

# La tutela del precariato pubblico in Europa e in Italia, aspettando “Godot”<sup>1</sup>

di

Vincenzo De Michele

Sommario: 1. Premessa: il problema del precariato pubblico in Europa all’attenzione del Parlamento Ue. – 2. La responsabilità della Commissione Ue nella precarizzazione dei rapporti di lavoro in Europa e in Italia. – 3. Il modello normativo italiano nelle misure antiabusive della Direttiva 1999/70 e la scelta della Commissione Ue di cancellare le ragioni oggettive della legge n.230/1962. – 4. La Corte di giustizia sulla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70 mediata dal principio di uguaglianza e non discriminazione: la sentenza Mangold. – 5. La Corte di giustizia sull’ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE nella nozione comunitaria di ragioni oggettive: la sentenza Adeneler. – 6. La Corte di giustizia con la sentenza Mascolo per l’Italia rimedia all’inerzia della Commissione e sanziona l’inadempimento alla direttiva 1999/70/CE sulle misure antiabusive in favore dei precari pubblici italiani. – 7. La Corte di giustizia con l’ordinanza León Medialdea e le sentenze Porras, Andrés e López, Pérez per la Spagna evidenzia l’inadempimento alla direttiva 1999/70/CE, imponendo a tutti gli Stati membri la sanzione della stabilizzazione dei precari pubblici. – 8. La Commissione Ue fornisce false informazioni al Parlamento europeo sul recepimento della direttiva 1999/70/CE nei confronti dei dirigenti e dei supplenti scolastici precari e legittima il Jobs act italiano e l’abrogazione delle norme interne di tutela. – 9. La Commissione Ue mette in crisi il sistema interno di tutele dei lavoratori pubblici italiani e provoca la temporanea autodichia della Cassazione: a) la sentenza n.5072/2016 della Cassazione a Sezioni unite sul precariato pubblico; b) la sentenza n.11374/2016 della Cassazione a Sezioni unite sui contratti “acausali”; c) le sentenze del 2016 della Cassazione – Sezione lavoro sulla scuola; d) la sentenza “Delay” n.21972/2017 della Cassazione a Sezioni unite sui lettori di scambio; e) la sentenza n.13721/2017 della Cassazione a Sezioni unite sui giudici onorari/volontari; f) La Corte costituzionale con il secondo rinvio pregiudiziale in sede incidentale evita lo scontro diretto tra (una parte del)la Cassazione e la Corte di giustizia sul caso Taricco II, e la CGUE mette in mora il legislatore italiano (e la Commissione Ue non vigilante). – 10. I nuovi quesiti interpretativi alla Corte di giustizia del giudice nazionale italiano in favore della tutela dei diritti dei precari pubblici: a) la doppia pregiudiziale sul precariato pubblico dei Tribunali di Trapani e di Foggia; b) la pregiudiziale Ue della Corte di appello di Trento sul precariato scolastico; c) le pregiudiziali Ue sulla nozione di lavoratore del magistrato onorario “volontario”. – 11. La Commissione Ue reagisce alle critiche di aver favorito il Jobs act e ripristina motu proprio le ragioni oggettive nel d.lgs. n.81/2015: le fake news dei contratti acausali temporanei nella causa pregiudiziale Sciotto sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche. – 12. La riapertura del dialogo della Cassazione con la Corte di giustizia sulla tutela effettiva del precariato pubblico. – 13. Le conclusioni dell’avvocato generale Szpunar nella causa Santoro e la sentenza Andrés e López della Corte di giustizia sulle categorie di lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai fini della stabilizzazione dei precari pubblici. – 14. Conclusioni: la missione [im]possibile del Parlamento europeo sulla tutela effettiva dei precari pubblici (e privati).

## 1. Premessa: il problema del precariato pubblico in Europa all’attenzione del Parlamento Ue

Il 22 novembre 2017 in Parlamento europeo presso la Commissione per le petizioni si è tenuta una seduta pubblica per discutere sul tema “*Protection of the rights of workers in temporary or precarious employment, based on petitions received*”, cioè su come gli Stati membri e le Istituzioni Ue hanno dato applicazione alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

---

<sup>1</sup> Il presente contributo rappresenta, con alcune integrazioni legate alla problematica italiana sul precariato pubblico, la relazione dell’autore dal titolo “*The principle of non-discrimination and measures to prevent and sanction the misuse or the abuse of fixed-term contracts in light of the EU Court of Justice case laws*”, presentata il 22 novembre 2017 in qualità di esperto al Parlamento europeo presso la Commissione per le petizioni, nella seduta pubblica per discutere sul tema “*Protection of the rights of workers in temporary or precarious employment, based on petitions received*”.

La “qualità” e la quantità delle n.48 petizioni che sono state presentate fa riflettere sulle responsabilità della Commissione europea, come garante dei Trattati, nell’esercizio dell’attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa dell’Unione.

Si segnala, infatti, la petizione n.178/2017 presentata da n.108 lavoratori precari dello staff personale non permanente della Commissione Ue sull’attuazione di condizioni di lavoro non discriminatorie e di prospettive di carriera per gli agenti contrattuali dell’Istituzione dell’Unione.

Molto elevato è il numero delle petizioni provenienti da cittadini italiani, n.28 su n.48, tutte sul precariato pubblico, di cui n.10 riguardano la sanità, n.5 la scuola, n.9 i giudici onorari, n.4 gli enti locali siciliani; sono segnalate, però, anche violazioni della direttiva 1999/70/CE in Portogallo (n.4), Spagna (n.4), Francia (n.6), Belgio (n.1), Gran Bretagna (n.1), Germania (n.1), Grecia (n.1), Polonia (n.1), quasi tutte in materia di impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

Il problema della diffusione del precariato pubblico era stato già segnalato dall’avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa Jansen C-313/10 (EU:C:2011:593, punto 61), in una causa pregiudiziale in cui veniva contestata la compatibilità con la nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee della sentenza Adeneler della norma tedesca che consentiva l’apposizione del termine giustificata da ragioni finanziarie nel pubblico impiego.

L’avvocato generale Jääskinen ha sottolineato che i datori di lavoro del settore pubblico beneficiano, in forza di una normativa come quella controversa nella causa principale, di un potere in grado di condurli ad abusare della conclusione di contratti a tempo determinato, in quanto, fissando le loro priorità di bilancio, tali datori di lavoro potrebbero preconstituirsì il motivo che giustifica il ricorso a tale forma di contratto autodispensandosi così dal rispetto di principi essenziali del diritto del lavoro. Evidenziava, altresì, che tale rischio d’abuso ha una conseguenza tanto maggiore in quanto è stato osservato un netto aumento del ricorso ai dipendenti assunti a contratto, e non a dipendenti che fruiscono di contratti a tempo indeterminato o dello status di impiegato pubblico di ruolo, per sopperire ad esigenze del settore pubblico, e ciò non soltanto in Germania ma nella maggior parte degli Stati membri dell’Unione europea<sup>2</sup> e, va aggiunto, anche nell’organizzazione del lavoro della Commissione Ue.

L’avvocato generale Jääskinen ha rilevato, inoltre, che dalla proposta che ha portato all’adozione della direttiva 1999/70<sup>3</sup> risulta che la flessibilità derivante dalla presa in considerazione

---

<sup>2</sup> In nota 53 delle conclusioni l’avvocato generale Jääskinen cita, in particolare, A. Fitte-Duval, «Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique: les risques d’une transposition inadaptée», *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 2007, pagg. 4 e segg.

<sup>3</sup> Punti 26-31 della motivazione della proposta di direttiva del Consiglio relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso fra l’UNICE, il CEEP e la CES, del 28 aprile 1999 [COM(1999) 203 def., pagg. 6 e 7].

delle «esigenze di settori specifici» di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro dev'essere collegata all'«attenzione particolare» di cui ha chiaramente formato oggetto «la situazione specifica delle piccole e medie imprese» (PMI) al momento dell'elaborazione del testo dell'accordo quadro, conformemente all'articolo 137, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 153 TFUE)<sup>4</sup>.

Nella proposta innanzi richiamata la Commissione ha affermato che le diverse disposizioni dell'accordo quadro che essa menziona, tra cui quelle della clausola 5, *«indicano la volontà delle parti sociali di lasciare, nell'attuazione dei diritti e dei doveri previsti dall'accordo, margini di manovra che dovrebbero consentire di tener conto sia delle esigenze specifiche dei lavoratori sia di quelle delle imprese in settori e categorie specifici di lavoratori e di imprese, non ultime le PMI»* (conclusioni Jääskinen, punto 62). Per contro, i lavori preparatori della direttiva 1999/70 non fanno alcun cenno di una sorte speciale che sia stata prevista a beneficio del settore pubblico, nell'ambito della redazione della clausola 5 dell'accordo quadro e non pare che i posti di lavoro da coprire nel settore di cui trattasi siano per tradizione o addirittura per natura temporanei, al contrario di quanto può avvenire per taluni rami di attività (conclusioni Jääskinen, punto 63).

Da tutte queste considerazioni l'avvocato generale Jääskinen ha concluso che la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro dev'essere interpretata nel senso che osta ad una disposizione nazionale, quale la norma tedesca dell'art.14, paragrafo 1, n.7 della legge federale tedesca sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato del 21 dicembre 2000 (il «TzBfG»), in forza della quale la conclusione di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato è autorizzata per motivi di bilancio che sono riservati esclusivamente al settore pubblico.

Per quello che consta soltanto la Germania ha applicato i suggerimenti interpretativi dell'avvocato generale Jääskinen, rinunciando il Land Nordrhein-Westfalen all'appello proposto davanti al Landesarbeitsgericht Köln (giudice del rinvio pregiudiziale nella causa Jansen C-313/10) avverso la sentenza del Tribunale di Colonia di riqualificazione a tempo indeterminato di un unico contratto a tempo determinato dal 12 dicembre 2005 al 30 giugno 2006 di un'impiegata dipendente a tempo pieno presso l'amministrazione giudiziaria presso il Tribunale di Colonia, giustificato da stanziamenti di bilancio temporaneamente disponibili, motivazione che il giudice di 1° grado ha ritenuto inidonea a costituire ragioni oggettive per l'apposizione del termine.

---

<sup>4</sup> Tale articolo dispone che le direttive adottate in materia di politica sociale devono «evitare di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese». V., altresì, punto 11 delle considerazioni generali dell'accordo quadro.

Pertanto, dopo soli venti giorni dal deposito delle conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen, il Landesarbeitsgericht Köln ha informato la Corte che il procedimento principale era divenuto privo di oggetto e che, di conseguenza, ritirava la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, con conseguente cancellazione della causa C-313/10 dal ruolo con ordinanza presidenziale del 25 ottobre 2011 (EU:C:2011:688).

Nessuna sentenza della Corte di giustizia è stata emessa nella causa C-313/10 Jansen e la Commissione Ue e molti Stati membri hanno continuato ad abusare dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, pur essendo il termine contrattuale giustificato da soli vincoli di bilancio, insufficienti a costituire le ragioni oggettive temporanee pretese dalla Corte.

## **2. La responsabilità della Commissione Ue nella precarizzazione dei rapporti di lavoro in Europa e in Italia.**

Proprio alla luce della rapidissima e insolita conclusione della causa pregiudiziale Jansen C-313/10, innanzi descritta, è necessario individuare il principale responsabile della precarizzazione dei rapporti di lavoro flessibili, soprattutto (ma non soltanto) nel pubblico impiego, cioè la Commissione europea, su cui in sede di Commissione PETI del Parlamento Ue è stata aperta la ricordata petizione degli agenti contrattuali.

Tutto nasce dalla importante (il Collegio sovranazionale era presieduto dall'italiano La Pergola) sentenza Vitari<sup>5</sup> della Corte di giustizia, in cui il Giudice dell'Unione ai punti 21-26<sup>6</sup>, in

<sup>5</sup> Corte giustizia Ce, sentenza 9 novembre 2000, causa C-129/99 Vitari contro Fondazione europea per la formazione professionale, EU:C:2000:371. La sentenza Vitari è stata citata per la prima volta da F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, Ufficio del Massimario della Cassazione, relazione tematica n.2 del 12 gennaio 2011. Cfr., inoltre, V. De Michele, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. n.230/1962 sul contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2011, n.3, 237 ss.

<sup>6</sup> La Corte di giustizia nella sentenza ha precisato ai punti 21-26: «21. ai sensi dell'art. 3 della regolamentazione della Commissione, i contratti di lavoro degli agenti locali in servizio in Italia devono, in linea di principio, essere conclusi per una durata indeterminata; deroghe a tale principio sono ammesse solo qualora le circostanze o la natura del lavoro esigano la fissazione di un termine. In questo senso, non è ravvisabile alcuna contraddizione tra la detta disposizione e le disposizioni nazionali pertinenti, che a loro volta privilegiano la stipulazione di contratti a tempo indeterminato. 22. Certamente, la regolamentazione nazionale cui fa riferimento il giudice di rinvio è più precisa, giacché enuncia espressamente i casi in cui, in via eccezionale, possono essere conclusi contratti a tempo determinato. 23. Tuttavia, dall'art. 79 del RAA non deriva la necessità di applicare direttamente a un rapporto di lavoro tra un'istituzione comunitaria e un agente locale il diritto nazionale dello Stato sul cui territorio l'agente locale esercita le proprie funzioni. Infatti, da detto articolo emerge che le condizioni d'impiego degli agenti locali «sono stabilite da ciascuna istituzione in base alla regolamentazione e agli usi» dello Stato della sede di servizio, il che significa semplicemente che la regolamentazione adottata da ciascuna istituzione non può essere in conflitto con le norme basilari del diritto nazionale applicabile. 24. Orbene, come risulta dal punto 21 della presente sentenza, l'art. 3 della regolamentazione della Commissione è conforme all'orientamento fondamentale della legislazione italiana. 25. Ciò detto, spetta al giudice di rinvio, ai sensi dell'art.81, n. 1, del RAA, verificare se, conformemente all'art.3 della regolamentazione della Commissione, le circostanze o la natura del lavoro attribuito al signor Vitari giustificassero la conclusione di un contratto a tempo determinato. Come sottolineato dall'avvocato generale al paragrafo 32 delle sue conclusioni, in ogni caso, l'ordinanza di rinvio non fornisce alcun elemento che consenta alla Corte di giustizia di

contrasto con le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer (EU:C:2000:371) e anche con la precedente sentenza Tordeur<sup>7</sup> della Corte di Lussemburgo (che riguardava il lavoro interinale), ha rimesso al Giudice nazionale ( Pretore del lavoro di Torino), sulla base della regolamentazione interna e quindi della legge n. 230/1962 all'epoca applicabile, il potere di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni europee e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione, cioè la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con termine illegittimo.

La Commissione europea, pur stabilendo l'art.3 del regolamento applicabile agli altri agenti delle Comunità europee («RAA») la regola, mutuata dall'art.1, comma 1, della legge n.230/1962, secondo cui i contratti di lavoro degli agenti locali in servizio negli Stati membri, in linea di principio, devono essere conclusi per una durata indeterminata e che deroghe a tale principio sono ammesse solo qualora le circostanze o la natura del lavoro esigano la fissazione di un termine, non prevedeva e non prevede nessuna delle misure preventive di cui alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, precarizzando così senza limiti i rapporti di lavoro dei propri dipendenti "flessibili".

Gli agenti contrattuali della Commissione sono assunti, con procedura selettiva, per una durata massima di sei anni - nella regolamentazione attuale che è entrata in vigore dal 1° gennaio 2014 (art.3-bis RAA<sup>8</sup>) - su posti non vacanti, perché occupati da lavoratori permanenti assenti, o comunque per impieghi legati a stanziamenti finanziari diversi da quelli del bilancio ordinario dell'Istituzione, senza possibilità di riqualificazione a tempo indeterminato e di poter effettuare quei concorsi riservati agli agenti "temporanei", che differiscono dai funzionari (lavoratori permanenti "di ruolo" a tempo indeterminato) in quanto lavoratori a tempo indefinito non permanente in servizio su posti vacanti in organico, destinati a cessare il rapporto di lavoro nel caso di assegnazione del posto vacante a funzionario di ruolo, per lo più individuato nella persona dello stesso agente temporaneo, previo superamento del concorso riservato.

---

*esprimere un qualsiasi giudizio a questo proposito. 26. Qualora il giudice di rinvio ritenga che nella causa principale l'art. 3 della regolamentazione della Commissione sia stato violato, in quanto le circostanze o la natura del lavoro non esigevano la fissazione di un termine al contratto, toccherà al detto giudice ristabilire la legalità convertendo il contratto controverso, concluso a tempo determinato, in un contratto di lavoro a tempo indeterminato».*

<sup>7</sup> Corte di giustizia, sentenza 3 ottobre 1985, causa C-232/84, Commissione contro Tordeur, EU:C:1985:392.

<sup>8</sup> Con l'entrata in vigore del nuovo Statuto il 1° gennaio 2014 è stata estesa fino a sei anni l'originaria durata massima di 3 anni della durata del contratto degli agenti contrattuali della Commissione. Nella relazione della Commissione sul ricorso agli agenti contrattuali nel 2014 del 9 agosto 2016 COM(2016) 499 final a pag.5 si riferisce che «*molti agenti contrattuali che avevano già prestato tre anni di servizio e che continuavano a prestare servizio alla Commissione in qualità di interinali hanno potuto essere riassunti per un ulteriore periodo contrattuale, permettendo alla Commissione di avvalersi di agenti contrattuali già formati e immediatamente operativi, consentendo di ridurre il numero di interinali.*».

### **3. Il modello normativo italiano nelle misure antiabusive della Direttiva 1999/70/CE e la scelta della Commissione Ue di cancellare le ragioni oggettive della legge n.230/1962**

Va ricordato che l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, per quanto riguarda la clausola 5, punto 1, sulle misure preventive contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, recepisce i due modelli di tutela antiabusiva vigenti nella legislazione italiana (art.1 della legge n.230/1962) delle ragioni oggettive temporanee per ogni singolo contratto a termine [lettera a)] e nella legislazione tedesca (art.166 della legge per l'incremento dell'occupazione *Beschäftigungsförderungsgesetz*, come modificata con legge n. 25/9/1996) della durata massima dei rapporti a tempo determinato di due anni [lettera b)] e del numero massimo di tre rinnovi [lettera c)].

Seguendo l'orientamento della sentenza Vitari della Corte di giustizia, il legislatore tedesco ha dato tempestiva attuazione alla direttiva 1999/70/CE con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato «TzBfG» del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001, che, all'art. 14, disciplina i contratti a tempo determinato seguendo il modello italiano dell'art.1, comma 2, della legge n.230/1962.

Per la prima volta nell'ordinamento tedesco è stata introdotta, in applicazione della direttiva 1999/70, al n. 1 dell'art.14 TzBfG la misura preventiva di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a) dell'accordo quadro delle ragioni obiettive, non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente il legislatore tedesco tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del 6° considerando dell'accordo quadro, aggiungendola alle altre due misure preventive – già previste nella precedente disciplina- della clausola di durata massima (di due anni) e del numero massimo di rinnovi (tre, all'interno dell'arco temporale di due anni), con un'ulteriore misura antiabusiva in materia di successione di contratti di un significativo intervallo minimo di non lavoro (quattro mesi) per impedire la riquaificazione a tempo indeterminato.

Invece, in Italia con il d.lgs. n.368/2001, prima dell'intervento correttivo ed integrativo della giurisprudenza di merito e poi di legittimità<sup>9</sup>, è stato eliminato il rapporto regola/eccezione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, la previsione di vizi solo formali nel caso di mancata specificazione delle generiche ragioni sostitutive, tecniche, organizzative o produttive di

---

<sup>9</sup> Cfr. Cass., S.L., sentenza 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, si veda A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Il Foro it.*, 2008, n. 12, 3576; A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 891; critico A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 8-9, 643.

apposizione del termine ai rapporti di durata superiore a 12 giorni (art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001) e la regolamentazione della successione dei contratti e delle sanzioni connesse all'art.5 d.lgs. n.368/2001, senza prevedere così nessuna delle misure preventive previste dalla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro<sup>10</sup>.

