

La vicenda dei dirigenti dell'Agenzia delle entrate: come si violano le clausole 4 e 5 della Direttiva sul contratto a termine in nome della Costituzione.

di Sergio Galleano¹

§1. La vicenda

Oggetto di particolare attenzione nell'attualità, anche da parte dei media², la incredibile vicenda dei dirigenti dell'Agenzia delle Entrate merita un approfondimento, sia per la palese violazione della normativa comunitaria che per l'ingratitude che lo Stato italiano ha dimostrato nei confronti di chi ha reso i suoi servizi nell'interesse della comunità nazionale³⁴.

Questa, in sintesi, la storia.

Il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300 - recante la riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59 - nel ridisegnare l'organizzazione dell'amministrazione finanziaria dello Stato italiano, ha istituito e disciplinato, per la gestione delle funzioni esercitate dai dipartimenti delle entrate, delle dogane, del territorio e di quelle connesse, svolte da altri uffici del ministero, le Agenzie fiscali (Agenzia delle Entrate, Agenzia del Territorio⁵, Agenzia delle Dogane e Agenzia del Demanio), trasferendo loro i relativi rapporti giuridici, poteri e competenze da esercitarsi secondo la disciplina dell'organizzazione interna di ciascuna agenzia.

Le Agenzie fiscali hanno personalità giuridica di diritto pubblico, hanno autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria. In particolare l'art. 71 del citato d.lgs. n. 300 del 1999 dispone che il regolamento di amministrazione di ciascuna Agenzia fiscale determinasse, tra l'altro, le regole per l'accesso alla dirigenza.

In coerenza con tale previsione, le Agenzie fiscali hanno disciplinato, ciascuna nel proprio Regolamento di Amministrazione (art. 26 agenzia territorio, art. 24 agenzia entrate, ecc.), le modalità di copertura delle posizioni dirigenziali temporaneamente scoperte, prevedendo la possibilità di stipulare contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, previa procedure interne volte a valutare l'idoneità a ricoprire l'incarico dirigenziale da conferire.

Del resto, anche l'art. 19 del D.Lgs. 165/2001 prevede la possibilità di conferimenti a termine di incarichi dirigenziali a funzionari della stessa amministrazione.

1 Avvocato del foro di Milano

2 Cfr.: Il Corriere della sera del 6 ottobre 2015 e La Repubblica del 7 ottobre 2015.

3 Si veda il sole 24 ore: <http://www.infodata.ilsole24ore.com/2015/03/21/lotta-allevasione-fiscale-incassi-oltre-14-miliardi-8-rispetto-al-2013/>, l'audizione dell'allora direttore Befera alla Camera dei deputati: <http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Documentazione/Archivio/Normativa+prassi+archivio+documentazione/Archivio+Materiale+informativo/Archivio+conferenze+audizioni+2013/Audizione+Befera+del+06062013/Audizione+Befera+camera+Deputati+6+giugno.pdf> e sul sito del Ministero delle entrate: http://www.mef.gov.it/documenti-allegati/2014/Rapporto_art6_dl66_13_luglio.pdf: in tutti questi documenti sono evidenziali sia i notevoli risultati che il fattivo apporto nella lotta all'evasione nel nostro paese da parte dei dirigenti delle agenzie fiscali oggetto della vicenda di cui qui si tratta.

4 E' nota la diatriba sorta in questi giorni tra la Direttrice dell'Agenzia delle Entrate che ha difeso a spada tratta gli ex dirigenti, lodandone la professionalità dimostrata e lamentando la situazione disastrosa che si è venuta a creare in seguito della sentenza della Corte costituzionale e la presa di posizione del sottosegretario Enrico Zanetti che ha sprezzantemente chiuso ad ogni possibile soluzione politica definendo "illegittimi" gli ex dirigenti: v. Panorama, 27 ottobre 2015.

5 L'Agenzia del Territorio è poi stata incorporata nell'Agenzia delle Entrate, ai sensi di quanto disposto dall'art. 23-*quater* del D.L. n. 95 del 2012

Nel periodo che va dal 2001 al 2013 molti dirigenti, nelle agenzie, sono stati collocati a riposo: solo all'Agazia delle Entrate, le uscite ammontano a 803 (circa 62 all'anno) su un organico di 1.000, 1200 dirigenti, secondo gli organici via via modificati negli anni.

Sin dall'istituzione delle Agenzie, nessun concorso è stato effettuato per coprire i posti che risultavano così vacanti⁶.

Le agenzie, quindi, si sono viste costrette a coprire le vacanze delle posizioni dirigenziali attraverso le norme dei singoli regolamenti che prevedevano il conferimento temporaneo degli incarichi a funzionari interni: come risulta dalla relazione presentata dal Direttore dell'Agazia alla Commissione finanze e tesoro del Senato il 16 luglio 2015, al marzo 2015⁷, erano ben 866 i funzionari interni destinatari degli incarichi dirigenziali (intorno all'80 per cento, quindi).

La procedura selettivo/valutativa, finalizzata alla individuazione dei funzionari cui è stato affidato, negli anni, un incarico dirigenziale ai sensi dei Regolamenti di Amministrazione delle agenzie, si è svolta, di regola, attraverso una selezione, avviata con un comunicato della competente Direzione centrale dell'Agazia con il quale si attivava la ricerca interna che era rivolta, in primo luogo, ai dirigenti di II fascia e poi, in mancanza di candidature dirigenziali aderenti al profilo richiesto, al personale di terza area funzionale in possesso del diploma di laurea e di un'anzianità di servizio di almeno cinque anni.

L'interpello, nell'indicare la collocazione organizzativa e le principali funzioni delle posizioni da ricoprire, individuava le competenze professionali, in termini di requisiti e conoscenze, nonché le capacità manageriali, le attitudini personali e le esperienze professionali richieste; i candidati interessati dovevano manifestare la disponibilità e presentare il proprio *curriculum vitae*.

Le offerte di disponibilità venivano esaminate da una commissione a livello centrale, nominata dal Direttore dell'Agazia e costituita dai Direttori centrali e regionali competenti, la quale poteva anche procedere ad un colloquio diretto con gli interessati e/o ricorrere ad altri strumenti conoscitivi. All'esito di tale valutazione, la commissione, per ogni posizione ad interpello, forniva una rosa di candidati idonei al Direttore dell'Agazia che individuava il funzionario più idoneo a ricoprire l'incarico dirigenziale provvisorio e procedeva al conferimento dell'incarico ed alla stipula del relativo contratto individuale di lavoro.

