

# Il lavoro precario avanti la Corte di giustizia. Un laboratorio europeo per la tutela del lavoro

Sergio Galleano

*Avvocato giuslavorista del foro di Milano*

Sommario: 1. Premessa. 2. La vicenda nella causa Sanchez Ruiz e Fernandez Alvarez. 3. Sulla nozione di successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato. 4. Sulla nozione di ragioni oggettive. 5. Sull'adeguatezza delle sanzioni previste dall'ordinamento spagnolo in ipotesi di abuso. 6. La rilevanza del consenso del lavoratore all'abuso commesso. 7. Sulla possibilità del giudice nazionale di disapplicare una normativa nazionale non conforme alla clausola 5 n. 1 della Direttiva. 8. Sulla possibilità del giudice nazionale di rivedere sentenze o provvedimenti amministrativi nazionali divenuti definitivi. 9. La vicenda nella causa JH. 10. La questione pregiudiziale. 11. La valutazione dell'Avvocato generale. 12. Le conclusioni dell'Avvocato generale. 13. Conclusioni.

## 1. Premessa

Come avremo modo di vedere, i due atti «comunitari» che si vanno a commentare, la sentenza della seconda sezione della Corte UE Sanchez Ruiz (sul precariato sanitario spagnolo) e le conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston nella causa JH (sulla normativa italiana in tema di somministrazione dopo il jobs act), non sono atti «rivoluzionari».

Sono però un esempio di come la giurisprudenza europea sia attenta alle evoluzioni del tempo, alla tutela dei diritti e affini sempre più l'ambito, le modalità e gli strumenti di applicazione del diritto europeo, tentando di delineare sempre con maggiore precisione le possibilità di azione dei giudici nazionali per superare le strettoie e gli ostacoli che le normative degli Stati membri spesso frappongono all'inserimento del diritto europeo nei singoli ordinamenti.

Con un occhio fisso alla supremazia del diritto europeo e con l'altro attento a non urtare troppo i principi costituzionali e le politiche delle singole realtà nazionali, il cammino viene percorso con l'elaborazione e la rielaborazione della giurisprudenza che trova le sue origini in sentenze storiche come la Van Gend en Loos, la Costa Enel, la Francovich, la Kühne & Heitz, la Pfeiffer, la Simmenthal, la Kucukdeveci e le tante altre che non si citano solo per non riempire la pagina.

Questo lento ma continuo cammino è sempre stabilmente ancorato ai diritti fondamentali<sup>1</sup> che costituiscono la base del corretto svolgimento dei rapporti socio economici nell'ambito dell'Unione e che, come vedremo alla fine di queste note, fungono da garanzia in una realtà che, dall'inizio del nuovo millennio, ha visto mutamenti di notevole rilievo, in particolar modo nel mondo del lavoro.

---

<sup>1</sup> Si veda, sul punto: S. Mangiameli, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in *Dirittifondamentali.it* - Fascicolo 1/2020, 10 febbraio 2020; R. Cosio, *I diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti (a cura di Cosio e Foglia)*, Giuffrè, Milano, 2013; G. Bronzini, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, europeanrights.eu, relazioni. 05.05.2012; C. Salazar, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, gruppodipisa.it, 21 dicembre 2011.

## 2. La vicenda nella causa Sanchez Ruiz e Fernanda Alvarez<sup>2</sup>

La causa riguarda due ordinanze di rimessione formulate dalle sezioni n. 8 e n. 14 dello Juzgado Contencioso-Administrativo de Madrid nell'ambito di due contenziosi promossi da lavoratoripubblici operanti nel sistema sanitario spagnolo.

Qualche preliminare chiarimento sull'ordinamento spagnolo<sup>3</sup> in tema di pubblico impiego che viene richiamato nella sentenza è d'obbligo.

L'articolo 8 della «*Ley estatal 55/2003 del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*» (legge 55/2003, recante lo «Statuto quadro» del personale statuario dei servizi sanitari), del 16 dicembre 2003, nella versione in vigore all'epoca dei fatti di cui è causa, prevedeva che il personale del servizio sanitario venisse nominato per esercitare le funzioni affidate in modo permanente dopo avere superato una procedura di selezione appositamente indetta.

L'art. 9 dello Statuto quadro consente la possibilità di assumere personale statuario temporaneo «ad interim» (ovvero a copertura di un posto vacante), per prestazioni di carattere occasionale ovvero per sostituzione di personale assente.

L'articolo 10 del «*Real Decreto Legislativo 5/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*» (regio decreto legislativo 5/2015, recante approvazione del testo consolidato della legge sullo statuto di base dei dipendenti pubblici), del 30 ottobre 2015 prevede, tra l'altro, che i funzionari ad interim sono nominati (par. 1, punto a) per motivi di necessità e urgenza, espressamente giustificati, per esercitare funzioni proprie dei funzionari di ruolo in caso di vacanza del posto. In particolare, viene precisato che: «*[n]ell'ipotesi di cui al punto a) del paragrafo 1 del presente articolo, i posti vacanti occupati da funzionari ad interim sono inclusi nell'offerta d'impiego corrispondente all'esercizio nel corso del quale interviene la loro nomina o, se ciò è impossibile, in quella corrispondente all'esercizio successivo, a meno che sia decisa l'eliminazione del posto*».

L'articolo 70, paragrafo 1, dello Statuto quadro dei dipendenti pubblici dispone che «*Il fabbisogno di risorse umane che beneficia di uno stanziamento di bilancio e deve essere soddisfatto mediante l'assunzione di nuovo personale è oggetto di un'offerta pubblica di lavoro o è soddisfatto mediante un altro strumento analogo di gestione della copertura del fabbisogno di personale, il che implica l'organizzazione delle corrispondenti procedure di selezione per i posti previsti, con un margine di un ulteriore 10%, e la fissazione del termine massimo di pubblicazione dei bandi. In ogni caso, l'attuazione dell'offerta pubblica di lavoro o di uno strumento analogo deve avvenire nel termine prorogabile di tre anni*».

---

2 Domingo Sanchez Ruiz e Berta Fernandez Alvarez e a. c/ Comunidad de Madrid del 19 marzo 2020, in cause C-103/18 e C-429/18, EU:C:2020:219.

3 Sul quale non si può non richiamare lo storico volume *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, a cura di M. D'Antona, Edizioni Scientifiche Italiane, Univ. Napoli, 1990. Ma non si può dimenticare che nel 2012 e 2013 il diritto del lavoro è stato oggetto di una riforma, soprattutto nel settore privato che ha anticipato il jobs act italiano: per una veloce analisi, si veda R. Mancuso, *La riforma del mercato del lavoro in Spagna*, reperibile al link: [https://www.diritto.it/system/docs/35045/original/La\\_riforma\\_del\\_mercato\\_del\\_lavoro\\_in\\_Spagna.pdf](https://www.diritto.it/system/docs/35045/original/La_riforma_del_mercato_del_lavoro_in_Spagna.pdf) e, più approfonditamente: M.V. Ballestrero, *Declinazioni di flessibilità, la riforma italiana e la deriva spagnola*, *Lavoro e diritto*, 2012, 441; A. Perulli, *le tipologie contrattuali nel diritto del lavoro. letture di diritto del lavoro spagnolo e italiano*, Giappichelli - Tirant Lo Blanch, pp. 775-808.

Ai sensi della quarta disposizione transitoria dello Statuto quadro dei dipendenti pubblici, le amministrazioni interessate possono pubblicare bandi di concorso per il consolidamento dell'impiego in posti o posizioni di carattere strutturale corrispondenti ai loro differenti settori o categorie, cui corrisponde una dotazione di bilancio e occupati da funzionari ad interim o personale temporaneo prima del 1° gennaio 2005. La disposizione legislativa prevede che il contenuto delle prove sia in rapporto con le procedure, le mansioni e le funzioni abituali dei posti oggetto di ciascun bando di concorso. Nella fase di concorso potranno essere valutati, tra gli altri meriti, anche i periodi di servizio prestati nelle amministrazioni pubbliche e l'esperienza nei posti di lavoro oggetto del bando di concorso.

È in questo quadro legislativo che si inseriscono le due cause principali e, di conseguenza, la pronuncia della Corte. Vediamo sinteticamente l'oggetto dei due procedimenti.

a) Causa C-103/18

Il signor Sanchez Ruiz veniva assunto dalla Comunità di Madrid come membro del personale sanitario ad interim il 2 novembre 1999 per svolgere le funzioni di informatico presso il servizio sanitario della Comunità.

Nel dicembre 2011, in occasione di una riforma legislativa, tale tipologia di personale veniva soppressa ma, lo stesso giorno, il signor Sanchez Ruiz veniva nominato membro del personale statutario, sempre ad interim, su un posto rientrante in una nuova categoria, denominata «*personale statutario nel settore delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione*», ma sempre al fine di esercitare le funzioni di informatico presso il medesimo servizio.

Il lavoratore, precisava il giudice remittente, non ha mai contestato i provvedimenti di cessazione del suo primo contratto né quelli della sua seconda nomina.

I contratti di lavoro firmati tra le parti prevedevano che l'incarico avrebbe avuto efficacia sino alla soppressione del posto di lavoro o alla sua attribuzione ad altro personale statutario permanente e che, comunque, detta nomina non faceva nascere il diritto a divenire titolare del posto occupato.

Per l'intera durata del rapporto, riferisce ancora il giudice remittente, il sig. Sanchez Ruiz ha sempre svolto le medesime mansioni «in modo costante e continuativo». Pur avendone la possibilità, egli non ha partecipato all'unico concorso indetto tra il 1999 ed il 2015 per il suo livello contrattuale.