Sul piano "interno" dei rapporti di lavoro degli agenti contrattuali la Commissione europea ha ottenuto rapidamente una revisione della sentenza Vitari con la decisione *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich*<sup>11</sup>, con una manipolazione interpretativa del precedente specifico (sentenza Vitari, punto 23), concludendo l'adunanza plenaria del Collegio di Lussemburgo per la non applicazione della legislazione nazionale del luogo in cui l'agente locale della Commissione operava, così creando i presupposti anche per la non applicazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutto il personale precario delle Istituzioni comunitarie.

L'avvocato generale *italiano* Mengozzi con le conclusioni scritte della causa Oberto (EU:C:2014:2169), su domanda pregiudiziale sollevata dalla Cassazione del lavoro tedesca, ha tentato di riportare la Corte di giustizia lungo il percorso di (maggior) tutela giudiziaria, affidata ai giudici nazionali, dei docenti a termine delle scuole europee finanziate dall'Unione europea ed enti strumentali della stessa; ma la Corte di giustizia con la sentenza dell'11 marzo 2015<sup>12</sup> ha affermato l'autodichia delle Istituzioni europee e la propria competenza (come Tribunale della funzione pubblica dell'Unione), ostacolando così l'applicazione della direttiva 1999/70 anche agli agenti contrattuali degli Enti sovranazionali Ue.

#### **4. La Corte di giustizia sulla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE mediata dall'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione: la sentenza Mangold**

Dopo la proposizione nel gennaio 2004 da parte del Tribunale di Genova della prima ordinanza di rinvio pregiudiziale sull'interpretazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nella causa Marrosu-Sardino sul divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego che sarebbe stato enunciato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.89/2003, in ambienti comunitari, con la tolleranza della Commissione, ci si è mossi nella

---

<sup>10</sup> Sul punto si rimanda a V. De Michele, *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, AA.VV., di CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), Torino, 2013, 19 ss.; nonché, *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, AA.VV., di E. Ghera e D. Garofalo, Bari, 2015, 25 ss.

<sup>11</sup> Corte di giustizia, adunanza plenaria, sentenza 10 luglio 2003, causa C-165/01, *Betriebsrat der Vertretung der Europäischen Kommission in Österreich* contro Commissione Comunità europee, EU:C:2003:401.

<sup>12</sup> Corte di giustizia, sentenza 11 marzo 2015, cause riunite C-464/13 e C-465/13 Oberto ed altri, EU:C:2015:163.

(necessaria) direzione di depotenziare gli effetti della direttiva 1999/70 sui lavoratori pubblici precari in Italia.

E' stato creato in Germania, come contrapposizione interpretativa alla natura ontologicamente temporanea delle ragioni oggettive che giustificano l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, il *leading case* del sig. Mangold, sedicente lavoratore ultracinquantaduenne assunto come segretario dall'avvocato tedesco Helm con un solo contratto part-time per la durata di pochi mesi, senza l'indicazione della causale dell'assunzione in virtù di una norma interna tedesca che, per favorire il reinserimento occupazionale dei lavoratori anziani, consentiva la "acausalità" del contratto a termine essendovi, però, come si è visto, le altre due misure preventive della clausola di durata di due anni e del numero massimo di tre rinnovi.

Con la sentenza Mangold<sup>13</sup> la Grande Sezione della Corte di giustizia - suscitando la protesta di molti avvocati generali<sup>14</sup> per aver incautamente combinato gli effetti di due Direttive, quella 1999/70 sul contratto a tempo determinato (di cui aveva negato l'applicazione al caso di specie sul primo e unico contratto a termine) e quella antidiscriminatoria sulle condizioni di impiego 2000/78/CE - ha affermato l'incompatibilità della norma interna, che agevolava il reinserimento a tempo determinato di lavoratori "anziani", con la direttiva 2000/78, consentendo al giudice nazionale la disapplicazione della regola nazionale e la conversione a tempo indeterminato del finto lavoratore Mangold, assunto fittiziamente dall'avvocato Helm proprio per creare il *casus belli*.

La Corte di giustizia, dunque, su un caso giudiziario inventato, partendo dalla legislazione tedesca che aveva scelto le ragioni oggettive temporanee come principale misura antiabusiva, ha originariamente escluso il primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive dal campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, dando così la

---

<sup>13</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04 Mangold, EU:C:2005:709, su *Lav. giur.*, 2006, 5, 459, con nota di P.Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V.Piccone e S.Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 251, con nota di O.Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *Riv. giur. lav.*, 2007, 205, con nota di L.Calafà, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 387, con nota di A.Guariso; in *Dir. lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A.Vallebona. Sulla sentenza Mangold cfr. anche G.Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2006, p.230-234; L.Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur.it.*, 2006, p.1816-1822; L.Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, p.301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, su *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 111-124; A. D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, ivi, 125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

<sup>14</sup> V. in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák presentate il 23 settembre 2008 nella causa C-388/07, EU:C:2008518; nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston presentate il 22 maggio 2008 nella causa C-427/06, EU:C:2008:297.

possibilità agli Stati membri di flessibilizzare i rapporti di lavoro a termine senza l'ingerenza interpretativa della giurisprudenza comunitaria.

Tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri nel recepimento delle misure preventive della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato è stata mediata, nella sentenza *Mangold*, dall'applicazione (contestata, non senza ragione, dalla Germania<sup>15</sup> per i suoi possibili eccessi applicativi nella prassi giudiziaria) del principio comunitario di uguaglianza e non discriminazione che, nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, è stato più correttamente calato nell'alveo della comparazione (ed equivalenza) delle «condizioni di impiego» riservate ai lavoratori a tempo indeterminato, ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, espressione che si riferisce ai diritti e obblighi che definiscono un dato rapporto di lavoro, ossia le condizioni alle quali una persona assume un impiego<sup>16</sup>.

La Corte di giustizia ha statuito che rientrano nella nozione di «condizioni di impiego» l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore in considerazione della cessazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato<sup>17</sup>, il termine di preavviso di risoluzione di contratti di lavoro a tempo determinato<sup>18</sup>, l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a versare a un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al suo contratto di lavoro<sup>19</sup>, le maggiorazioni o gli scatti di anzianità<sup>20</sup>, le condizioni relative alla retribuzione e alle pensioni dipendenti dal rapporto di lavoro, ad esclusione delle condizioni relative alle pensioni derivanti da un regime legale di previdenza sociale<sup>21</sup>, la riduzione della metà dell'orario di lavoro e la conseguente riduzione dello stipendio<sup>22</sup> e il diritto di partecipazione al piano di valutazione della funzione docente e all'incentivo economico che ne consegue<sup>23</sup>.

---

15 La Corte di Karlsruhe con la decisione "Lissabon-Urteil" del 30 giugno 2009 ha duramente criticato l'invasione di campo costituzionale interno della Corte di giustizia con la sentenza *Mangold*, sulla disapplicazione delle norme interne in applicazione del principio generale di non discriminazione per età. Nel luglio-agosto 2010 con l'ordinanza "Mangold-Urteil" questa rigida posizione del BVerfG è cambiata radicalmente, grazie agli opportuni ripensamenti interpretativi della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione nell'ambito specifico della direttiva 1999/70/CE e, in particolare, della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro e alla scelta della Germania di supportare il processo di integrazione europea anche nel nuovo sistema UE, dopo la crisi greca.

16 V. conclusioni avvocato generale Sharpston in causa C-158/16 *Vega Gonzales*, punto 22, EU:C:2017:647.

17 Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, *de Diego Porras*, C-596/14, EU:C:2016:683.

18 Corte di giustizia, sentenza 13 marzo 2014, *Nierodzik*, C-38/13, EU:C:2014:152.

19 Corte di giustizia, sentenza 12 dicembre 2013, *Carratù*, C-361/12, EU:C:2013:830.

20 Corte di giustizia, sentenze del 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509; del 22 dicembre 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, e del 9 luglio 2015, *Regojo Dans*, C-177/14, EU:C:2015:450.

21 Corte di giustizia, sentenza 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223.

22 Corte di giustizia, ordinanza 9 febbraio 2017, *Rodrigo Sanz*, C-443/16, EU:C:2017:109.

23 Corte di giustizia, ordinanza 21 settembre 2016, *Álvarez Santirso*, C-631/15, EU:C:2016:725.

La Corte di giustizia ha precisato in molteplici occasioni che la clausola 4 dell'accordo quadro comunitario mira a dare applicazione al principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori a tempo determinato, al fine di impedire che un rapporto di lavoro di tale natura venga utilizzato da un datore di lavoro per privare questi lavoratori di diritti riconosciuti ai lavoratori a tempo indeterminato, e che la clausola 4 esprime «*un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo*»<sup>24</sup> ed è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata nei confronti dello Stato da dipendenti pubblici temporanei dinanzi ad un giudice nazionale, consentendo così la disapplicazione della norma interna ostativa al riconoscimento del principio in questione quando non sussistano ragioni oggettive che giustificano il diverso trattamento tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato<sup>25</sup>.

Sono attualmente in discussione davanti alla Grande Sezione della Corte di giustizia due importanti questioni pregiudiziali in casi spagnoli<sup>26</sup>, in cui si controverte sull'applicabilità diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alla comparazione delle condizioni di cessazione del rapporto di lavoro «per circostanze oggettive» tra rapporto a tempo indeterminato e contratto a termine, sia alle dipendenze di un'impresa privata (C-574/16 Grupo Norte Facility) sia alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico (C-677/16 Montero Mateos).

Nella causa C-574/16 Grupo Norte Facility si discute di un lavoratore spagnolo assunto nel quadro di un «contratto di sostituzione» a tempo determinato diretto a compensare le ridotte prestazioni lavorative di una collega collocata in regime di lavoro “part-time” per pensionamento progressivo. La durata del contratto di sostituzione del suddetto lavoratore era limitata sino al pensionamento della collega, successivamente al quale il rapporto lavorativo cessava. Il procedimento principale verte ora sull'indennità ex lege che, a determinate condizioni, i lavoratori spagnoli possono esigere dai rispettivi datori di lavoro al termine del rapporto di lavoro. Oggetto del contendere è il fatto che l'indennità di cui trattasi è quantificata diversamente a seconda delle modalità di risoluzione del rapporto di lavoro. Infatti, in base al diritto spagnolo, ove il datore di lavoro licenzi il dipendente per causa oggettiva, l'indennità viene riconosciuta in misura più

---

<sup>24</sup> Corte di giustizia, sentenze del 13 settembre 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509, punto 38; del 15 aprile 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punto 114; del 14 settembre 2016, de Diego Porras, C-596/14, EU:C:2016:683, punto 27, e ordinanze del 21 settembre 2016, Álvarez Santirso, C-631/15, EU:C:2016:725, punto 33, e del 9 febbraio 2017, Rodrigo Sanz, C-443/16, EU:C:2017:109, punto 30.

<sup>25</sup> Corte di giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 e C-456/09, EU:C:2010:819, punto 4) delle conclusioni. In termini per la progressione professionale ed economica del personale della scuola pubblica precario o ex precario, cfr. Cassazione, S.L., sentenza 7 novembre 2016, n.22558.

<sup>26</sup> All'udienza dell'8 novembre 2017 sono state discusse davanti alla Grande Sezione della Corte di giustizia le cause pregiudiziali C-574/16 Grupo Norte Facility S.A. contro Angel Manuel Moreira Gómez e C-677/16 Montero Mateos contro Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid.

generosa rispetto al caso in cui, come nella specie, il datore lasci semplicemente che il rapporto di lavoro a tempo determinato cessi per raggiungimento della data di scadenza concordata. In talune ipotesi, alla scadenza del rapporto di lavoro a tempo determinato, il lavoratore interessato non ha neppure diritto ad alcuna indennità.

Nella causa C-677/16 *Montero Mateos* il problema della discriminazione si pone con riferimento al caso di una lavoratrice spagnola impiegata per molti anni – vale a dire, sino all’esito di una procedura di selezione a definitiva copertura della posizione di cui trattasi - da una società di diritto pubblico nel quadro di un contratto di lavoro a tempo determinato a copertura di un posto di lavoro temporaneamente vacante. In base al diritto spagnolo, in caso di mera scadenza di un contratto di «*interinidad*» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto) alla lavoratrice non spetta alcuna indennità, indennità che spetta, invece, ad un lavoratore licenziato dal proprio datore di lavoro per causa oggettiva.

Sia nella causa C-574/16 *Grupo Norte Facility* sia nella causa C-677/16 *Montero Mateos* il Governo spagnolo ha contestato la sentenza de *Diego Porras* (EU:C:2016:683), che ha ravvisato nell’assenza di qualsivoglia indennità in caso di scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato una discriminazione vietata dal diritto dell’Unione.

L’avvocato generale Kokott ha depositato il 20 dicembre 2017 le conclusioni scritte sia nella causa C-574/16 *Grupo Norte Facility* (EU:C:2017:1022) sia nella causa *Montero Mateos* (EU:C:2017:1021), invitando la Corte di giustizia a rivedere la propria posizione rispetto alla sentenza de *Diego Porras*, con argomentazioni molto simili e poco convincenti sul piano giuridico della non comparabilità “di fatto” delle condizioni di lavoro tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato comparabile.

Infatti, contestualmente in data 20 dicembre 2017 la Corte di giustizia con la sentenza *Vega González*<sup>27</sup> ha preferito accogliere le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston, che aveva evidenziato la natura discriminatoria e contraria alla clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa nazionale che prevede la concessione di un’aspettativa per incarichi particolari in caso di elezione a cariche pubbliche ai soli funzionari di ruolo, ad esclusione dei funzionari ad interim. La Corte di giustizia con la sentenza *Vega González* sembra rispondere, così, anticipatamente al Governo spagnolo nelle cause C-574/16 e C-677/16, rigettando le conclusioni “politiche” dell’Avvocato generale Kokott e confermando la sentenza de *Diego Porras*, richiamata ben tredici volte.

---

<sup>27</sup> Corte di giustizia, sentenza 20 dicembre 2017, causa C-158/16 *Margarita Isabel Vega González* contro *Consejería de Hacienda y Sector Público del gobierno del Principado de Asturias*, EU:C:2017:1014.

## 5. La Corte di giustizia sull'ulteriore limite alla discrezionalità degli Stati nelle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE nella nozione comunitaria di ragioni oggettive: la sentenza Adeneler

Il Governo italiano, dunque, aveva eliminato con il d.lgs. n.368/2001 l'unica misura preventiva delle ragioni oggettive prevista nell'abrogata legge n.230/1962 applicata nella sentenza Vitari della Corte di giustizia, poi reinserita dalla giurisprudenza, e, dopo la sentenza Mangold da cui trasse ispirazione, il legislatore nazionale ha introdotto con l'art.1, comma 518, della legge finanziaria n.266/2005 il contratto acausale di Poste italiane dell'art.2, comma 1bis, d.lgs. n.368/2001, l'unica norma che sopravviverà fino al 31 dicembre 2016 al Jobs act del d.lgs. n.81/2015, che ha abrogato integralmente il d.lgs. n.368/2001 e ha eliminato anche, contestualmente, ogni riferimento alla direttiva 1999/70.

Eppure, la sentenza Adeneler<sup>28</sup> era stata la risposta della Grande Sezione della Corte di giustizia a se stessa, con l'elaborazione della nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee (sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato) e di quella di contratti successivi di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, in guisa tale da evidenziare la "frode" contrattuale e l'elusione della regola del contratto a tempo indeterminato come forma comune dei rapporti di lavoro, nel caso il lasso temporale tra un contratto a termine e quello successivo fosse normativamente previsto in misura inferiore a due/tre mesi.

Nonostante la sentenza Adeneler, la Commissione ha tentato di depotenziare il campo di applicazione delle misure preventive antiabusive della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, come nella causa pregiudiziale Huet<sup>29</sup>, in cui la Corte di giustizia ha rigettato l'argomento contrario della Commissione (sentenza Huet, punto 37) affermando che la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione dell'accordo quadro e la "sanzione" rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lettera b), dell'accordo quadro.

---

<sup>28</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04 *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443. Sulla sentenza *Adeneler v. R. Conti e R. Foglia, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr. giur.*, 2006, 1456-1459; L. Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel. ind.*, 2006, 439-444; G. Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 752-755; A.M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, 48-70.

<sup>29</sup> Decisa dalla Corte di giustizia, sentenza 8 marzo 2012, causa C-251/11 Huet contro Université de Bretagne occidentale, EU:C:2012:133.

La sentenza Huet fotografa gli effetti del comportamento “inadempiente” della Commissione Ue sul controllo nei confronti degli Stati membri sul corretto recepimento della direttiva 1999/70, nel momento in cui la norma nazionale francese delibata nel procedimento incidentale è stata introdotta con l’art.13, par.1, della legge n. 2005-843, del 26 luglio 2005, recante varie misure di recepimento del diritto comunitario nella funzione pubblica, che prevede, in peius rispetto al precedente regime applicabile, lo stesso elevato limite di utilizzo di sei anni “continuativi” degli agenti contrattuali, introdotto a distanza di molti anni dalla Commissione con la modifica dell’art.3-ter RRA con decorrenza dal 1° gennaio 2014, rispetto al precedente limite massimo di tre anni. Lo stesso limite di tre anni era stato introdotto anche in Italia, mutuandolo dalla regolamentazione degli agenti contrattuali della Commissione, dall’art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 con decorrenza dal 1° gennaio 2008, in aggiunta alle ragioni oggettive temporanee di cui all’art.1, comma 1, dello stesso decreto.

Tuttavia, sia la norma francese nel pubblico impiego dell’art.13, par.1, della legge n.2005-843 sia la norma italiana applicabile (anche) al lavoro pubblico dell’art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 prevede (la prima) e prevedeva (la seconda) espressamente la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi che hanno superato la clausola di durata massima complessiva, mentre per gli agenti contrattuali della Commissione Ue non vi è alcuna sanzione, per il semplice fatto che è impossibile stipulare nuovi contratti a termine, se non ricorrendo al lavoro interinale.

Questa interpretazione riduttiva della clausola 5 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato da parte della Commissione - che ha limitato, per uso “interno”, il recepimento della direttiva 1999/70 alla mera individuazione di una delle tre misure preventive, quella “di fatto” più inadeguata (rispetto alle ragioni oggettive) della clausola di durata massima complessiva fissata in un tetto così elevato (sei anni, ma anche tre anni) da consentirne l’applicazione prevalentemente in casi di carenze strutturali di organico - comporta lo svuotamento della normativa dell’Unione e la sua disapplicazione, nel momento in cui la regola imposta dalla direttiva (clausola di durata massima complessiva dei rapporti di lavoro) è così flessibile per il termine eccessivamente lungo e priva di sanzione da demolire la regola generale della direttiva 1999/70, secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro.

Invece, con le uniche eccezioni dell’ordinanza *Vino*<sup>30</sup> sull’unico contratto a tempo determinato acausale di Poste italiane stipulato ai sensi dell’art.2, comma 1 bis, d.lgs. n.368/2001 e

---

<sup>30</sup> Corte di giustizia, ordinanza 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino* contro Poste italiane, EU:C:2010:677; nonché ordinanza 22 giugno 2011, causa C-161/11, *Vino* contro Poste italiane, EU:C:2011:420.

dell'ordinanza Rivas Montes<sup>31</sup> sulla (non) applicazione della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro rispetto alle diverse condizioni di lavoro tra i dipendenti pubblici di ruolo spagnoli e gli agenti contrattuali, in cui la Corte di giustizia ha dichiarato la propria incompetenza seguendo (per l'ultima volta) le indicazioni sul punto della sentenza Mangold, la Corte di Lussemburgo ha costantemente affermato che, in base ai punti 6 e 8 delle considerazioni generali dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori.