Nel caso dell'Agazia delle entrate per la valutazione delle domande e per l'individuazione dei soggetti a cui conferire gli incarichi sono state utilizzate le "Linee Guida per la formulazione delle proposte di incarichi dirigenziali di seconda fascia" (atto del Direttore dell'Agazia prot. 39504 del 9 marzo 2006) ed i "Criteri per i conferimenti degli incarichi dirigenziali di seconda fascia" (atto del Direttore dell'Agazia prot. N.110388 del 20 luglio 2011).

Tali atti, in particolare, prevedevano l'analisi dei *curriculum vitae*, le risultanze del sistema di valutazione, eventuali colloqui individuali e altre modalità utili ad approfondire le motivazioni degli interessati e poterne meglio apprezzare le conoscenze e le competenze necessarie per ricoprire l'incarico. All'esito di tale

⁶ Per il vero, in questo periodo, sono stati tentati due concorsi, uno senza esito e l'altro annullato dal Tar, evidentemente per irregolarità commesse nella sua indizione.

⁷ http://www.agenziaentrate.gov.it/wps/file/Nsilib/Nsi/Agazia/Agazia+comunica/Comunicati+Stampa/Conferenze+e+audizioni/Audizione+del+Direttore+dell+Agazia+delle+Entrate+16072015/Audizione+presso+la+Commissione+Finanze+e+tesoro+del+Senato_df.pdf

valutazione, il Direttore Regionale di riferimento proponeva il funzionario selezionato al Direttore dell'Agenda, il quale procedeva, condivisa la proposta, al conferimento dell'incarico ed alla stipula del relativo contratto individuale di lavoro. In taluni casi sono state nominate commissioni *ad hoc* per la valutazione e la selezione dei funzionari candidati, anche con lo svolgimento di prove con esame strutturato.

In altri casi, soprattutto per gli incarichi attribuiti fin dai primi anni di attivazione delle Agenzie fiscali, il conferimento delle posizioni dirigenziali ai funzionari è avvenuto in base a valutazione diretta dei titoli e dell'esperienza professionale dei funzionari stessi, come consentito dagli stessi Regolamenti di Amministrazione delle Agenzie.

Ci siamo dilungati sulle procedure per la individuazione dei dirigenti incaricati di coprire i posti vacanti per evidenziare come la scelta dei singoli funzionari ai quali conferire l'incarico da parte del direttore generale, pur connotata dalla natura fiduciaria dell'incarico e pur non assimilabile ad un pubblico concorso in senso stretto, è avvenuta comunque secondo criteri oggettivi, predeterminati e controllabili.

Non si hanno notizie di ricorsi, contestazioni o proteste avverso le singole nomine effettuate in questi anni dalle agenzie fiscali.

I dirigenti incaricati di coprire, a termine, le posizioni dirigenziali scoperte erano, alla fine dell'anno, oggetto di valutazione secondo criteri specifici e predeterminati, sostanzialmente identici a quelli utilizzati per i dirigenti di ruolo. Il giudizio positivo del loro operato era condizione per la permanenza nell'incarico o per la sua proroga.

§ 2. L'intervento della Corte costituzionale

Sulla vicenda dei funzionari incaricati con rapporti di lavoro dirigenziale provvisorio nelle Agenzie fiscali è venuto ad incidere pesantemente, per le successive conseguenze di cui si dirà, il giudizio incardinato innanzi al TAR Lazio con ricorso, presentato dalla organizzazione sindacale Dirpubblica, tendente ad inficiare la delibera del Comitato di gestione dell'Agenda delle Entrate con la quale era stato modificato l'art. 24 del Regolamento di amministrazione, consentendo il conferimento, fino al 31 dicembre 2010, degli incarichi dirigenziali provvisori di cui si tratta. Su tale ricorso, il TAR Lazio, non definitivamente pronunciando, con sentenza n. 260/2011 riconosceva la legittimazione ad agire della Dirpubblica quale soggetto titolare di interessi collettivi ed annullava i provvedimenti impugnati.

L'Agenda delle Entrate appellava la pronuncia del TAR. In tale contesto il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 9 del 26 novembre 2013, sollevava questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 8, comma 24, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16 che, facendo salvi gli incarichi già affidati, prorogava ulteriormente la possibilità, per le agenzie fiscali, di attribuire incarichi dirigenziali a propri funzionari.-

La Corte costituzionale, con sentenza n. 37/2015 dichiarava l'incostituzionalità della norma denunciata estendendo la pronuncia alle successive norme, di analogo tenore di cui all'art. 1, comma 14, del decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 150 e all'art. 1, comma 8, del decreto-legge 31 dicembre 2014, n. 192.

A seguito di tale pronuncia l'Agenda delle Entrate comunicava, con una nota generica e ciclostilata a tutti i funzionari incaricati di incarichi dirigenziali del 25 marzo 2015, l'intervenuta cessazione di tutti gli incarichi conferiti in virtù dell'autorizzazione normativa, interrompendo con effetto immediato lo svolgimento delle funzioni dirigenziali, ancorché i contratti *inter partes* prevedessero una scadenza più lunga.

La stessa comunicazione dà atto che la cessazione del rapporto è riconducibile alla mera applicazione della Sentenza della Corte Costituzionale e non in relazione a profili di inadempimenti o valutazioni negative, tanto da attestare testualmente che "la

dedizione e la competenza di cui è stata data prova non potranno essere disperse e troveranno adeguata valorizzazione secondo modalità all'esame delle Istituzioni".

Le conseguenze per i lavoratori a seguito di tale nuova situazione sono le seguenti.

I funzionari incaricati di posizioni dirigenziali hanno impegnato la loro vita lavorativa per anni, alcuni più di dieci, con contratti a termine autorizzati dal legislatore senza soluzione di continuità, facendo quindi legittimo affidamento su un trattamento retributivo che è stato repentinamente e drasticamente diminuito. Tale decurtazione va da un minimo del 40 per cento ad un massimo del 70 per cento del complessivo trattamento retributivo precedentemente goduto in costanza di rapporto di lavoro dirigenziale, in funzione del livello retributivo dell'incarico dirigenziale ricoperto e della fascia retributiva di inquadramento, con immaginabili conseguenze a livello psicologico, relazionale, familiare e sociale.

L'impegno richiesto per lo svolgimento di funzioni dirigenziali è stato, come per tutti i dirigenti, ben superiore alle canoniche 36 ore settimanali, senza, ovviamente, il pagamento del lavoro supplementare svolto; ma a parte questo inevitabile aspetto, ciò ha determinato che, rispetto agli altri funzionari, i dirigenti incaricati di funzioni dirigenziali, non hanno potuto acquisire titoli utilmente valutabili (titoli accademici, pubblicazioni, corsi di formazione, docenze, posizioni organizzative specifiche, ecc.) da "spendere" nei futuri concorsi per avanzamenti di carriera: ad esempio, durante il periodo dello svolgimento delle funzioni dirigenziali, di fatto, non hanno potuto partecipare alle selezioni dei corsi concorsi organizzati dalla Scuola Superiore della PA, che presupponevano l'astensione dal servizio per periodi di tempo non compatibili con l'incarico dirigenziale assunto.