Il 31 dicembre 2016, il lavoratore ha chiesto di essere considerato a tutti gli effetti un membro del personale statutario permanente o, in subordine, di dipendente pubblico con status analogo, al quale si applicano i principi di permanenza e di inamovibilità. Tale domanda era motivata dalla ritenuta commissione di un abuso da parte della Comunità datrice di lavoro in violazione della clausola 5 della Direttiva Ue 1999/70.

La sua richiesta è stata rigettata dall'ente in primo luogo per l'obbligatorietà dell'accesso ai posti pubblici permanenti solo tramite concorso. In ottemperanza a tale principio l'ordinamento statale impediva tale riconoscimento, consentendo, semmai, la nomina a «*membro del personale a tempo indeterminato non permanente*» («*indefinido no fijo de plantilla*»), anche denominato di «ruolo a

tempo determinato»<sup>4</sup>)che ne consentiva la stabilità fino a quando il posto occupato non veniva soppresso o attribuito a un membro del personale statutario permanente.

La Comunità di Madrid ha osservato che non poteva nella specie parlarsi di abuso in quanto si era trattato di un unico rapporto, *«poiché la seconda nomina era intervenuta a causa di un riforma legislativa delle categorie di personale»*. Ha inoltre eccepito che il lavoratore non poteva *«validamente far valere un comportamento abusivo da parte del suo datore di lavoro, poiché egli non ha contestato né la soppressione del suo posto, né la sua nomina su un nuovo posto, e neppure la pubblicazione del bando di concorso»*.

Il signor Sanchez Ruiz ha quindi adito il locale Tribunale amministrativo il quale ha ritenuto di sollevare diverse questioni sulle quali ha chiesto alla Corte di Lussemburgo di pronunciarsi e che la Corte riassume come di seguito.

La prima attiene alla pluralità dei contratti stipulati dal lavoratore il quale sosteneva, nella causa principale, che sarebbero consistiti in due distinti contratti mentre, secondo la Comunità, si sarebbe trattato di un unico contratto, *«poiché la sua seconda nomina era intervenuta a causa di una riforma legislativa delle categorie di personale»*. Il giudice rimettente, in particolare, ricorda che il datore di lavoro era tenuto a mettere a concorso<sup>5</sup> il posto disponibile nell'anno di impiego del lavoratore o in quello successivo o, comunque, entro tre anni, mentre nel caso specifico il rapporto di era protratto per oltre 16 anni. Il giudice suggerisce che il rapporto di lavoro potrebbe essere considerato prorogato di anno in anno.

In secondo luogo, il giudice spagnolo si chiede se l'assenso del lavoratore, manifestato con la conclusione dei contratti, possa «convalidare» il comportamento del datore di lavoro, ove la Corte dovesse ritenerlo contrario alla Direttiva. Precisa il giudice che il signor Sanchez Ruiz si trova in una situazione di lavoro al momento stabile e che potrebbe por fine allo stato di precariato chiedendo all'amministrazione l'indizione di un concorso per il posto occupato e partecipando alla selezione.

Sotto un terzo profilo, fa presente alla Corte che, secondo la giurisprudenza del «Tribunal Supremo» spagnolo<sup>6</sup>, le assunzioni a termine conclusenella ricorrenza delle ipotesi previste dall'art. 9 dello Statuto quadro del pubblico impiego, essendo finalizzate a fornire servizi essenziali alla cittadinanza, non possono mai costituire di per sé abuso dell'istituto. In conseguenza di ciò, osserva il giudice rimettente, si sarebbe verificato uno «snaturamento» dei rapporti di lavoro a tempo determinato, nel senso che le assunzioni con tale tipologia di contratto coprirebbero il 75% dei lavoratori nel settore con qualifica analoga a quella del signor Sanchez Ruiz e che nell'ambito della sanità vi sono carenze strutturali di *«personale statutario permanente»* che vede questi lavoratori soddisfare, di fatto, necessità essenziali al buon funzionamento del sistema, così frustrando la necessità del ricorrere di ragioni oggettive che giustifichino l'utilizzo reiterato dei contratti a termine.

---

4 Ovvero una *«relación laboral por tiempo indefinido no fijo»*: sul punto vedi V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa* su [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), articoli, 01.11.2016.

5 Il giudice rimettente parla di *«offerta pubblica di impiego»* (sentenza, punto 21).

6 Ovvero il giudice di legittimità dello Stato, corrispondente alla Corte di cassazione italiana.

La quarta riflessione del giudice spagnolo riguarda la assenza nell'ordinamento nazionale di misure idonee a prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine. Nell'ordinamento spagnolo, infatti, non sono rinvenibili limiti all'utilizzo di tale tipologia di contratto nel pubblico impiego e, nell'ipotesi di inadempimento degli obblighi di cui agli artt. 10 e 70 dello Statuto di base del pubblico impiego, non è possibile applicare la normativa prevista per il settore privato che vede la possibilità di riqualificare a tempo indeterminato i rapporti, essendo obbligatorio per l'accesso ad un rapporto di lavoro definitivo il superamento di una procedura concorsuale.

Inoltre, la possibilità di trasformare il personale statutario temporaneo in personale a tempo indeterminato non permanente, come stabilito dal Tribunal supremo (e dunque frutto di una interpretazione giurisprudenziale del giudice nazionale), non sarebbe idoneo a contrastare l'abuso, poiché resterebbe la possibilità per l'amministrazione *«di sopprimere il posto occupato dal lavoratore interessato o per fine alle sue funzioni qualora tale posto sia attribuito ad un dipendente statutario permanente»*<sup>7</sup>.

Ritiene altresì insufficiente l'ulteriore misura prevista da una disposizione transitoria dello Statuto quadro dei dipendenti pubblici e consistente nel consolidare il rapporto mediante prove (d'idoneità), poiché tale misura consiste in una semplice facoltà e non in un obbligo.

Infine, sotto un quinto profilo, il giudice remittente rileva che nella vicenda avanti a sé pendente sono in discussione *«decisioni amministrative definitive quali nomine, decisioni di cessazione dalle funzioni e bandi di concorso, nonché sentenze definitive pronunciate da organi giurisdizionali di primo e ultimo grado»*, sicché si interroga se l'applicazione del diritto dell'Unione comporti la necessità di rivedere (o disapplicare) detti provvedimenti.

In particolare, tali questioni sono nell'ordinanza di rimessione declinate in nove questioni pregiudiziali, delle quali la terza sviluppata sotto tre profili.

#### b) Causa C- 492/18

Come il signor Sanchez Ruiz, la signora Fernandez Alvares e altre sue colleghe erano state utilizzate come personale statutario temporaneo in qualità di odontoiatre a seguito di nomine successive (da 82 a 227 ciascuna) per periodi da 12 a 17 anni.

La Comunità di Madrid non aveva mai provveduto ad inserire i posti occupati dalla signora Alvarez e dai suoi colleghe nelle offerte pubbliche di lavoro negli anni successivi alle loro assunzioni, come richiesto dagli artt. 10 e 70 dello Statuto quadro dei pubblici impiegati,

Solo un bando di concorso era stato pubblicato nel 2015.

Nel luglio 2016 le lavoratrici avevano chiesto la loro stabilizzazione come personale statutario permanente o, in subordine, quali dipendenti *«pubblici con status analogo, al quale si applicano i principi di permanenza e di inamovibilità, con la motivazione che la loro situazione era in contrasto con le prescrizioni dell'accordo quadro»*<sup>8</sup>.

---

7 Punto 28 della sentenza.

8 Punto 34

A seguito del rifiuto della Comunità di Madrid avevano proposto azione avanti al Tribunale amministrativo n. 14, sostenendo la natura abusiva del reiterato utilizzo dei contratti a termine.

Il giudice del rinvio, nel rilevare come risulti incontestato che le lavoratrici ricorrenti siano state impiegate in una successione di contratti a termine, e che le funzioni da queste svolte siano state identiche a quelle esercitate dal personale statutario permanente, osserva che ove anche i relativi contratti fossero stati stipulati ai sensi dell'art. 9 dello Statuto quadro, gli stessi erano di fatto finalizzati alla copertura di esigenze permanenti e durature della Comunità.

Si interroga quindi sulle misure adottabili per prevenire e sanzionare gli abusi, ritenendo che l'indizione di una procedura di selezione pubblica non pare avere un effetto sanzionatorio per il datore pubblico che la bandisce, mentre la concessione di un indennizzo equivalente a quello versato in caso di licenziamento abusivo sembrerebbe rispondere, secondo il giudice remittente, ai requisiti di proporzionalità e di effettività, con conseguente adeguato effetto dissuasivo.

Sulla base di tali considerazioni formula sette conseguenti quesiti, alcuni svolti in via subordinata tra loro e, in gran parte, coincidenti con quelli della causa Sanchez Ruiz, con la conseguenza che la Corte ha ritenuto di trattare unitariamente i due procedimenti.

### **3. Sulla nozione di successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.**

Come si è visto, nella causa principale Sanchez Ruiz era controverso tra le parti se sussistesse o meno una pluralità di contratti<sup>9</sup>. Il lavoratore sosteneva di avere stipulato due contratti, il secondo in occasione di un provvedimento legislativo che rivedeva la classificazione dei lavoratori, mentre la Comunità di Madrid affermava che, trattandosi di un contratto stipulato su un posto vacante, ci si trovava di fronte ad un unico contratto, con conseguente inapplicabilità della Direttiva.

Il giudice rimettente riteneva che si fosse trattato di rapporti rinnovati anno per anno. Dalla sentenza non risultano i motivi di tale affermazione<sup>10</sup>, che probabilmente sono riconducibili al fatto che l'art. 10 dello Statuto del pubblico impiego, come si è visto, impone che i posti vacanti siano occupati ad interim dovrebbero essere oggetto di selezione nell'esercizio in corso o in quello successivo o, comunque, entro il triennio. La questione formava oggetto del primo quesito della causa alla quale la Corte ritiene di fornire chiarimenti<sup>11</sup>.

