993, apparentemente depotenziata dalla mancanza di disposizioni imperative "interne" all'articolo in questione da

⁸ Art.36, c.2, d.lgs. n.165/2001: «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 al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.».

rispettare in materia di reclutamento “flessibile”. Anche tale disposizione, evidentemente, era ed è (attualmente collocata nel c. 5 nelle varie modifiche dell’art.36⁹) applicabile al personale della scuola, nel momento in cui nell’assegnazione della supplenza a tempo “strutturato” o breve siano state violate le procedure di reclutamento speciale¹⁰.

Successivamente all’entrata in vigore del D.lgs. n.165/2001, il D.lgs. 6 settembre 2001, n.368 ha dato attuazione all’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato sia per i datori di lavoro privati che per le pubbliche amministrazioni, che, infatti, non rientrano tra i “settori” esclusi dal campo di applicazione del decreto.

Dopo le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*¹¹ 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.

⁹ L’art.36 d.lgs. n.165/2001 è stato modificato dall’art.4 D.L. n.4/2006, dall’art.3, c.79, della l. n.244/2007, dall’art.49 d.l. n.112/2008, dall’art.17 d.l. n.78/2009, infine dall’art. 4 d.l. n.101/2013.

¹⁰ In termini, seppure senza richiamo dell’art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001, v. Cass., sez.lav., Pres. Roselli, Est. Curcuruto, 8 aprile 2010, n.8328, che qualifica l’atto con cui l’Amministrazione scolastica revoca un incarico di insegnamento a tempo determinato stipulato fino al 30 giugno 2003 (supplenza fino al termine delle attività didattiche), sul presupposto della nullità dell’atto di conferimento per inosservanza dell’ordine di graduatoria, come equivalente alla condotta del contraente che non osserva il contratto stipulato ritenendolo inefficace perchè affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l’assenza di un vincolo contrattuale, e non potendo darsi esercizio del potere di autotutela in capo alla pubblica amministrazione datrice di lavoro.

¹¹ 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*.

In effetti, contestualmente alla seconda legge finanziaria di stabilizzazione del precariato pubblico il legislatore del Collegato lavoro (l. n.247/2007) ha introdotto l'art.5, c. 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 a decorrere dal 1° gennaio 2008 (nel contempo modificando anche l'art.5, c. 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.

La versione dell'art. 36 TUIPI 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 c.5 *bis* allo stesso art. 36, in base al quale le disposizioni dei cc. 4-*quater*, 4-*quinqies* 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, c.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 c. 4 *bis* che risulta quindi pienamente applicabile al pubblico impiego.

Per ovviare alle ingestibili rigidità della nuova disciplina dell'art.36 D.lgs. n.165/2001, il legislatore d'urgenza è nuovamente intervenuto con l'art.49 D.L. n.112/2008, ancora una volta integralmente modificando lo stesso art.36 D.lgs. n.165/2001 e consentendo nuovamente un ragionevole ricorso alla flessibilità nelle pubbliche amministrazioni per esigenze temporanee, con espressa applicazione, questa volta, (non più della legge n.230/1962 e successive

modifiche ed integrazioni, ma) del D.lgs. n.368/2001 ai nuovi commi 1 e 2, con decorrenza dal 25 giugno 2008 e fino all'attualità.

Infatti, nella formulazione del testo attualmente in vigore del citato art.36, al c. 2, «i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato.....in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368», laddove il precedente testo normativo dello stesso comma fino al 31 dicembre 2007 faceva ancora riferimento alla l. n.230/1962 (e successive modifiche ed integrazioni).

Contestualmente, il personale assunto a termine senza concorso prima del 2006 alle dipendenze delle Autorità indipendenti, con retribuzioni *extra ordinem* molto superiori rispetto a profili professionali del pubblico impiego omogenei, sono stati stabilizzati - senza neanche la procedura selettiva prevista dall'art. 1, comma 519, della legge n.296/2006 - eccezionalmente nel 2008 con norma d'urgenza (art. 75, c. 2, dello stesso d.l. n. 112/2008), di cui non è stata disposta neanche la conversione nella legge n.133/2008.

Un anno dopo la sentenza *Del Cerro Alonso*¹² della Corte di giustizia sul riconoscimento degli scatti di anzianità ai dipendenti pubblici a tempo determinato, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con lettera circolare del 25 settembre 2008, sulla base del parere dell'Ufficio legislativo dello stesso Ministero di cui alla nota del 9 settembre 2008, ha dovuto ammettere che il d.lgs. n.368/2001 si applicava integralmente anche al personale della scuola, ma si è rifiutato di riconoscere l'anzianità di servizio ai supplenti, invocando la specialità delle procedure di reclutamento e la differenza "ontologica" dei contratti a termine della scuola rispetto agli altri rapporti a tempo determinato.

Qualche mese dopo la circolare del Miur il legislatore d'urgenza con l'art.1 d.l. n.134/2009, dichiarando di dare applicazione alla sentenza *Del Cerro* indicata nel preambolo del decreto legge, per le supplenze del personale scolastico aggiungeva all'art.4 della legge n.124/1999 il comma 14 *bis*¹³,

¹² CGCE, sez. II, 13 settembre 2007, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, causa C-307/05. Sulla sentenza *Del Cerro v. Zappalà*, 2007; De Michele, 2009, 82-87.

¹³ «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296,

tentava in realtà di impedire sul piano interpretativo con efficacia retroattiva gli effetti della decisione della Cgue già verificatisi alla data di entrata in vigore della norma - 25 settembre 2009 -, perchè, nel testo originario¹⁴, escludeva anche gli scatti di anzianità e la progressione di carriera.

Immediatamente dopo, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione (proc. n. 2010/2045) nei confronti della Repubblica italiana sul computo dei lavoratori a tempo determinato (art.8 d.lgs. n.368/2001), con l'invio il 30 settembre 2009 di una lettera di messa in mora per la non corretta trasposizione della direttiva 1999/70/CE.

L'avvio della procedura di infrazione ha provocato un rapido ripensamento del legislatore, in sede di conversione del d.l. n.134/2009. L'allegato alla legge di conversione n.167/2009 ha modificato il testo originario dell'art.1, c.1, d.l. 134/2009, per cui il vigente testo (dal 25 novembre 2009) dell'art.4, c. 14 *bis*, della l. n.124/1999, ha escluso ogni intervento sull'anzianità di servizio per evitare ulteriori censure da parte della Commissione europea per l'uso strumentale del richiamo a sentenze della Corte di giustizia.

Con l'art.9, c. 18, d.l. 20 maggio 2011, n.70 il legislatore d'urgenza sulla scuola pubblica ha aggiunto l'art.10 del d.lgs n.368/2001 il c. 4 *bis*, con uno spettro di azione più ampio di quella precedente dell'art.4, c. 14 *bis*, della l. n.124/1999, ancora in vigore, in quanto sono esclusi dall'applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/Ce i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ata, e, in ogni caso, non si applica l'articolo 5, c. 4 *bis*, del decreto.

Con l'art. 10, c. 1, lett. c-*bis*, d.lgs. n.368/2001, aggiunto dalla l. n. 183/2011, i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco sono stati esclusi dalla nozione di rapporti di lavoro subordinato a seguito del contenzioso instaurato per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine, e la norma è stata incredibilmente avallata, come si è detto, dalla Corte costituzionale con la sentenza n.267/2013.

e successive modificazioni.».

¹⁴ Nella originaria versione introdotta dall'art.1 d.l. n.134/2009, l'art.4, c. 14 *bis*, della l. n.124/1999 stabiliva: «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun modo trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo.».

Con l'art. 10, c. 4-ter, d.lgs. n.368/2001, aggiunto dal d.l. 76/2013 il personale a tempo determinato, compreso quello con qualifica dirigenziale, alle dipendenze del Servizio sanitario nazionale, come il personale della scuola statale, è stato escluso dal campo di applicazione del d.lgs. n.368/2001 come reazione del legislatore all'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2124-2010 della Commissione europea sul precariato scolastico.

L'art. 10, co. 4 bis, 2ª parte, d.lgs. n.368/2001, aggiunto dal d.l. n.101/2013 ha escluso anche il personale educativo e scolastico a tempo determinato delle scuole pubbliche gestite dagli Enti locali dal campo di applicazione del d.lgs. n.368/2001, come reazione del legislatore all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli in causa C-63/13 tra l'insegnante Russo e il Comune di Napoli.

Infine, con l'art. 36, cc. 5 ter e 5 quater, d.lgs. n. 165/2001, introdotti con decorrenza 1° settembre 2013 dal d.l. 101/2013 dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico, tutto il personale a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è stato escluso da ogni forma di tutela in caso di abusi nella successione dei contratti a termine sia per quanto riguarda la trasformazione a tempo indeterminato (c. 5 ter) sia per quanto attiene il risarcimento dei danni (c. 5 quater, con nullità del contratto), pur stabilendo il legislatore fraudolento l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 a tutte le pubbliche amministrazioni (c. 5 ter), duplicando così il richiamo del 368 contenuto nel c. 2 dello stesso articolo.

Come è possibile apprezzare, un quadro desolante e caotico di superfetazione normativa tutta finalizzata a negare ogni forma di tutela effettiva ai precari pubblici e, soprattutto, tutta presa in considerazione dalla giurisprudenza comunitaria fino alla sentenza *Mascolo*.

4. *La Commissione Ue e la procedura di infrazione n.2010/2124 sul precariato scolastico.*

Tale situazione normativa è emersa nella causa pregiudiziale C-3/10 *Affatato*, a fronte della chiara posizione dell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Rossano¹⁵ che negava ogni possibilità di tutela effettiva ai lavoratori a tempo

¹⁵ Est. Coppola. Sue le istanze pregiudiziali alla Corte di giustizia nelle cause C-3/10 *Affatato c. ASL Cosenza* (su tutto il precariato pubblico, compreso il personale della scuola e di Poste

determinato nel pubblico impiego nazionale anche per la scuola statale, perché priva di effettività la norma che prevede il risarcimento dei danni - art.36, c. 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 pt.67) come le modifiche apportate dalla l. n.247/2007 con i cc. 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*¹⁶ della Corte di giustizia, che aveva addirittura sancito la non applicazione della norma della Costituzione ellenica (art.103) che prevedeva il

italiane, in qualità di Giudice del Tribunale di Rossano); C-157/11 *Sibilio c. Comune di Napoli* (sui lavoratori socialmente utili); C-290/11 *Della Rocca c. Poste italiane* (sul lavoro somministrato a tempo determinato); C-361/12 *Carratù c. Poste italiane* (sull'art. 32, c. 5, l. 183/2010 in una fattispecie di contratto sostitutivo Poste ex art. 1, c. 1, d.lgs. n. 368/2001); C-89/13 *D'Aniello c. Poste italiane* (sull'art. 32, c. 5, l. n. 183/2010, come interpretato dall'art. 1, c. 13, l. n. 92/2012, in una fattispecie di contratto acausale Poste ex art. 2, c. 1-*bis*, d.lgs. n. 368/2001); C-22/13, C-61/13 e C-62/13 *Mascolo, Forni e Racca c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca* (sul precariato scolastico); C-63/13 *Russo c. Comune di Napoli* (sul precariato pubblico non scolastico).

¹⁶ CGCE, gr. sez., 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, causa C-212/04. Sulla sentenza *Adeneler v. Conti e Foglia*, 2006; Menghini, 2006; Montuschi, 2006; Nannipieri, 2006; Aimo, 2006; Sottile, 2007; Zappalà, 2006; Franza, 2006; Perrino, 2007; De Angelis, 2007; De Michele, 2009, 48-70.

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, c. 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, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, la Commissione, dopo l'invio della lettera di messa in mora del 14 marzo 2011, in data 25 ottobre 2012 ha aperto la procedura di infrazione n.2124/2010 prima nei confronti del solo personale ata, estendendola con il parere motivato del 21 novembre 2013 anche al personale docente, per la non corretta applicazione della direttiva 1999/70/Ce, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato nel settore scolastico italiano.

In particolare, come segnalato dall'Ufficio legislativo della Camera dei deputati¹⁷, nella fase precontenziosa EU Pilot, la Commissione ha accertato che nell'ordinamento scolastico italiano è estremamente diffuso il ricorso alla stipula di contratti a tempo determinato con la stessa persona (docente e personale ata); che per tali soggetti non sono previsti dall'ordinamento italiano mezzi efficaci di riparazione in caso di abuso di contratti successivi a tempo determinato; che il trattamento riservato a tali soggetti è meno favorevole rispetto al corrispondente personale a tempo indeterminato (in termini di

¹⁷ V. le allegate Schede di lettura n.286 del 1° aprile 2015 per l'esame del progetto di legge A.C. 2994 "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", approvato con la legge n.107/2013, commento all'art.12, pagg. 70-74.

anzianità lavorativa e di valutazione dell'attività professionale ai fini del calcolo degli stipendi).