Per la Corte di giustizia soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (sentenze Adeneler e a., punto 62, nonché Fiamingo e a.<sup>32</sup>, punto 55; sentenza Márquez Samohano<sup>33</sup>, punto 39), per cui è nell'ambito dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifiche di lavoratori in questione (sentenza Fiamingo e a., punto 39), facendo così prevalere la misura preventiva delle ragioni oggettive di cui alla clausola 5, punto 1, lett. a) dell'accordo quadro come caratterizzante la differenza ontologica tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a termine, anche a partire dal primo ed eventualmente unico contratto che rientra nel campo di applicazione della predetta clausola 5, punto 1, (cfr. per analogia, sentenze Angelidaki<sup>34</sup>, Sorge<sup>35</sup> e Carratù<sup>36</sup>).

31 Corte di giustizia, ordinanza 7 marzo 2013, causa C-178/12, Rivas Montes contro Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO), EU:C:2011:250.

32 Corte di giustizia, sentenza 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 Fiamingo ed altri contro Rete ferroviaria italiana, EU:C:2013:2044; su *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 291 ss., con nota di E.Ales, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*. In dottrina v. L. Menghini, *Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto eurounitario: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2015; A.Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *Guida dir.*, 1° settembre 2014; 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 [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2015; A. Charbonneau, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Application de la directive CDD aux marins*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2014, 555-556; A. Von Medem, *Sozialpolitik: Befristete Arbeitsverträge*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2015, 243-247.

33 Corte di giustizia, sentenza 13 marzo 2014, Márquez Samohano, C-190/13, EU:C:2014:146.

34 Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 e C-380/07 Angelidaki ed altri contro Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis, EU:C:2009:250; su cui cfr. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, p. 437; L.Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009, Juin*, Comm. n° 235, p.25-26; C.Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

35 Corte di giustizia, sentenza 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge* contro *Poste italiane*, EU:C:2010:369.

36 Corte giustizia, sentenza 12 dicembre 2013, in causa C-361/12 *Carratù* contro *Poste italiane*, EU:C:2013:830. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. De Michele, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, *Lav. giur.*, 3, 2014, 241-260; L. Menghini, *Dialogo e contrasti tra le Corti*

Il momento di sintesi sulla corretta applicazione giurisprudenziale delle due più importanti clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, la clausola 4 sulla non discriminazione e la clausola 5 sulle misure preventive antiabusive, è stato proposto dall'avvocato generale Mengozzi nelle conclusioni scritte della causa *Regojo Dans* (EU:C:2015:326), in cui nella lunghissima nota 73 critica la posizione assunta dalla Corte di giustizia nelle ordinanze *Vino* sul precariato "pubblico" italiano<sup>37</sup> e *Rivas Montes* sul precariato pubblico spagnolo.

L'avvocato generale Mengozzi ha sottolineato che la soluzione (di incompetenza) accolta dalla Corte nell'ordinanza *Rivas Montes* era sbagliata, nella misura in cui, dal momento che la ricorrente era stata assunta a tempo determinato, e taluni lavoratori a tempo indeterminato (i dipendenti di ruolo) beneficiavano del vantaggio ad essa negato, sarebbe stato preferibile ritenere che fosse integrata una disparità di trattamento vietata dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Secondo l'avvocato generale Mengozzi, negare alla Sig.ra *Rivas Montes*, come fatto dalla Corte, il beneficio della clausola 4 dell'accordo quadro si risolveva nell'esigere che tutti i lavoratori a tempo indeterminato comparabili (dipendenti di ruolo e agenti assunti con contratto a tempo indeterminato), e non solo taluni lavoratori a tempo indeterminato comparabili (i dipendenti di ruolo), beneficiassero del vantaggio negato al lavoratore a tempo determinato che si reputa vittima di una discriminazione, con un'interpretazione restrittiva della clausola 4, mentre gli obiettivi dell'accordo quadro e il suo effetto utile richiedevano un'interpretazione ampia della clausola.

Infine, l'Avvocato Mengozzi ha evidenziato che nell'ordinanza *Vino*, sulla quale si fonda il giudizio di incompetenza della Corte europea nell'ordinanza *Rivas Montes*, nessun lavoratore a tempo indeterminato poteva beneficiare del vantaggio rivendicato dal ricorrente, in quanto un siffatto vantaggio consisteva nell'indicazione obbligatoria, nel contratto di lavoro a tempo determinato, della ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato (posto che l'omissione di una siffatta indicazione comportava la riqualificazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato).

---

*europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. giur.*, 2014, 5, 463-465; P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 198; R. Nunin, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *Riv.giur.lav.*, 2014; M. Lughezzani, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, n. 2, II, 487 e ss.; S. Guadagno, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg.dir.lav.*, 3, 2014, 682-695; G. Gentile, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 479 e ss.

<sup>37</sup> Nelle conclusioni della sentenza Carratù, cit., la Corte di giustizia riconosce che l'impresa Poste italiane è organismo nazionale di diritto pubblico, cioè rappresenta lo Stato italiano.

Si era in presenza, dunque, di una disparità di trattamento fra taluni lavoratori a tempo determinato (quelli al servizio delle Poste italiane, la cui normativa prevedeva che il contratto non doveva menzionare la ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato) e altri lavoratori a tempo determinato (quelli che beneficiavano delle disposizioni di diritto comune, ossia il cui contratto doveva menzionare la ragione per la quale esso era a tempo determinato).

Nella causa *Regojo Dans* si controverteva, ancora una volta, sulla nota questione del riconoscimento del diritto agli scatti triennali di anzianità nei confronti di una lavoratrice spagnola, reclutata “occasionalmente” (cioè sulla base di un contratto di natura fiduciaria e legato alla durata del servizio di chi aveva conferito l’incarico qualificato come occasionale, ma in realtà per carenza di organico) presso il Consiglio di Stato, dove prestava servizio dal 1° marzo 1996 fino al 25 gennaio 2012 come capo della segreteria del presidente della II sezione, avendo comunque espletato attività di lavoro temporaneo presso le pubbliche amministrazioni (anche presso la Corte costituzionale) per 31 anni e mezzo.

La Corte di giustizia nella sentenza *Regojo Dans*<sup>38</sup> ha confermato integralmente le conclusioni dell’Avvocato generale Mengozzi e ha precisato che la nozione di «lavoratore a tempo determinato», ai sensi della clausola 3, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che si applica a un lavoratore “occasionale” quale la ricorrente nel procedimento principale e ha dichiarato che la clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili.

## **6. La Corte di giustizia con la sentenza Mascolo per l’Italia rimedia all’inerzia della Commissione e sanziona l’inadempimento alla direttiva 1999/70/CE sulle misure antiabusive in favore dei precari pubblici**

L’unico ricorso per inadempimento della direttiva 1999/70/CE è stato depositato dalla Commissione il 13 maggio 2014 per iscrivere la causa C-238/14, dopo quasi tredici anni di inerzia dallo scadere del termine per il recepimento dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, per chiedere alla Corte di giustizia di constatare che, *mantenendo talune deroghe alle*

<sup>38</sup> Corte di giustizia, sentenza 9 luglio 2015, causa C-177/14, *Regojo Dans* contro *Consejo de Estado*, EU:C:2015:450.

*misure volte a prevenire un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con i lavoratori saltuari dello spettacolo, il Granducato di Lussemburgo era venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.*

E' vero che la Commissione Ue aveva attivato la procedura di infrazione n.2010-2124 per mancato recepimento delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato nei confronti dei supplenti della scuola pubblica e che era giunta a formulare il 28 novembre 2013 il parere motivato, dando seguito alla denuncia dell'On.le Rita Borsellino, nell'interrogazione parlamentare E-2354/10, sul problema degli ausiliari tecnici amministrativi (personale ATA) impiegati nelle scuole pubbliche con contratti a tempo determinato per diversi anni, denuncia in un primo tempo frettolosamente archiviata dalla Commissione quando aveva acquisito informazioni che l'Italia aveva introdotto con decorrenza dal 1° gennaio 2008 la già citata norma – l'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001 – che consentiva dopo 36 mesi di servizio anche non continuativi a termine la trasformazione a tempo indeterminato e si applicava sia al lavoro privato che al lavoro pubblico.

Addirittura, con comunicazione del 26 agosto 2013 la Commissione europea ha risposto sulla denuncia del 2 maggio 2012 prot.n. CHAP(2012)1564, comunicando di aver esteso la procedura di infrazione n.2010-2124 a tutto il precariato pubblico.

Tuttavia, come riferito nella comunicazione del 3 agosto 2016 della Commissione PETI del Parlamento europeo sullo stato delle petizioni in materia di precariato scolastico, dopo la sentenza Mascolo<sup>39</sup> della Corte di giustizia e l'adozione da parte delle autorità nazionali della legge

---

<sup>39</sup> Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-63/13, EU:C:2014:2124; su cui cfr. 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; R. Irmici, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *Nov.dir.amm.*, 2015, 2, 177 ss.; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot.giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; R. Nunin, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico*

n.107/2015 con la riforma del settore scolastico, la Commissione Ue ha archiviato il 19 novembre 2015 la procedura di infrazione n.2124/2010, ritenendo che la riforma in questione portasse il diritto nazionale in linea con le clausole 4 e 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva relativa ai contratti di lavoro a tempo determinato, in relazione al settore della pubblica istruzione, senza prendere posizione sul precariato pubblico non scolastico, su cui aveva fornito la diversa informazione nella citata comunicazione del 26 agosto 2013 di estensione a tutti i contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni italiane della procedura di infrazione ora archiviata.

Contestualmente, la Commissione sulla questione del lavoro a tempo determinato nel settore pubblico (non scolastico) italiano ha avviato procedure di pre-infrazione con il riferimento NIF 2014/4231, che si riferiscono in particolare alla prevenzione degli abusi nel rinnovo dei contratti a tempo determinato e al risarcimento dei danni subiti in relazione a tale abuso.

A distanza di quasi due anni dall'archiviazione della procedura di infrazione n.2010-2124, all'udienza pubblica del 13 luglio 2017 davanti alla II Sezione della Corte di giustizia nella causa Santoro contro Governo italiano C-494/16, sulla sanzione effettiva ed equivalente per punire e rimuovere l'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego di durata superiore a 36 mesi, la Commissione Ue ha dovuto rispondere alle ripetute sollecitazioni del Collegio giudicante di fornire chiarimenti sullo stato delle procedure di pre-infrazione evidenziando che non aveva proceduto alla messa in mora per ragioni di "opportunità", perché pendeva il giudizio in Corte di giustizia, promosso dal Tribunale di Trapani, però, soltanto nel settembre 2016.

L'imposizione della Corte di giustizia nei confronti della Commissione riguardava l'obbligo di attivarsi su quanto denunciato dai difensori dei lavoratori marittimi all'udienza del 7 maggio 2017, secondo cui il Jobs act I (d.l. n.34/2014), che aveva escluso le ragioni oggettive temporanee come misura preventiva nella nuova formulazione dell'art.1 d.lgs. n.368/2001, rappresentava la risposta del legislatore d'urgenza nazionale alle domande di rinvio pregiudiziale della Cassazione che si discutevano davanti al Collegio lussemburghese, in cui la Cassazione aveva affermato la prevalenza dei principi di tutela enunciati nella sentenza Adeneler, ripresi dalla sentenza n.12985/2008 della stessa Corte nomofilattica interna.

Infatti, è stato lo stesso Collegio della III Sezione della Corte di giustizia, dopo aver errato (ammettendolo con ordinanza presidenziale del 17 settembre 2014) in fatto (e, conseguentemente,

---

*impiego*, su questa *Rivista*, 2015, 146 ss.; A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, II, 93 ss.; V. Pinto, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav.pubb.amm.*, 2015, 915 ss.; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg.dir.lav.*, 2015, 189 ss.; N. Zampieri, *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 *Ris.um.*, 2015, 2, 213 ss.

in diritto) nella sentenza Fiamingo del 3 luglio 2014 privilegiando la normativa speciale sul lavoro marittimo all'applicazione del d.lgs. n.368/2001 (che non escludeva né il lavoro pubblico né il lavoro marittimo dal suo campo di applicazione), a condannare "per conto terzi" (lo Stato italiano) l'incolpevole Granducato di Lussemburgo nella sentenza del 26 febbraio 2015, a tempo di record e con la presenza significativa dell'avvocato generale italiano Mengozzi (conclusioni orali), per non aver previsto la misura preventiva delle ragioni oggettive come forma di tutela antiabusiva nei confronti dell'inesistente categoria di lavoratori saltuari dello spettacolo, che godevano, in ogni caso, di significative forme di garanzia sociale.

In realtà, la prima vera decisione per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE è stata adottata dalla Corte di giustizia proprio con l'importante sentenza Mascolo, in cui la Corte Ue ha smentito, sui rinvii pregiudiziali del Tribunale e della Corte costituzionale, la tesi enunciata dalla Cassazione con la sentenza n.10127/2012 della compatibilità comunitaria del sistema di reclutamento dei supplenti della scuola.

Per la verità, dopo il 1° rinvio pregiudiziale in un giudizio incidentale della Corte costituzionale con l'ordinanza n.207/2013<sup>40</sup>, il legislatore italiano sembrava essersi tempestivamente

---

<sup>40</sup> Corte costituzionale, ordinanza 18 luglio 2013, n. 207. Sulla 1<sup>a</sup> ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale, cfr. U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 luglio 2013; A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv.dir.int.*, 2013, n.4, p.1249; A. Celotto, *Il completamento degli "strumenti di dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013, n.12; A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur.cost.*, 2013, n.4, p.2897; V. De Michele, *L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in *Id.*, *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in absentia legum et contra legem*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 2015; A. Denuzzo, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; G. Diotallevi, *La crisi finanziaria europea e i diritti dei cittadini*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.103; T. Guarnier, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Dir.soc.*, 2013, n.2, p.237; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013; MP. Iadicicco, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2014; E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir pubbl.*, 2013, n.3, p. 727; M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it), 2014, n.1; E. Lupo, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.33; L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv.giur.lav.*, 2013, 4, p.425; *Id.*, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav.giur.*, 2014, n.5, p.455; A.M. Perrino, *Nota e Corte cost., ord. n. 207/2013*, in *Foro it.*, 2013, I, p.3059; L. Pesole, *Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di Giustizia in un giudizio in via incidentale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2013, n.25; G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assessamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2014; *Id.*, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2013; A. Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e tecniche*

adeguato alle indicazioni che provenivano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale e dalla procedura di infrazione n.2124/2010 della Commissione Ue, per sanare l'inadempimento alla direttiva 1999/70 nei confronti di tutti i precari pubblici.

Coordinandosi con l'ordinanza n.207/2013 della Corte costituzionale, infatti, il Governo Letta ha predisposto con l'art. 4, comma 6, del d.l. 31 agosto 2013, n.101 (convertito con modificazioni dalla legge n.125/2013) il piano di stabilizzazione del precariato pubblico anche scolastico, fondato sulla maturazione del servizio anche non continuativo di almeno 36 mesi dei c.d. precari "storici", attraverso procedure riservate esclusivamente a coloro che erano in possesso dei requisiti di cui all'art.1, comma 519, legge n.296/2006 e all'art.3, comma 90, legge n.244/2007, n. 244, per il comparto scuola, applicando la disciplina specifica di settore.

Subito dopo, con l'art.15, comma 1, del d.l. 12 settembre 2013, n.104 (convertito, con modificazioni, dalla legge n.128/2013) il legislatore d'urgenza ha approntato un piano triennale per gli anni 2014-2016 per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e ata, tenuto conto sia dei posti vacanti e disponibili in ciascun anno sia della necessità di coprire il turn over, consentendo al Ministero dell'Istruzione di determinare anche il contingente dei docenti precari "storici" abilitati ma non inseriti nelle GAE da destinare al concorso "riservato" per soli titoli.

Il piano Letta di stabilizzazione del precariato pubblico anche scolastico riproponeva, in buona sostanza, la stessa soluzione già predisposta dal piano Prodi con le leggi finanziarie n.296/2006 per il 2007 e n.244/2007 per il 2008, e il Governo italiano ha comunicato tale soluzione di sanatoria dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nella risposta del 20 gennaio 2014 al parere motivato sulla procedura di infrazione n.2124/2010.

Il piano del Governo Letta è stato modificato significativamente dal cambio imprevisto a febbraio 2014 del Governo, pur in continuità di "colore" politico, che avrebbe attivato un piano di stabilizzazione del (finto) precariato scolastico con la c.d. legge sulla "Buona scuola" (legge n.107/2015).

---

*decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p. 53; C. Salazar, *La Corte costituzionale bussava ancora alle porte della Corte di giustizia dell'Unione europea: brevi note interne alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in [www.confrontocostituzionali.eu](http://www.confrontocostituzionali.eu), 2013; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2013, n.4; L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti*, in *Giorn.dir.amm.*, 2015, n.2, p.219; G. Tesoro, *Il lavoro delle Corti – Anche le Corti cambiano*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.39; L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2016, n.1; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2013.

La legge n.107/2015, infatti, si è rivelata fallimentare a risolvere il problema del precariato scolastico di lunga durata, con decine di migliaia di docenti che hanno superato i 36 mesi di servizio nella scuola pubblica e che sono rimasti supplenti e decine di migliaia di docenti che, per la mera casualità di essere ancora inseriti nelle graduatorie ad esaurimento bloccate al 2007 ma senza aver mai lavorato nella scuola pubblica o con limitati periodi di servizio nel lontano passato, sono stati assunti a tempo indeterminato nell'anno scolastico 2015/2016.

Eppure, la sentenza Mascolo della Corte di giustizia avrebbe potuto risolvere definitivamente anche il problema del precariato pubblico non scolastico, rispondendo anche al Tribunale di Napoli sulla questione pregiudiziale sollevata con l'ordinanza C-63/13 su fattispecie di educatrice di asilo comunale che aveva superato i 36 mesi di servizio alle dipendenze dell'ente locale. Sinteticamente sono questi i punti principali della decisione Mascolo:

- l'art. 117, comma 1, della Costituzione italiana impone al legislatore nazionale di dare corretta esecuzione agli obblighi comunitari, tra cui la Direttiva 1999/70/CE (punti 11 e 14) e le sanzioni antiabusive previste dalla normativa interna che attua l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato rientrano tra i "casi stabiliti dalla legge", attraverso i quali i lavoratori pubblici precari possono accedere a posto stabile nella pubblica amministrazione (punto 14), esattamente come già precisato nella sentenza *Valenza*<sup>41</sup> (punto 13);
- lo Stato italiano, nel recepire correttamente la Direttiva 1999/70/CE prevedendo misure effettive ed "energetiche" idonee a prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (punto 55; già ordinanza *Affatato*<sup>42</sup>, punto 48), si adegua al principio di leale cooperazione con le Istituzioni europee di cui all'art.4, punto 3, del Trattato dell'Unione europea TUE, da cui il Giudice nazionale non può discostarsi se non violando in maniera flagrante il diritto europeo (punti 59-61);

---

41 Corte di giustizia, sentenza 18 ottobre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, EU:C:2012:646. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Consiglio di Stato. Sulla sentenza *Valenza* cfr. A. De Stefano, *Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa? (Corte di giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11)*, su *Rass.Avvs.Stato*, 4, pp. 33-34.

42 Corte di giustizia, ordinanza 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL Cosenza*, EU:C:2010:574. su cui cfr.. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), Milano, 2011, p.459 ss.; W.Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass.Avvs.Stato*, 2011, 2, I, p.12; A.M.Perrino, *Nota a ordinanza Affatato della Corte di giustizia*, su *Foro it.*, 2011, IV, 69; N.Zampieri, *Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro in Ris.um.*, 2011, 1, p.138 ss.