Con la revoca dei suddetti incarichi gli ex dirigenti si sono poi ritrovati retrocessi nella posizione professionale di funzionario rivestita prima degli incarichi di cui è causa, con intuibili negative conseguenze sotto il profilo della carriera che allo stato risulta paradossalmente compromessa, nonostante il bagaglio di competenze acquisite nell'esercizio delle funzioni dirigenziali. In alcuni casi gli interessati, in seguito alla revoca, si sono trovati in sottordine a funzionari ai quali essi stessi avevano attribuito/proposto le funzioni di responsabilità (capi team, capi reparto, ecc.).

Gli ex dirigenti sono stati poi oggetto di una feroce campagna mediatica, svolta a vari livelli, nella quale non si sono risparmiati appellativi ed apprezzamenti poco edificanti nei loro confronti, trovandosi spesso descritti come i soliti impiegati pubblici che pretendono avanzamenti di carriera senza alcun merito.

A ciò si aggiunga che la sentenza del Consiglio di Stato recentemente resa nella vicenda de qua, a seguito di rinvio da parte della Corte costituzionale, ha escluso che, in ipotesi di indizione di concorso per dirigente, i funzionari "decaduti" possano far valere il pregresso periodo di funzioni dirigenziali: *tanto precisato, il Collegio non ritiene fondato il secondo motivo di appello sopra riportato (sub lett. b3), posto che appare evidente – con riferimento alle ragioni ed all'ambito di annullamento operato dalla sentenza impugnata – l'iter logico-giuridico seguito, volto ad evitare che incarichi dirigenziali illegittimamente conferiti (per illegittimità derivata dalla norma regolamentare che ne fungeva da presupposto) possano essere considerati in sede di procedura concorsuale*⁸.

Infine, con ordinanza 226 del 21 ottobre 2015 la Corte costituzionale, pronunciandosi su rimessione analoga a quella a suo tempo fatta dal consiglio di Stato, ha così statuito:

⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, 4641/2015, pag. 27.

che, successivamente alle ordinanze di rimessione, questa Corte, con sentenza n. 37 del 2015, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, del d.l. n. 16 del 2012, come convertito, per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost., nonché, in via consequenziale, dell'art. 1, comma 14, del decreto-legge 30 dicembre 2013, n. 150 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 27 febbraio 2014, n. 15, e dell'art. 1, comma 8, del decreto-legge 31 dicembre 2014, n. 192 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative), poi convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 27 febbraio 2015, n. 11, che avevano prorogato, per due volte, il termine del 31 dicembre 2013 per l'espletamento delle procedure concorsuali;

che, dunque, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Commissione tributaria provinciale di Campobasso devono essere dichiarate manifestamente inammissibili per sopravvenuta carenza di oggetto, poiché, a seguito della sentenza sopra citata, l'art. 8, comma 24, del d.l. n. 16 del 2012, censurato dal giudice a quo, è già stato rimosso dall'ordinamento con efficacia ex tunc (ex plurimis, ordinanze n. 173 e n. 30 del 2015, n. 261 e n. 206 del 2014, n. 321 e n. 177 del 2013, n. 315 e n. 182 del 2012).

Come si vede, l'eliminazione "ex tunc" dei periodi di svolgimento delle funzioni dirigenziali cancella, con un tratto di penna, un percorso professionale di anni e anni di servizio alla collettività come se fosse una colpa da addebitare al dipendente.

§ 3. Il quadro giuridico

La sciagurata vicenda di cui qui si è narrato, trova la sua origine nella sentenza 89/2003 della Corte Costituzionale, con la quale si stabiliva che anche un dipendente ATA supplente della scuola ai sensi dell'art.4 della legge n.124/1999 non poteva vedersi trasformare il contratto a termine, perpetuamente reiterato senza fine, in un rapporto a tempo indeterminato perché l'art. 97 della Costituzione impone le assunzioni nelle pubbliche amministrazioni solo per concorso⁹.

Peccato che il povero dipendente ATA veniva – e viene tuttora - assunto per avviamento tramite l'ufficio di collocamento ai sensi dell'art. 16 della legge 56 del 1987¹⁰: non si comprende dunque cosa centri il concorso.

Peraltro sempre la Corte costituzionale, con l'ordinanza n.252/2002, di pochi mesi prima, aveva invece fatto delle aperture, affermando per i docenti supplenti della scuola che l'ordinanza di legittimità costituzionale era inammissibile, perché il giudice del rinvio (Tribunale di Torino) non si era fatto carico dell'esistenza di una articolata disciplina speciale delle supplenze annuali e temporanee nella scuola, contenuta sempre nell'art.4 della legge n.124/1999, e aveva ommesso qualsiasi riferimento alla citata disciplina e al rapporto in cui la stessa si porrebbe con la legge n. 230/1962¹¹.

⁹ Vedi V. De Michele, Contratto a termine e precariato, Milano, 2009, pag.112, in cui l'autore afferma che «la sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale ha rappresentato il tappo giuridico che ha impedito ogni forma di tutela del precariato nella pubblica amministrazione italiana in direzione della stabilizzazione e della riqualificazione dei rapporti a termine, limitando le proteste, per i ripetuti e irresponsabili abusi della pubblica amministrazione nella gestione dei rapporti flessibili, a ipocriti siti pubblici informatici».

¹⁰ Modalità di assunzione ritenuta più che legittima dalla Corte stessa, sino al punto di dichiarare incostituzionale con la sentenza n.266/1993 la legge siciliana 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: V. De Michele, La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno, su www.europeanrights.eu, novembre 2015.

¹¹ Vedi, sul punto, V. De Michele, L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia Ue sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati, su

Merita ricordare, per quanto di ragione, che nelle more, tra le due pronunce che si sono ricordate, i componenti della Corte costituzionale erano stati destinatari di un aumento di retribuzione del 50%¹² da parte del Governo in sede di emendamento alla legge finanziaria.

Da tale pronuncia è iniziato un lungo cammino per il superamento del precariato in Italia, cammino non ancora concluso che, partendo dalle sentenze 392 e 10127 del 2012 della Corte di Cassazione che avevano "chiuso" definitivamente alle tutele sui contratti a termine nel settore pubblico, per arrivare alle prime aperture, poi culminate, a seguito degli interventi della Corte europea, sollecitata dal giudice nazionale, nella sentenza Mascolo del 26.11.2014 della Corte europea, a seguito della quale è oggi in corso la stabilizzazione del personale scolastico¹³.

Ma, si dirà chi legge, giunto a questo punto, che centra la disciplina del contratto a termine con la vicenda di cui si parla?