Sull'insufficiente efficacia delle misure destinate a contrastare l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato nelle scuole pubbliche italiane la Commissione precisa, preliminarmente, che non è in discussione la correttezza del ricorso ai contratti a tempo determinato, previsto dalla direttiva, ma piuttosto il ricorso continuo ed indebito a tale tipo di contratto. La coerenza di tale ricorso con la lettera a), della clausola 5, pt.1, dell'accordo quadro allegato alla direttiva, sostenuta dalle autorità italiane, è contestata dalla Commissione, in quanto, non sussisterebbero motivi oggettivi che giustificano il rinnovo dei contratti.

In primo luogo, la direttiva 1999/70/Ce non impedisce allo Stato membro di elaborare provvedimenti specifici per un settore altrettanto specifico, purché la soluzione elaborata sia efficace. La Commissione contesta piuttosto il fatto che la soluzione non risulta abbastanza efficace da essere accettabile.

Inoltre, la Commissione non condivide l'argomentazione italiana in base alla quale i contratti a tempo determinato sono conformi ad una caratteristica specifica del settore scolastico e garantiscono la continuità dell'insegnamento. Le critiche della Commissione si appuntano sul ricorso abusivo a tale contratto che, nella realtà dei fatti, serve a garantire la presenza di forza lavoro e non riguarda la sostituzione di personale assente.

Non è condivisibile nemmeno l'argomentazione riguardante il ricorso residuale ma obbligatorio a tale tipo di contratto per la necessità di garantire la continuità dell'insegnamento. I dati in possesso della Commissione attestano un ricorso massiccio al rinnovo dei contratti a tempo determinato (nell'anno scolastico 2007/2008, più del 15 per cento del personale docente e circa il 31 per cento del personale ATA era a tempo determinato), in contraddizione con il carattere di sussidiarietà delle situazioni, attestato dalle autorità italiane. L'asserita possibilità per i docenti reclutati con più contratti successivi a tempo determinato di arricchirsi con una più vasta gamma di esperienza, assimilando tali periodi al periodo di prova, non è sostenibile in quanto non è prevista l'automatica conversione del contratto in un contratto a tempo indeterminato.

Inoltre, lo stesso ordinamento italiano (d.P.R. n. 1525/1963) non include l'attività didattica tra le attività di lavoro stagionale. Il fatto poi che uno stesso docente possa lavorare per più di venti anni con contratti di lavoro a tempo

determinato contraddice l'esistenza delle ragioni oggettive invocate dalle autorità italiane (sostituzione e stagionalità).

Peraltro, pur avendo la Corte di cassazione (sentenza n. 10127/2012¹⁸) validamente considerate ragioni oggettive la necessità di coprire posti di insegnamento vacanti e disponibili o non vacanti e disponibili entro il 31 dicembre e di sostituire personale in congedo (si tratta, infatti, di misure equivalenti a quelle di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro), non risulta validamente considerata l'ulteriore giurisprudenza della Corte di giustizia europea che impone la verifica della situazione, al fine di escluderne il carattere di necessità fittizia.

Tale verifica consentirebbe, infatti, di accertare che, nel caso italiano, le assunzioni soddisfano un bisogno permanente di manodopera, non considerato tra le ragioni oggettive che giustificano il ricorso a più contratti a tempo determinato, sulla base della direttiva. La Commissione non condivide nemmeno l'argomentazione italiana in base alla quale il nuovo contratto di lavoro a tempo determinato non costituisce la continuazione di quello precedente in quanto la stipula con il medesimo soggetto dipende dalla sua posizione nell'elenco di docenti non di ruolo. Sulla base della giurisprudenza della Corte europea, la Commissione afferma che tale interpretazione consentirebbe di assumere lo stesso docente con il medesimo tipo di contratto escludendolo di fatto dalle tutele della direttiva 1999/70/CE e svuotando la direttiva medesima e l'accordo quadro allegato del suo significato.

La Commissione, inoltre, non contesta la possibilità di uno Stato membro di recepire una direttiva mediante norme specifiche, aggiunte a quelle di carattere generale ma piuttosto il fatto che tali norme non sono abbastanza efficaci da essere accettabili. La Commissione non condivide nemmeno l'argomentazione delle autorità italiane che hanno affermato di essersi avvalse della possibilità, prevista dalla direttiva, di creare deroghe o di escludere i contratti di lavoro nel settore della scuola dai requisiti stabiliti dalla direttiva, in ragione delle caratteristiche specifiche del settore. Infatti, la direttiva non prevede deroghe

¹⁸ Cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, in *LG*, 2012, 777 ss., con nota critica di De Michele, 2012b. Cfr. anche Buffa, 2012; Menghini, 2012; in senso opposto Fiorillo, 2012. Sulla problematica del reclutamento scolastico e dei contratti successivi del personale docente supplente, v. Allamprese, 2011.

alla necessità di tutelare i lavoratori ma solo la possibilità di variare le modalità con cui garantire la tutela.

Attualmente, la Commissione europea¹⁹, dopo la sentenza *Mascolo* della Cgue, sta valutando di estendere a tutto il pubblico impiego la procedura di infrazione n.2010/2124 per i lavoratori a tempo determinato che abbiano superato i 36 mesi di servizio anche non continuativi in mansioni equivalenti.

Paradossalmente, dunque, anche secondo la Commissione Ue 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, c. 8, 3° cpv., 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 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.

5. L'ordinanza Affatato e la sentenza Valenza della Corte di giustizia invitano lo Stato italiano a dare effettività alle tutele antiabusive e antidiscriminatoria per tutto il precariato pubblico

La risposta dell'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* spiega il motivo per cui la Corte di giustizia dell'Unione europea nell'ordinanza del 1° ottobre 2010²⁰ al pt. 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 argomentazioni dello Stato sul punto, senza scendere nel merito della effettività

¹⁹ In termini la risposta della Commissione Ue dell'8 settembre 2015 prot.n. 370 3728 a denuncia di infrazione n.CHAP (2015)1010 presentata da un operatore socio-sanitario che ha superato i 36 mesi di servizio senza essere stabilizzato nella pubblica amministrazione.

²⁰ CGUE, sez. VI, 1° ottobre 2010 (ord.), in causa C-3/10 *Affatato c. ASL Cosenza*, su cui v. Ferrante, 2011, 12-16; Borzaga, 2011, 859 ss.; De Michele, 2011c, 525-605; Zampieri, 2011, 138 ss.

della “tutela” del risarcimento dei danni prevista dall’art.36, c. 5, d.lgs. n.165/2001.

Peraltro, l’art. 97, c.3, Cost. e l’accesso alle pubbliche amministrazioni mediante concorso è stato richiamato nella giurisprudenza comunitaria soltanto nella sentenza *Valenza*²¹ al punto 13, oltre che nella prima delle ordinanze *A.E.E.G. c/ Bertazzi*²².

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, c. 519, della l. n.296/2006 (1ª 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 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, c. 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

²¹ CGUE, sez. VI, 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11 *Valenza ed altri* contro *AGCM*.

²² CGUE, sez. VIII, 7 marzo 2013 (ord.), causa C-393/11 *A.E.E.G. contro Bertazzi*.

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 “premessi”, 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.

L’Avvocatura dello Stato ha commentato criticamente “via *mail*” la sentenza *Valenza*²³, invitando però correttamente le pubbliche amministrazioni ad

²³ Si fa riferimento alla mail-intervento scritto di De Stefano, 2012, pp. 33-34: «Secondo la Corte di Giustizia U.E., non avrebbe nessun rilievo il fatto che il personale a tempo indeterminato (a differenza di quello a tempo determinato) fosse stato assunto con regolare concorso, perché la legge di stabilizzazione ha comunque equiparato il personale appartenente alle due categorie; inoltre, la diversità di trattamento non potrebbe essere giustificata in base al diverso status delle due categorie di personale, ma solo dall’analisi oggettiva delle mansioni di fatto esercitate dai dipendenti che ad esse afferiscono; infine, la Corte non ritiene necessaria nessuna indagine sui profili inerenti alla legittimità del termine apposto ai singoli contratti a tempo determinato. Mi sembra che l’iter argomentativo contenga queste premesse implicite e conduca alle seguenti conseguenze: a) il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono sostanzialmente la stessa cosa; b) le regole del concorso pubblico possono essere ordinariamente alterate da una scelta legislativa che trasformi i rapporti precari in rapporti di ruolo; c) nel caso di trasformazione di un rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, la

adeguarsi ai principi enunciati dalla Corte di giustizia sulle misure applicabili in caso di abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego, cioè a stabilizzare i rapporti di lavoro.

6. La Corte costituzionale sembra togliere i controlimiti al precariato pubblico: l'ordinanza n.49/2013 sulle aziende sanitarie e l'ordinanza Mattarella n.207/2013 sul reclutamento scolastico

Dopo la sentenza *Valenza* la Corte costituzionale²⁴ è sembrata adeguarsi alla giurisprudenza europea e, richiamando sentenze del Consiglio di Stato²⁵ e della Cassazione a Sezioni unite²⁶, 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*»²⁷.

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 pubblico²⁸.

Così come desta perplessità il fatto che, in conseguenza della devastante e antiggiuridica 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'art.36, c. 2 (poi c. 5), del d.lgs. n.165/2001 per poi scoprire che il

ricongiunzione dei servizi prestati ed il riconoscimento dell'anzianità pregressa spettano in ogni caso, a prescindere dalla legittimità o dall'illegittimità dell'apposizione del termine; d) i dipendenti a tempo determinato "stabilizzati" non ricevono un gratuito beneficio, ma sono piuttosto discriminati, nel caso in cui non conseguano anche il riconoscimento dell'anzianità pregressa. Si tratta di verità alle quali bisogna adeguarsi; ma personalmente continuo a nutrire qualche dubbio sulla loro fondatezza».

²⁴ Corte cost. 20 marzo 2013, n. 49.

²⁵ Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2004, n. 5924; Cons. Stato, sez. V, 9 maggio 2001, n. 2609, in www.giustizia-amministrativa.it

²⁶ Cass., Ss. Uu., 30 gennaio 2008, n.2031.

²⁷ Sul punto v. condivisibilmente Irmici, 2015, 183.

²⁸ 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.

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 2013²⁹.

Con la 1^a 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, c. 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, c.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, c. 4 *bis* in particolare.

Con la 2^a 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.

7. La Corte di giustizia dispone la stabilizzazione “energica” dei precari pubblici e l’equiparazione delle tutele in entrata con i lavoratori privati: le sentenze Carratù e Mascolo, l’ordinanza Papalia

Come già evidenziato, 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, il legislatore d’urgenza con l’art.4 del d.l. 31 agosto 2013,

²⁹ Corte Cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, 18 luglio 2013 (ord.), nn. 206 e 207, su cui cfr. De Michele, 2013, nonché *Idem*, 2014d; Adamo, 2013; Menghini, 2013, 425; Guastafarro, 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.

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: la sentenza *Carratù*³⁰, l'ordinanza *Papalia*³¹ e la sentenza *Mascolo*³², le cui risposte interpretative devono essere lette in modo combinato (in termini, Cass., sentenza n.27363/2014) e possono essere così schematizzate:

³⁰ CGUE, sez. III, 12 dicembre 2013, causa C-361/12 *Carratù* contro *Poste italiane*. Sulla sentenza *Carratù* cfr. De Michele, 2014b; *Idem*, 2014d; Coppola, 2014b; Gentile, 2014; Guadagno, 2014; Lughezzani, 2014; Menghini, 2014a, 463-465 ss.; Nunin, 2014, 124.

³¹ CGUE, sez. VI, 12 dicembre 2013 (ord.), in causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, commentata da De Michele, 2014b; Ales, 2014; Nunin, 2014; Cimino, 2014. La Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia* ha così concluso: «L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione. Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi.»