La Corte decide con stretto riferimento alla particolarità del caso.

Dopo avere ribadito principi e concetti ormai consolidati, in merito alle finalità della Direttiva 1999/70, la Corte ricorda che la clausola 5 della Direttiva demanda agli Stati membri la definizione delle modalità concrete del termine "successivi". Precisa però, come sempre accade nell'interpretazione delle Direttive, che la discrezionalità lasciata agli Stati non è illimitata,

---

9 Sul punto v.: A. Olivieri, *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in *Lav. pubb. amm.*, 2012, 5, pp.769-792

10 La mancanza delle conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott sul sito della Corte e della versione in lingua inglese della sentenza rende difficoltosa la comprensione di alcuni passi della sentenza, che si sono quindi dovuti ricostruire.

11 Preliminarmente la Corte, nei punti da 40 a 49, ritiene infondata la richiesta delle signore Alvarez e a. di riaprire la fase orale del procedimento a seguito delle conclusioni dell'Avvocato generale (non pubblicate sul sito della Corte e) che, a detta della richiedente, avrebbero introdotto questioni nuove. La Corte, secondo la sua giurisprudenza ormai consolidata, ha ritenuto comunque che l'intera questione fosse chiara al collegio sia in fatto che in diritto e che la causa poteva quindi essere decisa senza ulteriori approfondimenti: sul punto v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela istituzionale, competenze*, Giuffrè, Milano 2010, pag. 82.

trovando comunque un limite nella necessità di non snaturare lo scopo perseguito dalla direttiva e, aggiungiamo noi, tenendo conto anche della necessità di un'applicazione uniforme in una moltitudine di stati che rende imprescindibile un livello minimo di certezza sui concetti fondanti la direttiva stessa.

Come riferisce la Corte, l'Avvocato generale nelle sue conclusioni assume che si rischierebbe di compromettere le finalità e lo scopo dell'accordo quadro, laddove si ritenesse che non sussista una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato *«per il solo motivo che il lavoratore interessato, sebbene destinatario di più nomine, ha occupato ininterrottamente lo stesso posto di lavoro per più anni e ha svolto, in modo costante e continuativo, le medesime funzioni<sup>12</sup>»*. Ciò tanto più ove si consideri che la durata dell'impiego risulta nella specie conseguente all'inadempimento di un obbligo sancito dall'ordinamento nazionale di mettere a concorso il posto vacante nell'anno in corso o, al massimo, nel triennio successivo.

Diversamente, prosegue la Corte, ne deriverebbe che un gran numero di rapporti verrebbero di fatto sottratti alle tutele previste dalla direttiva, vanificandone lo scopo.

La Corte decide dunque in conformità a quanto suggerito dall'Avvocato generale. Resta da comprendere il rilievo che deve darsi alle due condizioni da quest'ultimo indicate, ovvero la presenza di più nomine e l'obbligo di legge incombente al datore di lavoro di *«organizzare entro il termine impartito un procedimento di selezione al fine di coprire tale posto vacante<sup>13</sup>»* in via definitiva.

Può ritenersi che in assenza di entrambi o anche uno solo di questi requisiti non si rientri nelle tutele della Direttiva?

La risposta deve essere negativa, sicuramente con riferimento al primo quesito. Se non vi fossero più nomine, ma un unico rapporto di lavoro, giustificato con la vacanza del posto e sino alla sua copertura attraverso una procedura selettiva, ci si troverebbe di fronte ad un solo contratto, cioè ad un contratto, come si è detto, a tempo indeterminato non permanente *« il cui posto di lavoro “stabilmente precario” deriva non dal superamento di una selezione pubblica, ma da una sanzione nei confronti della pubblica amministrazione quale conseguenza dell'illegittimità del vincolo contrattuale. In questo caso, il lavoratore continuerà a svolgere l'attività lavorativa originaria finché non sarà terminato il procedimento per la copertura di quel posto in organico<sup>14</sup>»*.

Il contratto a tempo determinato non permanente, però, è stato ritenuto rientrare nell'ambito di applicazione della Direttiva Ue 1999/70 dalla Corte con l'ordinanza Leon Medialdea<sup>15</sup>, non

---

12 Punto 61 della sentenza.

13 Sempre punto 61.

14 Così V. De Michele, *Le sentenze “spagnole” della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, op. cit.

15 Marta León Medialdea c/ Ayuntamiento de Huétor Vega del 11.12.2014 in causa C-86/14, EU:C:2014:2447, punto 40 dove si legge: *«In tali circostanze, si deve constatare che una persona nella situazione del richiedente nella causa principale rientra effettivamente nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro. È irrilevante al riguardo che il contratto di lavoro risultante da questa riclassificazione sia chiamato “contratto a tempo determinato permanente”, poiché, come risulta dall'ordinanza di rinvio, tale riclassificazione costituisce una sanzione per l'impugnazione abusivo di successivi contratti di lavoro a tempo determinato e non modifica la natura stessa di tali contratti»* (traduzione libera): su questa sentenza v. V. De Michele, *La tutela del precariato pubblico in Europa e in Italia, aspettando “Godot”*, Csdle, 08/01/2018, §7.

costituendo una sanzione adeguata al fine di eliminare l'abuso nell'utilizzo di una successione di contratti a termine.

Ma anche con riferimento al secondo quesito deve darsi risposta negativa. L'assenza di una sanzione in ipotesi di mancata copertura dei posti vacanti tramite concorso – negli stati ove vige tale principio - consentirebbe infatti il perpetuarsi dell'abuso all'infinito, con conseguente, insanabile contrasto con lo scopo della Direttiva.

#### **4. Sulla nozione di ragioni oggettive**

In entrambe le cause si poneva poi il problema di valutare la rilevanza della giurisprudenza del Tribunal supremo spagnolo il quale ha ripetutamente affermato che «*il rinnovo di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi è considerato giustificato da “ragioni obiettive” ai sensi del punto 1, lettera a), di tale clausola, per il solo motivo che tale rinnovo risponde ai motivi di assunzione previsti da detta legislazione, ossia motivi di necessità, di urgenza o relativi allo svolgimento di programmi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria*»<sup>16</sup>. La materia formava oggetto delle questioni dalla terza alla quinta della causa Sanchez Ruiz e della prima nella causa Fernandez Alvarez.

Su questo punto la Corte ha da tempo ampiamente esaminato la materia.

Dapprima viene ricordato che la giurisprudenza della Corte ha stabilito che la nozione di ragioni oggettive presuppone la ricorrenza di circostanze precise e concrete che caratterizzano una specifica attività. Le circostanze che possono giustificare una successione di contratti possono risultare dalla particolare natura delle funzioni svolte, dalle caratteristiche ad essere inerenti, ovvero ancora dalle legittime finalità dalle politiche sociali di uno stato membro<sup>17</sup>.

È invece escluso che una disposizione nazionale legislativa o regolamentare, ma anche una giurisprudenza nazionale consolidata che consenta, in modo generale ed astratto, la reiterazione di contratti a tempo determinato possa considerarsi conforme agli scopi della Direttiva, non

---

16 Punto 65 della sentenza. È peraltro di immediata evidenza la palese contraddizione tra l'affermazione del Tribunal supremo spagnolo in merito alle ragioni obiettive, con riconoscimento, per via giurisprudenziale, della possibilità del giudice nazionale di trasformare il rapporto dei lavoratori a termine in «rapporto di lavoro a tempo indeterminato non permanente» (che è comunque qualcosa «di più» di un normale rapporto a tempo determinato): se infatti, secondo lo Statuto quadro, i contratti a termine nel settore sarebbero sempre sorretti da una ragione oggettiva, non si comprende il motivo di inventare una sorta di «sanzione» a fronte di un comportamento del datore pubblico ritenuto del tutto legittimo.

17 V. sentenza in causa Raffaella Mascolo e altri contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e Comune di Napoli del 24.11.2014, in causa C-22/13 e altre, EU:C:2014:2401, punto 87, sulla quale v.: M. Aimo, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la “dialettica prevalente”*: le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia, in Riv.it.dir.lav., II, 2015, 336 ss.; P. Coppola, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in europeanrights.eu; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in Lav.pp.aa., 2014, 499 ss.; 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*, in europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; id, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, ibidem, 11 novembre 2015; F. Ghera, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in Giur.cost., 2015, 158 ss.; S. Galleano, *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in europeanrights.eu, 8 gennaio 2015



consentendo di verificare la ricorrenza di criteri oggettivi e trasparenti, così comportando un rischio di determinare un ricorso abusivo a tale tipologia di contratti<sup>18</sup>.

Nel caso in esame, la Corte rileva che la normativa nazionale sembra determinare in modo preciso ipotesi alle quali si può ricorrere ad una successione di contratti, ovvero la ricorrenza di esigenze di natura temporanea, congiunturale o straordinaria finalizzata a garantire il funzionamento delle strutture sanitarie.

Dette disposizioni, inoltre, prevedono che se tali esigenze si protraggono oltre un certo periodo, le amministrazioni interessate sono tenute «*a studiare le cause di tali nomine temporanee e valutare l'opportunità di creare un ulteriore posto strutturale*»<sup>19</sup>.

Ne consegue che, considerata l'esigenza della continuità dei servizi sanitari e la possibilità che si verifichino delle esigenze sostitutive o altre, di natura oggettiva<sup>20</sup>, si può giustificare il ricorso ad una successione di contratti a termine, fermo restando che, comunque, non è ammissibile che detti contratti possano essere rinnovati in modo permanente per il soddisfacimento di esigenze stabili e permanenti connaturati al servizio in questione, pena il porsi al di fuori delle finalità specifiche dell'accordo e consentire la commissione dei abusi che l'accordo quadro allegato alla Direttiva ha la finalità di impedire.