Occorre qui fare un piccolo salto indietro nel tempo.

A seguito della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, come è noto, si era posto il problema della giurisdizione in ipotesi di concorsi, differenziando, all'epoca, le ipotesi di nuova assunzione dall'esterno e la promozione a categoria superiore di un soggetto già dipendente della pubblica amministrazione.

Inizialmente le Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione avevano optato per la giurisdizione amministrativa nella sola ipotesi di assunzione dall'esterno e ciò sino alla pronuncia n. 15403 del 15.10.2003 (pres. Carbone, est. Prestipino), con la quale si affermava che ogni passaggio di qualifica costituiva una nuova assunzione.

Il ripensamento della Suprema Corte veniva motivato con riferimento alla giurisprudenza, in *subiecta materia*, della Corte Costituzionale che, in particolare, con le sentenze n. 1 del 1999, n. 194 del 2002, n. 218 del 2002 e n. 373 del 2002, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni di legge nella parte in cui le stesse prevedevano il passaggio a fasce funzionali superiori "in deroga alla regola del pubblico concorso" o comunque non prevedevano "alcun criterio selettivo", ovvero riservavano, esclusivamente o in maniera ritenuta eccessiva, al personale interno l'accesso alla qualifica superiore.

Le SS.UU., di seguito, con la sentenza n. 18886 del 10.12.03, precisavano il proprio orientamento rilevando come solo il passaggio tra un'area o fascia determinava una "nuova assunzione".

www.europeanrights.eu, gennaio 2015.

12 V. De Michele, L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo..., cit., precisa che «il 21 dicembre 2002 con il D.D.L. n.3200-bis-B viene presentato al Senato per la prima volta il testo, poi approvato, dell'art.37 (dal titolo "Retribuzione dei giudici della Corte costituzionale") della legge finanziaria 27 dicembre 2002, n.289, con un ingiustificato aumento nella misura della metà della retribuzione spettante a ciascun Giudice della Consulta rispetto all'originaria formulazione della norma, che la perequava allo stipendio del 1° Presidente della Cassazione» e che, da allora e fino all'ordinanza n.207/2013 di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, «la funzione nomofilattica della Cassazione è stata sylvita e massacrata dalla Corte costituzionale tutte le volte in cui il Giudice di ultima istanza ha sollevato questioni di legittimità costituzionale su norme retroattive o con efficacia retroattiva relativamente a fattispecie su cui era intervenuto un orientamento consolidato della Cassazione a favore dei lavoratori, che veniva così stravolto e cancellato, come nel notissimo caso del personale ata e nell'altrettanto noto caso delle pensioni svizzere, l'uno e l'altro con dure censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'operato della Consulta contro la nomofilachia della Cassazione.».

13 Si veda la analitica ricostruzione complessiva di tutto questo percorso in V. De Michele, 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 Quaderni Europei, 60/2014.

Tale orientamento è rimasto immutato sino ad oggi (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 31/03/2015, n. 6467, Pres. Roselli, rel. Bandini).

Dunque, in questo quadro giuridico, pare difficile mettere in dubbio che ci si trovi di fronte, alla conclusione di ciascun incarico, ad una costituzione di un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato.

Nello stesso senso, del resto, si pronuncia la Corte costituzionale nella sentenza che ha dato origine alla vicenda, la n.37/2015, dove si legge, al punto 1.1 che si è verificata la stipulazione di contratti a termine con i funzionari interni, fino all'attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza.

Ed ancora, al punto 4.2 si legge che gli incarichi dirigenziali di cui è causa sono avvenuti mediante la stipula di contratti individuali di lavoro a termine con propri funzionari, con l'attribuzione dello stesso trattamento economico dei dirigenti, «*fino all'attuazione delle procedure di accesso alla dirigenza*» e, comunque, fino ad un termine finale predeterminato.

Questo termine finale è stato di volta in volta prorogato, a partire dal 2006, con apposite delibere dei rispettivi Comitati di gestione delle Agenzie fiscali.

Al momento della proposizione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, del D.L. n. 16 del 2012, come convertito, detto termine risultava fissato al 31 dicembre 2010. Successivamente alla proposizione della questione, il termine è stato prorogato altre due volte (da ultimo, per quanto riguarda l'Agenzia del Territorio, con delibera n. 48 del 26.04.2012, in coerenza con quanto effettuato dall'Agenzia delle Entrate con delibera n. 51 del 29 dicembre 2011) al 31 maggio 2012. Le reiterate delibere di proroga del termine finale - tutte sottoposte all'approvazione del Ministero vigilante - hanno di fatto consentito, negli anni, di utilizzare uno strumento pensato per situazioni peculiari quale metodo ordinario per la copertura di posizioni dirigenziali "vacanti".

Gli stessi incarichi dirigenziali e relativi contratti, del resto, sono stati stipulati ai sensi del Regolamento di amministrazione dell'Agenzia fiscale di appartenenza e in coerenza con le disposizioni dell'art. 19 del D.Lgs. 165/2001, che fanno espresso riferimento a contratti a tempo determinato.

Nessun dubbio, quindi, che alla fattispecie si applichi la relativa disciplina.

§ 4. La violazione della normativa europea: le sentenze Mascolo, Commissione c/ Granducato di Lussemburgo e Leon Medialdea

Ciò chiarito, torniamo quindi alla fattispecie in esame.

Come è noto, l'impatto delle ultime pronunce della Corte di giustizia europea hanno sostanzialmente rivoluzionato l'impianto giurisprudenziale nazionale, mettendo in notevole crisi i fautori della resistenza ad oltranza del divieto di conversione, almeno nelle ipotesi di conclamato abuso nell'utilizzo dei contratti a termine, in applicazione della clausola 5 della Direttiva 1999/70 che impone, oltre alle misure preventive (presenti in Italia, attualmente almeno nel pubblico impiego¹⁴, ma sostanzialmente inutili, come del resto dimostra la vicenda di cui ci stiamo occupando), specifiche sanzioni nell'ipotesi in cui, nonostante le misure preventive, si verifichi l'abuso nell'impegno dei contratti a tempo determinato.

¹⁴ Si veda, sul punto, S. Galleano, su questo sito, 10.09.2015: Il jobs act e la sua inapplicabilità al pubblico impiego. Ovvero: il paradosso secondo il quale la disciplina del lavoratore pubblico è ora più conforme al diritto europeo di quella del lavoratore privato

Ci si riferisce qui, in particolare, la già citata sentenza Mascolo¹⁵ a seguito della quale, come si è detto, si è poi proceduto alla stabilizzazione del personale scolastico.

Come è evidente, il caso qui esaminato è sostanzialmente identico a quello deciso nella sentenza Mascolo.