³² La Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* ha così concluso: «la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di

- 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*, pt. 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", attraverso i quali i lavoratori pubblici precari possono accedere a posto stabile nella pubblica amministrazione (sentenza *Mascolo*, pt. 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, c. 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 (sentenza *Mascolo*, pt. 55; già ordinanza *Affatato*, pt. 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*, pp.tt. 59-61);

- a Poste italiane, in quanto organismo statale, e a tutte le pubbliche amministrazioni si applica(va) direttamente il decreto legislativo n.368/2001 e la misura preventiva e sanzionatoria effettiva dell'art.1, cc. 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*, pp.tt. 5, 22 e 24; sentenza *Mascolo*, pt. 14);

- per l'effetto, a tutte le pubbliche amministrazioni non si applica (né è stato mai applicabile) l'art.36, c. 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

posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.»

successivi (ordinanza *Papalia*, conclusioni; sentenza *Mascolo*, pt. 114, che richiama l'analoga posizione della Corte costituzionale nell'ordinanza n.207/2013, della Cassazione nella sentenza n.10127/2012 e del Tribunale di Napoli nelle tre ordinanze di rinvio) 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, cc. 1 e 2, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 come richiamati dall'art.36, c. 2, d.lgs. n.165/2001 (ordinanza *Papalia*, pp.tt. 7 e 35; sentenza *Mascolo*, pt. 55);

- non è possibile discriminare, ai fini dell'applicazione delle tutele antiabusive, tra docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (gae) e personale non inserito nelle gae ma in possesso di titolo abilitante all'insegnamento, perché la Corte evidenzia (sentenza *Mascolo*, pt. 89³³) che nelle graduatorie permanenti - che non sono qualificate ad esaurimento, non senza motivo, così smentendo le precisazioni rese dal Governo italiano che vengono espresse dalla Cgue in maniera dubitativa, per negarne l'efficacia: v.

³³ Precisa la Corte di giustizia al pt. 89 della sentenza *Mascolo*: «Nel caso di specie si deve, in via preliminare, rilevare che dalle ordinanze di rinvio e dalle spiegazioni fornite in udienza risulta che, in forza della normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, come prevista dalla legge n. 124/1999, l'assunzione di personale nelle scuole statali ha luogo sia a tempo indeterminato tramite l'immissione in ruolo sia a tempo determinato mediante lo svolgimento di supplenze. L'immissione in ruolo si effettua secondo il sistema cosiddetto «del doppio canale», ossia, quanto alla metà dei posti vacanti per anno scolastico, mediante concorsi per titoli ed esami e, quanto all'altra metà, attingendo alle graduatorie permanenti, nelle quali figurano i docenti che hanno vinto un siffatto concorso senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, e quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento. Si è fatto ricorso alle supplenze attingendo alle medesime graduatorie: la successione delle supplenze da parte di uno stesso docente ne comporta l'avanzamento in graduatoria e può condurlo all'immissione in ruolo.».

sentenza *Mascolo*, pp.tt. 98³⁴ e 111³⁵, che richiamano il pt. 89 - figurano sia i docenti che hanno vinto un concorso pubblico senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, sia quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle «scuole di specializzazione per l'insegnamento» (pt. 89) o «corsi di abilitazione» (pt. 111);

- 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*, pp.tt. 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, pt. 1, dell'accordo comunitario sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Carratù*, pp.tt. 42-45);

- tuttavia, poiché il legislatore nazionale ha introdotto disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato, cioè ha equiparato la tutela

³⁴ Precisa la Corte di giustizia al pt. 98 della sentenza *Mascolo*: «Dal canto suo, il governo italiano fa valere che il sistema cosiddetto del doppio canale, come descritto al punto 89 della presente sentenza, consente di inserire il personale a tempo determinato della scuola statale in un percorso che conduce alla sua immissione in ruolo, poiché tale personale può non solo partecipare a concorsi pubblici, ma anche, per effetto dell'avanzamento nelle graduatorie risultante dalla successione delle supplenze, contabilizzare un numero di periodi di attività a tempo determinato sufficienti per essere immesso in ruolo. Orbene, tali graduatorie dovrebbero essere «ad esaurimento», nel senso che, quando un certo numero di docenti vi è iscritto, esse non possono più essere alimentate. Tali graduatorie costituirebbero quindi uno strumento tendente a contrastare il precariato del lavoro. Indipendentemente dalla specifica situazione di fatto, la normativa nazionale di cui trattasi dovrebbe quindi essere considerata conforme alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro.»

³⁵ Precisa la Corte di giustizia al pt. 111 della sentenza *Mascolo*: «In ogni caso, va osservato che, come risulta dal punto 89 della presente sentenza, una normativa nazionale quale quella di cui ai procedimenti principali non riserva l'accesso ai posti permanenti nelle scuole statali al personale vincitore di concorso, poiché essa consente altresì, nell'ambito del sistema del doppio canale, l'immissione in ruolo di docenti che abbiano unicamente frequentato corsi di abilitazione. In tali circostanze, come la Commissione ha fatto valere in udienza, non è assolutamente ovvio – circostanza che spetta, tuttavia, ai giudici del rinvio verificare – che possa essere considerato oggettivamente giustificato, alla luce della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il ricorso, nel caso di specie, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili in dette scuole motivato dall'attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali.»

speciale prevista dall'art.1, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (caso della lavoratrice postale *Carratù*) o dall'art.5, cc. 3, 4 e 4 *bis*, dello stesso decreto 368 (caso del maestro di banda musicale *Papalia*; caso dell'insegnante di asilo comunale *Russo*) nell'ipotesi dell'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 l. n.300/1970 (nella formulazione antecedente le modifiche della l. n. 92/2012), il combinato disposto della clausola 4, pt. 1, e della clausola 8, pt. 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, pt. 1, dell'accordo quadro (sentenza *Carratù*, pt. 28 e pp.tt. 46-48);

- ragioni finanziarie non possono giustificare l'abusivo utilizzo dei contratti a termine (pp.tt. 79-80 delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nelle cause sul precariato scolastico; sentenza *Mascolo*, pp.tt. 106 e 110³⁶);

- 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*, pt. 49; sentenza *Mascolo*, pt. 121), con la disapplicazione della norma retroattiva che modifica la tutela già riconosciuta (v. sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*³⁷, richiamata nella sentenza *Carratù*, 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

³⁶ Precisa la Corte di giustizia al punto 110 della sentenza *Mascolo*: «A tale riguardo, va ricordato 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 (v., per analogia, sentenza Thiele Meneses, C-220/12, EU:C:2013:683, punto 43 e giurisprudenza ivi citata).».

³⁷ CGUE, sez. II, 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 *Gavieiro Gavieiro* e C-459/09 *Iglesias Torres*, su cui cfr. De Michele, 2011c, 781; Siotto, 2011, 1294-1299.

della clausola di non discriminazione inserita nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato³⁸).

8. *L'inadempimento dello Stato italiano alla direttiva 1999/70/Ce nella sentenza Mascolo. La "conseguente" sentenza della Cgue Commissione contro Lussemburgo per i lavoratori saltuari dello spettacolo*

Per quanto riguarda l'oggetto dell'indagine interpretativa della Corte di giustizia nelle cause riunite *Mascolo ed altri*, i procedimenti principali delle quattro ordinanze pregiudiziali del Tribunale di Napoli (compresa la causa *Russo* relativa a rapporti di lavoro di insegnante in asilo comunale) riguardavano diversi lavoratori assunti in istituti pubblici come docenti e collaboratori amministrativi in base a contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati in successione e protrattisi per periodi di tempo molto estesi.

Sostenendo l'illegittimità di tali contratti, i lavoratori hanno chiesto giudizialmente la riqualificazione dei loro contratti in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e la loro immissione in ruolo (oltre al pagamento degli stipendi corrispondenti ai periodi di interruzione tra i contratti e al risarcimento del danno subito).

Nella sentenza *Mascolo*, la Corte ha ricordato, innanzitutto, che il citato Accordo quadro si applica a tutti i lavoratori, senza che si debba distinguere in base alla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro o al settore di attività interessato.

Inoltre, ha evidenziato che il medesimo Accordo quadro (clausola 5, pt. 1) impone agli Stati membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione di

³⁸ 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.».

almeno una delle misure elencate alle lettere da *a*) a *c*), concernenti, rispettivamente, ragioni obiettive che giustifichino il rinnovo dei contratti, durata massima totale dei contratti, numero dei loro rinnovi.

Poiché la normativa italiana non prevede alcuna misura che limiti la durata massima totale dei contratti o il numero dei loro rinnovi, né misure equivalenti, il rinnovo deve essere giustificato da una “ragione obiettiva”, quale la particolare natura delle funzioni, le loro caratteristiche o il perseguimento di una legittima finalità di politica sociale.

Secondo la Corte, la sostituzione temporanea di lavoratori per motivi di politica sociale (congedi per malattia, parentali, per maternità o altri) costituisce una ragione obiettiva che giustifica la durata determinata del contratto.

La Corte ha rilevato, inoltre, che l’insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione che impone allo Stato di organizzare il servizio scolastico garantendo un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di studenti, cosa che dipende da un insieme di fattori, taluni difficilmente controllabili o prevedibili. Tali fattori attestano una particolare esigenza di flessibilità, che può oggettivamente giustificare il ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Allo stesso tempo, la Corte ha ammesso che può altresì oggettivamente giustificarsi che, in attesa dell’espletamento di concorsi per l’accesso ai posti permanenti, i posti da occupare siano coperti con una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.

Ciò premesso, la Corte ha evidenziato, tuttavia, che la normativa italiana viola, nella sua applicazione concreta, la clausola 5, punto 1, lettera a), dell’Accordo quadro, in quanto conduce, nei fatti, a un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato: infatti, tali contratti sono utilizzati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli delle scuole statali a causa della mancanza strutturale di posti di personale di ruolo. Ha ricordato, infatti, che il termine di immissione in ruolo dei docenti nell’ambito di tale sistema è variabile e incerto (non è previsto alcun termine preciso per l’organizzazione delle procedure concorsuali; l’immissione in ruolo per effetto dell’avanzamento dei docenti in graduatoria dipende da circostanze aleatorie e imprevedibili, come la durata complessiva dei contratti di lavoro a tempo determinato, o il numero di posti nel frattempo divenuti vacanti).

La Corte, dunque, è giunta alla conclusione che l'Accordo quadro non ammette una normativa, quale quella nazionale, che, fatte salve le verifiche da parte dei giudici del rinvio, non prevede alcuna misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e, al contempo, esclude il risarcimento del danno subito a causa del medesimo ricorso abusivo nel settore dell'insegnamento, non consentendo neanche la trasformazione di tali contratti in contratti a tempo indeterminato.

Sotto questo profilo, la decisione *Mascolo* è una vera e propria sentenza di inadempimento nei confronti dello Stato italiano rispetto agli obblighi incombenti in virtù dei trattati e della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nei confronti di tutti i supplenti della scuola pubblica, ai sensi dell'art.260 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea (TUEF).

A conferma di ciò, nel dichiarare con la prima formale sentenza di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE del "malcapitato" Granducato di 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*³⁹ a distanza di tre mesi richiama ben volte la sentenza *Mascolo*, che appunto 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.

9. Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele

Per comprendere l'efficacia "deterrente" e dirimente della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia per la soluzione nel senso della stabilizzazione di tutto il precariato pubblico, scolastico e non scolastico, che abbia quantomeno maturato 36 mesi di servizio anche non continuativo alle

³⁹ CGUE, sez. III, 26 febbraio 2015, causa C-238/14 *Commissione contro Lussemburgo*.

dipendenze della p.a., la statuizione di “inadempimento” alla direttiva 1999/70/Ce sui supplenti della scuola pubblica va coordinata con quanto argomentato dalla Corte europea sul principio di leale cooperazione tra lo Stato italiano e le Istituzioni Ue.

In effetti, come già anticipato, l’Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Affatato C-3/10* sull’ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Rossano - che, ribadendo il divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico in mancanza di procedure concorsuali di reclutamento, aveva appunto denunciato l’ineffettività della sanzione del risarcimento dei danni prevista dall’art.36, c.5, d.lgs. n.165/2001 – ha correttamente sostenuto al pt.67 l’applicabilità diretta dell’art.5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 anche ai contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego e anche per il settore scolastico, con conseguente trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine che abbiano avuto durata complessivamente superiore a 36 mesi. Nel procedimento principale davanti al Tribunale di Rossano si trattava di contratti a tempo determinato successivi nel settore della sanità pubblica, che non superavano complessivamente i trentasei mesi di rapporti a termine con la Azienda sanitaria locale di Cosenza.

In particolare, il Tribunale di Napoli, inizialmente, sulla base dell’orientamento già espresso dalla Corte di giustizia nell’ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010 sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano, aveva orientato le proprie decisioni nel senso dell’applicabilità diretta dell’art. 5, c.4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 anche ai contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, riquilificando cioè quei rapporti che avevano superato i trentasei mesi anche non continuativi con mansioni equivalenti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro pubblico, trovando adesione a questa soluzione in parte della giurisprudenza di merito.