A tal fine, la Corte ricorda che lo scopo principale della Direttiva parte del presupposto che il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro, mentre quello a termine, pur costituendo in determinate situazioni la forma migliore per lo svolgimento di determinati compiti e riuscendo a sopperire ad esigenze particolari sia del datore di lavoro che del lavoratore, presenta il pericolo di precarietà e di abusi che occorre prevenire con misure adeguate.

Occorre pertanto una verifica concreta e puntuale che le disposizioni nazionali che regolano la materia non vengano di fatto utilizzate per soddisfare esigenze permanenti e durevoli dai datori di lavoro.

Venendo alla controversia al suo esame, la Corte non ha potuto che prendere atto che i giudici del rinvio hanno sottolineato come, in concreto, il continuo utilizzo pluriennale dei signor Sanchez Ruiz e Fernandez Alvarez era tutt'altro che finalizzato alla copertura di esigenze temporanee nel servizio ma, al contrario, strutturali e durevoli nell'organizzazione della struttura sanitaria alla quale erano addetti.

Ne consegue che la decisione, scontata, è che osta alla clausola 5 della Direttiva una normativa ed una giurisprudenza nazionali che giustifica il ricorso ad una successione di contratti per motivi di

---

18 Il principio è assolutamente pacifico sin dalla sentenza Adelener del 4 luglio 2006 (causa C-212/04, EU:C:2006:443), punto 71, sulla quale vedi A. Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001*, Argomenti Dir. Lav., 2006, 6, 1623, che tratta anche della Marrosu e Sardino del 7 settembre 2006 in causa C-53/04, la prima resa dalla Corte sull'ordinamento del lavoro pubblico italiano in tema di contratto a termine.

19 Sentenza, punto 73.

20 Dei contratti a termine nel sistema sanitario spagnolo si era già pronunciata la Corte con la sentenza Del Cerro Alonso del 13 settembre 2007 (in causa C:307/05) che aveva riguardato la disparità di trattamento ai sensi della clausola 4, segnatamente per quanto riguarda gli scatti di anzianità riconosciuti ai dipendenti di ruolo e negati a quelli a termine, sulla quale vedi M. Viceconte, *Lavoratore con contratto a tempo determinato con la p.a., comparto scuola, e principio di non discriminazione con riferimento alle condizioni di impiego e con particolare riguardo alle retribuzioni*, in diritto.it, 24.05.12.

necessità, urgenza e temporaneità laddove la stessa, di fatto, consenta di utilizzare tali rinnovi per sopperire ad esigenze permanenti e durevoli del datore di lavoro in materia di personale.

## **5. Sull'adeguatezza delle sanzioni previste dall'ordinamento spagnolo in ipotesi di abuso**

Con le questioni settima nella causa Sanchez Ruiz e seconda, terza, quarta, sesta e settima in quella Fernandez Alvarez, i giudici del rinvio chiedono alla Corte chiarimenti in merito alle sanzioni previste dall'ordinamento spagnolo in ipotesi di accertato abuso nell'utilizzo dei contratti a termine.

In particolare, i giudici del rinvio si riferiscono all'indizione di procedure selettive finalizzate a coprire in via definitiva i posti vacanti temporaneamente occupati dagli assunti a termine, alla possibilità, cui si è già cennato, di convertire i rapporti a termine in contratti a tempo "indeterminato non permanente" ovvero di riconoscere loro un'indennità equivalente a quella versata al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo.

La Corte ribadisce la propria giurisprudenza secondo la quale le finalità della clausola 5 sono quelle di prevenire e sanzionare gli abusi nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato e che gli stati membri, in merito, godono di una discrezionalità circa i mezzi per raggiungere tale obiettivo, con l'unico limite che detti mezzi siano idonei al fine perseguito dalla Direttiva<sup>21</sup>.

In particolare, la clausola 5 non impone un obbligo generale della trasformazione dei rapporti a tempo indeterminato, in caso di abuso.

Ovviamente è *ius receptum* che non spetti alla Corte di giustizia pronunciarsi sull'interpretazione delle disposizioni nazionali, essendo tale compito riservato al giudice dello stato interessato: non di meno, la Corte può fornire chiarimenti per guidare i giudici nella loro valutazione. E tanto viene fatto nei punti 91 e seguenti.

Innanzitutto, la Corte rileva che nessuna delle misure rientra tra quelle indicate nella clausola 5 ed occorre quindi verificare se quelle indicate dai giudici nazionali possono considerarsi equivalenti.

Quanto alla prima, ovvero l'indizione di concorsi per la copertura dei posti vacanti e ricoperti dagli assunti a termine, nella sentenza si riconosce possa trattarsi di una misura astrattamente idonea ad evitare gli abusi, tanto più che la normativa nazionale prevede una precisa tempistica per lo svolgimento delle procedure selettive.

L'affermazione, del resto, ha una sua logica ben precisa, posto che l'assunzione a termine ha quale ragione oggettiva proprio il periodo necessario a svolgere le (formalmente obbligatorie) procedure finalizzate alla conclusione della relativa procedura selettiva.

Ciò chiarito, la Corte rileva però che, nonostante l'indicazione di termini definiti per lo svolgimento dei concorsi, la normativa nazionale non dà garanzie circa il fatto che tali procedimenti siano effettivamente attivati e portati a conclusione. Con l'effetto che, come risulta da quanto indicato dai giudici del rinvio, da un lato i rapporti esaminati si sono protratti per molti anni e, dall'altro, non è prevista alcuna sanzione per il mancato rispetto dei termini.

Come si vede si tratta esattamente della medesima vicenda scrutinata nella sentenza Mascolo che ha riguardato il settore scolastico italiano, che si è conclusa con la censura della relativa normativa

---

<sup>21</sup> Su cui v. I. Nicotra, *Diritto pubblico e costituzionale*, Giappichelli, Torino 2013, pagg. 475 e segg.; M. Fragola, *Temi di diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008, pagg. 60 e segg..

nazionale da parte della Corte di giustizia e che ha poi portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>22</sup> dell'art. 4 della legge 104/1994 che regolava l'organico di diritto dei docenti.

Anche la seconda misura indicata dai giudici spagnoli e cioè la disposizione transitoria dello Statuto di base dei dipendenti pubblici che prevede la possibilità di stabilizzazione tramite l'indizione di specifiche procedure selettive dei soggetti impiegati a tempo determinato (prima del 1° gennaio 2005), non pare adeguata, posto che si tratta di una mera possibilità rimessa alla volontà della pubblica amministrazione, senza alcuna garanzia del suo svolgimento effettivo<sup>23</sup>.

Allo stesso modo, la possibilità di partecipare alle selezioni per l'accesso ai posti disponibili, non può ritenersi anche questa una misura adeguata, sia perché, come rilevato dall'Avvocato generale, l'esito di tali procedure è del tutto incerto sia perché vi possono partecipare soggetti che non sono stati vittime dell'abuso perpetrato.

Tale tipologia di procedure, quindi, essendo «*indipendente da qualsiasi considerazione relativa al carattere abusivo del ricorso a contratti a tempo determinato*<sup>24</sup>» non sembra raggiungere gli scopi della clausola 5 della Direttiva, diretti a sanzionare debitamente l'abuso e rimuovere le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione.

Altresì non pare misura adeguata la trasformazione del rapporto a termine in un rapporto di «personale a tempo indeterminato non permanente», posto che tale trasformazione lascia libero il datore di lavoro di sopprimere il posto di lavoro o di farlo cessare allorquando, all'esito di procedure concorsuali, detto posto venga assegnato ad uno dei vincitori. Inoltre, comunque, tale trasformazione non comporta il diritto alle stesse condizioni di lavoro del personale statutario permanente.

Infine, per quanto concerne la liquidazione in favore del soggetto abusato di un'indennità pari a quella liquidata ad un lavoratore illegittimamente licenziato, la Corte osserva che, ferma restando la necessità di una sua adeguatezza e proporzionalità per poterla definire effettiva, idonea a prevenire abusi e sufficiente al fine di sanzionarli, la stessa potrebbe ritenersi astrattamente adeguata.

La valutazione dell'idoneità in concreto di tali misure, tenuto conto delle precisazioni fornite dalla Corte è poi, come di rito, demandata al giudice nazionale.

Sul punto, va comunque ricordato che, ove tale misura sia prevista nell'ordinamento nazionale e vi siano settori nei quali manca una misura alternativa, il giudice nazionale, in applicazione della Clausola 4 di non discriminazione, ben potrebbe procedere alla stabilizzazione definitiva del rapporto, secondo quanto stabilito nella sentenza Sciotto<sup>25</sup>.

---

22 La Consulta aveva sollevato per la prima volta la questione pregiudiziale con l'ordinanza che era poi stata unita alla causa Mascolo e altri proposta dal Tribunale di Napoli avente anch'essa ad oggetto la disciplina scolastica e la sua compatibilità con la clausola 5 della Direttiva.

23 Punto 99 della sentenza.

24 Punto 101 sentenza.

25 Così la sentenza Sciotto del 25 ottobre 2018 (in causa C-331/17, EU:C:2018:859) il cui dispositivo è nei seguenti termini: «*La clausola 5 dell'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, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche,*

Del resto, non può scordarsi che la clausola 5, nel dettare (punto 1) le misure preventive (ragioni oggettive, numero massimo dei contratti e durata complessiva de rapporti), indica anche (punto 2) delle possibili misure che gli stati «*se del caso (...) dovranno stabilire*» e, precisamente, «*a quali condizioni i rapporti (a) devono esser considerati successivi e (b) devono essere ritenuti a tempo indeterminato*». Pare quindi chiara l'indicazione degli stipulanti dell'accordo quadro allegato alla Direttiva di considerare la riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato come la misura sanzionatoria più adeguata in caso di abuso.