- a tutte le pubbliche amministrazioni si applica(va) direttamente il d.lgs. n.368/2001, come *res incontrroversa* nella prospettiva dei giudici del rinvio (punto 14);
- alla pubblica amministrazione non si applica, nel caso di reclutamento legittimo mediante graduatorie con procedure selettive, l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 (punto 114), norma interna che impedisce la conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine illegittimi già dichiarata in contrasto con la direttiva 1999/70/CE perché non assicura una tutela effettiva antiabusiva dall'ordinanza Papalia<sup>43</sup> della Corte di giustizia;
- in un contesto come quello del reclutamento scolastico italiano, soltanto le sostituzioni di personale assente con diritto alla conservazione sono coerenti con la nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, n.1, lett.a), dell'accordo quadro (punti 90-93), avallando come corretta la scelta del Governo Letta (abbandonata dal successivo Governo) di eliminare le supplenze annuali e quelle fino al 30 giugno, autorizzando solo quelle temporanee prevalentemente per congedi parentali (punto 93);
- non è possibile discriminare, ai fini dell'applicazione delle tutele antiabusive, tra docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (gae) e personale non inserito nelle gae ma in possesso di titolo abilitante all'insegnamento, perché la Corte evidenzia (punto 89) che nelle graduatorie permanenti figurano sia i docenti che hanno vinto un concorso pubblico senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, sia quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle «scuole di specializzazione per l'insegnamento» (punto 89) o «corsi di abilitazione» (punto 111);
- ragioni finanziarie non possono giustificare l'abusivo utilizzo dei contratti a termine (punti 106 e 110).

---

<sup>43</sup> Corte di giustizia, ordinanza 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, EU:C:2013:873; su *Foro it.*, 2014, IV, 91, con nota di A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*. Sull'ordinanza *Papalia v. Ales*, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 86 ss.; B. Cimino, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *Lav pubbl.amm.*, 2014, II, 1033 ss.; V. De Michele, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *Lav.giur.*, 2014, 241 ss.; R. Nunin, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *Riv.giur.lav.*, 2014, II, 124 ss.

Con la sentenza n.260/2015<sup>44</sup> la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-musicali alla conversione a tempo indeterminato dei singoli contratti a termine privi di ragioni oggettive, nonostante l'esistenza di norme totalmente ostative alla tutela della riqualificazione dei rapporti di lavoro, ed ha applicato la sentenza *Mascolo* e la sentenza "per inadempimento" *Commissione contro Granducato di Lussemburgo*, nella parte della motivazione in cui condivide la posizione della giurisprudenza comunitaria, secondo cui le ragioni oggettive costituiscono il punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità del rapporto e le esigenze dei datori.

Inoltre, la Corte costituzionale con la sentenza n.187/2016<sup>45</sup> (e le contestuali ordinanze nn.194-195/2016) sul reclutamento scolastico e sui docenti precari dei Conservatori di musica, ha applicato per la seconda volta la sentenza *Mascolo* della Corte Ue, da un lato riconoscendone il valore di "*ius superveniens*" per la soluzione delle controversie principali sull'unica sanzione utile a rimuovere definitivamente le conseguenze dell'"illecito comunitario", cioè la stabilità lavorativa (con chiaro riferimento al punto 55 della sentenza *Mascolo*); dall'altro dichiarando illegittimo l'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 che autorizzava le supplenze annuali prive di ragioni oggettive (perché su posti vacanti) con efficacia *ex tunc*.

## **7. La Corte di giustizia con l'ordinanza León Medialdea e le sentenze Porras, Andrés e López, Pérez López per la Spagna evidenzia l'inadempimento alla direttiva 1999/70/CE, imponendo a tutti gli Stati membri la sanzione della stabilizzazione dei precari pubblici**

---

44 Corte costituzionale, sentenza 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. De Michele, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav.giur.*, 2016, n.2, 151 ss.; L. Menghini, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in corso di pubblicazione su *Riv. giur. lav.*, 2016; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, p.1; C. de Martino, *La Corte costituzionale sull'acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *Var. temi dir.lav.*, 2016, 3, pp.599-618.

45 Corte costituzionale, sentenza n.187/2016 e ordinanze nn.194 e 195/2016, tutte depositate il 20 luglio 2016. Sulla sentenza n.187/2016 v. M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *Lav. giur.*, 2016, n.8-9, p.745; V. De Michele e S. Galleano, *La sentenza "Mascolo" della Corte costituzionale sui precari della scuola*, su [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 1 settembre 2016; G. Franza, *Giochi di prestigio per i precari della scuola: la Consulta "cancella" l'illecito comunitario*, su *Mass.giur.lav.*, n.8-9, 2016, 615 ss.; A. Paolitto, *Il precariato scolastico tra "la buona scuola" e il dialogo "multilevel" delle Corti: l'occasione per un bilancio*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), n.9/2016, 8 settembre 2016; F. Putaturo Donati, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, 603-614.

La Corte di giustizia con l'ordinanza *León Medialdea*<sup>46</sup> si è pronunciata sulla natura del «contratto a tempo indeterminato non permanente», evidenziando 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*), similmente agli “agenti temporanei” della Commissione Ue.

Per una dipendente comunale in servizio quasi ininterrottamente per 11 anni con due contratti a tempo determinato successivi riqualificati, come unica sanzione, in un «contratto a tempo indeterminato non permanente» fino alla soppressione per motivi economici del posto di lavoro e la estinzione del rapporto contrattuale, la Corte di Lussemburgo ha dichiarato il contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa interna in regime di *relación laboral por tiempo indefinido no fijo*.

L'ordinanza *León Medialdea*, infatti, ai punti 40 e 41 ha “riqualificato” in contratto a tempo determinato, come tale rientrante nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/Ce, il «contratto a tempo indeterminato non permanente», per affermare, in conseguenza, che l'ordinamento interno spagnolo non prevede alcuna misura effettiva per sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, come nella sentenza Mascolo per i precari della scuola pubblica.

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

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

Secondo la Corte, quindi, spetta al giudice del rinvio interpretare le pertinenti disposizioni di diritto nazionale – legislazione e accordi e/o prassi collettivi -, quando l'abuso di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ha avuto luogo, in modo tale da applicare una misura efficace a

---

<sup>46</sup> Corte di giustizia, ordinanza 11 dicembre 2014, causa C-86/14, *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*, EU:C:2014:2047.

sanzionare e punire debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (ordinanza *León Medialdea*, punti 56 e 57).

Il chiarissimo riferimento della Corte di giustizia è all'estensione ai contratti a tempo determinato, nella tipologia definita a tempo indeterminato non permanente (di diritto privato, già dipendenti a termine non di ruolo di diritto pubblico), della disciplina sanzionatoria del contratto a tempo indeterminato "permanente" di diritto privato in caso di recesso illegittimo o della disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato di diritto privato in caso di abusivo ricorso.

Per garantire tutela effettiva, dunque, il giudice spagnolo dovrà operare o sul piano dell'equiparazione sanzionatoria nell'ambito del diritto privato per situazioni equivalenti in orizzontale della stessa tipologia contrattuale (contratti di lavoro a tempo determinato) o sul piano dell'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro e del principio di uguaglianza e non discriminazione delle condizioni di impiego al momento della cessazione dei rapporti contrattuali tra lavoratori a tempo determinato (contratto a tempo determinato di diritto privato, come riquilificato dalla Corte di giustizia rispetto all'originaria nozione interna di "contratto a tempo indeterminato non permanente" di diritto privato) e lavoratori a tempo indeterminato "comparabili" (lavoratori a tempo indeterminato "permanenti" di diritto privato).

Va debitamente considerato che la situazione di inadempimento della Spagna alla direttiva 1999/70/Ce sul precariato pubblico come evidenziata nell'ordinanza *León Medialdea* era sicuramente molto grave, ma meno pericolosa per le sorti dell'intera architettura dell'Unione europea dell'atteggiamento sul piano legislativo assunto dallo Stato italiano (come emerge dalla sentenza *Mascolo*), che prima ha recepito correttamente l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato anche per il pubblico impiego (con l'intero d.lgs. n.368/2001 e, in particolare, con l'art.5, comma 4 bis), per poi adottare norme che eliminano o impediscono la tutela già riconosciuta in caso di abusi nella successione dei contratti temporanei alle dipendenze delle pp.aa.

Dopo le decisioni del 20 luglio 2016 della Corte costituzionale, ben tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 sul precariato pubblico spagnolo nelle cause *de Diego Porras*<sup>47</sup>, *Martínez Andrés* e *Castrejana López*<sup>48</sup>, *Pérez López*<sup>49</sup> sembravano chiudere il faticoso percorso

---

47 Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, C-596/14, *de Diego Porras* contro *Ministero de Defensa*, EU:C:2016:683; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), novembre 2016.

48 Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, C-184/15 e C-195/15, *Martínez Andrés* c. *Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*, EU:C:2016:680; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole"....., op. cit.*

49 Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, C-16/15, *María Elena Pérez López* c. *Servicio Madrileño de Salud*

dell'interpretazione della direttiva 1999/70/CE da parte della Corte europea, che pareva aver trovato nella sentenza *Mascolo* del Collegio di Lussemburgo un punto di approdo stabile, grazie al suo recepimento come «*ius superveniens*» nell'ordinamento italiano attraverso le citate pronunce della Corte costituzionale e il riconoscimento dell'equiparazione sostanziale e formale sul piano sanzionatorio e delle tutele effettive del settore pubblico rispetto a quello privato, con estensione, già anticipata dalla sentenza *Carratù* (punti 46-48) della clausola 4 dell'accordo quadro anche alle condizioni di lavoro al momento del recesso illegittimo del rapporto di lavoro a tempo determinato per mancanza di ragioni oggettive e/o per la fraudolenta reiterazione, rispetto ai licenziamenti ingiustificati perché senza giusta causa dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

#### **8. La Commissione Ue fornisce false informazioni al Parlamento europeo sul recepimento in Italia della direttiva 1999/70/CE nei confronti dei dirigenti e dei supplenti scolastici precari e legittima il Jobs act italiano con l'abrogazione della normativa interna di tutela**

Nonostante la copiosa e ormai consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia innanzi segnalata sull'ampio campo di applicazione del principio di non discriminazione e delle misure preventive della direttiva 1999/70, si deve segnalare il comportamento non collaborativo della Commissione Ue nei confronti della Commissione PETI del Parlamento europeo, in guida tale da determinare, con opinabili informazioni, l'archiviazione della petizione n. 0167/2016, presentata da F. D'A., cittadino italiano, funzionario di ruolo a tempo indeterminato con incarico da molti anni di dirigente a tempo determinato delle Agenzie delle Entrate sul presunto inadempimento da parte dello Stato italiano in merito all'applicazione della direttiva 1999/70 nella pubblica amministrazione italiana.

Sull'applicazione della direttiva 1999/70/CE anche ai dirigenti a tempo determinato nel pubblico impiego si era già pronunciata positivamente la Cassazione italiana con sentenza n.5516/2015 che ha affermato, richiamando le sentenze *Impact*<sup>50</sup>, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenh user Tirols*<sup>51</sup>, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* (citata), *Rosada Santana*<sup>52</sup> e *Valenza*, che il divieto di trattamento differenziato del lavoratore a termine non giustificato da ragioni obiettive discende dalla disciplina comunitaria del lavoro a termine, sulla base del principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE, principio che nell'interpretazione consolidata

---

(*Comunidad de Madrid*), EU:C:2016:679; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" .....*, *op. cit.*

<sup>50</sup> Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, EU:C:2008:223.

<sup>51</sup> Corte di giustizia, sentenza 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenh user Tirols*, EU:C:2010:215.

<sup>52</sup> Corte di giustizia, sentenza 8 settembre 2011, C- 177/10, *Rosado Santana*, EU:C:2011:557.

nella giurisprudenza comunitaria ha un contenuto sufficientemente preciso affinché possa essere invocata da un singolo nei confronti dello Stato ed applicata dal giudice, anche previa disapplicazione di una normativa interna difforme.

Viceversa, la Commissione Ue ha chiesto alla Commissione PETI l'archiviazione della petizione n.0167/2016 con la risposta del 28 ottobre 2016, sul presupposto che *«i dirigenti vengono nominati per mansioni specifiche, manageriali. Questo è altresì dimostrato dalle speciali procedure di selezione che ha dovuto superare il firmatario (come descritto nella sua denuncia). Sembra quindi che il lavoro a tempo determinato di questa categoria di lavoratori soddisfi la definizione di "ragioni oggettive" di cui all'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) nella causa C-190/13 Samohano. La nomina di dirigenti con contratti a tempo determinato successivi può considerarsi giustificata da ragioni oggettive, in linea con la clausola 5, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 1999/70/CE.»*.

La risposta della Commissione Ue contiene opinabili informazioni, perché non risponde alla nozione di «ragioni oggettive» di cui alla clausola 5, punto 1, lett.a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato delineata dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia dalla sentenza Adeneler fino alle sentenze Márquez Samohano, citata a sproposito<sup>53</sup>, Mascolo e Commissione contro Granducato di Lussemburgo; ragioni oggettive che rispondono ad esigenze temporanee e contingenti dell'attività lavorativa richiesta al dipendente a termine e non alla natura più o meno specialistica delle mansioni svolte e delle procedure selettive richieste per l'accesso all'incarico dirigenziale, anche in considerazione del fatto che il concorso pubblico costituisce la modalità di accesso ordinaria al pubblico impiego in Italia.

Tuttavia, le inesatte informazioni fornite dalla Commissione Ue sulla petizione n.0167/2016, normalmente, non avrebbero avuto nessun effetto pratico se non la conseguente archiviazione della stessa petizione da parte della Commissione PETI.

---

<sup>53</sup> Le conclusioni della sentenza Márquez Samohano sono coerenti con la fattispecie esaminata nel giudizio principale di un professore associato universitario che svolgeva come attività lavorativa ordinaria quella di libero professionista, per cui la docenza universitaria non era esclusiva né rappresentava attività di lavoro prevalente, per cui rispondeva teoricamente ad esigenze temporanee e a ragioni oggettive contingenti: *«La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare 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 non osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nel procedimento principale, che consente alle università di rinnovare contratti di lavoro a tempo determinato successivi conclusi con docenti associati, senza alcun limite della durata massima e del numero di rinnovi di tali contratti, qualora tali contratti siano giustificati da una ragione obiettiva ai sensi del punto 1, lettera a), di tale clausola, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. Tuttavia, spetta ugualmente a tale giudice verificare, in concreto, che nel procedimento principale il rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in parola intendesse effettivamente soddisfare esigenze provvisorie e che una normativa come quella controversa nel procedimento principale non sia stata utilizzata, di fatto, per soddisfare esigenze permanenti e durevoli in materia di assunzione di personale docente.»*.

Viceversa, modificando l'orientamento positivo della Cassazione nella citata sentenza n.5516/2015<sup>54</sup> sui dirigenti precari nel pubblico impiego in merito all'applicazione della direttiva 1999/70/CE, la stessa Cassazione con sentenza n.17010/2017<sup>55</sup> ha rigettato il ricorso di un dirigente nel settore privato che aveva chiesto la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi della durata complessiva superiore a 5 anni con lo stesso datore di lavoro, sul presupposto che la direttiva 1999/70/CE non si applica ai dipendenti con qualifica di dirigente, richiamando ancora una volta, come la Commissione Ue sulla petizione n.0167/2016, a sproposito sia la sentenza *Kücük*<sup>56</sup> sia la sentenza Márquez Samohano, in quanto *«tale pronuncia è stata richiamata anche dalla Commissione per le petizioni presso il Parlamento europeo, istituita sulla base degli artt. 20 e 227 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in risposta del 28 ottobre 2016 all'istanza di cittadino italiano, che ha lavorato per diversi anni a tempo determinato come dirigente, sul presunto inadempimento da parte dello Stato italiano in merito all'applicazione della direttiva 1999/70/CE. La Commissione ha così ritenuto che "la nomina di dirigenti con contratti a tempo determinato successivi può considerarsi giustificata da ragioni oggettive, in linea con la clausola 5, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 1999/70/CE, ... legate alle specificità di questo tipo di posizione che giustifica il ricorso a contratti a tempo determinato successivi"».*

La Cassazione con la sentenza n.17010/2017 ha attribuito, così, erroneamente alla Commissione PETI del Parlamento europeo (che ovviamente non ha adottato nessuna decisione sulla questione, limitandosi ad archiviare la petizione n.0167/2016) la responsabilità delle opinabili comunicazioni e della scorretta interpretazione della giurisprudenza comunitaria da parte della Commissione Ue, per negare la tutela effettiva garantita dalla corretta applicazione delle misure antiabusive e antidiscriminatorie previste dalla direttiva 1999/70/CE, che invece la precedente sentenza n.5516/2015 della stessa Suprema Corte aveva affermato.

Nel richiamare la sentenza *Kücük* della Corte di giustizia, la Cassazione con la sentenza n.17010/2017 commette lo stesso errore interpretativo della precedente decisione n.10127/2012 sui precari della scuola pubblica della Corte, quando apoditticamente era stata affermata la compatibilità con la direttiva 1999/70/CE del sistema di reclutamento scolastico, smentita sia dalla Corte costituzionale con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n.207/2013 sia dalla Corte di giustizia con la sentenza Mascolo.

---

54 Cassazione, S.L., sentenza 19 marzo 2015, n.5516.

55 Cassazione, S.L., sentenza 10 luglio 2017, n.17010.

56 Corte di giustizia, sentenza 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Kücük*, EU:C:2010:39.

Diversamente da questa isolata sentenza della Cassazione italiana, va segnalato che la Cassazione federale del lavoro tedesca con sentenza del 18 luglio 2012, n.7, in sede di riassunzione del giudizio pregiudiziale risolve la questione della funzionaria precaria dell'Amministrazione della giustizia del Land Nord Westfalia, Sig.ra Bianca *Kücüik*, che aveva lavorato come precaria per undici anni consecutivi sulla base di tredici contratti a tempo determinato, per sostituire un unico funzionario stabile assente per varie maternità e per vari periodi di congedo o aspettativa parentale, cioè per ragioni oggettive rigorosamente temporanee, e chiedeva la stabilizzazione lavorativa, nonostante la rigorosa applicazione da parte della pubblica amministrazione delle regole interne (art.14, paragrafo 1, punto 3, TzBfG).

La Cassazione federale del lavoro tedesca ha riconosciuto che la lavoratrice precaria pubblica aveva subito un abuso contrattuale secondo il diritto germanico e, poiché le categorie giuridiche dei due grandi Stati europei di diritto civile sono identiche, è ritenersi che esista e resista ancora la nozione di abuso contrattuale secondo il diritto italiano.

Lo stesso atteggiamento di manipolazione della giurisprudenza della Corte di giustizia e di rifiuto di vigilare sulla corretta applicazione della direttiva 1999/70/CE da parte degli Stati membri la Commissione Ue lo ha mostrato avallando e, anzi, sollecitando la scelta del legislatore italiano con il Jobs act (d.l. n.34/2014) di cancellare la tutela della misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee, archiviando il 2 luglio 2015 la richiesta della CGIL, il principale sindacato dei lavoratori in Italia, di apertura della procedura di infrazione con la denuncia CHAP(2014)2554.

Non è un caso che il legislatore interno del Jobs act si sia attivato ad eliminare tutte le tutele antiabusive contro la precarizzazione dei contratti a tempo determinato dopo le modifiche dell'art.3-ter RAA con decorrenza 1° gennaio 2014 e l'elevazione a sei anni del limite di durata massima complessiva dei rapporti di lavoro degli agenti contrattuali della Commissione.