Tuttavia, la “diversa” (opposta) lettura dell’ordinanza *Affatato* espressa dalla Cassazione, che ha rigettato sia (correttamente) le domande di risarcimento del danno subito, per asserita mancanza del «presupposto stesso della tecnica risarcitoria, che è quello di ripristinare, attraverso la restaurazione dell'ordine giuridico violato, la situazione soggettiva che, garantita da una norma giuridica, venga in concreto a subire una lesione»⁴⁰, sia (non condivisibilmente) la

⁴⁰ V. Cass., sez.lav., Pres. Est. Vidiri, 13 gennaio 2012, n. 392. In termini, per le supplenze scolastiche Cass., n.10127/2012.

domanda di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato per aver superato il limite dei 36 mesi (Cass. n.10127/2012), ha indotto il Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo* e a. a chiedere alla Corte di giustizia di chiarire se i dipendenti legati a Pubbliche Amministrazioni con rapporti di diritto “*privato*” hanno diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine in forza del principio di leale collaborazione e della posizione assunta dallo Stato italiano nell’ordinanza *Affatato* o in applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, previsto dall’accordo quadro comunitario e recepito dall’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (che, in base all’art. 6, p.1, TUE, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati).

Secondo il Tribunale partenopeo la giurisprudenza comunitaria prevede che la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, pt. 1, dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, comprende tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell’impiego di quest’ultimo, ivi compreso l’indennizzo concesso dal datore di lavoro per il licenziamento intimato senza giustificato motivo.

Ne conseguirebbe, per il giudice del rinvio, la disapplicazione del divieto di conversione del rapporto di impiego sancito nell’art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, e, in ogni caso, la necessità di quesito pregiudiziale sul fatto che la mancata applicazione del c. 4 *bis* dell’art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 ai rapporti di pubblico impiego “privatizzati” possa ritenersi giustificata dalle «esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori», contemplate nella clausola 5 dell’accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/Ce, nelle ipotesi, come quella di docenti scolastici (o educatori delle scuole dell’infanzia nella causa *Russo c. Comune di Napoli* C-62/13), in cui l’attività di docente (o educatore) è rinvenibile sia nell’ambito privato che nel “settore” pubblico.

Come peraltro già prospettato dal Tribunale di Torino nell’ordinanza di rinvio dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n.251/2002 sui docenti precari, l’art. 3 d.lgs. n. 165/2001 ha, infatti, sancito che rimangono sottoposti al regime di diritto pubblico e, conseguentemente, alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, solo i dipendenti il cui

rapporto di impiego implica l'esercizio di potestà o prerogative pubbliche, cioè il pubblico impiego non contrattualizzato (tra cui anche gli *ex* precari delle Autorità indipendenti, graziati con la stabilizzazione d'urgenza nella causa *Valenza*), sottratto al regime "privatistico" in ragione della peculiarità delle funzioni svolte dai dipendenti, implicanti l'esercizio di pubblici poteri, o dell'esigenza di garantire agli enti deputati al controllo di legalità, a tutela di interessi pubblici, una piena autonomia nell'esercizio dei loro compiti.

Viceversa, i rapporti di tutti gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni - ivi compresi, per quanto di interesse, i docenti e i collaboratori scolastici delle scuole pubbliche -, operano in regime di "diritto privato", ossia con rapporti regolamentati dalle medesime disposizioni disciplinanti il rapporto di lavoro prestato alle dipendenze dei datori di lavoro privato e sottoposti alla giurisdizione del giudice ordinario⁴¹.

In buona sostanza, diversamente dalle precedenti cause pregiudiziali "interne" sul precariato pubblico in Corte di giustizia (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza *Affatato*), nelle ordinanze del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale non era più in discussione la misura repressiva applicabile - ossia conversione o riqualificazione dei contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni italiane, o il risarcimento dei danni -, bensì la possibilità di escludere con un atto normativo in via generale a tutti i supplenti della scuola pubblica e a tutto il pubblico impiego in generale (causa *Russo* C-63/13) l'applicazione di tutte le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

E' stata, dunque, la "naturale" ambiguità del comportamento dello Stato italiano nella rappresentazione del quadro normativo interno a indurre il Tribunale di Napoli a sollevare specifica questione pregiudiziale nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo* e a. sul principio di leale cooperazione⁴² degli Stati nei confronti dell'Unione europea e delle sue

⁴¹ V. l'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁴² «Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno

Istituzioni, facendo espresso riferimento a quanto precisato dallo Stato italiano nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* sull'applicabilità dell'art.5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 anche alle pubbliche amministrazioni, affermata davanti alla Corte di giustizia e puntualmente smentita nei giudizi nazionali, comprese le due sentenze n.392 e n.10127/2012 della Cassazione, espressamente richiamate nelle ordinanze di rinvio e a cui il giudice del rinvio ha precisato di essere tenuto a dare “applicazione” come manifestazione della nomofilachia autentica del Giudice di ultima istanza.

Nelle sue osservazioni scritte depositate il 22 maggio 2013 la Commissione europea ha risposto ai quesiti pregiudiziali sostanzialmente condividendo sui punti controversi principali i dubbi interpretativi sollevati dal Tribunale di Napoli rispetto alla (in)compatibilità della normativa interna rispetto alla disciplina europea.

L'Avvocatura dello Stato, invece, - nelle osservazioni scritte depositate il 14 maggio 2013 a pag. 30 ai pp.tt. 52-54⁴³ - si è limitata ad affermazioni di carattere chiaramente intimidatorio nei confronti del giudice del rinvio, colpevole di aver sollevato il problema della leale cooperazione dello Stato davanti alla Corte di giustizia.

conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.».

⁴³ «52. Nel quarto quesito il Tribunale di Napoli chiede – singolarmente – se allo Stato sia vietato rappresentare in un procedimento interpretativo davanti alla Corte di giustizia UE un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero. 53. In disparte l'estrema gravità, nella sostanza, dell'assunto, volto a sostenere che la difesa del Governo italiano avrebbe artatamente detto il falso in una procedura ex art 267 TFUE (in relazione alla quale questa medesima difesa valuterà quali siano le più opportune azioni da assumere nell'ordinamento interno contro tale condotta del Tribunale di Napoli), ancora una volta si eccepisce l'irricevibilità della questione, in quanto del tutto irrilevante ai fini della risoluzione del caso concreto sotteso al giudizio nazionale: in pratica, il Tribunale di Napoli chiede di valutare la asserita condotta “falsificatrice della realtà” da parte della difesa del Governo italiano in una diversa procedura ex art- 267 TFUE e segnatamente nella causa *Affatato* conclusasi con la succitata ordinanza C-3/10. 54. In subordine, per mero tuziorismo, si riportano testualmente, di seguito, i “passi incriminati” della difesa del Governo nella causa *Affatato* (gli unici dove v'è una difesa nel merito delle questioni, e non eccezioni di irricevibilità, tutte peraltro accolte dalla Corte) da cui si evince l'assoluta falsità – questa sì – della ricostruzione del giudice remittente, volta a sostenere (con uno scopo oscuro e comunque irrilevante ai fini della decisione della causa sottoposta al suo vaglio) che lo Stato italiano in detta vertenza comunitaria avrebbe rappresentato un quadro legislativo FALSO:».

Peraltro, leggendo le numerose altre questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Napoli risulta evidente che sul precariato scolastico la sostanza dei dubbi interpretativi non era diversa da quella enunciata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza *Napolitano*, rendendole complementari e integrabili proprio a causa della diversità e del dissenso sui numeri dei supplenti docenti interessati alla tutela antiabusiva e sulla legittimità o meno della *ratio* o delle ragioni oggettive, che per la Consulta giustificerebbero le modalità di assunzione a tempo determinato *sine die* per assicurare la continuità del servizio, mentre sarebbero in contrasto con la nozione comunitaria di ragioni oggettive per il giudice partenopeo.

10. *La risposta “energica” della Cgue nella sentenza Mascolo sul principio di leale cooperazione: applicazione dell’art.5, c.4 bis, d.lgs. n.368/2001*

La sentenza *Mascolo* ricorre ad un articolato e raffinato ragionamento sulla questione del principio di leale cooperazione dello Stato italiano nei confronti delle Istituzioni europee e, in particolare, nei confronti della Corte di giustizia.

Innanzitutto, al pt. 12 la Corte di giustizia evidenzia che il d.lgs. n.165/2001 disciplina solo il “ricorso”, cioè il momento genetico, a contratti a tempo determinato nel settore pubblico e trascrive del testo unico sul pubblico impiego soltanto il 5° c. dell’art.36, nella formulazione “monca” del richiamo alla responsabilità dei dirigenti, a sottolineare con la mancata trascrizione dell’art.36, cc. 1 e 2, d.lgs. n.165/2001 l’assoluta mancanza di vincoli legislativi legati al concorso pubblico per l’assunzione con contratti flessibili.

Dopo aver fatto scomparire dalla ricostruzione normativa interna applicabile alle fattispecie di causa tutto l’art.36 d.lgs. n.165/2001, ad eccezione del c. 5, la Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* cancella anche quest’ultima norma tra quelle che il giudice nazionale “potrà” applicare al pt.114: «114 Per quanto riguarda l’esistenza di misure dirette a sanzionare l’utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve rilevare, innanzitutto, che dalle ordinanze di rinvio risulta che, come espressamente indicato dalla Corte costituzionale nella sua seconda questione pregiudiziale nella causa C-418/13, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a

tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In particolare, è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali.».

In buona sostanza, se la procedura di reclutamento a tempo determinato è stata legittima e conforme alle disposizioni di legge (che non prevedono il concorso pubblico), come nella scuola pubblica o negli asili comunali (per i quali non è prevista neanche la graduatoria ad esaurimento), non si può applicare l'art.36, c. 5, d.lgs. n.165/2001 che prevede, appunto, la violazione della normativa di accesso legittimo al pubblico impiego.

E sulla normativa "sanzionatoria" da applicare in caso di abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego?

Innanzitutto, per la scuola pubblica statale, la Corte di giustizia afferma al pt. 115 che «è altresì incontrovertito che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non consenta neanche la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo esclusa l'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 alla scuola statale», come confermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n.206/2013 in relazione alle due norme ostative alla tutela del 2009 (art.4, c.14 *bis*, l. n.124/1999, trascritto al pt.18 della sentenza) e del 2011 (art.10, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, trascritto al pt.16 della sentenza) su cui il Tribunale di Trento non aveva proposto scrutinio di legittimità costituzionale.

Tuttavia, seguendo le indicazioni fornite dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio, la Corte di giustizia ai pp.tt. 28, 84 e 115 limita la non applicazione dell'art.5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 alle fattispecie contrattuali stipulate successivamente all'entrata in vigore dell'art.10, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 (cioè a decorrere dal 20 maggio 2011).

Si legge, infatti, ai pp.tt. 27-28 della sentenza: «27 Investito di tale ricorso, il Tribunale di Napoli indica, in primo luogo, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, contrariamente a quanto dichiarato dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 10127/12, è contraria alla clausola 5 dell'accordo quadro. 28 Tale normativa, infatti, non contemplerebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera a), di detta clausola,

poiché non consentirebbe di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea e autorizzerebbe, come previsto esplicitamente dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato a copertura di posti effettivamente vacanti. Orbene, tale normativa non contemplerebbe neppure misure di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera b), di detta clausola. Infatti, l'art.10, c. 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 escluderebbe d'ora in avanti l'applicazione alle scuole statali dell'articolo 5, comma 4 bis, del suddetto 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. Inoltre, tale normativa non conterrebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera c), della medesima clausola.».

Viceversa, in mancanza di norme ostative alla tutela, la Corte di giustizia afferma inequivocabilmente l'applicabilità dell'art. 5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 (e quindi dell'intero d.lgs. n.368/2001 alle pubbliche amministrazioni: argomento *ex pt.* 14 della sentenza) al pt. 55, quando si occupa dell'ordinanza Russo del Tribunale di Napoli nella causa C-63/13 sul pubblico impiego “non scolastico” degli Enti locali.

Infatti, sostiene la Corte al pt. 77 quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente «energico» (termine utilizzato anche al pt. 62 della sentenza *Fiamingo*⁴⁴, richiamata per ben 19 volte nella sentenza *Mascolo*) e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro.

La misura “energica” e dissuasiva è sicuramente l'art.5, c. 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, richiamato ben 13 volte nella sentenza *Mascolo* e, in particolare, al citato pt. 55: «55. Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C-63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali

⁴⁴ CGUE, sez. III, 3 luglio 2014, in cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altri c. Rete ferroviaria italiana*, in *RIDL*, 2015, II, 291 ss., con nota di Ales. In dottrina v. De Michele, 2014a e 2015a; Menghini, 2015a; Vimercati, 2014; Giansanti, 2015.

nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione.».