Ed infatti, così come i funzionari incaricati di mansioni dirigenziali sono stati impiegati per periodo di tempo ben superiore a quello necessario per l'espletamento del concorso per coprire i posti vacanti, così la Corte europea nella sentenza Mascolo ha riconosciuto la sussistenza di un abuso laddove, come nel settore scolastico, vi è stato un utilizzo reiterato del personale docente su posti stabili e permanenti senza che, nel periodo che va dal 1999 al 2012, siano stati espletati i concorsi per la loro copertura.

La sussistenza di un abuso comporta l'applicazione necessaria di una sanzione, come si legge al punto 79 della Mascolo :

79 Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 64 nonché giurisprudenza ivi citata).

La rigidità della normativa europea ai fini della necessità delle sanzioni in ipotesi abuso nell'utilizzo dei contratti a termine è poi ulteriormente e platealmente confermata dalla sentenza Commissione c/ Granducato del Lussemburgo.

Se il dispositivo della sentenza *Mascolo* per la scuola statale è una vera condanna "preventiva" per inadempimento sopravvenuto, va sottolineato che la III Sezione della Corte di giustizia (stessa Sezione e stessa composizione delle sentenze italiane *Carratù*, *Fiamingo* e *Mascolo*) con la sentenza del 26 febbraio 2015 (causa C-238/14), citando ben nove volte la sentenza *Mascolo*, ha concluso per la prima volta con una sentenza di condanna il primo ricorso per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE, affermando che: "*il Granducato di Lussemburgo, mantenendo talune deroghe alle misure volte a prevenire un utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con i lavoratori saltuari dello spettacolo, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.....*".

Si noti che il Granducato, in tutti gli altri settori, prevede tutte le misure indicate nella clausola 5 (ragioni obiettive, durata massima dei contratti per due anni, numero massimo di contratti a termine: cfr. punti da 6 a 13 della sentenza) escludendo, appunto, solo i lavoratori dello spettacolo.

Pare allora evidente come il cerchio si stia stringendo intorno all'Italia, ultima roccaforte dei fautori a tutti i costi del concorso, in un paese dove i concorsi non si

¹⁵ Su questa pronuncia si veda: Coppola P. (2015), Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia, in www.europeanrights.eu, 10 gennaio 2015, 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 www.europeanrights.eu, 10 gennaio 2015, Galleano S. (2015), La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici, in www.europeanrights.eu, 8 gennaio 2015, 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., Nunin R. (2015), «Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego, in *LG*, 146 ss., Zampieri N. (2015b), 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..

fanno mai e la stabilizzazione senza regole – e clientelare – è un privilegio di pochi fortunati¹⁶.

La stesso inadempimento alla direttiva 1999/70/CE è del resto stato accertato dalla Corte di giustizia nei confronti della Spagna per tutto il suo precariato pubblico con l'ordinanza *León Medialdea* dell'11 dicembre 2014 in causa C-86/14, pronunciata immediatamente dopo la sentenza *Mascolo*, in cui, in fattispecie sostanzialmente identica a quella qui narrata, la Corte di Lussemburgo ha censurato 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 15ª disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori¹⁷, 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, come è avvenuto per gli incarichi di dirigente delle Agenzie fiscali.

In relazione a tale fattispecie, sostanzialmente identica a quella di cui stiamo parlando, 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*, che l'ordinanza *León Medialdea* ai punti 40 e 41 "riqualifica" in contratto a tempo determinato, come tale rientrante nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, perché 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 ha rinviato al giudice nazionale il compito di valutare, con una interpretazione conforme al diritto dell'Unione, prendendo in considerazione la legislazione, i contratti collettivi e/o le prassi nazionali, di quale natura debba essere l'indennità accordata ad un lavoratore come la ricorrente nel procedimento principale (giornalista addetto stampa di un Comune) affinché detta indennità costituisca una misura sufficientemente effettiva allo scopo di sanzionare gli abusi, ai sensi della clausola 5, pt. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

L'unica interpretazione conforme al diritto dell'Unione, secondo la sentenza *Medialdea*, è quella di estendere al personale a tempo determinato in regime di *relación laboral por tiempo indefinido no fijo* le stesse condizioni di lavoro applicate ai lavoratori di ruolo a tempo indeterminato comparabili in caso di risoluzione definitiva del rapporto di lavoro.

§ 5. La violazione della clausola 5 della Direttiva e le tutele possibili.

Così chiariti i fatti ed il quadro giuridico nel quale si inseriscono, resta da comprendere la possibile tutela che può essere invocata dagli ormai ex dirigenti.

In linea di massima, può certamente escludersi la proposizione di un ordinario processo proposto direttamente contro il datore di lavoro, chiedendo le tutele apprestate dall'ordinamento nazionale e comunitario.

¹⁶ Si veda solamente la vicenda di cui alla sentenza *Valenza* (CGUE, 18 ottobre 2012 in cause riunite da C302/11 a C305/11), dove i precari raccomandati delle Authority indipendenti, sono stati tutti stabilizzati con decreti non convertiti ma i cui effetti sono stati fatti salvi con leggina ad hoc, garantendo loro stipendi di molto superiori a coloro che erano stati assunti con regolare concorso, costringendo il Consiglio di Stato a sollevare la questione della "discriminazione alla rovescia", ottenendo la sprezzante risposta della Corte di Lussemburgo che possiamo sintetizzare con il noto broccardo "chi è causa del suo mal pianga se stesso", e con la precisazione che sul principio di eguaglianza non si tratta.

Non può infatti che prendersi atto, salvo poche eccezioni, che, quando c'è di mezzo lo Stato, la magistratura ordinaria del lavoro, salvo poche e lodevoli eccezioni, è come Don Abbondio: guai mai tutelare i poveri precari, meglio piegarsi al *dictum* dello Stato e alle (ingiustificate¹⁷) esigenze di bilancio, negando tenacemente le tutele¹⁸.

Difficile quindi pensare che i nostri coraggiosi giudici del lavoro si spingano a contraddire la Corte costituzionale, dando tutela agli ex dirigenti delle Entrate, tanto più che la controversia avanti al Consiglio di Stato ha ormai portato ad una decisione definitiva circa la illegittimità degli atti di conferimento degli incarichi da dirigente.

Come al solito, però, soccorre la giurisprudenza europea.

Il 9 settembre 2015, infatti, la Corte di Lussemburgo ha depositato la sentenza Ferreira da Silva (in causa C-160/14), con la quale si decide un contenzioso nel quale i lavoratori avevano denunciato il loro licenziamento a seguito di un trasferimento di azienda. Il tribunale di primo grado aveva dato loro ragione, ma in sede di appello aveva prevalso la tesi aziendale, confermata anche dalla cassazione portoghese.