L'evoluzione della normativa italiana sui contratti a tempo determinato in meno di due anni dal 18 luglio 2012 (entrata in vigore della legge n.92/2012, c.d. riforma "Fornero") al 21 marzo 2014 (entrata in vigore del d.l. n.34/2014, c.d. Jobs act) ha percorso itinerari opposti, sempre con il presunto identico obiettivo di adempiere agli obblighi comunitari e alle indicazioni che provenivano, *ratione temporis*, dalla Commissione Ue.

Con la riforma Fornero della legge n.92/2012 è stata ribadita la centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e sono stati posti numerosi limiti all'utilizzo dei contratti a tempo determinato, consentendo ai datori di lavoro un unico contratto acausale della durata massima di un anno con dipendenti mai impiegati prima in azienda (una specie di contratto "di prova") e conformando la normativa antifraudolenta sulla successione dei contratti a termine alla doppia

tutela delle ragioni oggettive e di un significativo lasso temporale minimo (due o tre mesi) intercorrente tra due contratti temporanei, in applicazione della sentenza Adeneler della Corte di giustizia e aderendo alle indicazioni contenute nella lettera Trichet-Draghi allo Stato italiano dell'agosto 2011 di introdurre regole di maggior rigore nella flessibilità in entrata.

All'opposto, con la riforma del Jobs act I del 2014 (d.l. n.34/2014) il contratto a tempo determinato anche nella tipologia del rapporto di lavoro alle dipendenze delle agenzie interinali diventa la regola, rispetto all'eccezione del contratto a tempo indeterminato, potendo infatti i datori di lavoro privati e pubblici derogare ampiamente alla clausola di durata massima di tre anni.

Non a caso, il ragionamento della Commissione Ue sull'archiviazione della denuncia di infrazione sul Jobs act è lo stesso che ha portato alla quasi contestuale archiviazione della procedura di infrazione sul precariato scolastico n.2124-2010 del 19 novembre 2015.

Si sostiene, come la Commissione aveva già fatto nella causa Huet, che, per soddisfare i requisiti minimi di adempimento della clausola 5 dell'accordo quadro, è sufficiente che sia adottata almeno una delle misure preventive ivi previste, nel caso di specie la clausola di durata dei 36 mesi di servizio anche non continuativi con mansioni equivalenti – art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001, dal 25 giugno 2015 art.19 d.lgs. n.81/2015 -, senza necessità di verificare se la regola abbia una sua effettività sanzionatoria, come nel caso delle ragioni oggettive temporanee abrogate, e non possa essere elusa facilmente differenziando le mansioni e precarizzando così senza limiti i contratti di lavoro a tempo determinato.

Per la scuola pubblica, addirittura, l'art.1, comma 131, della legge n.107/2015 prevede che, a decorrere dal 1° settembre 2016, le supplenze del personale docente e ATA non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi, per la copertura di posti vacanti e disponibili, senza alcuna sanzione antiabusiva: la clausola di durata massima complessiva dei rapporti di lavoro costituisce il limite invalicabile di utilizzazione di personale ormai professionalizzato, che non potrà essere più utilizzato dalle istituzioni scolastiche pubbliche. Come per gli agenti contrattuali della Commissione.

## **9. La Commissione Ue mette in crisi il sistema interno di tutele dei lavoratori pubblici italiani e provoca la temporanea autodichia della Cassazione e lo scontro con la Corte di giustizia sul caso Taricco II.**

L'atteggiamento "politico" della Commissione di depotenziamento delle misure preventive previste dalla direttiva 1999/70/CE e, in particolare, della regola fondamentale secondo cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro e che il contratto

a termine è un'eccezione, ha provocato una vera e propria crisi nel sistema giurisdizionale di tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari in Italia, con sentenze della Cassazione che sono in palese contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, con le sentenze Mascolo e Adeneler, modificando l'atteggiamento originario della Suprema Corte di corretta applicazione del diritto dell'Unione europea (cfr. Cassazione, sentenza n.12985/2008) e di costruzione di un comune sistema di principi e di tutele.

**a) La sentenza n.5072/2016 della Cassazione a Sezioni unite sul precariato pubblico**

In particolare, la Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016<sup>57</sup> ha stabilito il principio del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego dei contratti a tempo determinato anche nei casi (che rappresentano la quasi totalità delle situazioni) in cui l'accesso alla pubblica amministrazione sia avvenuto attraverso una procedura selettiva o concorsuale, con applicazione, per punire l'abusivo ricorso alla flessibilità, del solo indennizzo di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 come sanzione "onnicomprensiva" del c.d. «danno comunitario» subito da tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni nei cui confronti si sia verificato un abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, anche quando il lavoratore pubblico precario abbia superato i 36 mesi di servizio, in violazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza Mascolo e nelle ordinanze Affatato e Papalia e dalla Corte costituzionale nella sentenza n.260/2015 per i precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

**b) La sentenza n.11374/2016 della Cassazione a Sezioni unite sui contratti "acausali"**

Sempre la Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.11374/2016<sup>58</sup> ha dichiarato legittimi i contratti acausali dell'organismo statale Poste italiane stipulati ai sensi dell'art.2, comma 1 bis, d.lgs. n.368/2001, affermando che l'abrogazione della misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee era compensata, anche retroattivamente, con la clausola di durata massima dell'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.358/2001 dei 36 mesi di servizio non continuativi con mansioni equivalenti, affermando la compatibilità della legislazione interna del Jobs act con la direttiva 1999/70/CE, in

---

<sup>57</sup> Cassazione, S.U., sentenza 15 marzo 2016, n.5072 su *Mass.giur.lav.*, 2016, 590 ss., con nota adesiva di A. Vallebona e con nota critica di F. Putaturo Donati, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, ivi, 2016, 606 ss.; M. De Luca, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, su *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, n.134/2017; Id., *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *Lav.giur.*, 2016, 1053 ss.; V. De Michele, *Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia*, su *Labor*, 2017, 4, 415-434. Cfr., in senso adesivo, Cass., SS.UU., sentenze 14 marzo 2016, nn.4911, 4912, 4913 e 4914 senza motivazione e con rimando alla successiva sentenza n.5072/2016; in termini, Cass., VI Sez. L, ordinanze nn.6632/2017; 6631/2017; 2593/2017; 1872/2017; 1683/2017; 1681/2017; 25276/2016; 24169; 24168/2016; 23944/2016; 23943/2016; 23942/2016; 22088/2016; 21943/2016; 21937/2016; 16360/2016; 16359/2016; 16358/2016; 16230/2016; 16229/2016; 16228/2016; 16227/2016; 16262/2016; 16100/2016; 16099/2016; 16098/2016; 16097/2016; 16096/2016; 16095/2016; Cass., S.L., sentenza n.14633/2016.

<sup>58</sup> Cassazione, S.U., sentenza 31 maggio 2016, n.11374.

violazione dei principi enunciati dalla Corte di giustizia nelle sentenze Adeneler, Sorge, Carratù e Mascolo e dalla stessa Corte di cassazione in centinaia di sentenze a partire dalla fondamentale decisione n.12985/2008, che applicava la sentenza Adeneler sull'unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee.

**c) Le sentenze del 7 novembre 2016 della Cassazione – Sezione lavoro sulla scuola**

Inoltre, la Sezione lavoro della Cassazione con decine di sentenze a partire dalle prime sei depositate il 7 novembre 2016<sup>59</sup> ha ritenuto di decidere “definitivamente” le cause sul precariato scolastico ribadendo espressamente il diniego di ogni tutela effettiva. A distanza di quasi quattro anni e mezzo dalla sentenza n.10127/2012<sup>60</sup> la Suprema Corte ne ha richiamato integralmente il contenuto motivazionale, rifiutandosi di sollevare le questioni pregiudiziali e costituzionali richieste dai lavoratori pubblici precari della scuola (le prime) o evidenziate dal Pubblico ministero (le seconde) e ponendosi in contrasto con la decisione *Mascolo* della Corte di giustizia e la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale, pur affermando di applicarle.

L'abuso contrattuale, conformemente a quanto previsto dall'art.1, commi 131 e 132, della legge n.107/2015, nel settore scolastico viene qualificato al di fuori del d.lgs. n.368/2001, ritenuto ancora una volta non applicabile, derogando così al principio di diritto “generale” della stessa sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite, e l'“illecito comunitario” si considera maturato per il personale docente e ata supplente soltanto con il raggiungimento di 4 supplenze annuali, una parodia applicativa dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001, in violazione dell'art.136 Cost. per la declaratoria di incostituzionalità dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, che la Corte costituzionale aveva stabilito con efficacia *ex tunc* per ogni supplenza annuale.

**d) La sentenza “Delay” n.21972/2017 della Cassazione a Sezioni unite sui lettori di scambio**

Il diritto alla trasformazione a tempo indeterminato nel pubblico impiego italiano dei contratti a tempo determinato in caso di abusivo e reiterato ricorso allo strumento contrattuale flessibile era stato già riconosciuto nella prassi giudiziaria interna ai lettori universitari, ora collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, dalla giurisprudenza ormai consolidata della Cassazione (cfr. per tutte Cass., S.L., sentenza n.19426/2003<sup>61</sup> e Cass., SS.UU., sentenza

---

<sup>59</sup> Cassazione, S.L., sentenze 7 novembre 2016, n.22552-22553-22554-22555-22556-22557, su *Riv.it.dir.lav.*, 2017, II, 347 ss., con nota di L. Calafà, *The ultimate say della Cassazione sul “caso scuola”*; in senso conforme, Cass., 2148/17; 290/17; 211/17; 75/17; 55/17; 27566/16; 27565/16; 27564/16; 25563/16; 25562/16; 25382/16; 25381/16; 25380/16; 24816/16; 24815/16; 24814/16; 24813/16; 24276/16; 24275/16; 24273/16; 24272/16; 24130/16; 24129/16; 24128/16; 24127/16; 24126/16; 24041/16; 24040/16; 24039/16; 24038/16; 24037/16; 24036/16; 24035/16; 24034/16; 23867/16; 23866/16; 23751/16; 23750/16; 23535/16; 23534/16; 22553/16; 22554/17; 22555/17; 22556/17.

<sup>60</sup> Cassazione, S.L., sentenza 20 giugno 2012, n.10127, in *LG*, 2012, 777 ss., con nota di V. De Michele, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 2012, 777.

<sup>61</sup> Cassazione, S.L., sentenza 18 dicembre 2003, n.19426.

n.8985/2010<sup>62</sup>), seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), in applicazione della legge n.230/1962 e delle numerose sentenze della Corte di giustizia intervenute *in subiecta materia*, Allué e Coonan<sup>63</sup>, Allué ed altri<sup>64</sup>, Commissione contro Italia<sup>65</sup>, Commissione contro Italia<sup>66</sup> e Delay<sup>67</sup>.

La Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.21972/2017<sup>68</sup> è riuscita nella difficile impresa di disapplicare l'intero corpus della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla stabilità lavorativa ed equiparazione normativa ed economica dei lettori universitari, accogliendo il ricorso dell'Università di Firenze tendente ad applicare il divieto di conversione nel pubblico impiego del rapporto di lavoro ai "lettori di scambio", che la Suprema Corte con artifici interpretativi di difficile comprensione se non in un'ottica inventiva tendente all'esclusivo obiettivo del rifiuto assoluto della tutela effettiva del lavoratore pubblico precario già assicurata (e questa è la situazione più grave), nella fattispecie di causa, dalla sentenza Delay della Corte di Lussemburgo.

#### **e) La sentenza n.13721/2017 della Cassazione a Sezioni unite sui giudici onorari/volontari**

Il Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d'Europa, decidendo il reclamo collettivo n.102/2013 dell'Associazione dei giudici di pace contro l'Italia per la mancata equiparazione economica, normativa e previdenziale ai giudici togati, nel rapporto al Comitato dei Ministri del 5 agosto 2016 ha riscontrato la fondatezza della lamentata violazione della Carta.

Il CEDS nella decisione sul reclamo collettivo n.102/2013 ha richiamato la sentenza *O'Brien*<sup>69</sup> della Corte di giustizia su questione analoga di giudici onorari inglesi, che sono stati equiparati ai giudici ordinari o togati per quanto riguarda il diritto alla prestazioni pensionistiche.

Nella comunicazione DG EMPL/B2/DA-MAT/sk (2016) al Governo italiano la Commissione Ue ha chiuso con esito negativo il caso EU Pilot 7779/15/EMPL, preannunciando la prossima apertura di una procedura di infrazione, sulla compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale che regola il servizio prestato dai magistrati onorari (giudici e viceprocuratori),

---

62 Cassazione, S.U, sentenza 15 aprile 2010, n.8985.

63 Corte di giustizia, sentenza 30 maggio 1989, causa C-33/88, Allué e Coonan, EU:C:1989:222.

64 Corte di giustizia, sentenza 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, Allué e a., EU:C:1993:333.

65 Corte di giustizia, sentenza 26 giugno 2001, causa C-212/99, Commissione contro Italia, EU:C:2001:357.

66 Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2006, causa C-119/04, Commissione contro Italia, EU:C:2006:489.

67 Corte di giustizia, sentenza 15 maggio 2008, causa C-276/07, Delay, EU:C:2008:282.

68 Cassazione, S.U, sentenza 21 settembre 2017, n.21972.

69 Corte di giustizia, sentenza 1° marzo 2012, C-393/10, *O'Brien* contro Ministry of Justice, EU:C:2012:110. La questione pregiudiziale è stata sollevata dalla Supreme Court of the United Kingdom che, nonostante la Brexit, continua a dialogare con la Corte di giustizia sollevando nella stessa causa *O'Brien* la nuova pregiudiziale C-432/17 per estendere la tutela previdenziale dei giudici onorari impiegati part-time anche per il periodo di servizio antecedente alla data di entrata in vigore della direttiva 97/81/CE.

in materia di reiterazione abusiva di contratti a termine (clausola 5 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE), di disparità di trattamento in materia di retribuzione (clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE), di ferie (art.7, Direttiva 2003/88, in combinato disposto con la clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 97/81/CE e con la clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE) e di congedo di maternità (art.8 Direttiva 92/85 e art.8 Direttiva 2010/41).

Nella comunicazione del 23 marzo 2017 prot. D 304831 la Presidente della Commissione PETI del Parlamento Ue, Signora Cecilia Wikström, all'esito della riunione del 28 febbraio 2017 in cui sono state discusse le petizioni nn. 1328/2015, 1376/2015, 0028/2016, 0044/2016, 0177/2016, 0214/2016, 0333/2016 e 0889/2016 sullo statuto dei giudici di pace in Italia, ha invitato il Ministro della Giustizia a trovare un equo compromesso sulla situazione lavorativa dei Giudici di Pace, per eliminare la *«palese disparità di trattamento sul piano giuridico, economico e sociale tra Magistrati togati e onorari»*.

La risposta dello Stato italiano alla soluzione del problema dei giudici onorari è stata sprezzante, dal momento che la Cassazione a Sezioni unite con sentenza n.13721/2017<sup>70</sup> ha affermato la natura solo "volontaria" del lavoro dei Giudici di pace, precedendo in tal senso il d.lgs. n.116/2017 di riforma della magistratura onoraria, che nega l'equiparazione economica, normativa e previdenziale tra giudici onorari e giudici togati, assoggettando addirittura i primi ad uno stretto vincolo gerarchico e organizzativo di tipo quasi servile ai secondi, dimostrando che il legislatore e il Governo italiano non hanno nessuna intenzione di risolvere il problema della tutela effettiva, non solo previdenziale, di servitori dello Stato che risolvono, secondo le statistiche, il 50% del contenzioso civile e penale in tempi ragionevoli che assicurano il rispetto del giusto processo.

**f) La Corte costituzionale con il secondo rinvio pregiudiziale in sede incidentale evita lo scontro diretto tra (una parte del)la Cassazione e la Corte di giustizia sul caso Taricco II, e la CGUE mette in mora il legislatore italiano (e la Commissione Ue non vigilante)**

Nelle considerazioni finali del parere del 23 marzo 2017 n.464/17 sulla possibilità di stabilizzazione dei rapporti dei giudici onorari prima del d.lgs. n.116/2017, il Consiglio di Stato di far applicare i controlimiti, nel caso, definito "sommamente improbabile", in cui la Corte di giustizia consentisse la disapplicazione di questo principio "cardine" dell'ordinamento interno, cioè la precarizzazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego.

---

<sup>70</sup> Cassazione, S.U., sentenza 31 maggio 2017, n.13721.

Il Consiglio di Stato ha richiamato la seconda ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale n.24/2017<sup>71</sup> (causa C-42/17 M.A.S. e M.B.), sollecitata da due ordinanze n.339/2015 del 18 settembre 2015 della Corte di appello di Milano e n.212/2016 dell'8 luglio 2016 della Cassazione, che hanno contestato la sentenza Taricco<sup>72</sup> della Corte di giustizia, che consente al giudice penale di disapplicare le norme interne sul limite della prescrizione dei reati di gravi frodi fiscali nell'ambito del regime Iva comunitario, per violazione dell'art.325 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, chiedendo addirittura al giudice

---

71 Corte costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n.24, iscritta come causa C-42/17 presso la Corte di giustizia. L'ordinanza n.24/2017 è stata commentata da A. Anzon Demming, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2017, num. 2; F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento euorunitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017, num. 1; R. Calvano, *Una questione pregiudiziale al quadrato .... o forse al cubo: sull'ordinanza n. 27/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir.um. e dir.intern.*, 2017, n. 1, pag. 301; F. Campodonico, *Ancora sui termini di prescrizione in materia di frodi iva: la Corte costituzionale rimette la questione ai giudici di Lussemburgo*, in *Dir.prat. trib.*, 2017, n.2, p. 808; A. Celotto, *Caso Taricco: un rinvio pregiudiziale "muscoloso" e costruttivo (a prima lettura sulla ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017, n. 2; G. Civello, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 1; P. Corso, *La normativa sulla prescrizione dei reati tributari non può essere disapplicata dal giudice nazionale*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, n. 3, p. 203; C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; M. Di Florio, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento "a caldo"*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 1; V. Faggiani, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2017, n. 1; P. Faraguna, *Diritto UE e principio di legalità penale: il "caso Taricco" ritorna alla Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, 2017, n. 5, p. 532; M. L. Ferrante, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull' 'affaire' Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2017, n. 1; M. Gambardella, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 2; F. Giunchedi, *La "regola Taricco" e il rapporto tra fonti europee*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 2; R. E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; M. Luciani, *'Intelligenti pauca'. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it), 2017, n. 1; N. Lupo, *Respinta dal referendum la riforma costituzionale, la Corte costituzionale affronta alcuni snodi importanti del sistema delle fonti del diritto*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), 2017, n. 1; A. Martufi, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017, n. 7; D. Negri, *Dallo "scandalo" della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 2; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, 2017, n. 3, p. 285; A. M. Perrino, *Nota a Corte cost., ord. n. 24/2017*, in *Foro it.*, 2017, n.2, I, p.393; G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte cost., ord. n. 24/2017)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017, n. 1; D. Pulitanò, *Ragioni della legalità a proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); G. Riccardi, *"Patti chiari e amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2017, n. 1; R. Sicurella, *Oltre la 'vexata quaestio' della natura della prescrizione. 'L'actio finium regundorum' della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; C. Sotis, *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 2017; M. Taglione, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2017, n. 1; A. Terrasi, *Note a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso "Taricco": l'effetto delle norme dei trattati*

delle leggi di far dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n.130/2008 di ratifica dei Trattati Ue, nella parte in cui la norma nazionale autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza Taricco della Corte di giustizia.