E infatti la Corte di giustizia dichiara irrilevanti i tre quesiti⁴⁵ posti dal Tribunale di Napoli nella causa Russo C-63/13 sul precariato pubblico non scolastico, perché il giudice del rinvio ha gli strumenti per accogliere la domanda di stabilità lavorativa della ricorrente (pt. 56 della sentenza), ma non si limita a questo perché entra nel merito del quesito sull'obbligo di leale cooperazione dello Stato italiano nei confronti della Corte di giustizia nella causa *Affatato*, demolendo letteralmente le argomentazioni della Cassazione nelle sentenze n.392/2012 e n.10127/2012, che il Tribunale di Napoli aveva affermato di dover seguire in quanto espressione della nomofilachia autentica del giudice di ultima istanza.

⁴⁵ Le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Napoli nella causa Russo C-63/13: «1) quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello “Stato”, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce ed in particolare anche dell'inciso “settori e/o categorie specifiche di lavoratori” e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati. 2) se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4. 3) Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.».

I pp.tt. 59-61⁴⁶ della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia aiutano a comprendere oltre ogni ragionevole dubbio quale sia il rapporto di leale collaborazione che si deve instaurare, nel campo di applicazione della normativa europea, tra Stati membri Ue e Istituzioni sovranazionali, tra Giudice nazionale e Corte di giustizia.

Quindi, il Governo italiano è stato leale nei confronti della Corte di giustizia nella causa *Affatato* quando ha affermato l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 alle pubbliche amministrazioni (e, in particolare, l'art.5, c. 4 *bis*), perché tale posizione di leale collaborazione è stata riaffermata dal Tribunale di Napoli (Stato italiano) quando ha applicato l'art.5, comma 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 come sanzione adeguata (pt. 55 della sentenza) e nella parte in cui, comunque, non ha escluso che il legislatore intendesse effettivamente applicare l'art. 5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 al settore pubblico.

A contrario, appare evidente che al di fuori del quadro di leale cooperazione innanzi delineato, vi sia la slealtà nei confronti delle Istituzioni europee, cioè risultano violati nello specifico a) l'art.4, p.3, del Trattato di Lisbona (TUE); b) la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, come interpretata dalla Corte di giustizia per il precariato pubblico italiano nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo, Valenza, Carratù, Mascolo* e nelle ordinanze *Affatato* e *Papalia*; c) l'art.117, c.1, e l'art.97, c.3, 2° periodo, in

⁴⁶ Così precisa la sentenza *Mascolo* ai pp.tt. 59-61: «59 Il Comune di Napoli, il governo italiano e la Commissione europea, inoltre, mettono in discussione la ricevibilità della quarta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché della terza questione nella causa C-63/13, per il motivo, sostanzialmente, che la risposta a tali questioni è, in tutto o in parte, irrilevante ai fini delle controversie di cui ai procedimenti principali. 60 Si deve osservare che tali questioni, la cui formulazione è identica, si fondano, come già constatato al punto 32 della presente sentenza, sulla premessa in forza della quale l'interpretazione del diritto nazionale apportata dal governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza *Affatato* (EU:C:2010:574, punto 48), secondo cui l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, è erronea e, pertanto, integra una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione. 61 Tale interpretazione, come risulta dai punti 14 e 15 della presente sentenza, corrisponde tuttavia pienamente all'interpretazione apportata nel caso di specie dal Tribunale di Napoli, e alla luce della quale, secondo una giurisprudenza costante, la Corte deve effettuare l'esame dei presenti rinvii pregiudiziali (v., in particolare, sentenza *Pontin*, C-63/08, EU:C:2009:666, punto 38). Tale giudice indica, infatti esplicitamente nelle sue ordinanze di rinvio che, a suo avviso, il legislatore nazionale non ha inteso escludere l'applicazione di detto articolo 5, comma 4 bis, al settore pubblico.».

combinato disposto, della Costituzione; d) il d.lgs. n.368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/Ce.

Comprendiamo bene tutti a quali conseguenze negative - per la tenuta dell'intero sistema giudiziario e della coesione sociale fondata sul rigoroso e imparziale espletamento della fondamentale funzione giurisdizionale - possa condurre l'ingiustificata situazione giurisdizionale di rifiuto della leale cooperazione con l'Ue, quale quella in cui continua a muoversi - senza nessuna ragione oggettiva, né giuridica né finanziaria e neanche etica - non solo il legislatore, ma anche una parte della giurisprudenza della Cassazione nell'insistere nel divieto di conversione fino ad inibire o vanificare anche la tutela risarcitoria.

11. *L'inadempimento della Spagna alla direttiva 1999/70/Ce su tutto il precariato pubblico nell'ordinanza León Medialdea della Cgue*

La stessa censura ricevuta dallo Stato italiano nella sentenza *Mascolo* di inadempimento alla direttiva 1999/70/Ce per i supplenti della scuola pubblica è stata effettuata dalla Corte di giustizia nei confronti della Spagna per tutto il

suo precariato pubblico “simulato” con l’ordinanza *León Medialdea*⁴⁷, subito dopo la sentenza *Mascolo*.

Nell’ordinanza *León Medialdea* la Corte di Lussemburgo evidenzia il tentativo fraudolento del legislatore iberico di trasformare i contratti a tempo determinato successivi abusivi nel pubblico impiego in contratti di lavoro a tempo indeterminato non permanente (*relación laboral por tiempo indefinido no fijo*), ai sensi della 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori⁴⁸, approvato con r.d.lgs. 24 marzo 1995, n. 1, assoggettato ad un regime di sostanziale libera recedibilità (il lavoratore pubblico abusato mantiene il posto fino alla sua copertura con procedura selettiva, con conseguente automatica estinzione definitiva del rapporto di lavoro).

In relazione a tale fattispecie di causa, per una dipendente comunale in servizio quasi ininterrottamente per 11 anni con due contratti a tempo

⁴⁷ CGUE, sez. VIII, 11 dicembre 2014 (ord.), causa C-86/14 *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*. Il giudice relatore ed estensore della decisione è l’irlandese Ó Caoimh, che ha scritto le più importanti decisioni della Corte di giustizia sull’interpretazione della direttiva 1999/70/CE, tra cui le sentenze *Angelidaki*, *Fiamingo*, *Mascolo*, *Commissione contro Granducato di Lussemburgo* e l’ordinanza *Affatato*. Così conclude l’ordinanza *León Medialdea*: «Le clausole 2 e 3, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell’allegato della direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all’accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, devono essere interpretate nel senso che un lavoratore come la ricorrente nel procedimento principale rientra nell’ambito di applicazione dell’accordo quadro in parola nella misura in cui detto lavoratore è stato vincolato al suo datore di lavoro tramite contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi delle menzionate clausole. L’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, che non comporta misure effettive per sanzionare gli abusi, ai sensi della clausola 5, punto 1, di detto accordo quadro, risultanti dall’utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, dato che nell’ordinamento giuridico interno non vi sono misure effettive per sanzionare siffatti abusi. Spetta al giudice del rinvio valutare, conformemente alla legislazione, ai contratti collettivi e/o alle prassi nazionali, di quale natura debba essere l’indennità accordata ad un lavoratore come la ricorrente nel procedimento principale affinché detta indennità costituisca una misura sufficientemente effettiva allo scopo di sanzionare gli abusi, ai sensi della clausola 5, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Spetta parimenti al giudice del rinvio, eventualmente, fornire alle disposizioni pertinenti del diritto interno, per quanto possibile, una interpretazione conforme al diritto dell’Unione.»

⁴⁸ Introdotta dall’art. 1, c. 6, Ley 17 settembre 2010, n. 35, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro.

determinato successivi riqualficati, come unica sanzione, in un «contratto a tempo indeterminato non permanente» fino alla soppressione per motivi economici del posto di lavoro e la estinzione del rapporto contrattuale, la Corte europea ha dichiarato il contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa interna in regime di *relación laboral por tiempo indefinido no fijo*.

L'ordinanza *León Medialdea*, infatti, ai pp.tt. 40 e 41 "riqualifica" in contratto a tempo determinato, come tale rientrante nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/Ce il «contratto a tempo indeterminato non permanente», per affermare, in conseguenza, che l'ordinamento interno spagnolo non prevede alcuna misura effettiva per sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico.

La Corte europea fornisce anche al giudice nazionale (anche italiano) la soluzione per superare la situazione di inadempimento, evidenziando al pt. 50 che il diritto dell'Unione impone al giudice del rinvio di garantire che le sanzioni scelte dal diritto nazionale hanno il carattere sufficiente e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle misure di prevenzione previste da questo diritto in conformità con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro.

Pertanto, i giudici nazionali, attraverso l'interpretazione conforme, devono fare tutto quanto di loro competenza, tenendo conto di tutte le leggi nazionali e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da essa, per consentire la piena efficacia della direttiva 1999/70/Ce e per raggiungere una soluzione conforme alla finalità perseguita da essa (ordinanza *León Medialdea*, pt. 55).

Secondo la Corte, quindi, spetta al giudice del rinvio interpretare le pertinenti disposizioni di diritto nazionale – legislazione e accordi e/o prassi collettivi -, quando l'abuso di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ha avuto luogo, in modo tale da applicare una misura efficace a sanzionare e punire debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (ordinanza *León Medialdea*, pp.tt. 56 e 57).

Va debitamente considerato che la situazione di inadempimento della Spagna alla direttiva 1999/70/Ce sul precariato pubblico come evidenziata nell'ordinanza *León Medialdea* è sicuramente molto grave, ma meno pericolosa per le sorti dell'intera architettura dell'Unione europea dell'atteggiamento sul piano legislativo assunto dallo Stato italiano (come emerge dalla sentenza *Mascolo*), che prima recepisce correttamente l'accordo

quadro sul lavoro a tempo determinato anche per il pubblico impiego (con l'intero d.lgs. n.368/2001 e, in particolare, con l'art.5, c.4 *bis*), per poi adottare norme che eliminano o impediscono la tutela già riconosciuta in caso di abusi nella successione dei contratti temporanei alle dipendenze delle pp.aa.

12. *Il legislatore nazionale si rifiuta di adempiere agli obblighi Ue e di recepire la sentenza Mascolo: il d.lgs. n.81/2015 e la l. n.107/2015 sulla scuola*

La risposta del legislatore italiano con il d.lgs. n. 81/2015 e con la l. n. 107/2015 sulla scuola appare sorprendente e in totale contrasto con quanto precisato, quasi contestualmente e comunque consecutivamente, dalla sentenza *Mascolo*, dall'ordinanza *León Medialdea* e dalla sentenza *Commissione* contro *Granducato di Lussemburgo* della Corte di giustizia.

Innanzitutto, con la norma di “chiusura” dell'art. 29, c. 4, d.lgs. n. 81/2015, per le pubbliche amministrazioni diverse da quelle scolastiche, universitarie (docenti) e sanitarie (solo per il personale sanitario) continua (*rectius*, continuerebbe) ad operare quanto disposto dall'art.36 del d.lgs. n.165/2001.

Con l'abrogazione del d.lgs. n. 368/2001 è molto arduo comprendere quale contenuto regolativo abbia l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 rispetto ai contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

In buona sostanza, continuerebbe ad applicarsi a tutti i dipendenti a tempo determinato delle pubbliche amministrazioni l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, che però è svuotato del suo contenuto disciplinare dal momento che il d.lgs. n. 368/2001, richiamato espressamente nel c. 2 e nel c. 5 *ter* del predetto art. 36, è stato soppresso dall'art. 55, c. 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, c. 2, d.lgs. n. 165/2001) e la mancanza di qualsiasi sanzione effettiva in caso di abuso nella successione contrattuale (art. 36, cc. 5, 5 *ter* e 5 *quater*, d.lgs. n. 165/2001).

Sintomatica del carattere autarchico di questa riforma è la modifica dell'art. 5, c. 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 (ora art. 19, c. 2, d.lgs. n. 81/2015), cioè della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti o rapporti a tempo determinato successivi anche non continuativi al superamento dei trentasei mesi di servizio con lo stesso datore di lavoro per lo svolgimento di mansioni equivalenti. Si tratta, per l'appunto, della disposizione che la Corte di giustizia nell'ordinanza *Affatato* (pt. 48) e nella sentenza *Mascolo* (pt. 55)

aveva valutato come misura adeguata («energica») a reprimere gli abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego.

Per quanto riguarda specificamente il precariato scolastico, l'art. 29, c. 2, lett. c), del d.lgs. n. 81/2015 esclude (senza neanche la motivazione di essere «già disciplinati da specifiche normative», come invece per le ipotesi del comma 1 dello stesso articolo) dal campo di applicazione del capo III contenente le norme sul lavoro a tempo determinato «i contratti (...) stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze», oltre a quelli con personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale.

Sotto questo profilo, la posizione del personale supplente della scuola è assimilata perfettamente a quella degli operai agricoli a tempo determinato, per i quali l'art. 29, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 81/2015 conferma l'esclusione dal campo di applicazione della disciplina del contratto a tempo determinato già inserita nel d.lgs. n. 368/2001, con l'aggiunta che si tratta di rapporti «già disciplinati da specifiche normative».