Ciò sembra confermato dalle sentenze Santoro, Rossato e Motter<sup>26</sup> della Corte che hanno riguardato il precariato italiano negli enti locali e nella scuola. Con la prima il giudice rimettente di Trapani chiedeva se fosse congrua ex clausola 5 della Direttiva UE 1999/70 la decisione delle Sezioni unite 5072/2016 sul cd. «danno comunitario» in ipotesi di abuso.

Con la seconda, la Corte di appello di Trento interrogava la Corte sulla compatibilità con la clausola 4 della Direttiva della giurisprudenza della Corte di cassazione la quale, con sentenza 22552/2016 e successive conformi sino ad oggi, ha affermato che l'avvenuta stabilizzazione da parte dell'amministrazione che ha commesso l'abuso ne cancella gli effetti ed inibisce la liquidazione del danno ex art. 36 D.Lgs. 165/2001<sup>27</sup>.

Con la sentenza Motter, infine, il Tribunale di Trento poneva all'attenzione della Corte l'art. 485 del D.Lgs. 297, del 16 aprile 1994, che pareva ostare alla clausola 4 della Direttiva nella parte in cui prevede che i servizi prestati in base ad un contratto di lavoro a tempo determinato siano computati integralmente soltanto con riferimento ai primi quattro anni e, oltre tale limite, solo fino a concorrenza dei due terzi in caso di ricostruzione della carriera del docente divenuto di ruolo.

Con le tre sentenze citate la Corte “ha salvato” la pur traballante normativa italiana affermando, in sostanza, che quello che conta è la stabilizzazione del lavoratore abusato e che le misure del risarcimento del danno sono di competenza degli stati membri e la valutazione sulla congruità spetta al giudice nazionale<sup>28</sup>.

Come abbiamo visto, anche nella sentenza in commento viene, di fatto, adottata la medesima soluzione, ancorché un *input* sembra venga dato (ad integrazione della sentenza Rossato) laddove la Corte (al punto 101) precisa che l'organizzazione delle procedure selettive finalizzate alla copertura dei posti vacanti «*essendo indipendente da qualsiasi considerazione relativa al carattere abusivo*

*qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore*». Su questa pronuncia, sulla quale si tornerà oltre, vedi: V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, su [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), articoli 15.11.2018 e, nel senso indicato, Cass. 7 marzo 2019 n. 6680.

26 Sentenze Giuseppa Santoro c/ Comune di Valderice del 7 marzo 2018 (in causa C-494/16, EU:C:2018:166), Fabio Rossato c/ Provincia autonoma di Trento e Miur del 8 maggio 2019 (in causa C-494/17, EU:C:2019:387) Chiara Motter c/ Provincia autonoma di Trento del 20 settembre 2018 (in causa 466/17, EU:C:2018:758).

27 Con l'effetto, un po' paradossale, che nelle centinaia di cause pendenti in cassazione in attesa della pronuncia della Corte costituzionale della sentenza 187/2016, nella causa di ritorno dalla pronuncia Mascolo della Corte di giustizia, molti dei lavoratori che si erano visti liquidare il risarcimento del danno, una volta stabilizzati, hanno dovuto restituire le somme ricevute.

28 Su tale soluzione si veda V. De Michele, *La sentenza Santoro della Corte di giustizia Ue sui precari siciliani*, [csdle.lex.unict.it](http://csdle.lex.unict.it) . 03/14/2018 e *Precariato pubblico: un cantiere sempre aperto, tra nuove cause pregiudiziali in Corte di giustizia e nuove procedure di infrazione aperte dalla Commissione Ue*, in LDE n. 3/2019, in particolare § 2, sulle sentenze Santoro e Rossato. Diversa è invece la valutazione sulla sentenza Motter, la cui decisione non è stata seguita da Cass. 31149 e 31150 del 2019: sul punto vedi anche il commento velatamente critico di M.Giaconi, *La sentenza Motter sulla ricostruzione della carriera dei docenti precari*, in RGL, n. 2/2019, parte II, pagg. 196 e segg..

*del ricorso a contratti a tempo determinato, non sembra idonea a sanzionare debitamente il ricorso abusivo a siffatti rapporti di lavoro e a rimuovere le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione. Essa non sembra quindi consentire di raggiungere la finalità perseguita dalla clausola 5 dell'accordo quadro (v., per analogia, sentenza del 21 novembre 2018, de Diego Porras, C-619/17, EU:C:2018:936, punti 94 e 95)», così aprendo ad una possibile rivisitazione della giurisprudenza della Corte di cassazione a seconda della tipologia procedure avviate (ad esempio se riservate o meno) ovvero dove la stabilizzazione non sia comunque collegata all'abuso commesso.*

## **6. La rilevanza del consenso del lavoratore all'abuso commesso**

La risposta a tale quesito (il secondo nel procedimento Sanchez Ruiz) è ovviamente scontata, ma la Corte si fa carico di motivare in modo accurato la risposta al quesito del giudice rimettente.

Innanzitutto precisa che la natura pubblica del datore di lavoro è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione della Direttiva e, segnatamente, delle sue misure preventive e sanzionatorie, poiché questa, ai sensi della clausola 2, punto 2<sup>29</sup>, si applica a tutti coloro che sono legati da un rapporto di lavoro ai sensi del diritto nazionale anche nei confronti di un datore di lavoro pubblico, fatta salva la discrezionalità consentita agli Stati membri circa la sua applicazione a talune categorie di rapporti di lavoro, legate alla specificità della prestazione<sup>30</sup> ed all'esclusione dei lavoratori interinali.

Non risulta dunque che si possa ipotizzare una disapplicazione della Direttiva in ipotesi di consenso del lavoratore il che, del resto, è comunque escluso in radice perché ci si porrebbe in contrasto con la realizzazione dello scopo della Direttiva stessa.

La Corte ricorda la propria giurisprudenza dove si sottolinea il *metus* del lavoratore a far valere i suoi diritti quale parte debole del rapporto<sup>31</sup>.

È dunque impensabile che i lavoratori possano essere privati della tutela loro riconosciuta dall'accordo quadro allegato alla Direttiva in forza di una liberatoria che si presuppone rilasciata in assenza di una volontaria scelta, poiché priverebbe la clausola 5 di ogni effetto utile.

Pertanto, osserva la Corte, richiamando la sentenza Mascolo, è del tutto irrilevante che i rapporti siano «stati costituiti mediante provvedimenti amministrativi a causa della natura pubblica del datore di lavoro»<sup>32</sup>.

## **7. Sulla possibilità del giudice nazionale di disapplicare una normativa nazionale non conforme alla clausola 5 n. 1 della Direttiva**

---

29 La norma così recita: «Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o le parti sociali stesse possono decidere che il presente accordo non si applichi ai: a) rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato; b) contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici».

30 Sotto tal profilo si osserva che resta da dirimere la questione dell'applicabilità della Direttiva al personale dirigenziale, negata dalla giurisprudenza italiana di legittimità (v. Cass. 17010/2017), su cui S. Galleano, *L'applicazione delle misure antiabuso della Direttiva UE n. 70 del 1999 nell'utilizzo del contratto a termine dei dirigenti*, su europeanrights.eu, 02.05.18.

31 Viene richiamata, a tal fine, la sentenza del 14 maggio 2019, CCOO, C-55/18, EU:C:2019:402, punti 44 e 45 e giurisprudenza ivi citata.

32 Punto 115 della sentenza.

Con le questioni sesta e nona nella causa Sanchez Ruiz e con la quinta nella causa Fernandez Alvarez, i giudici del rinvio chiedevano alla Corte se, ed in che termini, fosse possibile disapplicare una normativa nazionale non conforme alla clausola 5 n. 1 dell'accordo quadro nell'ambito di una controversia tra il lavoratore ed il datore di lavoro pubblico.

La Corte ricorda come sia *ius receptum* che la clausola 5 della Direttiva 1999/70 non è di immediata e diretta applicabilità, lasciando agli stati membri ampie facoltà di scegliere gli strumenti ritenuti più idonei a garantire il risultato della Direttiva. Si tratta di un principio stabilito sin dalla sentenza Impact<sup>33</sup> e rimasto immutato sino alla più recente Mascolo.

Resta comunque, precisa la Corte, l'obbligo di interpretazione conforme del giudice nazionale, il quale deve verificare quale spazio esista nell'ordinamento al fine di addivenire ad una sua interpretazione conforme allo scopo della direttiva esaminata. Più in particolare il giudice «*nell'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale*), deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale mediante tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti, per conseguire il risultato perseguito dalla direttiva<sup>34</sup>».

L'esigenza di interpretazione conforme del diritto nazionale è infatti, chiarisce la sentenza, «*inerente al sistema del Trattato, in quanto consente ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte (sentenza del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 109 e giurisprudenza ivi citata)<sup>35</sup>*», pur trovando il limite «*nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (sentenza del 4 luglio 2006, Adeneler e a., C-212/04, EU:C:2006:443, punto 110 e giurisprudenza ivi citata)<sup>36</sup>*».

Una corretta indicazione della possibile applicazione di tali principi si trova nella sentenza Sciotto, alla quale si è già fatto cenno, dove la Corte individua l'applicazione della norma generale rinvenibile nell'ordinamento nazionale per regolare in conformità dello scopo della Direttiva una situazione completamente «scoperta» sotto il profilo delle tutele applicabili in caso di abuso.

Ciò premesso, ove tale interpretazione non sia in alcun modo possibile, resta inibito al giudice nazionale la disapplicazione diretta della norma nazionale. In tal caso resterà comunque la tutela già garantita dalla sentenza Francovich<sup>37</sup>.

---

33 Del 15 aprile 2008 in causa C-268/06, EU:C:2008:223, punto 80.

34 Così R. Cosio, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, su europeanrights.eu, articoli, 20/06/2014, cap. 3.