I lavoratori avevano allora agito in sede civile contro lo Stato portoghese denunciando la violazione da parte di quest'ultimo della normativa europea in tema di trasferimento d'azienda.

Inevitabile che la locale autorità dello Stato abbia eccepito il giudicato formatosi sulla vicenda circolatoria, con la conseguente inammissibilità della domanda.

Il tribunale, a questo punto, ha rimesso il fascicolo alla Corte di Lussemburgo chiedendo, tra l'altro:

3) Se il diritto dell'Unione e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte nella sentenza Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), sulla responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, osti all'applicazione di una normativa nazionale che richiede come fondamento della pretesa di risarcimento esercitata contro lo Stato la previa revoca della decisione lesiva».

Questa la risposta della Corte europea:

53 Il governo portoghese sostiene, al riguardo, che la disposizione del diritto nazionale in parola obbedisce a preoccupazioni legate al principio del giudicato e del principio della certezza del diritto. Tale governo sottolinea, in particolare, che, nella situazione di cui trattasi nel procedimento principale, il riesame della valutazione che ha svolto un organo giurisdizionale di ultimo grado è incompatibile con la funzione di tale organo giurisdizionale, posto che l'obiettivo delle sue decisioni consiste nel porre un termine definitivo a una controversia, a pena di rimettere in discussione il primato del diritto e il rispetto delle decisioni giurisdizionali, indebolendo la gerarchizzazione del potere giudiziario.

¹⁷ Inutile far presente che avanti alla corte europea, nella discussione della causa Mascolo sono stati prodotti gli atti della Ragioneria dello Stato e della Corte dei Conti che dimostravano come la stabilizzazione dei precari della scuola avrebbe comportato dei risparmi anziché dei costi aggiuntivi: del resto, la stabilizzazione dei docenti scolastici non risulta avere aggravato i conti dello Stato.

¹⁸ Anzi, più realista del Re, il Tribunale di Roma (est. Sordi, sentenza 7519 del 15 ottobre 2015) giunge a negare il risarcimento del danno e la ricostruzione dell'anzianità al malcapitato docente che dopo avere lavorato come precario per anni e anni era stato, nelle more della causa, stabilizzato con il piano "la buona scuola", argomentando che l'avvenuta stabilizzazione era la giusta "sanzione" (dunque addirittura auto applicata dallo Stato italiano a sé medesimo) adottata dopo la sentenza Mascolo e che la "fortuna" della stabilizzazione giustificava pienamente la perdita dell'anzianità di servizio ed il diritto al risarcimento del danno. Il tutto senza rendersi conto, tra l'altro, che se passa una tesi simile, la stabilizzazione in tutti gli altri settori diversi dalla scuola dove si è concretizzato l'abuso (praticamente dappertutto) diverrebbe obbligata ...

54 È vero che la Corte ha sottolineato l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali, precisando che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione di tale principio rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi (v., in tal senso, sentenza *Fallimento Olimpiclub*, C-2/08, EU:C:2009:506, punti 22 e 24).

55 Quanto all'incidenza del principio dell'autorità di cosa giudicata sulla situazione di cui trattasi nel procedimento principale, è sufficiente ricordare che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, in un'azione per responsabilità contro lo Stato, il ricorrente ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non ottiene necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata annessa alla decisione giurisdizionale che ha causato tale danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico dell'Unione richiede un simile risarcimento, ma non impone la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno (v. sentenza *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, punto 39).

56 Per quanto attiene all'argomento attinente al mancato riconoscimento del principio della certezza del diritto, occorre rilevare che, anche supponendo che tale principio possa essere preso in considerazione in una situazione giuridica quale quella controversa nel procedimento principale, esso non può in alcun modo soverchiare il principio della responsabilità dello Stato per danni causati alle persone da violazioni del diritto dell'Unione ad esso imputabili.

57 Infatti, tener conto del principio della certezza del diritto avrebbe la conseguenza, quando una decisione emessa da un giudice di ultimo grado si fonda su un'interpretazione manifestamente errata del diritto dell'Unione, di impedire al singolo di far valere i diritti che può trarre dall'ordinamento giuridico dell'Unione e, in particolare, quelli che derivano da tale principio della responsabilità dello Stato.

58 Orbene, quest'ultimo principio è inerente al sistema dei trattati sul quale è fondata l'Unione (v., in tal senso, sentenza *Specht e a.*, da C-501/12 a C-506/12, C-540/12 e C-541/12, EU:C:2014:2005, punto 98 e giurisprudenza ivi citata).

59 Date tali circostanze, un ostacolo importante, quale quello che risulta dalla norma del diritto nazionale controverso nel procedimento principale, all'effettiva applicazione del diritto dell'Unione e, in particolare, di un principio così fondamentale quale quello della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione non può essere giustificato né dal principio dell'autorità di cosa giudicata né dal principio della certezza del diritto.

60 Dalle considerazioni che precedono risulta che alla terza questione occorre rispondere dichiarando che il diritto dell'Unione e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte in materia di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che richiede, come previa condizione, l'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo, allorché un simile annullamento è, in pratica, escluso.

Dunque sembra ben possibile una tutela vanti al giudice ordinario.

Né osta il fatto che vi sia un pronuncia della Corte costituzionale. Ricordiamo infatti che un giudice spagnolo aveva chiesto, sempre alla Corte europea:

1) Se la direttiva [1999/70] debba essere interpretata nel senso che, qualora un giudice costituzionale di uno Stato membro dell'Unione [europea] abbia stabilito che l'attribuzione ai dipendenti pubblici a tempo determinato di diritti diversi da quelli conferiti ai dipendenti pubblici di ruolo può risultare compatibile con la Costituzione di tale Stato, ciò escluda necessariamente l'applicabilità della menzionata normativa comunitaria nell'ambito della pubblica amministrazione dello Stato di cui trattasi.

Anche qui la Corte di Lussemburgo nella sentenza Rosado Santana (CGUE 8 settembre 2011, in causa C-177/10) risponde:

49 Con la prima e seconda questione, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se i giudici di uno Stato membro, compresa la Corte costituzionale, possano interpretare la direttiva 1999/70 e il principio di non discriminazione sancito nella clausola 4 dell'accordo quadro in modo da escludere l'applicazione di tali atti del diritto dell'Unione alla pubblica amministrazione di tale Stato membro e a qualsiasi differenza di trattamento tra i dipendenti pubblici temporanei e i dipendenti di ruolo di quest'ultimo.

50 Occorre anzitutto ricordare che la direttiva impone l'obbligo, per ciascuno degli Stati membri destinatari, di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia della direttiva in questione, conformemente allo scopo che essa persegue (v. sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83, von Colson e Kamann, Racc. pag. 1891, punto 15, nonché Impact, cit., punto 40).