L'esclusione di ogni misura preventiva antiabusiva per il precariato scolastico per il presente e per il futuro, come già per il passato, viene confermata dalla legge di riforma della scuola (l. n.107/2015), nonostante la definizione del piano straordinario di stabilizzazione dei supplenti docenti (nulla è previsto per il personale ausiliario, tecnico ed amministrativo ata, nonostante gli impegni assunti con il d.l. n. 104/2013 dal Governo Letta) in misura di un terzo inferiore a quanto annunciato a settembre 2014 dallo stesso Governo, dopo le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 17 luglio

2014⁴⁹ che già anticipavano la *debacle* della decisione *Mascolo* della Corte di giustizia.

Infatti, l'art. 1, c. 131, l. n. 107/2015 completa il mosaico della precarizzazione permanente del personale scolastico non stabilizzato con la seguente confusa previsione: «A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi».

Insomma, mentre per il docente che ha superato il concorso pubblico per la nomina in ruolo o per il docente inserito nelle graduatorie provinciali ad esaurimento (gae) che viene assunto a tempo indeterminato attraverso le assunzioni straordinarie previste dalla l. n. 107/2015, senza aver mai prestato un giorno di servizio nella scuola pubblica (i casi riguardano o hanno riguardato decine di migliaia di insegnanti) il periodo di prova ha la durata di un anno⁵⁰, il docente precario con l'abilitazione pas⁵¹ o tfa⁵², non inserito nelle

⁴⁹ Le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar sono state espressamente richiamate a pag. 36 delle linee guida alla riforma della scuola dal titolo "La buona scuola" presentate dal Governo il 3 settembre 2014, quale *occasione* della necessità di procedere all'assunzione straordinaria in ruolo dal 1° settembre 2015 di quasi 150.000 docenti precari, riconoscendo finalmente (salvo poi rimangiarsi una parte della promessa) lo Stato italiano il rilevato contrasto della normativa interna di cui all'art. 4, cc. 1 e 2, della l. n. 124/1999 con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario e presentando alle Istituzioni comunitarie il 16 ottobre 2014, addirittura, la stabilizzazione dei supplenti nel disegno della legge di stabilità con un costo previsto di un miliardo di euro. Nella risposta della Commissione E-009633/2015 del 19 agosto 2015 ad interrogazione parlamentare l'Istituzione Ue osserva che «una delle principali misure alla base della riforma scolastica in programma consiste nell'assunzione su base permanente, a partire dal settembre 2015, di quasi 150.000 insegnanti che ora lavorano con contratti temporanei e che dal 2016 in poi l'accesso alla professione sarebbe possibile solo attraverso concorsi generali». I dati promessi, *more solito*, non coincidono con quelli effettivi.

⁵⁰ Di cui 180 giorni di servizio effettivo, ai sensi degli artt. 437-438, d.lgs. n. 297/1994.

⁵¹ I PAS sono dei percorsi di formazione per conseguire l'abilitazione all'insegnamento, rivolti ai docenti della scuola con contratto a tempo determinato che hanno prestato servizio per almeno tre anni nelle istituzioni scolastiche statali e paritarie. Sono disciplinati dall'art. 2, c. 416, della l. n. 247/2007 e dal conseguente Regolamento approvato con d.m. 10 settembre 2010, n. 249.

⁵² Il tirocinio formativo attivo (TFA) è un corso di preparazione finalizzato all'[abilitazione all'insegnamento nelle scuole secondarie italiane](#). È stato introdotto dal citato [d.m. n. 249/2010](#) e modificato dal d.m. 25 marzo 2013, n.81, e costituisce il superamento delle [scuole di specializzazione all'insegnamento secondario \(SSIS\)](#).

gare e quindi non destinatario del piano straordinario di immissione in ruolo, che raggiunge i trentasei mesi di servizio anche non continuativi a decorrere dal 1° settembre 2016 su posti vacanti e disponibili, perderà la possibilità di continuare a lavorare con supplenze annuali nella scuola pubblica, «a causa» dell'eccessiva durata del servizio precario svolto.

Ma la beffa non finisce qui. Dopo la fase di assunzione straordinaria l'art. 1, c. 180, lett. b), n. 2) della l. n. 107/2015 prevede, con emanando decreto legislativo, l'avvio di un sistema regolare di concorsi nazionali per l'assunzione, con contratto retribuito a tempo determinato di durata triennale di tirocinio, di docenti nella scuola secondaria statale, riservati a coloro che sono in possesso di un diploma di laurea magistrale o di un diploma accademico di secondo livello per le discipline artistiche e musicali, coerente con la classe disciplinare di concorso.

Quindi, il docente precario già abilitato all'insegnamento e che possa vantare oltre 36 mesi di servizio come lavoratore subordinato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche scolastiche, superando l'ulteriore concorso per l'insegnamento che ha già espletato tornerà indietro da un punto di vista professionale per fare il tirocinante per tre anni, essendogli negata anche la condizione di lavoratore subordinato, in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Lawrie-Blum*⁵³, su caso analogo della legislazione tedesca di tirocinio per l'insegnamento (censurato dalla Corte di Lussemburgo per violazione del principio di libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 48 Trattato CEE, nella parte in cui nega la natura di lavoratore subordinato), da cui evidentemente la novella italiana ha "scimmiettato" *in peius* (tre anni di tirocinio invece dei due previsti in Germania, prima della censura della Cgue) la norma tedesca bocciata dalla Corte europea quasi trent'anni prima.

Secondo il legislatore scolastico della l. n. 107/2015, invece, la reiterazione di supplenze per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, su posti vacanti e disponibili, dà diritto soltanto al risarcimento del danno in forma economica, per il quale è previsto un apposito fondo per i pagamenti in esecuzione di provvedimenti giurisdizionali (art. 1, c. 132), mentre sia la Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* sia l'ordinanza n. 207/2013 della Corte costituzionale sia la sentenza n. 10127/2012 della Cassazione (cui *adde*, Cass., sez. lav., nn. 27481/2014, 2025/2015, 2026/2015 e altre conformi, che hanno escluso il risarcimento dei danni nel settore pubblico

⁵³ CGCE, 3 luglio 1986, causa C-66/85 *Lawrie-Blum* c. *Land Baden-Württemberg*.

scolastico trattandosi di assunzioni legittime attraverso legittime graduatorie selettive) hanno categoricamente escluso l'applicazione dell'art. 36, c. 5, d.lgs. n. 165/2001.

Infine, per quanto riguarda l'ambito dell'istruzione (in questo caso, universitaria), l'art. 29, c. 2, lett. d), del d.lgs. n.81/2015 estende l'esclusione delle tutele delle clausola 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato anche ai contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della l. n. 240/2010 per i ricercatori a tempo determinato.

Vale la pena di ricordare che, in base all'art. 24, c. 2, l. n. 240/2010, i ricercatori sono scelti mediante «procedure pubbliche di selezione disciplinate dalle università con regolamento ai sensi della legge 9 maggio 1989, n. 168, nel rispetto dei principi enunciati dalla Carta europea dei ricercatori, di cui alla raccomandazione della Commissione delle Comunità europee n. 251 dell'11 marzo 2005».

La Carta europea dei ricercatori, allegata alla raccomandazione della Commissione CE n. 251/2005, tra le sue condizioni per quanto riguarda la stabilità e la garanzia dell'impiego prevede espressamente che «i datori di lavoro e/o i finanziatori dovrebbero garantire che le prestazioni dei ricercatori non risentano dell'instabilità dei contratti di lavoro e dovrebbero pertanto impegnarsi nella misura del possibile a migliorare la stabilità delle condizioni di lavoro dei ricercatori, attuando e rispettando le condizioni stabilite nella direttiva 1999/70/CE del Consiglio».

Ma non sembra che vi sia alcuna traccia nel d.lgs. n. 81/2015 di attuazione della direttiva 1999/70/CE specificamente per i ricercatori universitari (e per nessun lavoratore a tempo determinato sia nel privato che nel pubblico, in generale), fatta salva la singolare precisazione che ai ricercatori non si applica neanche il limite percentuale o la clausola di contingentamento (art. 23, c. 3, d.lgs. n. 81/2015).

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

- 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, c.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 l. 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, c.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, c.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 c.2 e nel c.5 *ter* del predetto art.36, è stato soppresso dall'art.55, c.1, lett.b), del 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, c.2, d.lgs. n.165/2001) e la mancanza di qualsiasi sanzione effettiva in caso di abuso nella successione contrattuale (art.36, cc.5, 5 *ter* e 5 *quater*, d.lgs. n.165/2001).

13. *Giurisdizione "a protezione europea" contro il legislatore fraudolento per la maggior tutela dei diritti dei lavoratori pubblici precari*

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.

Tuttavia, a quattro giorni dall'udienza di discussione delle questioni di legittimità sul reclutamento scolastico la Corte costituzionale ha disposto il rinvio delle cause a nuovo ruolo, rimandando al 17 maggio 2016 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.

Cosa avrebbe potuto fare (e cosa ora potrebbe 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, c.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 (e potrebbe) 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*, pt.48; sentenza *Mascolo*, pt.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, c.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 superiori⁵⁴ hanno escluso possa 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, cc.1, 2 e 14 *bis*, della l. n.124/1999, dell'art.10, c.4 *bis*, del d.lgs. n.368/2001, dell'art.36, cc. 2 ultimo periodo, 5 *ter* e 5 *quater*, del d.lgs. n.165/2001, nella parte in cui tali norme consentono

⁵⁴ 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, come più volte precisato, 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 costituzionale nell'ordinanza n.207/2013 sia dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* (pt.114, che richiama le posizioni dei Giudici del rinvio pregiudiziale) e nell'ordinanza *Papalia* (conclusioni), che affermano categoricamente l'inapplicabilità dell'art.36, c.5, d.lgs. n.165/2001. L'ostinazione con cui la giurisprudenza di merito esclude 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, 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.

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, c. 4 *bis*.

Evidentemente, l'astuto rinvio della nuova discussione delle cause sul precariato scolastico ad una data piuttosto lontana (ad un anno e mezzo dalla sentenza *Mascolo* e ad un anno dalla precedente fissazione di udienza del 23 giugno 2015) consente alla Corte costituzionale di "sollecitare" i giudici di merito (ma anche la Cassazione) a sollevare nuove questioni di legittimità costituzionale della normativa che impedisce od ostacola la tutela effettiva contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato subiti da tutti i dipendenti pubblici precari, la cui trattazione congiunta all'udienza del 17 maggio 2016 possa evitare i già segnalati problemi di ammissibilità delle ordinanze di rinvio pendenti sui supplenti della scuola.

L'occasione migliore per proporre una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art.36, cc. 5, 5 *ter* e 5 *quater*, del d.lgs. n.165/2001 potrebbe essere l'udienza pubblica davanti alle Sezioni unite della Cassazione sul risarcimento del danno nel caso di abusivo ricorso a contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego non scolastico, dopo l'ordinanza interlocutoria del 4 agosto 2015, n. 16363⁵⁵ della Sezione lavoro della Suprema Corte, nella forbice tra il «danno comunitario» di cui all'art. 8 della l. n. 604/1966 inventato da Cass. 27481/2014⁵⁶ e l'applicazione analogica dell'art. 18, cc. 4 e 5, l. n. 300/1970 (nella formulazione antecedente la riforma Fornero).

Quest'ultima soluzione, un vero e proprio *astreinte* predeterminato nell'importo, è stato individuato dal Tribunale di Genova⁵⁷ (Est. Basilico, giudice del rinvio pregiudiziale) e confermato dalla Corte di appello di Genova, in sede di riassunzione della causa C-53/04 *Marrosu-Sardino*, definita dalla Corte di giustizia con sentenza del 7 settembre 2006 con la nota indicazione – non seguita fino ad ora dalla giurisprudenza di legittimità e scarsamente seguita da quella di merito – che la sanzione da applicare nel pubblico impiego, per essere dissuasiva, effettiva, proporzionata, deve essere soprattutto equivalente a quella applicata nel settore privato.

⁵⁵ Pres. Macioce, Est. Blasutto.

⁵⁶ Pres. Stile, Est. Tria.

⁵⁷ Est. Basilico, giudice del rinvio pregiudiziale nella causa C-53/04 *Marrosu-Sardino*.