35 Punto 122 della sentenza.

36 Punto 123 della sentenza.

37 In causa C-6/90 e 9/90, Andrea Francovich e Daniela Bonifaci e altri c/ Repubblica italiana. V. S. Galleano, *La responsabilità degli Stati membri per la mancata applicazione delle Direttive. Il caso italiano*, su europeanrights.eu, articoli, 08.01.16; A. Lazari, *La responsabilità del legislatore nazionale nel contesto comunitario. L'Ulisse incatenato e la tela di Penelope*, in *Contratto impr.* Europa, 2009, 576; P. Piva, *La responsabilità dello Stato giudice nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pub. comp. eur.*, 2009, 451; A. Di Majo, *Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Corr. giur.*, 2009, 1351; C. Pinotti, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rass. giur. energia*, 2003, 437; S. Marinai, *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. com. sc. int.*, 2002, 689; A. Di Majo, *Responsabilità e danni nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 745; Antonioli Deflorian, *Francovich e le frontiere del diritto europeo*, in *Giur.*

## 8. Sulla possibilità del giudice nazionale di rivedere sentenze o provvedimenti amministrativi nazionali divenuti definitivi

Con l'ottavo quesito, il giudice spagnolo remittente nella causa Sanchez Ruiz chiedeva alla Corte: *«Se il diritto [dell'Unione] imponga la revisione delle sentenze o degli atti amministrativi definitivi nelle circostanze che vengono descritte, quando ricorrono le quattro condizioni richieste nella sentenza [del 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17)]: 1) ai sensi del diritto nazionale spagnolo, le amministrazioni e i giudici dispongono del potere di revisione, ma con le limitazioni citate che rendono tale revisione estremamente ardua se non impossibile [;] 2) le decisioni controverse sono divenute definitive in seguito a una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima o in unica istanza; 3) tale sentenza è basata su un'interpretazione del diritto [dell'Unione] non conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia ed è stata adottata senza che la Corte fosse previamente adita a titolo pregiudiziale; e [4]) l'interessato si è rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato di tale giurisprudenza».*

La Corte, al punto 126, così illustra il quesito al quale è tenuta a rispondere: *«Con l'ottava questione nella causa C-103/18, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che impone agli Stati membri di prevedere la possibilità di rivedere sentenze e provvedimenti amministrativi relativi a cessazioni dalle funzioni e nomine, nonché bandi di concorso divenuti definitivi, al fine di garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione».*

La Corte dichiara irricevibile il quesito in quanto ipotetico.

Tale valutazione è fondata sulla considerazione che era pacifico nell'ordinamento nazionale, a detta dello stesso giudice del rinvio, che la riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato è inibita dal divieto di accesso a posti di ruolo nella pubblica amministrazione spagnola se non previo superamento del concorso.

Al punto 130, della sentenza si legge che *«A tal riguardo, dalla motivazione della decisione di rinvio nella causa C-103/18, nonché dalle osservazioni del governo spagnolo in tale causa, si potrebbe dedurre che la sola circostanza in cui la Comunità di Madrid sarebbe eventualmente indotta a rivedere decisioni di nomina o di cessazione dalle funzioni divenute definitive sarebbe rappresentata dalla trasformazione delle successive nomine del sig. Sánchez Ruiz in nomina quale membro del personale statutario permanente, al fine di sanzionare il ricorso abusivo, da parte di tale datore di lavoro pubblico, a una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato».*

Ciò posto, pare evidente l'irricevibilità della questione, avendo la Corte già chiarito che il giudice nazionale non ha il potere di disapplicare le norme direttamente contrarie alla Direttiva, con la conseguenza che la risposta della Corte riguarderebbe una questione del tutto ipotetica.

La soluzione della Corte, però, non pare esaustiva<sup>38</sup>, sicché vale la pena di spendere qualche parola in merito.

---

it., 1993, I, 1585; R. Cosio, *Tutela comunitaria dei lavoratori dall'insolvenza del datore di lavoro*, *Diritto e pratica del lavoro*, 1085, 1993, M. Cartabia, *Omissione del legislatore, diritti sociali e risarcimento dei danni (a proposito della sentenza «Francovich» della Corte di Giustizia delle Comunità europee)*, in *Giur. cost.*, 1992, 505.

<sup>38</sup> Né ulteriori chiarimenti, sul punto, sono possibili poiché come si è detto, non sono pubblicate le conclusioni dell'Avvocato generale che in genere sono di aiuto nel completare la comprensione delle questioni oggetto del procedimento.

Il giudice remittente, al di là della formulazione del quesito, nell'ordinanza di rimessione aveva specificamente dedotto, come si è visto sopra e come risulta dalla ricostruzione fattane in sentenza (punto 30<sup>39</sup>), l'esistenza sia di provvedimenti amministrativi che giurisdizionali divenuti definitivi, sicché si poneva il problema (evidentemente nella causa principale) di rivedere detti provvedimenti, ove questi fossero ritenuti contrari al diritto dell'Unione. Lo stesso giudice (punto 18) rilevava come la «*Comunità di Madrid ha sostenuto che il sig. Sánchez Ruiz non può validamente far valere un comportamento abusivo da parte del suo datore di lavoro, poiché egli non ha contestato né la soppressione del suo posto, né la sua nomina su un nuovo posto, e neppure la pubblicazione del bando di concorso*».

A sua volta, la Comunità di Madrid (punto 18 sentenza) aveva eccepito nelle sue difese «*che il sig. Sánchez Ruiz non può validamente far valere un comportamento abusivo da parte del suo datore di lavoro, poiché egli non ha contestato né la soppressione del suo posto, né la sua nomina su un nuovo posto, e neppure la pubblicazione del bando di concorso*».

A ciò si aggiunga che l'oggetto della sentenza Kühne & Heitz, cui il giudice rimettente aveva fatto espresso riferimento, era proprio la questione se la definitività di un provvedimento amministrativo potesse coesistere con la sua contrarietà al diritto europeo.

Se così è, pare evidente che la questione era stata posta dal giudice rimettente con riferimento alla rilevanza che poteva avere nella causa principale, sicché la decisione della Corte circa la natura ipotetica del quesito e, dunque, la sua irricevibilità non appare giustificata.

E allora va detto che la mancata impugnazione dei provvedimenti amministrativi di nomina a personale statutario non permanente eccepita dalla Comunità di Madrid non pare possa essere opposta al lavoratore per paralizzarne l'azione, giusto quanto stabilito dalla sentenza Kühne & Heitz, così come, del resto, eventuali decisioni giurisdizionali divenute definitive, ove contrastino con il diritto europeo non paiono impeditive, quanto meno certamente ai fini di un risarcimento del danno, come stabilito dalla sentenza Ferreira da Silva<sup>40</sup>.

La questione, peraltro, ha riflessi anche in ambito nazionale italiano poiché pende avanti ai giudici italiani (e prossimamente in Cassazione) uno specifico contenzioso che riguarda i dipendenti del Ministero dell'Interno impiegati nei centri di accoglienza degli immigrati istituiti dalla legge Bossi-Fini del 2002.

---

39 Dove si legge: «*In quinto luogo, secondo il giudice del rinvio, nel procedimento principale sono controverse decisioni amministrative definitive quali nomine, decisioni di cessazione dalle funzioni e bandi di concorso, nonché sentenze definitive pronunciate da organi giurisdizionali di primo e ultimo grado. La natura definitiva di tali decisioni e sentenze renderebbe più complicata la denuncia, da parte dei lavoratori a tempo determinato, di irregolarità commesse dall'amministrazione e, quindi, la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla direttiva 1999/70. Di conseguenza, si porrebbe la questione se, in circostanze come quelle oggetto del procedimento principale, il diritto dell'Unione imponga di rivedere sentenze o provvedimenti amministrativi definitivi*».

40 João Filipe Ferreira da Silva e Brito e a. contro Estado português del 9 settembre 2015, in causa C-160/14, EU:C:2015:565 dove, tra l'altro, così si conclude: «*[i]l 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*». Su questa sentenza v: P. Mengozzi, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza Köbler alla sentenza Ferreira da Silva e Brito*, su *Il diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, fasc. 2/2016.



Costoro vennero a suo tempo impiegati come interinali e inquadrati nella qualifica B3 del ccnl Ministeri, svolgendo le relative mansioni. Dopo qualche anno, furono assunti a tempo determinato a seguito di un concorso indetto con bando riservato nel quale si faceva espresso riferimento all'esigenza di proseguire l'attività in corso, ma che prevedeva l'inquadramento nella inferiore qualifica B1 dei somministrati che svolgevano le superiori mansioni.

Sino ad oggi questi lavoratori, nel frattempo stabilizzati a tempo indeterminato, continuano a svolgere le mansioni originarie, con l'effetto che, rivoltisi al giudice del lavoro per farsi riconoscere il loro diritto all'inquadramento nella superiore qualifica originaria corrispondente in forza della violazione della clausola 4 della Direttiva UE 1999/70, si sono visti opporre la mancata impugnazione, a suo tempo, del bando di concorso avanti al giudice amministrativo. Alcuni hanno ottenuto l'inquadramento nella categoria B3, altri unicamente le differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori. Le controversie dovranno essere ora decise in sede di legittimità, dove la questione inevitabilmente si riproporrà<sup>41</sup>.

Una pronuncia della Corte di giustizia sarebbe stata quindi, anche sotto questo profilo, non del tutto inutile, essendo finalizzata a chiarire la rilevanza di provvedimenti amministrativi non impugnati nell'ipotesi di violazione del diritto europeo nel pubblico impiego.

## **9. La vicenda nella causa JH**

Diversa è la questione nella causa JH contro KG<sup>42</sup>, nella quale l'Avvocato generale Eleanor Shrpston ha reso le sue conclusioni in data 24 aprile 2020.

La controversia riguarda un lavoratore somministrato utilizzato ininterrottamente, tramite agenzia interinale, dal 3 marzo 2014 al 30 settembre 2016 in mansioni operaie di addetto al tornio presso l'azienda KG.