L'avvocato generale Bot<sup>73</sup> nelle sue conclusioni scritte nella causa C-42/17 Taricco II al punto 185 ha ricordato al giudice del rinvio, che aveva minacciato i "controlimiti" rispetto all'obbligo per i giudici nazionali di applicare la sentenza Taricco, che ai punti 10 e 11 delle sue osservazioni presentate nella causa Gauweiler<sup>74</sup>, la Repubblica italiana aveva precisato che i principi supremi o fondamentali del suo ordinamento costituzionale, la cui violazione da parte di un atto di diritto dell'Unione giustificerebbe l'avvio della procedura dei controlimiti, corrispondono alle garanzie costituzionali essenziali, come la natura democratica della Repubblica italiana sancita

---

*istitutivi dell'UE sulla legge penale sostanziale italiana*, in *Dir.um. e dir.intern.*, 2017, n.1, p.308.

72 Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco e a., EU:C:2015:555. La sentenza Taricco della Corte di giustizia è stata commentata da Z.Skubic, *Zastaranje davčnih goljufij po pravu EU - nedopustno?*, *Pravna praksa* 2015 n° 38 p.23-24; G.Mobilio, *Dal caso Taricco al redde rationem tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, *Quad.cost.* 2015, p.1009-1013; A. Takis, Armenopoulos 2015 p.1969-1971, A.-L., Mosbrucker, *Fraude à la TVA*, *Europe* 2015 Novembre Comm. n° 11, p.37; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, *Dir.pen. e proc.*, 2015, p.1564-1571; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in questa *Rivista*, 14 settembre 2015; C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, *ivi*, 22 settembre 2015; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, *ivi*, 29 ottobre 2015; Id., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, *ivi*, 30 marzo 2016; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, *ivi*, 10 dicembre 2015; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, *ivi*, 15 febbraio 2016; E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, *ivi*, 29 febbraio 2016; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, n. 3/2015; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 1564 ss.; R. Lugarà, *La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in *Liberio osservatorio del diritto*, 2015, p. 36 ss.; S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 362 ss.; D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in *www.la legislazione penale.eu*, 3 febbraio 2016; V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1250 ss.; P. Faraguna – P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in questa *Rivista*, 30 marzo 2016; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC* n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 1462 ss.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in questa *Rivista*, 6 maggio 2016; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9 maggio 2016; R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, *ivi*, 4 luglio 2016; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.; A. Ciampi, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, *Corr.giur.*, 2016 p.113-121.

73 Conclusioni presentate il 18 luglio 2017 nella causa *M.A.S. e M.B.* C-42/17, sulla pregiudiziale Ue sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.24/2017. La Corte di giustizia non ha ancora depositato la sentenza.

74 Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:2015:400.

all'art.1 della Costituzione italiana o, ancora, il principio di uguaglianza di cui all'art.3 della stessa, e non includerebbero le garanzie processuali, per quanto importanti esse siano, come la garanzia di impunità dei grandi evasori fiscali in regime di Iva comunitaria o, si aggiunge rispetto al parere del Consiglio di Stato sulla stabilizzazione dei giudici onorari, il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego.

L'avvocato generale Bot nelle conclusioni della causa Taricco II aggiunge anche (nota 12) che è poco comprensibile l'ordinanza della Cassazione penale di legittimità costituzionale, dal momento che in precedenza con le sentenze n. 2210/16 e n.7914/2016 la stessa Corte di cassazione aveva applicato i principi stabiliti nella sentenza Taricco, nella prima dichiarando che il regime della prescrizione poteva rientrare intrinsecamente in un regime di natura processuale nel caso di proroga da parte del legislatore del regime prescrizionale da applicare anche ai processi in corso e nella seconda confermando che l'obbligo di disapplicazione del regime di prescrizione opera esclusivamente nei casi in cui il procedimento non sia effettivamente prescritto.

Peraltro, la sentenza Taricco I della Corte di giustizia aveva lasciato ampi margini discrezionali al giudice nazionale sul se e in che misura esercitare il potere di disapplicazione delle disposizioni nazionali in materia di prescrizione, dovendo egli *«allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale»* (sentenza Taricco, punto 53) e dovendo il giudice intervenire solo *«nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»* (sentenza Taricco, punto 58).

La Grande Sezione della Corte di giustizia nella sentenza del 5 dicembre 2017 nella causa C-42/17 "Taricco II" (EU:C:2017:936), pur confermando l'impianto argomentativo della sua decisione dell'8 settembre 2015 sulla specifica questione e le conclusioni dell'avvocato generale Bot, ha consolidato il dialogo diretto con la Corte costituzionale nella seconda ordinanza di rinvio pregiudiziale n.24/2017, allargando ulteriormente le maglie discrezionali dei poteri del giudice nazionale di non ricorrere alla disapplicazione delle norme interne sulla prescrizione penale, dopo aver ottenuto dal legislatore nazionale la modifica dei termini di prescrizione penale con la legge n.105/2017.

Infatti, la Corte di giustizia ricorda ai punti 41-42 che *«41. spetta, in prima battuta, al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE, alla luce delle considerazioni esposte dalla Corte al*

*punto 58 della sentenza Taricco. È infatti compito del legislatore garantire che il regime nazionale di prescrizione in materia penale non conduca all'impunità in un numero considerevole di casi di frode grave in materia di IVA o non sia, per gli imputati, più severo nei casi di frode lesivi degli interessi finanziari dello Stato membro interessato rispetto a quelli che ledono gli interessi finanziari dell'Unione. 42 A tale riguardo, occorre ricordare che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene (v., in tal senso, sentenza Taricco, punto 57, e giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo citata a tale punto).».*

Quindi, spettava alla Commissione Ue vigilare sulla corretta applicazione da parte dello Stato italiano dell'art.325 TFUE e sulla collaborazione nella repressione delle frodi fiscali in regime di Iva comunitaria, compito che non è stato svolto, come per l'applicazione della direttiva 1999/70/CE, e che ha provocato il possibile conflitto tra la Corte sovranazionale e le Corti superiori nazionali sui controlimiti costituzionali.

Inoltre, nel "comunitarizzare" (non i controlimiti, ma) il principio di legalità dei reati e delle pene alla luce sia dell'art.49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sia dell'art.7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (punto 52) ricorda l'importanza "costituzionale", tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste tale principio nei suoi requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale applicabile (punto 51).

Ciò ha consentito alla Corte di giustizia di concludere nella sentenza Taricco II, in *idem sentire* con la Corte costituzionale che potrà così dichiarare inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di appello di Milano e dalla Cassazione, che l'art.325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una

normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.

Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana, iniziato con successo nel caso dei precari della scuola con l'ordinanza n.207/2013 del Giudice delle leggi, esce rafforzato con il caso Taricco II nella condivisione di principi costituzionali comuni europei e nazionali e nell'individuazione dei veri responsabili della mancata corretta applicazione del diritto dell'Unione europea, i legislatori (e i Governi) degli Stati membri e, per carenza di vigilanza, la Commissione Ue.

## **10. I nuovi quesiti interpretativi alla Corte di giustizia del giudice nazionale italiano in favore della tutela dei diritti dei precari pubblici**

### **a) La doppia pregiudiziale sul precariato pubblico dei Tribunali di Trapani e di Foggia**

In risposta al rifiuto “temporaneo” della Cassazione di dialogare con la Corte di giustizia il Tribunale di Trapani<sup>75</sup> ha sollevato questioni pregiudiziali sul precariato degli enti locali siciliani di lunga durata (oltre 36 mesi di servizio continuativo a tempo determinato) in contrasto con la sanzione solo indennitaria del «danno comunitario» inventata dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016, chiedendo alla Corte Ue, in sostanza, la possibilità di equiparazione tra lavoratori pubblici e privati nell'applicazione della sanzione contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, alla luce dei principi fissati dalla Corte di giustizia nelle sentenze Marrosu-Sardino<sup>76</sup> e Mascolo.

---

<sup>75</sup> Trib. Trapani, 5 settembre 2016 (ord.), causa C-494/16, *Santoro*; in dottrina v. G. Bolego, *Tecniche di prevenzione e rimedi contro l'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico*, su *Labor*, 2017, 21 ss.; L. Busico, *Le conseguenze dell'abuso del contratto di lavoro a tempo determinato da parte delle P.A.: la parola fine è ancora molto lontana*, *ivi*, 26 novembre 2016; F. Chietera, *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, su *LG*, 2017, 5 ss.; F. Putaturo Donati, *Precariato pubblico, effettività delle tutele e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 65 ss.

<sup>76</sup> Corte di giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* contro *Azienda Ospedaliera S.Martino di Genova*, EU:C:2006:517; su cui cfr. A. Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 6, 1639; L. Nannipieri, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2006, II, p.742-764; L. Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn.rel.ind.*, 2006, p.439-444; G. Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, *Mass.giur.lav.*, 2006, p.752-755; A.M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Foro it*, 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *cit.*, 173-177; S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella “modernizzazione” del diritto del lavoro*, relazione su *Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali*, Roma, 17 gennaio 2008, *Incontro di studio CSM*, p. 12-16.

Anche il Tribunale di Foggia<sup>77</sup> ha proposto giudizio incidentale davanti alla Corte costituzionale, contestando il principio di diritto enunciato dalla Cassazione a Sezioni unite dell'applicazione del solo indennizzo di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 come sanzione "onnicomprensiva" del danno subito da tutti i dipendenti precari delle pubbliche amministrazioni, in una fattispecie di precariato sanitario con il superamento dei 36 mesi di servizio dopo l'accesso legittimo con procedure selettiva pubblica all'impiego, per chiedere l'applicazione della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, con la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme che impediscono la tutela effettiva della stabilità lavorativa.

#### **b) La pregiudiziale Ue della Corte di appello di Trento sul precariato scolastico**

La Corte di appello di Trento<sup>78</sup> ha criticato davanti alla Corte di giustizia le decine di sentenze della Cassazione sul precariato scolastico, ritenendo condivisibilmente che le coordinate interpretative della Suprema Corte e l'art.1, commi 131 e 132, della legge n.107/2015, diversamente da quanto affermato dalla Commissione Ue nell'archiviazione della procedura di infrazione n.2124/2010, contrastino con le decisioni dei Giudici di Lussemburgo e, in particolare, con la sentenza *Mascolo* e con l'ordinanza *Papalia*.

Il diritto soggettivo del docente del Comparto AFAM, immesso in ruolo dopo oltre 11 anni di supplenze su posti vacanti e disponibili e in assenza di procedure concorsuali mai espletate da oltre 25 anni nel settore, al risarcimento dei danni subiti per l'ingiusta precarizzazione dei rapporti di lavoro a seguito della mancata applicazione da parte dello Stato delle sanzioni previste del d.lgs. n.368/2001, è stato sostenuto dall'intervento nella causa pregiudiziale C-494/17, come era già avvenuto nel caso *Mascolo*, dalle osservazioni scritte di alcune Organizzazioni sindacali firmatarie dei CCNL del Comparto Scuola e del Comparto AFAM, cioè la CGIL, FLC-CGIL e la CGS (ex GILDA-UNAMS).

Va evidenziato, inoltre, che, contestando le sentenze della Cassazione del 7 novembre 2016 sul precariato scolastico e la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite sul pubblico impiego, la CGS ha proposto reclamo collettivo n.144/2017 al Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d'Europa per la violazione della Carta sociale europea da parte dell'Italia nei confronti di tutti i

---

<sup>77</sup> Tribunale Foggia, ordinanza 26 ottobre 2016 n.32/2017; in dottrina v. G. Bolego, *Tecniche di prevenzione e rimedi contro l'abuso...*, cit.; L. Busico, *Le conseguenze dell'abuso del contratto di lavoro a tempo determinato da parte delle P.A.:...*, cit.; F. Chietera, *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, cit.; F. Putaturo Donati, *Precariato pubblico, effettività delle tutele e nuova questione di legittimità costituzionale*, cit.; S. Galleano, *L'ordinanza 26.10.2016 del Tribunale di Foggia alla Corte costituzionale nel settore sanitario: una mossa decisiva per la soluzione del problema del precariato pubblico?*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 1 novembre 2016.

<sup>78</sup> Corte di appello di Trento, ordinanza 17 luglio 2017, causa C-494/17, *Rossato* contro Ministero dell'Istruzione.

dipendenti pubblici precari, con particolare riferimento agli esiti non positivi della legge n.107/2015 sulla scuola, lamentando la mancata applicazione della sentenza Mascolo da parte delle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n.5072/2016. Anche l'Organizzazione sindacale nazionale ANIEF ha proposto analogo reclamo collettivo al CEDS n.146/2017, lamentando identica violazione da parte della Cassazione sul precariato scolastico. Entrambi i reclami sono stati dichiarati ammissibili e il Governo italiano ha chiesto al CEDS di prorogare all'8 gennaio 2018 l'originario termine del 15 novembre 2017 per il deposito delle osservazioni scritte.

Infine, sono stati già proposti alcuni ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo contro lo Stato italiano, dichiarati ricevibili e riuniti al primo n.22417/17 Billeci, nonché il ricorso n.69611/2017 Tenore e Anief contro le sentenze della Cassazione sul precariato scolastico nn. 164/2017 (Billeci ed altri), 24040/2016 (Altobelli), 24273/2016 (Maggi), 27566/2016 (Molinari e Buccarelli), 27564/2016 (Papa), 26171/2016 (Capicci) 75/2017 (Sacco), 27565/2016 (Giammaria) e 9058/2017 (Tenore e Anief), per violazione delle norme della Convenzione EDU, avendo negato la Suprema Corte ogni tutela effettiva risarcitoria e di stabilità lavorativa ai supplenti della scuola.

### **c) Le pregiudiziali Ue sulla nozione di lavoratore del magistrato onorario “volontario”**

I Giudici di pace di L'Aquila<sup>79</sup> e di Roma<sup>80</sup> con tre identiche ordinanze hanno censurato con il rinvio pregiudiziale Ue la sentenza della Cassazione a Sezioni unite n.13721/2017 che, anticipando il contenuto della riforma della magistratura onoraria (d.lgs. n.116/2017), ha escluso che il rapporto di lavoro dei giudici di pace sia da annoverare tra quelli di pubblico impiego, di lavoro parasubordinato o anche autonomo, affermandone la natura di “volontariato”, come nel caso dei vigili del fuoco volontari in Francia per le petizioni nn.737-13, 966-13, 1047-13, 1071/16 discusse nella seduta pubblica del 22 novembre 2017 in Commissione PETI.

Nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale dei Giudici di pace si chiede l'equiparazione retributiva, normativa e contributiva con i giudici togati, in applicazione delle direttive 2003/88/CE e 1999/70/CE, anche sotto il profilo della stabilità lavorativa, ponendo altresì la questione (centrale) del giudice indipendente e imparziale che tuteli i diritti fondamentali dei lavoratori anche e soprattutto quando svolgono funzioni giudiziarie.

---

<sup>79</sup> Giudice di pace di L'Aquila, ordinanza 2 agosto 2017, causa C-472/17, *Di Girolamo* contro Ministero della giustizia.

<sup>80</sup> Giudice di pace di Roma, ordinanza 16 ottobre 2017, causa C-600/17, *Cipollone* contro Ministero della giustizia; ordinanza 3 novembre 2017, causa C-626/17, *Rossi ed altri* contro Ministero della giustizia, in cui sono intervenuti 900 giudici onorari (n.658 Giudici di pace, n.102 Giudici onorari di Tribunale e n.140 Vice Procuratori onorari) e le Associazioni sindacali dei Giudici onorari Unagipa, Associazione nazionale Giudici di pace, Coordinamento magistratura giustizia onoraria, Organismo unitario della magistratura onoraria – magistrati onorari uniti.

La vicenda dei giudici onorari acquista anche una particolare valenza di sfida del legislatore nazionale al Parlamento Ue, alla Commissione europea, alla Corte di giustizia e al Consiglio d'Europa, dopo la audizione delle petizioni presentate dai Giudici di pace e già discusse nella seduta del 28 febbraio 2017 davanti alla Commissione PETI.

Alla mancanza di tutele effettive normative, retributive e previdenziali per i giudici onorari deve segnalarsi la beffa per la kafkiana vicenda degli ex precari pubblici della Croce Rossa italiana, assunti prima come “volontari” presso l'Ente pubblico e poi contrattualizzati con rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato, che sono stati stabilizzati in base all'art.1, comma 518, della legge n.296/2006 e alla sentenza n.6077/2013<sup>81</sup> della Cassazione a Sezioni unite per aver maturato i 36 mesi di servizio nella stessa pubblica amministrazione, e sono transitati in mobilità dal 1° febbraio 2017 come personale di ruolo a tempo indeterminato in servizio nelle cancellerie del Ministero della Giustizia, cioè negli stessi uffici giudiziari in cui operano i Giudici onorari, che invece sono considerati volontari pur avendo sempre svolto attività di dipendenza e di servizio in favore dello Stato, come i giudici togati.

Per i giudici onorari la situazione diventa ancora più assurda e insostenibile, se si pensi al fatto che la Cassazione con la sentenza n.17101/2017<sup>82</sup> ha riconosciuto come lavoratore subordinato dipendente del Ministero della Giustizia un lavoratore socialmente utile (L.S.U.), precisando che, in tema di occupazione di lavori socialmente utili o per pubblica utilità, la qualificazione normativa di tale rapporto speciale, avente matrice assistenziale e componente formativa, non esclude che in concreto il rapporto possa avere le caratteristiche di un ordinario rapporto di lavoro subordinato con conseguente applicazione dell'articolo 2126 c.c. e, ai fini della qualificazione come rapporto di lavoro prestato di fatto alle dipendenze di una Pubblica Amministrazione, rileva che il lavoratore risulti effettivamente inserito nell'organizzazione pubblicistica ed adibito ad un servizio rientrante nei fini istituzionali dell'Amministrazione.

Sul punto della qualificazione dei lavoratori socialmente utili come lavoratori subordinati la Cassazione con la sentenza n.17101/2017 riprende i principi enunciati dalla sentenza *Sibilio*<sup>83</sup> della Corte di giustizia, che a sua volta richiama i principi enunciati nella sentenza *O'Brien*, ai punti 48-51, compreso il punto di vista del giudice del rinvio (Tribunale di Napoli), che coincide con la sentenza n.17101/2017 della Cassazione), trascritto nell'unica nota al punto 48.

---

81 Cassazione, S.U., sentenza 12 marzo 2013, n.6077.

82 Cassazione, S.L., sentenza 11 luglio 2017, n.17101.

83 Corte di giustizia, sentenza 15 marzo 2012, causa C-157/11, *Sibilio contro Comune di Napoli*, EU:C:2012:148.

D'altra parte, la I Sezione della Corte di giustizia - con Collegio presieduto dal Vice Presidente della Corte di Lussemburgo, l'italiano Tizzano - e accogliendo le conclusioni dell'avvocato generale italiano Mengozzi<sup>84</sup>, con la sentenza Fenoll<sup>85</sup> sulle questioni pregiudiziali sollevate dalla Cassazione francese, ha precisato che la nozione di «*lavoratore [subordinato]*» di cui all'art.7 della direttiva 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e all'art.31, par.2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretata nel senso che essa può comprendere un disabile ammesso in un centro di aiuto attraverso il lavoro (CAT), nonostante l'ordinamento francese configuri le prestazioni rese presso i CAT come di natura meramente previdenziale e assistenziale, e non lavorativa.

Inoltre, come osservato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nel Giudice di pace di Roma nella causa C-626/17 Rossi ed altri al punto 75, per i giudici ordinari o togati la Corte costituzionale con la sentenza n.223/2012 ha stabilito gli stessi principi di garanzia dell'imparzialità ed indipendenza della magistratura che, però, non sono stati mai applicati dal Ministero della Giustizia nei confronti dei Giudici onorari.