Davanti alla Corte costituzionale ci si può ragionevolmente attendere che la delimitazione del personale da “stabilizzare” a quello che ha superato i 36 mesi di servizio precario alle dipendenze dell’Amministrazione scolastica (e delle pubbliche amministrazioni non scolastiche) sarebbe in linea con le indicazioni fornite dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* e sanerebbe i pasticci della l. n.107/2015, che invece individua il requisito dei 36 mesi (interpretato incredibilmente come limitato a tre supplenze annuali e non come sommatoria di tutti i periodi di servizio precario con mansioni equivalenti) come tempo 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 unite⁵⁸, che ha definitivamente concluso al pt. 14 per la non applicazione del divieto di conversione in caso di abusivo ricorso a contratti a tempo 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.

Con una articolata e un po’ criptica motivazione, le Sezioni unite del 2015 richiamano l’ordinanza *Papalia* (non la sentenza *Mascolo*) della Corte di giustizia e scaricano in buona parte la responsabilità della confusione sulla (mancata) stabilizzazione giudiziale del precariato 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.

Sul fronte delle decisioni della giurisprudenza di merito e di comportamenti di pubbliche amministrazioni improntati al rispetto degli obblighi Ue e all’applicazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo*, va segnalata la pregevole sentenza del 6 maggio 2015, n.4197 del Tribunale di Napoli, in sede di riassunzione della causa *Russo C-63/13* sugli asili comunali dopo la pronuncia della Corte europea.

⁵⁸ Cass., 9 marzo 2015, n. 4685, in *LG*, 2015, 6, 588 ss., con nota di Nunin, 2015b.

La decisione partenopea, scontata dopo l'invito della Corte di giustizia al giudice del rinvio al pt.55 della sentenza *Mascolo* a continuare ad applicare l'art.5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, acquista un maggior rilievo ove si pensi che la sentenza di riqualificazione dei contratti a tempo determinato successivi della dipendente comunale insegnante presso l'asilo comunale non è stata impugnata dal Comune di Napoli, datore di lavoro pubblico e parte soccombente nel procedimento principale.

Anzi, l'Amministrazione comunale di Napoli ha dato ulteriore seguito alla pronuncia della Corte di giustizia, estendendo sul piano amministrativo a tutto il personale precario degli asili comunali l'indicazione giudiziale di trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine, trovando sostegno in questo atteggiamento di leale cooperazione con le Istituzioni europee (che lo Stato nazionale continua a non mostrare) anche nelle decisioni del Giudice contabile, che ha assolto i pubblici amministratori locali dal giudizio di responsabilità per danno erariale nell'ipotesi di attuazione di processi di stabilizzazione del personale precario (cfr. Corte conti, sez. giur. Lombardia, 10 luglio 2013, n.177).

Non si tratta né di giurisprudenza né di prassi amministrativa eversive, ma coerenti e conformi alla Costituzione e all'art.4, p.1, del Trattato di Lisbona.

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.

14. *Conclusioni: il dovere di evitare le azioni di risarcimento dei danni contro lo Stato. La sentenza Ferreira della Cgue. Il rinvio alle Sezioni unite sull'art.2, c.1 bis, d.lgs. n.368/2001 e sui contratti acausali del Jobs act*

Infine, va segnalata la possibilità che la Corte costituzionale o la Cassazione a Sezioni unite non riescano a dare effettività alla tutela "equivalente" (a quella dei dipendenti privati in situazioni analoghe) dei lavoratori pubblici in caso di abuso nella successione dei contratti a tempo determinato, per mancata attuazione (e quindi sostanziale violazione) della clausola 5 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/Ce, come interpretata dalla Corte di giustizia in particolare nella sentenza *Mascolo*.

Una recentissima decisione della Corte di giustizia con la sentenza *Ferreira da Silva e Brito*⁵⁹ ci aiuta a comprendere il rischio di caos giudiziario in cui si rischierebbe di cadere (e che occorre assolutamente prevenire), se la soluzione del precariato pubblico non dovesse maturare nel senso della stabilità lavorativa.

La Corte europea nella sentenza *Ferreira da Silva e Brito* si è pronunciata su una fattispecie di trasferimento di azienda nel settore dei trasporti aerei (che presenta molte similitudini con la vicenda del trasferimento di azienda Alitalia/Cai/Alitalia) per presunta violazione del diritto dell'Unione imputabile a un giudice nazionale avverso le cui decisioni non è possibile proporre un ricorso di diritto interno, nel caso di specie il Supremo Tribunal de Justiça (Corte suprema portoghese).

I lavoratori del procedimento principale hanno proposto davanti al Tribunale civile ricorso per responsabilità civile extracontrattuale contro lo Stato portoghese, chiedendo che quest'ultimo sia condannato al risarcimento di determinati danni patrimoniali subiti per la manifesta violazione del diritto

⁵⁹ CGCE, 9 settembre 2015, causa C-160/14 *Ferreira da Silva e Brito ed altri c. Stato portoghese*.

dell'Unione europea (direttiva 2001/23/Ce) che sarebbe stata commessa nei loro confronti dal Supremo Tribunal de Justiça con la sentenza del 25 febbraio 2009 (che aveva rigettato la domanda giudiziale dei lavoratori sul presupposto che non si trattava di trasferimento di azienda e, che, quindi, il licenziamento collettivo intimato dal datore di lavoro era legittimo pur a fronte di una cessione di parte dell'azienda e del personale alla società controllante), in quanto la Cassazione portoghese avrebbe interpretato erroneamente la nozione di «trasferimento di uno stabilimento», di cui alla direttiva 2001/23, e in quanto tale giudice non avrebbe adempiuto all'obbligo di sottoporre alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali di diritto dell'Unione pertinenti, ritenendo invece che la Corte di giustizia si fosse già espressa chiaramente con la propria giurisprudenza nel senso di escludere che la fattispecie di causa rientrasse nel campo di applicazione della direttiva comunitaria sul trasferimento di azienda ai fini della tutela effettiva e del mantenimento dei posti di lavoro nel passaggio dall'azienda cedente all'impresa subentrante⁶⁰.

⁶⁰ Così precisa la Corte di giustizia nella sentenza *Ferreira da Silva e Brito* la posizione assunta dalla Cassazione portoghese nella sentenza "impugnata" con l'azione di risarcimento dei danni contro lo Stato nazionale, ai punti 15-18: «15. Per quanto riguarda l'applicazione del diritto dell'Unione, il Supremo Tribunal de Justiça ha rilevato che la Corte, pronunciandosi in relazione a situazioni nelle quali un'impresa aveva proseguito l'attività in precedenza svolta da un'altra impresa, aveva dichiarato che tale «mera circostanza» non consentiva di concludere che vi fosse stato un trasferimento di entità economica, poiché «un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata». 16 Il Supremo Tribunal de Justiça, poiché alcuni ricorrenti del procedimento principale gli hanno chiesto di sottoporre alla Corte un rinvio pregiudiziale, ha osservato che «l'obbligo di rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno sussiste solo quando tali giudici ritengano necessario ricorrere al diritto dell'Unione per la risoluzione della controversia di cui sono aditi e, inoltre, sia stata sollevata una questione di interpretazione di tale diritto». Inoltre, tenuto conto della giurisprudenza della Corte relativa all'interpretazione delle norme dell'Unione in materia di trasferimento di uno stabilimento non sussisterebbe «alcun dubbio rilevante» nell'interpretazione di dette norme, «che imponga il rinvio pregiudiziale». 17 Secondo il Supremo Tribunal de Justiça, la «stessa Corte di giustizia ha riconosciuto espressamente che la corretta applicazione del diritto dell'Unione può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata, escludendo altresì in tal caso l'obbligo di rinvio pregiudiziale. Orbene, [secondo tale giudice nazionale] alla luce del contenuto delle disposizioni [del diritto dell'Unione] menzionate dai ricorrenti [del procedimento principale], tenuto conto dell'interpretazione ad esse data dalla Corte (...) e date le circostanze della causa (...) prese in considerazione (...), non sussiste[va] alcun dubbio rilevante nell'interpretazione che impon[esse] il rinvio pregiudiziale». 18 Il Supremo Tribunal de Justiça ha inoltre evidenziato che

Si tratta, in buona sostanza, degli stessi errori di interpretazione della giurisprudenza Ue e di mancato assolvimento all'obbligo di rinvio pregiudiziale del giudice di ultima istanza commessi dalla Cassazione nella sentenza n.392/2012 sul pubblico impiego non scolastico (censurata dalla Corte di giustizia con l'ordinanza *Papalia*), nella sentenza n.10127/2012 (censurata *in parte qua* dalla sentenza *Mascolo*) e nella sentenza n.27481/2014 sul "danno comunitario", in cui la Suprema Corte rigetta l'istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TUEF presentata dal lavoratore ricorrente⁶¹ (dipendente precario della Regione autonoma Valle d'Aosta che aveva maturato più di 36 mesi di servizio anche non continuativi) sull'erroneo presupposto, tra le altre non condivisibili argomentazioni, che non sarebbe applicabile la sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia (che invece ha deliberato anche su questione pregiudiziale di precariato pubblico locale, come nella causa *Russo C-63/13*), in quanto «la vicenda che ha dato origine al presente giudizio non ha alcuna

«(...) la Corte ha stabilito una vasta e consolidata giurisprudenza sulla problematica dell'interpretazione delle norme [del diritto dell'Unione] che fanno riferimento al "trasferimento di uno stabilimento", al punto che la direttiva [2001/23] riflette già il consolidamento delle nozioni enunciate in forza di tale giurisprudenza, nozioni che vengono formulate ora con chiarezza in termini di interpretazione giurisprudenziale (comunitaria e nazionale), il che (...) dispensa[va] dalla previa consultazione della Corte».

⁶¹ L'istanza pregiudiziale Ue presentata dalla parte ricorrente nel giudizio definito dalla sentenza n.27481/2014 della Cassazione è così trascritta nella decisione della Suprema Corte: «se la clausola 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla [direttiva 1999/70/CE](#) del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, anche alla luce della clausola 4 dello stesso accordo quadro, nonché del principio di uguaglianza e non discriminazione del diritto UE, come costantemente interpretata dalla CGUE, deve essere intesa nel senso che osta ad una normativa nazionale, quale quella di cui al Decreto Legislativo n. 165 del 2001, attuale articolo 36, commi 5, 5-ter e 5-quater che, nella interpretazione della pubblica amministrazione e della Corte di cassazione (sentenze n. 392 e 10127 del 2012; 10070 del 2013; 9385 e 14169 del 2014) differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione rispetto ai contratti a termine stipulati con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di applicazione delle regole interne di recepimento della suindicata [direttiva 1999/70/CE](#), emanate in attuazione dell'articolo 117 *Cost.*, comma 1, senza prevedere alcuna sanzione effettiva, proporzionale, preventiva, dissuasiva neanche sotto il profilo del risarcimento del danno.».

attinenza con quella dei lavoratori precari della scuola, la cui situazione è del tutto peculiare.».

Ebbene, la Corte di giustizia nella sentenza *Ferreira da Silva e Brito*, dopo aver ricordato che l'autorità del giudicato non preclude la possibilità per chi ritenga di essere stato danneggiato dal giudice di ultima istanza di chiedere l'autonoma e diversa azione di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato per manifesta violazione del diritto comunitario commessa dalla Cassazione, secondo l'impostazione della sentenza *Francovich*⁶² della Corte di giustizia, conclude, innanzitutto, censurando l'interpretazione proposta dalla sentenza della Cassazione portoghese e riconoscendo che la nozione di «trasferimento di uno stabilimento» comprende una situazione nella quale un'impresa attiva nel mercato dei voli charter è liquidata dal suo azionista di maggioranza, che è a sua volta impresa di trasporto aereo, e nella quale, successivamente, quest'ultima subentra all'impresa liquidata riassumendone i contratti di locazione di aerei e i contratti di voli charters in vigore, svolge l'attività precedentemente svolta dall'impresa liquidata, riassume alcuni lavoratori fino a quel momento distaccati presso tale impresa, collocandoli in funzioni identiche a quelle svolte in precedenza e riprende piccole apparecchiature di detta impresa.

In secondo luogo, la Corte di Lussemburgo stigmatizza il comportamento del giudice di ultima istanza che non ha sollevato le questioni pregiudiziali che erano state richieste dai lavoratori (che erano fondate) e sottolinea che l'art. 267, c.3, TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno è tenuto a sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione della nozione di «trasferimento di uno stabilimento» di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2001/23, in circostanze quali quelle del procedimento principale, contraddistinte al contempo da decisioni divergenti di giudici di grado inferiore quanto all'interpretazione di tale nozione e da ricorrenti difficoltà d'interpretazione della medesima nei vari Stati membri.

Mi pare che si debba evitare in tutti i modi che, dopo la sentenza *Mascolo* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia, si possano continuare a dare da

⁶² CGCE, gr. sez., 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90 *Andrea Francovich e Danila Bonifci e altri contro Repubblica Italiana*.

parte della Cassazione a Sezioni unite o della Corte costituzionale ancora risposte inadeguate alle istanze di riconoscimento dell'unica tutela effettiva in caso di abuso nella successione dei contratti a tempo determinato dei dipendenti pubblici, che è e rimane quella della stabilità lavorativa "equivalente" a quella dei dipendenti privati.