51 L'obbligo degli Stati membri, derivante da una direttiva, di raggiungere il risultato previsto da quest'ultima, nonché il loro dovere, ai sensi dell'art. 4, n. 3, TUE, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (sentenza Impact, cit., punto 41).

52 Infatti, spetta in particolare ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia (sentenza Impact, cit., punto 42).

53 Secondo la giurisprudenza della Corte, ne consegue che qualora non possano procedere ad un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle prescrizioni del diritto dell'Unione, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (v., in tal senso, sentenze 22 giugno 1989, causa 103/88, Costanzo, Racc. pag. 1839, punto 33; 11 gennaio 2007, causa C-208/05, ITC, Racc. pag. I-181, punti 68 e 69, nonché 25 novembre 2010, causa C-429/09, Fuß, cit., Racc. pag. I-12167, punto 40).

54 L'accordo quadro, nato da un dialogo condotto, sul fondamento dell'art. 139, n. 1, CE, tra parti sociali a livello comunitario, è stato attuato, conformemente al n. 2 dello stesso articolo, da una direttiva del Consiglio dell'Unione europea, di cui è parte integrante (sentenza Impact, cit., punto 58).

55 Secondo una giurisprudenza consolidata le prescrizioni enunciate nell'accordo quadro sono applicabili ai contratti e ai rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e con altri enti del settore pubblico (sentenze

4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler e a., Racc. pag. I-6057, punto 54, nonché 22 dicembre 2010, cause riunite C-444/09 e C-456/09, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, Racc. pag. I-14031, punto 38.

56 *La clausola 4 dell'accordo quadro, che ha effetto diretto, enuncia il divieto di trattare, per quanto riguarda le condizioni di impiego e i criteri relativi ai periodi di anzianità relativi alle condizioni di occupazione, i lavoratori a tempo determinato in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato (sentenza Impact, cit. punti 59 e 68).*

57 *È vero che tale disposizione implica, rispetto al principio di non discriminazione da essa enunciato, una riserva relativa alle giustificazioni fondate su ragioni oggettive.*

58 *Tuttavia, il fatto di potere, in circostanze precise e in presenza di ragioni oggettive, trattare diversamente i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato non implica affatto che possa escludersi l'applicazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro ai lavoratori occupati nell'amministrazione pubblica di uno Stato membro.*

59 *Il governo spagnolo da parte sua sostiene che la premessa su cui si fonda la prima questione è erronea, poiché il Tribunal Constitucional non ha rifiutato di applicare la direttiva 1999/70 ai dipendenti pubblici temporanei spagnoli e non ha neppure ammesso, in generale, le differenze di trattamento non giustificate tra questi ultimi e i dipendenti pubblici di ruolo.*

60 *A tale proposito, va rammentato che non compete alla Corte pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni nazionali, dato che quest'ultima rientra nella competenza esclusiva dei giudici nazionali (sentenza 8 settembre 2010, causa C-409/06, Winner Setter, Racc. pag. I-8015, punto 35) e che la Corte non può sostituire il suo giudizio a quello del giudice del rinvio per quanto riguarda l'evoluzione della giurisprudenza dinanzi a tali giudici.*

61 *Nell'ipotesi in cui un giudice nazionale, compresa una Corte costituzionale, escludesse l'applicazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro al personale dell'amministrazione pubblica di uno Stato e/o permettesse differenze di trattamento tra i dipendenti pubblici temporanei e i dipendenti pubblici di ruolo in mancanza di ragioni oggettive nell'accezione di cui alla clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro, si dovrebbe concludere che una giurisprudenza siffatta sarebbe contraria alle disposizioni di tali atti del diritto dell'Unione e violerebbe gli obblighi che, nell'ambito delle loro competenze, incombono alle autorità giurisdizionali degli Stati membri di assicurare la tutela giuridica attribuita ai singoli dalle disposizioni di detto diritto e di garantirne la piena efficacia.*

62 *In tali circostanze, occorre risolvere la prima e seconda questione dichiarando che la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro che figura in allegato ad essa devono essere interpretati nel senso che, da un lato, essi si applicano ai contratti e rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico e, dall'altro, richiedono che sia esclusa qualsiasi differenza di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo e i dipendenti pubblici temporanei comparabili di uno Stato membro per il solo motivo che questi ultimi lavorano a tempo determinato, a meno che la differenza di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive nell'accezione di cui alla clausola 4, punto 1, di detto accordo quadro.*

Non pare dunque che né la sentenza 37/2015 della Consulta, né la sentenza 4641/2015 del Consiglio di Stato, possano impedire agli ex dirigenti di far valere il diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato italiano a seguito della

violazione della clausola 5 n. 2 della Direttiva, risultando pacifica la commissione di un abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato da parte dell'Agenzia delle entrate, in qualità di organo dello Stato stesso.

Le indicazioni fornite dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza del 17 aprile 2009, n. 9147 per dare risposte alle questioni affrontate dalla Magistratura nella nota vicenda dei medici "specializzandi" per mancata o parziale attuazione di direttiva comunitaria costituiscono un validissimo punto di riferimento per risolvere più in generale le criticità del precariato pubblico, dopo la sentenza Mascolo.

La Corte afferma che, per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario.

I parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall'ordinamento comunitario, sono stati enunciati dalla Corte di giustizia Ue nella risoluzione delle questioni pregiudiziali concernenti: 1) l'ambito della responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni del legislatore nazionale contrari al diritto comunitario; 2) i presupposti della responsabilità; 3) la possibilità di subordinare il risarcimento all'esistenza di una colpa; 4) l'entità del risarcimento; 5) la delimitazione del periodo coperto dal risarcimento.

I detti parametri sono stati precisati dalle Sezioni unite secondo i seguenti principi:

- a) anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Stato a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario;
- b) il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorché la norma comunitaria, non dotata del carattere *self-executing*, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli, fermo restando che è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare il danno, ma a condizioni non meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e comunque non tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento;
- c) il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa;
- d) il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento; in ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante;
- e) il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte di giustizia che accerti l'inadempimento.

Sulla base del descritto complesso di principi e regole, secondo la Cassazione nel suo massimo consenso, i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato inadempiente, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, che il giudice deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo.

La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, ha consentito di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso, come quello dei medici specializzandi e dei precari pubblici, di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento (che, nel caso di specie, va individuata nella disciplina del contratto a tempo determinato di cui al D.L. n.368/2001 come modificata dalla legge n.247/2007, e in particolare nell'*art.5, comma 4 bis*, D.lgs. n.368/2001), sia quello dell'intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell'obbligazione risarcitoria.

E ciò in linea con il principio secondo cui la qualificazione della situazione soggettiva dei singoli deve farsi con esclusivo riferimento ai criteri dell'ordinamento giuridico interno (cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1993, n. 8385), imponendo l'ordinamento comunitario soltanto il raggiungimento di un determinato risultato.