Il Giudice delle leggi, infatti, nel decidere questioni concernenti norme aventi ad oggetto la retribuzione e la disciplina dell'adeguamento retributivo dei magistrati, anche e soprattutto in riferimento a misure economico-finanziarie che ne hanno ritardato o comunque disciplinato gli effetti nel tempo, ha affermato, in generale, che l'indipendenza degli organi giurisdizionali si realizza anche mediante «*l'apprestamento di garanzie circa lo status dei componenti nelle sue varie articolazioni, concernenti, fra l'altro, oltre alla progressione in carriera, anche il trattamento economico*» (sentenza n. 1 del 1978), e che «*attraverso un meccanismo di adeguamento automatico del trattamento economico dei magistrati, la legge, sulla base dei principi costituzionali, ha messo al riparo l'autonomia e l'indipendenza della magistratura da qualsiasi forma di interferenza, che potesse, sia pure potenzialmente, menomare tale funzione, attraverso una dialettica contrattualistica. In tale assetto costituzionale, pertanto, il rapporto fra lo Stato e la magistratura, come ordine autonomo ed indipendente, eccede i connotati di un mero rapporto di lavoro, in cui il contraente-datore di lavoro possa al contempo essere parte e regolatore di tale rapporto.*»».

Nella causa 472/17 Di Girolamo sulla prima pregiudiziale Ue sollevata dal Giudice di pace di L'Aquila sulla qualificazione del rapporto di lavoro dei magistrati onorari per quanto riguarda il

---

<sup>84</sup> Le conclusioni dell'avvocato generale Mengozzi nella causa Fenoll C-361/13 sono state depositate il 12 giugno 2014, EU:C:2014:1753.

<sup>85</sup> Corte di giustizia, sentenza 26 marzo 2015, causa C-316/13, *Fenoll*, EU:C:2015:200.

diritto all'indennità non corrisposta per il periodo feriale, il Presidente della Corte di giustizia con ordinanza del 28 novembre 2017, dopo aver già rigettato in data 13 settembre 2017 la richiesta di procedimento accelerato ai sensi dell'art.105, par.1, del regolamento di procedura della Corte senza fornire motivazione scritta (ma accelerando fortemente i tempi ordinari della procedura pregiudiziale fissando il termine per il deposito entro il 22 novembre 2017 delle osservazioni scritte delle parti), ha ritenuto necessario formalizzare i punti essenziali della domanda pregiudiziale del giudice nazionale "volontario".

Ebbene, al punto 10 dell'ordinanza del 28 novembre 2017 nella causa C-472/17 Di Girolamo, il Presidente della Corte europea Laenarts sottolinea testualmente: «*«A tale riguardo, il giudice del rinvio chiede alla Corte di fornire risposte in modo da «riaffermare» il primato del diritto dell'Unione e per garantire una tutela effettiva dei Giudici di pace, che definiscono annualmente e in tempi rapidi la metà dei procedimenti del contenzioso civile e penale. Una rapida decisione nella presente causa restituirebbe a tali lavoratori le condizioni di imparzialità e di indipendenza di cui beneficia il giudice precostituito per legge, garantite dall'articolo 47 della Carta. Ebbene, tali condizioni sarebbero gravemente lese dall'assoluta precarietà del rapporto di lavoro di detti lavoratori, nonostante il loro stabile e strutturale nell'organizzazione della giustizia italiana.»».*

Contestualmente, con la sentenza King<sup>86</sup> la Corte di giustizia ha riconosciuto che dovesse essere qualificato come «lavoratore» ai sensi della direttiva 2003/88 e che avesse diritto di beneficiare l'indennità per ferie annuali retribuite chi ha lavorato in base a un «contratto di lavoro autonomo con retribuzione basata sulle sole commissioni» (sentenza King, punto 13), come nel caso dei giudici onorari italiani.

## **11. La Commissione Ue reagisce alle critiche di aver favorito il Jobs act e ripristina motu proprio le ragioni oggettive nel d.lgs. n.81/2015: le fake news dei contratti acasali temporanei nella causa pregiudiziale Sciotto sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche**

La Commissione Ue ha recentemente, e inaspettatamente, reagito alle critiche che sono state mosse dai petitioners italiani all'Istituzione europea (rappresentata in quell'occasione da un agente contrattuale, cioè da un precario) nella seduta del 22 marzo 2017 della Commissione PETI del Parlamento Ue in cui sono state discusse molte delle petizioni sul precariato pubblico, trattate poi nella public hearing del 22 novembre 2017, per aver ingiustificatamente archiviato la procedura di

---

<sup>86</sup> Corte di giustizia, sentenza 29 novembre 2017, causa C-214/16, King c. The Sash Window Workshop Ltd e Richard Dollar, EU:C:2017:914.

infrazione n.2010/2124 sul precariato scolastico e per aver frettolosamente archiviato il 2 luglio 2015 la richiesta della CGIL di apertura della procedura di infrazione sul Jobs act con la denuncia CHAP(2014)2554.

L'occasione è stata la causa pregiudiziale promossa dalla Corte di appello di Roma<sup>87</sup>, che ha presentato alla Corte di giustizia un'inammissibile quesito pregiudiziale delineando una situazione interna di assoluta mancanza delle misure preventive di cui alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato per i lavoratori a tempo determinato pubblici alle dipendenze delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Il tentativo strumentale della Corte di appello di Roma è quello di difendere il «diritto vivente» della Cassazione sulla scuola, sul precariato pubblico e sui contratti acausali di Poste italiane e del Jobs act e di orientare alla tutela (unica) della clausola di durata massima dei 36 mesi di servizio, peraltro applicata ad una controversia in cui la lavoratrice non aveva richiesto l'applicazione della normativa sulla successione dei contratti (esclusa nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche dall'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001) né poteva richiederla perché i vari contratti a termine non avevano raggiunto il limite dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, omettendo di precisare che la consolidata giurisprudenza della Cassazione<sup>88</sup>, della Corte costituzionale<sup>89</sup>, della Corte di giustizia nella sentenza Commissione contro Granducato di Lussemburgo (unica formale sentenza di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE) nel settore dei lavoratori dello spettacolo aveva ormai affermato il principio dell'applicazione delle ragioni oggettive come unica misura preventiva e sanzionatoria per la legittima apposizione del termine contrattuale, anche in relazione al primo o unico contratto a tempo determinato.

Inaspettata è stata la reazione della Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 rispetto alla precedente prassi amministrativa di legittimazione del Jobs act del d.l. n.34/2014 e del d.lgs. n.81/2015 con l'archiviazione della denuncia di procedura di infrazione.

Alla Corte di appello di Roma che nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha invocato l'autorità di "diritto vivente" della sentenza n.11347/2016 delle Sezioni unite sui contratti acausali di Poste italiane, la Commissione Ue risponde al punto 56 delle osservazioni scritte depositate il 19 settembre 2017 nel senso che l'accordo quadro, ed in particolare la sua clausola 5 osta ad una normativa interna, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai

---

<sup>87</sup> Corte di appello di Roma, ordinanza 15 maggio 2017, causa C-331/17, *Sciotto* contro Teatro dell'Opera di Roma.

<sup>88</sup> Cfr. Cassazione, sentenze nn.208/2017; 18512/2016; 17064/2015; 10924/2014; 10217/2014; 10124/2014; 10123/2014; 10122/2014; 243/2014; 6547/2014; 5749/2014; 5748/2014; 18263/2013; 11573/2013; 247/2011.

<sup>89</sup> Corte costituzionale, sentenza 11 dicembre 2015, n.260, cit..

sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato.

La Commissione Ue ai punti 7 e 8 delle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 evidenzia, condivisibilmente<sup>90</sup>, che le ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE anche per il primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato continuano a costituire, nonostante il Jobs act, la misura preventiva applicabile nell'ordinamento interno, ad eccezione delle Fondazioni lirico-sinfoniche (punto 9 osservazioni scritte Commissione) a cui non si applicano le disposizioni dell'art.1, commi 01 e 2, del d.lgs. n.368/2001, come previsto dall'art.3, comma 6, del d.l. n.64/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n.100/2010).

Infatti, secondo la Commissione Ue l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 nel testo applicabile alla fattispecie di causa (ante d.l. n.34/2014) sarebbero stati sostituiti da disposizioni di identico tenore, rispettivamente l'art.1, comma 1, e l'art.19, comma 4, del d.lgs. n.81/2015, in quanto, secondo il punto 1 della clausola 5 dell'accordo quadro, in relazione anche al n.7 delle considerazioni generali dello stesso accordo quadro, «27. ....*sussiste un abuso ove vi sia un utilizzo successivo dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di ragioni oggettive.* 28. *Al riguardo, nella citata sentenza Commissione c. Lussemburgo sui lavoratori saltuari nel settore dello spettacolo, la Corte ha ricordato l'obiettivo della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, che è quello di limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, e ciò mediante un certo numero di disposizioni di "tutela minima" tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti.....* 32. *Nella citata sentenza, la Corte ha quindi concluso nel senso che non è compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro una normativa nazionale che non faccia dipendere l'impiego di personale a tempo determinato da specifiche esigenze legate alla natura dell'attività esercitata, ma che preveda tale possibilità di impiego in maniera generale e astratta, a tal punto da permettere che dei lavoratori possano essere assunti a tempo determinato anche per compiti che, per loro natura, non sono temporanei.*» (osservazioni scritte Commissione causa Sciotto C-331/17, punti 27-28 e 32).

Prosegue, inoltre, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 ai punti 35-38 sulla necessità delle ragioni oggettive temporanee per giustificare l'apposizione del

---

<sup>90</sup> Si rimanda a quanto precisato in V. De Michele, *Il d.lgs. n. 81/2015 e la (in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in E.Ghera e D.Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs act*

termine al contratto di lavoro, esattamente in linea con quanto già evidenziato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.260/2015 sulla illegittimità anche comunitaria della normativa ostativa alla stabilità lavorativa dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Infine, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 ai punti 46-51, richiamando in particolare le sentenze Porras (punti 21, 25, 30-32) e Impact (punti 59-60) della Corte di giustizia, interviene a stigmatizzare, come aveva già fatto l'Avvocato generale Mengozzi nella lunghissima nota 73 delle citate conclusioni scritte della causa Regojo Dans criticando l'ordinanza Vano della Corte di giustizia, la discriminazione "orizzontale" operata «tra i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e i lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro, per i quali il ricorso al contratto a tempo determinato dev'essere giustificato da ragioni obiettive», discriminazione che diventa ancora più grave ove rapportata al caso Poste italiane, in cui la discriminazione, secondo la sentenza n.11347/2017 delle Sezioni unite, è possibile discriminare tra lavoratori assunti da Poste ai sensi dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 che hanno diritto alla conversione a tempo indeterminato anche per un solo contratto a termine privo di ragioni oggettive, e lavoratori assunti dalla stessa impresa pubblica con la norma speciale dell'art.2, comma 1 bis, d.lgs. n.368/2001, che non ha diritto alla conversione a tempo indeterminato.

La Commissione Ue, sorprendentemente ma condivisibilmente, propone al giudice nazionale la "disapplicazione" della norma interna ostativa alla tutela, peraltro già applicata dalla citata consolidata giurisprudenza della Cassazione per i dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche, affermando la diretta applicazione delle ragioni "obiettive" come causa giustificativa dell'apposizione del termine contrattuale e ripristinando il rapporto tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l'eccezione del contratto a tempo determinato, superando (cioè disapplicando), alla luce della nozione comunitaria di ragioni oggettive enunciata dalla sentenza Adeneler della Corte di giustizia, il dato normativo interno totalmente ostativo all'applicazione di qualsiasi misura preventiva e sanzionatoria contro l'utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato nel settore para-pubblico dello spettacolo lirico-sinfonico.

## **12. La riapertura del dialogo della Cassazione con la Corte di giustizia sulla tutela effettiva del precariato pubblico**

Grazie anche al contributo delle descritte nuove istanze di rinvio pregiudiziale Ue della giurisprudenza di merito, il momento di pesante sbandamento nella tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari nella più recente giurisprudenza della Cassazione appare in via di

rapido superamento, per tornare al tradizionale dialogo attivo e “ascendente” con la Corte di giustizia.

In primo luogo, la Cassazione con la sentenza n.25672/2017<sup>91</sup> ha riconosciuto l’applicabilità delle tutele della direttiva 1999/70 in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato ai precari pubblici siciliani assunti per molti anni attraverso iniziali progetti di tipo assistenziale o come lavoratori socialmente utili, facendo corretta applicazione delle sentenze della Corte di giustizia *in subiecta materia*.

La Suprema Corte ha, inoltre, modificato l’ordinaria prassi di assegnare alla Sezione stralcio (VI Sezione) in camera di consiglio non partecipata (cioè senza la partecipazione degli avvocati e delle parti) le cause sul risarcimento del danno e la sanzione effettiva antiabusiva dei precari della scuola, disponendo con alcune ordinanze interlocutorie del 21 novembre 2016<sup>92</sup> il rinvio delle cause all’udienza pubblica davanti alla Sezione lavoro (IV Sezione), con la partecipazione delle parti e degli avvocati, per un approfondimento della questione nella pendenza in Corte di giustizia della questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Trento nella causa Rossato C-494/17.

Infine, la Cassazione ha revocato l’identica prassi di assegnare alla VI Sezione in camera di consiglio non partecipata le cause sulla sanzione effettiva antiabusiva dei precari pubblici, disponendo l’udienza pubblica dell’8 novembre 2017 (giudizio n.4790/2014 R.G. Cass.) e la nuova discussione su fattispecie di precariato sanitario analoga a quella decisa con la tutela solo indennitaria della sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite.

La Suprema Corte ha mostrato anche in questo caso disponibilità ad un approfondimento della questione e a un eventuale nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull’applicazione della clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nella comparazione sulle condizioni di impiego tra lavoratori a tempo indeterminato comparabili (ex dipendenti a tempo determinato delle pubbliche amministrazioni immessi in ruolo con la misura della stabilizzazione per sanare l’abusivo ricorso ai contratti a termine di durata superiore a 36 mesi) e lavoratori pubblici a tempo determinato che si trovano nell’identica situazione di abuso contrattuale (cioè superamento di 36 mesi di servizio).

### **13. Le conclusioni dell’avvocato generale Szpunar nella causa Santoro e la sentenza Andrés e López della Corte di giustizia sulle categorie di lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai fini della stabilizzazione dei precari pubblici**

---

<sup>91</sup> Cassazione, S.L., sentenza 27 ottobre 2017, n.25672.

<sup>92</sup> Cassazione, Sez. VI L, ordinanze 21 novembre 2017 nn.27615-6-7-8.

Lo spunto di “nuova” riflessione della Suprema Corte sulla sanzione effettiva ed equivalente in materia di abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego proviene dalle indicazioni dell’avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni del 26 ottobre 2017 nella causa Santoro C-494/16.

Afferma l’avvocato generale Szpunar nelle conclusioni scritte della causa C-494/16 che, diversamente da quanto prospettato dal Tribunale di Trapani nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale, la comparazione ai fini dell’applicazione del principio di equivalenza delle misure da adottare in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato non può essere operata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato del settore privato, per i quali, nel rispetto del principio di autonomia dell’ordinamento nazionale, è previsto un regime sanzionatorio che prevede la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, escluso nel settore pubblico.

Secondo l’avvocato generale Szpunar l’equivalenza sanzionatoria va sicuramente ricercata tra situazioni simili la stessa categoria di lavoratori della pubblica amministrazione, anche se l’Avvocato generale Szpunar lascia la strada aperta al fatto che *«la ricerca di situazioni simili non deve essere limitata alle situazioni concernenti la stessa categoria di lavoratori della pubblica amministrazione.»*

L’avvocato generale Szpunar nella sua introduzione ai punti 1-2 ha premesso che l’ordinanza del Tribunale di Trapani si iscrive in una serie di rinvii introdotti dai giudici italiani, aventi ad oggetto la compatibilità del divieto di trasformazione dei contratti a tempo determinato in un solo contratto a tempo indeterminato nel settore pubblico in caso di ricorso abusivo a detto primo tipo di contratti da parte di un datore di lavoro, citando all’uopo in nota 3 le sentenze della Corte di giustizia Marrosu e Sardino (EU:C:2006:517, richiamata nell’ordinanza di rinvio), Vassallo (EU:C:2006:518); Fiamingo e a. (EU:C:2014:2044, punti da 62 a 64), Mascolo e a. (EU:C:2014:2401), nonché l’ordinanza Affatato (EU:C:2010:574), quest’ultima seppure indirettamente citando l’ordinanza presidenziale del 16 marzo 2010 (EU:C:2010:144) di rigetto dell’istanza di procedimento accelerato proposta dal Tribunale di Rossano nella causa Affatato C-3/10.

Tuttavia, secondo l’avvocato generale polacco, a differenza delle precedenti domande pregiudiziali “italiane”, il giudice del rinvio si chiede, nella fattispecie, quali misure debbano essere adottate al fine di sanzionare l’utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, sottolineando che ciò consentirà alla Corte di arricchire la propria giurisprudenza concernente la direttiva 1999/70 e l’accordo quadro. In realtà la precisazione pare “curiosa”, paradossale, perché anche nei giudizi definiti dalle sentenze Marrosu-Sardino, Vassallo, Mascolo (punti 55; punti 59-61), nonché

dall'ordinanza Affatato e dall'ordinanza Papalia (EU:C:2013:873, citata dall'avvocato generale Szpunar al punto 56 sulla perdita di chance) si controverteva sempre e soltanto di quali misure interne debbano essere adottate al fine di sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

C'è dell'ironia velata di sarcasmo "istituzionale" in questo invito dell'avvocato generale Szpunar a trattare la causa pregiudiziale Santoro come una "novità" per la Corte di giustizia, indirizzata, parrebbe, ad uso interno e che sembra l'effetto della discussione orale all'udienza del 13 luglio 2017, in cui l'autorevole difensore<sup>93</sup> della lavoratrice ha posto al Collegio lussemburghese il problema della condizionalità come soluzione della problematica della tutela effettiva del precariato pubblico, sulla base della conclusione delle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo di compatibilità comunitaria "condizionata" della misura interna del risarcimento del danno prevista dall'art.36, comma 5 (all'epoca, comma 2), d.lgs. n.165/2001, rispetto al test di equivalenza ed effettività che il giudice nazionale avrebbe dovuto effettuare.

In buona sostanza, se la soluzione del diritto vivente della Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 non dovesse rispondere, nella valutazione della Corte, ai canoni di effettività ed equivalenza richiesti nella sentenza Marrosu-Sardino, verrebbe confermata la pronuncia di incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE di cui all'ordinanza Papalia rispetto alla misura del risarcimento dei danni di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e, pertanto, la Corte di Lussemburgo dovrebbe affermare la primazia del diritto dell'Unione europea sul diritto interno privo di misure effettive, applicando ai lavoratori pubblici a tempo determinato in caso di abuso contrattuale soprattutto in caso di successione di rapporti a termine la stessa tutela prevista per i lavoratori nel settore privato.

Questa riflessione trova eco della nota 11 del punto 35 delle conclusioni dell'avvocato generale e serve a dare la chiave di lettura dell'affermazione contenuta nello stesso punto 35, ove Szpunar ha rilevato che la Corte di giustizia ha già dichiarato che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in linea di principio, a che un destino differente sia riservato all'accertamento di un ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato successivi in base al settore o alla categoria in cui rientra il personale in questione, purché l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato contempli, in tale settore o nei confronti di tale categoria di personale, un'altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi.

---

<sup>93</sup> Cfr. già Michele DE LUCA, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati*, in Atti del Convegno nazionale del Centro studi "D. Napoletano" del 9 – 10 marzo 2007 all'Unical di Arcavacata di Rende, Lav.prev.oggi, suppl. n.6, 2008, 261.

Infatti, nella nota 11 delle conclusioni dell'avvocato generale sono richiamati i punti 40, 41 e 48 della sentenza Andrés e López (EU:C:2016:680) della Corte di giustizia.