Cessato il rapporto, si è rivolto al Tribunale del lavoro di Brescia chiedendo fossero dichiarati illegittimi i contratti di somministrazione e che venisse accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro direttamente con l'azienda somministrata e che questa fosse condannata a riassumerlo. Ha anche formulato una questione di pregiudizialità per ritenuto contrasto della normativa nazionale con la Direttiva 2008/104, segnatamente con l'art. 5, paragrafo 5.

---

<sup>41</sup>Tra l'altro, la sentenza Huet (Martial Huet contro Université de Bretagne occidentale, 8 marzo 2012 in causa C-251/11, EU:C:2012:133) ha stabilito che «*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato 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, deve essere interpretata nel senso che uno Stato membro, la cui normativa nazionale prescrive la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato quando i contratti di lavoro a tempo determinato abbiano raggiunto una determinata durata, non è tenuto ad imporre, nel contratto di lavoro a tempo indeterminato, che vengano mantenute immutate le clausole principali contenute nel contratto precedente. Tuttavia, al fine di non pregiudicare gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 1999/70 e il suo effetto utile, tale Stato membro deve vigilare affinché la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato non sia associata a modifiche sostanziali delle clausole del contratto precedente in senso globalmente sfavorevole all'interessato quando l'oggetto del suo incarico e la natura delle sue funzioni restano invariati*». Si può ben sostenere che la stabilizzazione operata nei confronti di quei lavoratori (con contratti a termine comunque finalizzata all'inserimento definitivo nell'organizzazione amministrativa) presenta evidenti analogie con la pronuncia citata.

<sup>42</sup> Le cause pendenti in Corte di giustizia sono normalmente indicate con il nome della parte attrice nella causa principale. Su richiesta delle parti, possono essere "anonimizzate" attraverso la loro indicazione con due lettere maiuscole.

È noto che il decreto legge 34/2014, reso nell'ambito del cd. jobs act, ha modificato il D.Lgs. 276/2003, eliminando dall'art. 20 la disposizione secondo la quale «*[l]a somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*», nonché la necessità di indicare espressamente nel contratto tali ragioni. Ha inoltre demandato alla contrattazione collettiva il numero massimo di proroghe e della durata della somministrazione, con conseguente disapplicazione a tale tipologia di contratti del D.Lgs. 368/2002 dell'art. 5, commi 3 e segg. che fissano la durata massima del contratto. Il ccnl applicabile nella specie prevedeva un massimo di sei proroghe per una durata complessiva massima, tra contratto e proroghe, di 36 mesi ma nulla vietava la stipulazione di un altro contratto ed il nuovo decorso del termine massimo previsto.

## **10. La questione pregiudiziale**

Il lavoratore deduceva: *«a) che la normativa interna in materia di somministrazione di manodopera non prevedeva alcuna limitazione alle «missioni successive» dei lavoratori somministrati presso lo stesso utilizzatore, contrariamente a quanto disposto dall'art. 5.5 della Direttiva 2008/104/CE; b) che la normativa interna in materia di somministrazione di manodopera non prevedeva il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva sottostante quale condizione di legittimità del ricorso alla somministrazione, contrariamente a quanto previsto dalla Direttiva 2008/104/CE al considerando 15 (secondo il quale il rapporto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta la forma comune dei rapporti di lavoro) e al considerando 10 (che fa riferimento al «lavoro temporaneo tramite agenzia», presupponendone quindi la temporaneità); c) che il limite di sei proroghe nei trenta sei mesi previsto dal CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro non impediva, allo scadere della sesta proroga e senza soluzione di continuità, la sottoscrizione di un nuovo contratto. Il ricorrente chiedeva, pertanto, di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: se le disposizioni di cui alla Direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale, e in particolare la clausola 5.5 della Direttiva, ostino a una normativa interna che: a) non preveda limiti al numero di contratti e proroghe successivi; b) non preveda il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva sottostante quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro».*

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza 16 ottobre 2018, condividendo le osservazioni della parte ricorrente, sollevava la richiesta questione pregiudiziale nei seguenti termini: *«Se l'articolo 5, paragrafo 5, [della direttiva 2008/104] debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione del decreto legislativo n. 276/2003, come modificato dal decreto-legge n. 34/2014, che: a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro».*

## **11. La valutazione dell'Avvocato generale**

L'Avvocato generale ricorda che la Direttiva 2008/104 è stata approvata in conformità con l'art. 137, paragrafi 1 e 2 CE (attualmente l'articolo 153 TFUE) che prevedeva la possibilità per le

autorità europee di adottare mediante direttive le prescrizioni minime applicabili in merito alle condizioni di lavoro.

Tale direttiva è stata, in particolare, adottata per completare il quadro di tutele già garantito dalle direttive 1997/81 sul tempo parziale e 1999/70 sul lavoro a tempo determinato, così regolando le principali fattispecie di lavoro flessibile.

Ricorda l'Avvocato che *«[i]l modello normativo sotteso a tale azione è fondato sulla ricerca di un equilibrio fra la flessibilità e la sicurezza sul mercato del lavoro, ed è stato denominato “flessicurezza”», richiamando anche i principi adottati dal Consiglio europeo il 14 dicembre 2007 (doc. n. 16201/07) e la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, intitolata «[v]erso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza».*

La Direttiva *«opera quindi un bilanciamento tra l'obiettivo della “flessibilità” perseguito dalle imprese e quello della “sicurezza” corrispondente alla tutela dei lavoratori».*

Il nucleo della Direttiva, secondo l'Avvocato è costituito dall'art. 4, che disciplina le restrizioni riguardanti il ricorso al lavoro interinale e il capo II (condizioni di lavoro e d'occupazione) dove, negli articoli da 5 a 8 si disciplinano «la parità di trattamento, l'accesso all'occupazione, alle attrezzature collettive e alla formazione professionale, nonché la rappresentanza e l'informazione». Il tutto con l'intento, essendo la forma di lavoro ritenuta comune quella a tempo indeterminato, di stimolare l'accesso dei lavoratori presso l'impresa utilizzatrice (in particolare, v. art. 6, paragrafi 1 e 2).

L'art. 1 della Direttiva precisa, all'art. 1, paragrafo 1, che i lavoratori sono assegnati all'impresa utilizzatrice «temporaneamente», garantendo loro la parità di trattamento e che le condizioni di base di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3, paragrafo 1 della Direttiva non ha carattere esaustivo<sup>43</sup>.

Viene poi focalizzata l'attenzione sugli obblighi degli Stati membri ai fini dell'applicazione della Direttiva. Segnatamente viene richiamato l'art. 5 che prevede due obblighi distinti: *«[i]l primo consiste nell'evitare il ricorso abusivo all'applicazione dello stesso articolo 5. Il secondo consiste nel prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo complesso»:* tali obblighi, diversamente da quanto sostenuto dalla Commissione nelle sue osservazioni, non sono, secondo l'Avvocato, subordinati tra loro ma complementari e riguardano dunque insieme delle disposizioni della Direttiva e quindi del suo impianto sistematico e del suo scopo.

Pertanto, senza ritenere che la Direttiva obblighi gli Stati membri a prevenire missioni successive al fine di evitare che il lavoratore si trovi «intrappolato<sup>44</sup>» in una condizione di instabilità, occorre rivalutare il concetto della temporaneità previsto dall'art. 3, paragrafo 1, lettera c)<sup>45</sup> e contenuto nello stesso titolo della Direttiva, che ha lo scopo di regolare i rapporti «interinali», termine che, concettualmente, si riferisce ad un rapporto temporaneo e non permanente.

---

43 L'Avvocato ricorda, in particolare la relazione stilata da un gruppo di esperti su incarico della Commissione nell'agosto 2001 dove si afferma tale principio.

44 Così, testualmente, l'Avvocato generale, punto 49.

45 Dove si precisa che i lavoratori operano “temporaneamente” sotto il controllo e la direzione dell'impresa utilizzatrice.

La Direttiva non definisce le misure concrete che gli Stati membri devono adottare per evitare il protrarsi delle missioni successive presso la medesima impresa utilizzatrice e dunque non è obbligatoria una disposizione che imponga l'esplicitazione delle mansioni oggetto di ogni singola missione.

L'art. 5 della Direttiva, però, nel disporre che «[g]li Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva», è chiaro, preciso e incondizionato.

Le normative nazionali vanno quindi considerate un «veicolo<sup>46</sup>» attraverso il quale attuare l'obbligo sancito dalla Direttiva affinché l'abuso delle disposizioni da questa prescritte non si verifichi, garantendone così il raggiungimento dello scopo.

Circa la natura di tale obbligo, l'Avvocato precisa, in primo luogo, che se le missioni successive del medesimo lavoratore tramite l'impresa interinale presso la stessa impresa utilizzatrice «comportano un periodo di servizio presso tale impresa che è (significativamente) più lungo di quello che può ragionevolmente essere considerato "interinale", cioè integra esattamente», ad avviso dell'Avvocato, «un tale abuso». E un'eventuale restrizione delle missioni in tal senso sarebbe pienamente giustificata dalla necessità di evitare gli abusi, come prescritto dall'articolo 5.

In secondo luogo, reiterate (ed ingiustificate, ovvero non riferibili a compiti temporanei) missioni successive sarebbero estranee allo scopo della Direttiva, modificando l'equilibrio tra la flessibilità necessaria ai datori di lavori e la sicurezza sulla quale debbono contare i lavoratori.

In terzo luogo, infine, ove il datore di lavoro non offra nessuna giustificazione per il reiterarsi oltre ogni ragionevole limite dell'utilizzo continuo dello stesso lavoratore inviato dall'agenzia interinale, il giudice nazionale è tenuto a vigilare che non si sia verificata alcuna violazione delle disposizioni della Direttiva.