Un forte segnale della Suprema Corte di Cassazione nella direzione di dare corretta attuazione agli obblighi comunitari e al rapporto dialogico e non conflittuale con la Corte di giustizia lo riscontriamo nella recentissima l'ordinanza interlocutoria n. 18782 del 23 settembre 2015 (e altre quattro di identico contenuto⁶³), con cui la Sezione lavoro ha rimesso alle Sezioni unite il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea dell'apposizione del termine nel caso di successione di contratti acausali stipulati da Poste italiane ai sensi dell'art.2, c.1 *bis*, d.lgs. n.368/2001, trattandosi di «questione di massima di particolare importanza, essendo inerente a un contenzioso di natura seriale già cospicuo e destinato verosimilmente ad ulteriore incremento, in presenza del quale appare necessario scongiurare l'eventuale formarsi di contrasti interpretativi nella giurisprudenza di legittimità».

Nella fattispecie di causa la sentenza impugnata della Corte di appello di Roma aveva rigettato la domanda di riqualificazione di due contratti "successivi" a tempo determinato stipulati ai sensi della c.d. causale finanziaria Poste dal 23/1/2007 al 31/3/2007 e dal 17/4/2007 al 31/5/2007, con un intervallo non lavorato tra un contratto e l'altro di 16 giorni, ritenuto dalla Corte di giustizia nella sentenza *Adeneler* in contrasto con la nozione

⁶³ Pres. Stile, Rel. Bandini. Alla stessa udienza di discussione del 4 giugno 2015 la Cassazione ha esaminato e parimenti rinviato alle Sezioni unite altre quattro situazioni di contratti successivi acausali di Poste stipulati ai sensi dell'art.2, comma 1-*bis*, d.lgs. n.368/2001 con intervalli non lavorati inferiori a 60 giorni: la prima con ordinanza interlocutoria n.18419 del 18 settembre 2015 relativa a 5 contratti acausali dal 19.06.06 al 15.09.06, dal 02.11.06 al 31.01.07, dal 02.04.07 al 31.05.07, dal 17.09.07 al 31.10.07 e dal 01.02.08 al 31.03.08; la seconda con ordinanza n.18420 del 18 settembre 2015 relativa a 3 rapporti a termine dal 24.04.07 al 30.06.07, dal 28.08.07 al 31.10.07 e dal 01.02.08 al 31.03.08; la terza ordinanza n. 18783 del 23 settembre 2015 con 3 contratti dal 01.04.07 al 31.07.07, dal 20.08.07 al 17.10.07 e dal 28.11.07 al 31.01.08; la quarta con ordinanza n. 19284 del 29 settembre 2015 relativa a due posizioni, di cui la prima con 2 contratti dal 07.12.06 al 17.01.07 e dal 01.02.07 al 31.03.07, e la seconda con 4 contratti dal 01.02.06 al 31.03.06, dal 20.06.06 al 15.09.06, dal 02.11.06 al 31.01.07 e dal 06.06.07 al 31.08.07.

comunitaria di contratti “successivi” di cui alla clausola 5 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

In conseguenza, nel ricorso per cassazione della lavoratrice già nel 2011 erano state proposte due (sulle tre complessive, l’ultima delle quali riguardava la nuova sanzione dell’art.32, cc.5-7, della l. n.183/2010, su cui è poi intervenuta la sentenza *Carratù* della Cgue) istanze pregiudiziali finalizzate a verificare la (già dichiarata dalla Corte europea) incompatibilità con la clausola 5 dell’accordo quadro di una norma generale ed astratta, quale l’art.2, c.1 *bis*, del d.lgs. n.368/2001, in combinato disposto con una disposizione interna di individuazione della successione non fraudolenta dei contratti a tempo determinato, quale l’art.5, c.3, dello stesso decreto che fissa intervalli minimi tra un contratto a tempo determinato e quello successivo di 10 o 20 giorni identici o addirittura inferiori rispetto a quello della norma greca su cui la Corte di giustizia nella sentenza *Adeneler* ha pronunciato la declaratoria di contrasto con il diritto comunitario.

Nella 2^a questione pregiudiziale Ue proposta nel ricorso principale, si affermava che l’art.5, c.3, d.lgs. n.368/2001, nel prevedere che il secondo contratto (quello successivo) intervenuto entro i dieci/venti giorni dalla scadenza del precedente venga considerato a tempo indeterminato, richiama soltanto i contratti stipulati ai sensi dell’art. 1 e non quelli stipulati con il mero riferimento alla disciplina “aggiuntiva” dell’art.2. Pertanto, i dipendenti di Poste potrebbero essere assunti in base alla causale finanziaria, nel rispetto del limite temporale di dieci mesi nell’anno solare, per un numero indefinito di assunzioni, senza che scatti la sanzione della riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato né in caso di unico rapporto a termine né in caso di pluralità di rapporti anche senza il rispetto dell’intervallo minimo previsto dal decreto⁶⁴.

Nel frattempo, dopo la proposizione del ricorso principale con le tre istanze pregiudiziali sull’art.2, c.1 *bis*, d.lgs. n.368/2001 e sull’art.32, cc. 5-7, l. n.183/2010 e prima dell’ordinanza interlocutoria n.18782/2015, la Corte di cassazione si era pronunciata ben tredici volte in giudizi di riqualificazione di contratti a tempo determinato stipulati con il richiamo della sola causale

⁶⁴ Cfr. in termini, ordinanza del Tribunale di Roma (Est. Delle Donne) del 26 febbraio 2008 di legittimità costituzionale dell’art.2, c.1 *bis*, d.lgs. n.368/2001, dichiarata infondata dalla Corte costituzionale con la sentenza n.214/2009.

finanziaria Poste, sempre con esiti sfavorevoli per i lavoratori sia che si trattasse di un unico contratto a termine impugnato⁶⁵ sia che la fattispecie di causa riguardasse una pluralità di rapporti di lavoro a tempo “acausali”⁶⁶.

Evidentemente, nelle cinque ordinanze interlocutorie, a fronte delle istanze pregiudiziali Ue presentate dai lavoratori, la Cassazione ha preso atto della necessità di dare risposte esaustive e univoche anche sulla normativa di favore erariale che ha introdotto i contratti acausali a tempo determinato prima per Poste italiane, poi per tutte le imprese nel d.l. n.34/2014 e nel d.lgs. n.81/2015, per verificare l’effettività della misura preventiva dell’art.5, c.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, alla luce di quella interpretazione della giurisprudenza comunitaria di cui fino ad ora la stessa Suprema Corte ha dato incerta e contraddittoria applicazione, in particolare per quanto riguarda la sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia sia nel lavoro “privato” sia nel pubblico impiego.

E’ possibile, dunque, che le Sezioni unite possano rimettere alla Corte di giustizia le questioni pregiudiziali sollevate nelle controversie sui contratti successivi stipulati ai sensi dell’art.2, c.1 *bis*, d.lgs. n.368/2001, per risolvere, con il rinnovato dialogo con la Corte europea dopo la sentenza *Fiamingo* (non a caso richiamata nelle cinque ordinanze interlocutorie sulla causale finanziaria Poste), una volta per tutte il problema del precariato pubblico, compreso quello della più grande impresa pubblica.

Riferimenti bibliografici

Adamo U. (2013), *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 *forumcostituzionale.it*.

Aimo M. (2015), *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*.

Ales E. (2014), *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *RIDL*,

⁶⁵ Cass., sez.lav., sentt. nn. 16510/2015, 11658/2012, 11659/2012, 13221/2012, 19688/2012; Cass., sez. VI L, ordd. nn. 18293/2015, 18294/2015, 6584/2015, 6590/2015.

⁶⁶ Cass., sez.lav., sentt. nn. 13609/2015; 19998/2014, 28441/2013; Cass., sez. VI L, ord. n. 17925/2015.

II, 86 ss.

Ales E. (2015), *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*, in *RIDL*, II, 301 ss.

Allamprese A. (2011), *I precari della scuola tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, su *LPA*, 2011, 2, 254-271.

Buffà F. (2012), *Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza*, Relazione n.190 del 24 ottobre 2012 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione.

Calafà L. (2015), *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *RIDL*, II, 336 ss.

Chieco P. (2015), *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione provvisoria a XVII Congresso AIDLASS, Foggia, 28-29-30 maggio 2015, in *aidlass.it*.

Cimino B. (2014), *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *LPA*, II, 1033 ss.

Coppola P. (2015), *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, in *europeanrights.eu*.

De Angelis L. (2007), *Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *FI*, IV, 344 ss.

De Luca M. (2014), *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)*, in *LPA*, 499 ss.

De Michele V. (2009), *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, Milano.

De Michele V. (2011a), *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in Foglia R., Cosio R. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 53 ss.

De Michele V. (2011b), *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in Foglia R., Cosio R. (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 459 ss.

De Michele V. (2011c), *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, in *LG*, 701 ss.

De Michele V. (2012a), *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *LG*, 777 ss.

De Michele V. (2012b), *Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione*, in *RGL*, I, 735 ss.

De Michele V. (2014a), *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, in *I quaderni europei – Scienze giuridiche*, 60, 1 ss.

De Michele V. (2014b), *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 241 ss.

De Michele V. (2015a), *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*, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015.

De Stefano A. (2012), *Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa? (Corte di giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11)*, su *RAS*, 4, pp. 33-34.

Ferrante W. (2011), *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *RAS*, 2, I, 12 ss.

Fiorillo L. (2012), *I conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la normativa europea sul contratto a termine*, in *RIDL*, II, 883 ss.

Franza G. (2006), *Lavoro a termine: è ormai completa l’interpretazione della direttiva*, in *MGL*, 752 ss.

Galleano S. (2015), *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in *europeanrights.eu*, 8 gennaio 2015

Gentile S.L. (2014), *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell’indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *RIDL*, II, 479 ss.

Gianniti P. (2015), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in Idem (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, Bologna, 149 ss.

Ghera F. (2015), *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *GCost.*, 158 ss.

Guadagno S. (2014), *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *ADL*, 682 ss.

Guastaferrò B. (2013), *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013*, 23 ottobre 2013, in forumcostituzionale.it

Irmici R. (2015), *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell’Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *NDA*, 2, 177 ss.

Lafuma E. (2013), *L’actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La directive 99/70 relative au travail à durée déterminée ne s’applique pas aux relations de travail intérimaire*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 443 ss.

Menghini L. (2006), *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia*, in *RGL*, I, 698 ss.

Menghini L. (2012), *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, I, 719 ss.

Menghini L. (2015), *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *RIDL*, II, 343 ss.

Minichiello A. - Mercuri M. (a cura di) (2014), *Servizio studi del Senato, Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 sulla successione dei contratti di lavoro a tempo determinato per il personale docente e ATA della scuola*, – Nota breve n. 41 – dicembre, in *senato.it*.

Miscione A. (2006), *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in *ADL*, 1639 ss.

Miscione M. (2015), *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *QGiur.*, 5 gennaio 2015, n. 5.

Montuschi L. (2006), *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 610 ss.

Nannipieri L. (2006), *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d.lgs. n. 165/2001*, in *RIDL*, II, 742 ss.

Nunin R. (2014), *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *RGL*, II, 124 ss.

Nunin R. (2015a), *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza “Mascolo” sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *LG*, 146 ss.

Nunin R. (2015b), *Dopo “Mascolo” (ed in attesa della Consulta...): un obiter dictum delle Sezioni unite su nullità del termine e sanzioni nel pubblico impiego*, in *LG*, 6, 588 ss.

Olivieri A. (2013), *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in *LPA*, 769 ss.

Perrino A.M. (2007), *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *FI*, IV, 75 ss.

Perrino A.M. (2014), *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *FI*, II, 93 ss.

Pinto V. (2013), *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, Bari.

Pinto V. (2015), *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *LPA*, 915 ss.

Santoro Passarelli G. (2015), *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *ADL*, 189 ss.

Siotto F. (2011), *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*, II, 1294 ss.

Sottile G. (2007), *Sanzioni per il contratto a termine nel lavoro pubblico e Corte di Giustizia Europea*, in *DLM*, 131 ss.

Vimercati A. (2014), *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *Guida dir.*, 1° settembre

Zampieri N. (2011), *Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro* in *RU*, 1, 138 ss.

Zampieri N. (2015), *Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della CGUE*, in *RU*, 2, 213 ss.

Zappalà L. (2006), *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Ind. Law. Journal*, 439 ss.

Zappalà L. (2007), *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, in *RIDL*, II, 318 ss.