In conclusione, secondo le Sezioni unite, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

La pretesa risarcitoria, che nasce nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è (era, v. *infra*) assoggettata al termine di prescrizione ordinaria (decennale) perché diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale.

La Cassazione ha chiarito, inoltre, con sentenza n. 1850/2012 che la prescrizione del diritto al risarcimento per violazione degli obblighi comunitari, introdotta dall'*art.4, comma 43*¹⁹, della legge n.183/2011 *opera solo per l'avvenire e quindi unicamente per il mancato recepimento di una direttiva Ue successiva all'entrata in vigore della legge di stabilità*: posto che la Suprema Corte a Sezioni unite ha già precisato che la prescrizione per queste azioni ha carattere decennale, ed atteso che il *dies a quo* decorre dal momento in cui il legislatore adotta il provvedimento di recepimento, è palese che se il provvedimento d'integrale recepimento non viene adottato (come sino ad oggi accaduto per tutto il pubblico impiego) il termine di prescrizione non opera e, di conseguenza, l'azione di risarcimento del danno patrimoniale subito a causa dell'inadempimento statale, non si prescrive mai.

Quindi, l'azione di risarcimento del danno per mancata (sopravvenuta) attuazione della direttiva 1999/70/CE rientra *ratione temporis* e *ope legis* (l'*art.4, comma 43*, della legge n.183/2011) nella disciplina dell'*art. 2947 c.c.* e del risarcimento del danno commesso dallo Stato italiano per fatto illecito, non più in quella dell'inadempimento contrattuale (come era stata qualificata dalle Sezioni unite della Cassazione), essendo così attratta nella competenza del Tribunale ordinario di Roma.

Vi è, infatti, l'enorme ed esclusiva responsabilità del legislatore e del Governo nell'aver stravolto senza limiti il decreto legislativo n.368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE, nonostante i forti vincoli temporali e causali fissati al Governo per

¹⁹ «43. La prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell'ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all'articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato.»

apportare modifiche ed integrazioni alla decretazione legislativa attuativa di direttiva europea sia nella legge quadro comunitaria del 2005 (legge n.11/2005) sia in quella del 2012 (legge n.234/2012, art.31), fino al punto da poterne configurare una inefficacia delle modifiche ed integrazioni apportate senza il rispetto delle condizioni previste dalle due leggi quadro per la operatività delle modifiche (argomento ex legge n.11/2005, art.21; ex legge n.234/2012, art.58).

Nel caso dei medici specializzandi la questione è ovviamente diversa, poiché lì si trattava solamente di un pregiudizio di natura strettamente economica, mentre qui la Direttiva 1999/70 indica, quale rimedio preferenziale (clausola 5, n. 2) " *a quali condizioni il rapporto si considera a tempo indeterminato*". E' vero che la norma specifica " *se del caso*", così delineando la possibilità di una diversa soluzione che, infatti, lo Stato italiano indica nel risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. 165/2001, escludendo la trasformazione di rapporto.

Ma laddove il giudice ritenesse che il risarcimento di natura economica non sia tale da soddisfare pienamente il danneggiato e non si configuri come una misura idonea ad eliminare gli effetti dell'abuso commesso e sanzionare debitamente la violazione del diritto dell'Unione (così, ricordiamo, il punto 79 della Mascolo), ben si potrebbe aprire la strada ad un risarcimento in forma specifica, pienamente ammissibile nel nostro ordinamento ex art. 2058 cod. civ., con il conseguente riconoscimento della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, anche in applicazione del principio di equivalenza delle sanzioni, in considerazione del fatto che l'art. 5 comma 4 bis del D.lgs. 368/2001 (ora art. 19 del D.lgs. 81/2015), prevede tale misura in caso di superamento dei 36 mesi di servizio a tempo determinato, norma che lo Stato italiano ritiene applicabile unicamente al privato, con una giurisprudenza da più parti criticata ed in via di evoluzione.

Diversamente ed in via subordinata si potrà ottenere il risarcimento in forma monetaria che però, nel caso specifico, non potrà certamente essere di "quattro lire", come afferma cassazione 27481/2014, individuando un "danno comunitario", parametrando poi al minore dei risarcimenti possibili (l'art. 8 della legge 604/1967), considerando il pregiudizio, economico, professionale e di carriera subito dagli ex dirigenti dell'Agenzia e tenuto conto che, come si è visto, le sezioni unite (cfr. la sentenza 9147 sopra citata) afferma esplicitamente che non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante.

§ 6. La violazione della clausola 4.

Discorso analogo, ma in parte diverso, riguarda la decisione di non riconoscere agli ex dirigenti, da parte della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato, la possibilità di far valere in futuri concorsi l'esperienza acquisita nel corso degli incarichi dirigenziali affidati e svolti a pieno titolo, mentre tutti gli altri dipendenti di pari livello, hanno invece avuto la possibilità (frequentando corsi di aggiornamento, operando su specifici incarichi direttivi non dirigenziali, partecipando a progetti innovativi, ecc.), di acquisire titoli che consentiranno loro un buon posizionamento in una futura procedura concorsuale.

Inutile sottolineare come ci si trovi di fronte a un comportamento che riteniamo di una crudeltà senza confronti. Non solo è stato commesso un abuso nei confronti dei lavoratori ma, addirittura, si pretende di far pagare, come fosse una colpa loro, le conseguenze di un comportamento sconsiderato dello Stato italiano nel suo complesso, ivi compreso il sistema giudiziario a tutti i livelli, compreso quello costituzionale, rovinando, nel senso letterale del termine, le possibilità future di carriera.

Qui però la questione sembra presentarsi più semplice, poiché prese di posizione come quelle della Corte costituzionale e del consiglio di Stato paiono in manifesta violazione della clausola 4 della Direttiva, norma di immediata applicazione nei singoli rapporti di lavoro.

Pare in tal caso evidente che consentire ai dipendenti di ruolo di poter far valere tutti i titoli acquisiti nel corso del rapporto di lavoro, mentre ai dipendenti a tempo determinato viene vietato di utilizzare l'esperienza professionale acquisita impedendo di valorizzare le mansioni dirigenziali svolte nell'ambito di una procedura concorsuale, oltre che urtare il buon senso ed il buon gusto, costituisce una palese discriminazione che può e deve essere rimossa dal giudice, ove si verificasse in concreto.

Insomma, una vicenda nel complesso certamente non edificante, dove non solo ci si trova di fronte ad un palese discriminazione nei confronti del pubblico dipendente, ma nella quale lo Stato italiano ci fa l'ennesima brutta figura e del male a se stesso (e a tutti noi).

Sergio Galleano