E a questo punto – ed in ciò consiste la rilevanza delle conclusioni dell'Avvocato generale – entra in campo la sentenza Sciotto di cui si è già detto e della quale la Corte riassume i principi ivi stabiliti.

E non per condividere le conclusioni come aveva suggerito la parte lavoratrice, la quale aveva sostenuto l'applicazione meccanica della sentenza, nel senso che l'assenza di sanzioni adeguate avrebbe dovuto comportare la costituzione di un rapporto definitivo con l'impresa utilizzatrice, bensì per sottolineare che «quando 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 effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione [della disposizione di diritto dell'Unione in questione]»<sup>47</sup>.

## **12. Le conclusioni dell'Avvocato generale**

In mancanza di tali misure, l'Avvocato generale invita il giudice nazionale ad applicare i principi stabiliti nella sentenza Pfeiffer<sup>48</sup>, ovvero prendere «in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato

<sup>46</sup> Sempre testualmente, punto 53.

<sup>47</sup> Punto 67.

*contrario a quello cui mira la direttiva*». In sostanza, «*il principio dell'interpretazione conforme esige quindi che il giudice del rinvio faccia tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale, per garantire la piena efficacia [della direttiva in questione]*».

E nella specie il compito affidato al giudice nazionale non appare affatto semplice.

Difficile sembra applicare per analogia alla fattispecie il termine massimo di 36 mesi di cui all'art. 19 del D.Lgs. 81/2015 previsto (*ratione temporis*) come limite alla durata del contratto a tempo determinato, poiché il rapporto in questione ha riguardato un periodo inferiore a quello indicato dalla legge.

Il Giudice potrebbe allora verificare, in concreto, se sono sussistite le ragioni oggettive che giustificavano la reiterazione dei comandi ma, come è noto, le ragioni oggettive sono state abolite nella prima versione del D.Lgs. 81/2015 e reinserite (dopo il 12° mese), solo nel luglio 2018 con il «decreto dignità».

Dunque, esisterebbe il problema di applicare le ragioni oggettive laddove il legislatore nazionale le ha volutamente abolite anche in casi analoghi come il contratto a tempo indeterminato, ma dove poi le ha reintrodotte, *re melius perpensa*, si ritiene per adeguare la normativa nazionale a quella europea.

E si tratta allora di capire se entriamo nel campo della disapplicazione o dell'integrazione, in assenza totale di misure preventive che consentirebbe al giudice di raggiungere lo scopo. Insomma, appunto, come nella sentenza Sciotto<sup>49</sup>.

### **13. Conclusioni**

Riprendendo allora le considerazioni iniziali, può osservarsi come gli organi giurisdizionali europei, pur muovendosi con la dovuta prudenza<sup>50</sup>, non rinnegano nulla del cammino sinora percorso e proseguono nell'elaborazione di un sistema unitario basato sulla difesa dei diritti fondamentali.

Ciò non è di poco conto, poiché non può negarsi che, soprattutto nel campo del diritto del lavoro, le crisi economiche (per di più aggravate, da ultimo, da vicende sanitarie imprevedibili quanto drammatiche) spesso imputabili a politiche finanziarie del tutto astratte dalle concrete realtà produttive e dallo svolgersi degli scambi commerciali, hanno influito pesantemente sui rapporti sociali, imponendo una drastica rivisitazione di non pochi diritti che le parti lavoratrici ritenevano ormai acquisiti attraverso una legislazione conquistata nell'arco del secolo scorso.

---

48 Pfeiffer e a. / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldhüt eV, da C-397/01 a C-403/01, EU:C:2004:584, punto 67, sulla quale v. G. Grasso, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2017, pagg. 525 e segg..

49 Sulla rilevanza di questa importante pronuncia si veda anche S. Galleano, *Effetti collaterali della sentenza Sciotto: il TAR Lazio solleva in CGUE l'annoso problema della stabilizzazione dei ricercatori universitari*, su [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), articoli, 13.05.19.

50 Del resto, la vicenda Taricco sulla prescrizione in Italia e l'ultima sentenza della Corte costituzionale tedesca di Karlsruhe sulla BCE, per restare solo agli ultimi più eclatanti contrasti tra Corti costituzionali nazionali e Corte di giustizia, sono l'esempio di come il fuoco covi sotto la cenere, soprattutto in tempi di imperante sovranismo.

E ciò si è verificato non solo nel settore privato ma, sorprendentemente e spesso spudoratamente, soprattutto in quello in cui lo stato agiva direttamente come datore di lavoro e dunque avrebbe dovuto muoversi in modo eticamente ineccepibile.

Senza voler entrare – non è questa la sede - nel merito e nelle cause di questi sconvolgimenti non può non riconoscersi che nell'applicare il diritto europeo, con l'affermazione dei diritti fondamentali ed invalicabili sanciti dalle Carte europee<sup>51</sup>, le Corti transazionali tentano di costruire un punto di equilibrio tra le esigenze delle imprese e delle reti amministrative e la libertà e la dignità dei soggetti che operano nel mondo del lavoro.

Ricordiamo qui solo l'intervento sul jobs act in tema di licenziamenti, fatto dalla Corte costituzionale italiana sulla base (anche) dell'art. 24 della Carta sociale europea<sup>52</sup> (ampiamente recepita dalla Corte di giustizia) e la più volte citata sentenza Sciotto della Corte di giustizia UE che fissa un limite invalicabile all'assenza totale di limiti alla precarietà.

A ciò si aggiunga il recente reclamo della Cgil n. 158/2007, accolto dal Comitato europeo di diritti sociali<sup>53</sup> e reso pubblico l'11 febbraio 2020<sup>54</sup>, in relazione alla ritenuta inidoneità dei risarcimenti previsti dal jobs act (anche nella misura rivista dal decreto dignità)<sup>55</sup>.

Come si vede, il complesso delle tutele in sede europea si va precisando con un controllo diffuso sui diritti fondamentali da parte dei vari organi giurisdizionali e consultivi i quali, sotto vari profili, costituiscono nel loro insieme un sistema di garanzie che monitora ed impedisce derive da parte dei singoli Stati.

Stefano Rodotà aveva affermato che l'Unione europea la stavano facendo soprattutto i giudici.

Era una provocazione, ovviamente, ma non vi è dubbio che la sentenza della Corte di giustizia di Lussemburgo e le conclusioni dell'Avvocato generale che si sono qui illustrate vadano nel senso

---

51 Non solo quella fondamentale dell'Unione, ma anche quella della Cedu e quella dei diritti sociali.

52 Per una panoramica sulla Carta si veda: F. Olivieri, *L'emergente rilievo della Carta sociale europea*, su [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), 31.10.2017; G. Fontana, *La Carta Sociale Europea e il diritto del lavoro oggi*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 132/2016; F. Perrone, *Il ruolo dell'art. 24 della Carta sociale europea nella sentenza 194/2018 della Corte costituzionale*, in [rivistalabour.it](http://rivistalabour.it), 30.04.2019; S. Galleano, *La sentenza 22174/2019: la Cassazione definisce, con l'ausilio della Carta sociale europea il fatto materiale del licenziamento*, su [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu), 08.09.2019.

53 Si veda, sul punto, oltre a quanto già segnalato alla nota 52, A. BARONE, *La Corte costituzionale e la Carta sociale europea (ovvero il giudice comune con tre cappelli e una sciarpa)*, su [lavorodirittieuropa.it](http://lavorodirittieuropa.it).

54 Vedilo sul sito della Cgil, tradotto, al link: [http://www.cgil.it/admin\\_nv47t8g34/wp-content/uploads/2020/02/Reclamo\\_collettivo\\_158\\_2017\\_IT.pdf](http://www.cgil.it/admin_nv47t8g34/wp-content/uploads/2020/02/Reclamo_collettivo_158_2017_IT.pdf). Ma si vedano anche, tra i tanti, i reclami accolti sul regime dei licenziamenti in Finlandia (reclamo 106/2004, reso pubblico il 31.01.17) e quello sui giudici onorari italiani (reclamo 102/2013, pubblicato il 16.11.16) su cui S. Galleano, *La vexata questio sulla natura del rapporto dei giudici onorari di Tribunale italiani*, su Lpo, fasc. 3-4/2020, pagg. 178 e segg., in particolare § 2. I provvedimenti del Comitato sono reperibili sul sito [coe.int](http://coe.int).

55 Il Comitato, all'esito del procedimento rende dei pareri circa l'applicazione dei diritti nascenti dalla Carta che, pur non essendo vincolanti per gli stati aderenti, hanno una loro rilevanza nei contenziosi nazionali. Il CEDS completa il sistema di tutela dei diritti in sede transazionale coprendo uno spazio lasciato libero dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (che verifica la conformità degli ordinamenti dei vari stati alla Carta fondamentale dell'Unione ed alla quale si accede, di regola, in via incidentale ad opera del giudice nazionale) e dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo (che verifica l'applicazione della Carta europea dei diritti dell'uomo: una via però percorribile, di regola, solo al termine di tutte le fasi del giudizio in sede nazionale). Avanti al CEDS si può invece agire in via preventiva da parte delle organizzazioni sindacali e delle organizzazioni non governative denunciando la violazione dei diritti sanciti dalla Carta sociale che tutela, tra l'altro, anche i diritti del lavoro e dell'occupazione e il divieto di discriminazioni.

indicato, inserendosi a pieno titolo nel progetto di un sistema giuridico che garantisce il rispetto, invalicabile, di diritti fondamentali sui quali, da sempre, si interroga il diritto del lavoro<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> Si veda, in tal senso, anche il recente *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, redatto da Bruno Caruso, Riccardo Del Punta e Gino Giugni, su Csdle, Massimo d'Antona, 21 maggio 2020, dove il ruolo delle istituzioni europee e dei suoi principi fondamentali è posto in primo piano.