Nella sentenza Andrés e López la Corte di giustizia utilizza come *tertium comparationis* per l'equiparazione sanzionatoria (= la reintegrazione nel posto di lavoro) idonea a individuare una misura equivalente ed energica per punire l'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato "occasional" di "diritto pubblico" proprio la categoria di lavoratori a tempo indeterminato non permanente di "diritto privato", che nell'ordinanza León Medialdea aveva riqualificato in contratti a tempo determinato di "diritto privato/pubblico" da equiparare, ai fini delle condizioni di impiego, o ai contratti a tempo indeterminato permanente di diritto privato o ai contratti di ruolo di diritto pubblico.

Pertanto, esattamente come era avvenuto nella causa Russo C-63/13 dell'educatrice comunale di Napoli che aveva superato i 36 mesi di servizio e che chiedeva la costituzione di un rapporto stabile alle dipendenze del datore di lavoro pubblico (sentenza Mascolo, punto 55), la Corte di giustizia ha evidenziato che lo stesso Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi, come giudice del rinvio, ritiene che esista una misura efficace contro l'abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato per quanto riguarda i lavoratori soggetti alle norme di diritto comune del lavoro, in quanto la giurisprudenza del Tribunal Supremo (Corte suprema) ha sancito la nozione di «lavoratore a tempo indeterminato non permanente», con tutte le conseguenze che ne derivano nel diritto nazionale e, segnatamente, il diritto del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro (punto 46).

La Corte di giustizia nella sentenza Andrés e López, dunque, conclude che, se il giudice del rinvio dovesse constatare l'inesistenza, nel diritto spagnolo, di una qualsiasi altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi nei confronti del personale assunto nelle amministrazioni in regime di diritto pubblico, una tale situazione sarebbe idonea a pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile dell'accordo quadro (punto 49), cioè saremmo in presenza di un inadempimento alla direttiva 1999/70.

In questo caso, il dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento dell'obbligo di leale cooperazione vale per tutti gli organi degli Stati membri Ue, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (punto 50) e dunque spetta alle autorità giurisdizionali dello Stato membro interessato garantire il rispetto della clausola 5, n.1, dell'accordo quadro, vegliando che i lavoratori i quali abbiano subito un abuso in conseguenza dell'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi non siano dissuasi dal far valere dinanzi alle autorità nazionali, ivi incluse quelle giurisdizionali, i diritti loro conferiti

dalla normativa nazionale nell'ambito dell'attuazione di tutte le misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, nella speranza di continuare a lavorare nel settore pubblico (punto 51, che richiama il punto 165 della sentenza Angelidaki).

In particolare, secondo la Corte europea, il giudice nazionale adito deve accertarsi che tutti i lavoratori assunti «a tempo determinato» ai sensi della clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro possano vedere applicate, nei confronti dei rispettivi datori di lavoro, le sanzioni previste dalla normativa nazionale qualora abbiano subito un abuso in conseguenza dell'utilizzo di contratti successivi, e ciò indipendentemente dalla qualificazione del loro contratto secondo il diritto interno (punto 52, che richiama il punto 166 della sentenza Angelidaki).

Pertanto, secondo la Corte di giustizia, poiché nei procedimenti principali non esiste nei confronti del personale assunto nelle amministrazioni in regime di diritto pubblico nessun'altra misura equivalente ed efficace di tutela, l'equiparazione di tale personale a tempo determinato a «lavoratori a tempo indeterminato non permanenti», conformemente alla giurisprudenza nazionale esistente, potrebbe costituire una misura idonea a sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato e a eliminare le conseguenze della violazione delle disposizioni dell'accordo quadro.

Sulla equiparazione sanzionatoria tra lavoro privato e lavoro pubblico, la sentenza Angelidaki era stata già estremamente chiara al punto 170, ove la Corte affermava che qualora l'ordinamento giuridico dello Stato membro in questione (Grecia) non comporti, per il periodo considerato, altre misure efficaci a tale scopo, ad esempio perché le sanzioni previste all'art. 7 di detto decreto non sono applicabili *ratione temporis*, la conversione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti di lavoro a tempo indeterminato ai sensi dell'art.8, n.3, della legge 2112/1920 sul lavoro privato potrebbe rappresentare una misura in tal senso.

La Corte di giustizia prima nell'ordinanza Papalia e poi nella sentenza Mascolo per i casi "italiani" e ora nella sentenza Andrés e López per il precariato pubblico spagnolo sembra aver superato la distinzione sull'apparato sanzionatorio tra datori di lavoro pubblici e imprese private, tra il "settore pubblico" e il "settore privato", sfumando le differenze tra settori e, come aggiunge nella sentenza Andrés e López, tra categorie (di contratti a tempo determinato), nell'evidenza che la differenza di regolazione dei contratti a termine non può essere giustificata quando nel settore o nella categoria diversamente disciplinato manchi addirittura l'apparato sanzionatorio antiabusivo equivalente, cioè si sia in presenza di un inadempimento alla direttiva 1999/70.

Calando queste riflessioni dell'avvocato generale Szpunar e della Corte di giustizia nella sentenza Andrés e López nell'ordinamento italiano, il diritto alla trasformazione a tempo

indeterminato nel pubblico impiego dei contratti a tempo determinato in caso di abusivo e reiterato ricorso allo strumento contrattuale flessibile è stato già riconosciuto nella prassi giudiziaria interna e nella legislazione nazionale:

- ai lettori universitari, ora collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato, in applicazione della legge n.230/1962, salvo il tardivo e autarchico ripensamento delle Sezioni unite nella sentenza n.21972/2017 sul caso Delay;
- all'usciera INAIL assunto ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), stabilizzato a seguito della sentenza n.9555/2010 della Cassazione;
- ai dipendenti precari degli Enti pubblici economici, assunti ai sensi del d.lgs. n.368/2001, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato e con contribuzione Inps, a cui si applicano le tutele sanzionatorie previste dalla normativa privatistica secondo quanto precisato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.4685/2015 (punto 14);
- ai dipendenti precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche quali gli Enti pubblici non economici, assunti ai sensi del d.lgs. n.368/2001, con rapporto sia formalmente sia contributivamente assoggettato alle regole del pubblico impiego "privatizzato", per i quali l'art.3, comma 5, d.l. n.64/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n.100/2010) per l'assunzione a tempo indeterminato prevede l'indizione di procedure concorsuali, a cui, come riconosciuto dalla sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale e dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione (cfr. per tutte Cass. n. 208/2017), le ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, in applicazione della clausola 5, punto 1, lett.a) dell'accordo quadro, costituiscono l'unica misura preventiva prevista dall'ordinamento interno;
- ai dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le pubbliche amministrazioni, che hanno superato procedure concorsuali o selettive o previste ex lege, come disposto dall'art.1, comma 519, della legge n.296/2006 (cfr. sentenza delle Sezioni unite n.6077/2013 per i dipendenti della Croce rossa);
- ai dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le Autorità indipendenti, assunti senza concorso pubblico e stabilizzati senza procedure concorsuali o selettive, come disposto dall'art.75, comma 2, del d.l. n.112/2008 (cfr. sentenza *Valenza* della Corte di giustizia, EU:C:2012:646, punti 13, 14 e 16);
- alle decine di migliaia di docenti, inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento della scuola pubblica, che sono stati immessi in ruolo con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015, ai sensi dell'art.1, commi 95 ss., della legge n.107/2015, senza il possesso di alcun titolo di servizio nella

pubblica amministrazione scolastica e per la mera fortuita condizione di essere inseriti in una graduatoria selettiva permanente ad esaurimento, il cui accesso era consentito fino al 2007 anche senza il superamento come idoneità all'insegnamento di procedura concorsuale ai sensi dell'art.399, comma 1, d.lgs. n.297/1994 (cioè con il titolo abilitante delle "scuole di specializzazione per l'insegnamento", su cui cfr. sentenza *Mascolo*, punto 89), e quindi sulla base di "meri automatismi" con lo scorrimento delle g.a.e. (cfr. Corte cost., sentenza n.187/2016, punto 8.1);

- ai funzionari a tempo indeterminato con inquadramento C/3 con incarico dirigenziale presso l'amministrazione penitenziaria, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti è stata garantita dall'art. 4 della legge 154/2005;
- ai docenti scolastici con incarico dirigenziale a termine, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigente scolastico è stata garantita dall'art. 1, comma 87, della legge n.107/2015;
- ai segretari comunali e provinciali a tempo indeterminato, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti delle amministrazioni locali è stata garantita dall'art. 11 della legge n.124/2015;
- ai dipendenti a tempo determinato del Quirinale, in possesso del requisito dei 36 mesi di servizio, a cui è stata garantita la stabilità lavorativa dal decreto n.26/N dell'aprile 2016 del Presidente della Repubblica.

#### **14. Conclusioni: la missione [im]possibile del Parlamento europeo sulla tutela effettiva dei precari pubblici (e privati)**

In attesa che l'Italia e la Spagna, i due Stati che più hanno subito la precarizzazione "indotta" dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego a fronte di carenze strutturali nell'organico delle amministrazioni pubbliche, trovino nella giurisprudenza interna gli strumenti più adatti per risolvere la complessa problematica utilizzando tutte le indicazioni e le tecniche interpretative che provengono dalla Corte di giustizia, è necessario concentrare il focus dell'azione del Parlamento Ue sul vero responsabile di questa, per molti versi incredibile, situazione di disagio sociale ed economico che riguarda centinaia di migliaia di cittadini europei che lavorano non stabilmente presso datori di lavoro pubblici.

Il comportamento della Commissione è ingiustificabile e gravissimo, perché costituisce una violazione flagrante dei Trattati e del principio di leale cooperazione con la Corte di giustizia e con il Parlamento, venendo meno al suo compito istituzionale di controllare la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea da parte degli Stati membri, in particolare per quanto la direttiva 1999/70/CE, che è stata cancellata dall'agenda della Commissione come normativa applicabile in alcuni Stati membri, come l'Italia, la Spagna, la Francia, il Portogallo, per quanto riguarda le misure

preventive contro gli abusi nella successione dei contratti, con particolare ma non esclusivo riferimento al pubblico impiego.

Il Granducato di Lussemburgo, cioè lo Stato membro che ha recepito meglio di tutti la direttiva 1999/70/CE, è stato “severamente” punito per conto terzi (cioè in sostituzione dell’Italia), perché con la sentenza del 26 febbraio 2015, tre mesi dopo la sentenza Mascolo, la Corte di giustizia ha accertato l’inadempimento del Granducato alla direttiva 1999/70/CE per i lavoratori saltuari dello spettacolo, evidenziando la mancanza della misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee.

La Commissione non ha mai applicato né all’Italia né ad altri Stati in situazione analoga i principi enunciati nelle sentenze Mascolo e Commissione contro Lussemburgo, principi ribaditi dalla Corte di giustizia sul precariato pubblico con l’ordinanza León Medialdea dell’11 dicembre 2014 in causa C-86/14 (Spagna), con l’ordinanza Popescu del 21 settembre 2016 in causa C-614/15 (Romania), con ben tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 sul precariato pubblico spagnolo nelle cause de Diego Porras (C-596/14), Martínez Andrés e Castrejana López (C-184/15 e C-195/15) e Pérez López (C-16/15).

In queste decisioni la Corte ha riconosciuto il diritto – negato dalla Commissione - dell’equiparazione sostanziale e formale sul piano sanzionatorio e delle tutele effettive del settore pubblico rispetto a quello privato, con estensione della clausola 4 dell’accordo quadro anche alle condizioni di lavoro al momento del recesso illegittimo del rapporto di lavoro a tempo determinato per mancanza di ragioni oggettive e/o per la fraudolenta reiterazione, rispetto ai licenziamenti ingiustificati perché senza giusta causa dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

La Corte di giustizia, dunque, ha riconosciuto la centralità della sanzione della stabilizzazione o della conversione a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego italiano e spagnolo, utilizzando non solo la clausola 5 dell’accordo quadro sulle misure preventive anche per quanto riguarda il punto 2 della trasformazione a tempo indeterminato (sentenza Mascolo, punto 55), ma anche la clausola 4 dell’accordo quadro (v. in particolare, sentenza Martínez Andrés e Castrejana López, conclusioni).

La Commissione ha ignorato la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e, quindi, ha reso non più effettivo il primato del diritto dell’Unione sulle legislazioni nazionali, sancito nella dichiarazione n.17 allegata ai Trattati, secondo cui «*Per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell’Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza*».

La Commissione ha incredibilmente archiviato la procedura di infrazione n.2010-2124 sul precariato della scuola pubblica, che era iniziata dopo l'interrogazione della parlamentare europea Rita Borsellino del 16 aprile 2010 n.E-2354/10, quando la Commissione ha constatato che era falsa l'informazione del Governo italiano di applicazione della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi del personale amministrativo, tecnico e ausiliario (ata) con più di 36 mesi di servizio, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

Ebbene, nonostante la Corte di giustizia nella sentenza Mascolo abbia accertato che al personale della scuola è impedita l'applicazione dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 da due norme introdotte nel 2009 e nel 2011 (punti 16, 20, 28 e 84) che impediscono la tutela effettiva della stabilità dopo 36 mesi, sanzione che va applicata invece al precariato pubblico non scolastico per non violare il principio di leale cooperazione (punti 55 e 59-61), la Commissione ha archiviato la procedura di infrazione n.2010-2124 anche per il personale ata. Il personale ata è escluso dal piano di immissioni in ruolo previsto dalla legge n.107/2015, che riguarda soltanto il personale docente inserito nelle graduatorie ad esaurimento anche senza un giorno di servizio nella scuola pubblica e non il personale ata con più di 36 mesi, per i quali, come constatato dalla Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016, rimane la situazione di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE.

Come detto, la sentenza Mascolo ha affermato al punto 55 che il precariato pubblico non scolastico, come nel caso di moltissime delle petizioni italiane discusse alla seduta pubblica del 22 novembre 2017 della Commissione PETI del Parlamento, deve essere assunto a tempo indeterminato dopo 36 mesi di servizio dalle pubbliche amministrazioni italiane, se non intendono violare il Trattato dell'Unione europea (art.4).

Per tutta risposta il Governo italiano, nell'inerzia della Commissione, ha abrogato, con il d.lgs. 81/2015, il d.lgs. n.368/2001, cioè la normativa interna attuativa della direttiva 1999/70/CE e, quindi, di abrogare l'art.5, comma 4-bis, e di reintrodurre (art.29, comma 4, d.lgs. n.81/2015) dal 25 giugno 2015 la norma sul divieto di conversione nel pubblico impiego (art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001), dichiarata incompatibile con la direttiva 1999/70/CE dall'ordinanza Papalia del 12 dicembre 2013 (causa C-50/13), che riguardava il caso di un maestro della banda musicale del Comune di Aosta che era rimasto precario per 30 anni e non è stato mai stabilizzato. In conseguenza, la Corte di giustizia nella sentenza Mascolo aveva accertato che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 non era più applicabile al precariato pubblico (punto 114).

Il ravvedimento operoso ma tardivo della Commissione europea, nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17, sulla ultrattività delle ragioni oggettive del d.lgs. n.368/2001 anche

nella nuova disciplina del contratto a tempo determinato (e del contratto di somministrazione a tempo determinato) del Jobs act creerà, inevitabilmente, gravissimo disagio agli interpreti nazionali e ai datori di lavoro pubblici e privati, convinti dalle fake news del Governo italiano sulla natura ontologicamente acausale dei nuovi rapporti di lavoro flessibili dopo il d.l. n.34/2014, alimentando in maniera esponenziale quel contenzioso che, dall'apparente mancanza di ogni tutela effettiva antiabusiva nel d.lgs. n.81/2015, sembrava ormai in fase di riduzione irreversibile e definitiva.

La Commissione ha mentito al Parlamento Ue e ai cittadini italiani quando, per legittimare la situazione "interna" di precarizzazione dei rapporti di lavoro dei propri agenti contrattuali, nella risposta ricevuta il 27 gennaio 2016 dalla Commissione per le petizioni, ha affermato che la legge n. 107/2015 *«limita altresì la durata dei contratti a tempo determinato per il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico ed ausiliario a un massimo di 36 mesi, anche laddove tali contratti non siano consecutivi. Infine, la riforma prevede un risarcimento dei danni conseguenti alla reiterazione di contratti a termine per una durata complessiva superiore a trentasei mesi, anche non continuativi, per tutto il personale della pubblica istruzione»*.

Non è vero quanto affermato dalla Commissione perché l'art.1, comma 131, della legge n.107/2015 fissa soltanto un limite massimo di 3 supplenze annuali (che coprono fino al 31 agosto l'intero anno scolastico), consentendo così all'amministrazione scolastica di utilizzare senza limiti, come ha fatto in passato, le c.d. supplenze su organico di fatto (cioè fino al 30 giugno), che il Governo Letta si era impegnato formalmente e giuridicamente ad eliminare perché supplenze prive di ragioni oggettive, limitando i contratti a tempo determinato in tutto il pubblico impiego a quelli stipulati per esigenze eccezionali o temporanee di natura sostitutiva (sentenza Mascolo, punti 92 e 93).

Non è vero quanto affermato dalla Commissione perché l'art.1, comma 132, della legge n.107/2015 prevede il risarcimento dei danni per l'abusivo ricorso a tempo determinato, senza determinarne i parametri per il calcolo, soltanto in favore di chi ha superato le 3 supplenze annuali, cioè di chi ha maturato almeno 4 supplenze annuali, per cui i docenti o il personale ata possono anche aver fatto 10, 20 o 30 anni di servizio complessivamente nella scuola pubblica e non aver diritto a nessun risarcimento dei danni, non avendo maturato, per scelta discrezionale dello Stato italiano, almeno 4 supplenze annuali fino al 31 agosto.

Come anticipato, la Corte di cassazione, con numerosissime sentenze tutte uguali a decorrere dal 7 novembre 2016, ha stabilito che il diritto al risarcimento dei danni subiti dai docenti o dal personale ata matura soltanto quando hanno raggiunto 4 supplenze annuali e non quando hanno superato i 36 mesi di servizio di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 e, comunque, se il

personale docente o ata è stato immesso in ruolo prima della fine del giudizio in cassazione, non ha neanche diritto al risarcimento dei danni, con rigetto del ricorso instaurato molto prima dell'immissione in ruolo e la restituzione del risarcimento delle mensilità liquidate dalle Corti di appello.

La responsabilità di queste apodittiche decisioni della Cassazione, contestate dalla Corte di appello di Trento nella nuova ordinanza pregiudiziale pendente (causa Rossato C-494/17), in contrasto con la sentenza Mascolo della Corte di giustizia e con la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale, è però della Commissione, che ha archiviato senza motivo la procedura di infrazione n.2010-2124, nonostante dal piano di immissione in ruolo della legge n.107/2015 siano stati esclusi moltissimi docenti che hanno superato i 36 mesi di servizio (oltre 30.000) e tutto il personale ata.

La Commissione ha avallato e provocato con la sua complice inerzia e con le sue false comunicazioni alla Commissione PETI il rifiuto della Cassazione italiana nel 2016 e nel 2017 di applicare le sentenze della Corte di giustizia sulla tutela effettiva di tutti i precari pubblici, compresi i giudici onorari, addirittura affermando la compatibilità con il diritto dell'Unione europea delle assunzioni "acausali" a tempo determinato di lunga durata dei dirigenti, come risulta dall'archiviazione della petizione n.0167/2016 con la risposta del 28 ottobre 2016 della Commissione. La Cassazione con la sentenza n.17070/2017 ha attribuito erroneamente alla Commissione PETI del Parlamento europeo la responsabilità delle false comunicazioni e della scorretta interpretazione della giurisprudenza comunitaria da parte della Commissione Ue, per negare la tutela effettiva garantita dalla corretta applicazione delle misure antiabusive e antidiscriminatorie previste dalla direttiva 1999/70/CE, che invece la precedente sentenza n.5516/2015 della stessa Suprema Corte aveva affermato.

Peraltro, la stessa Commissione Ue ha sottolineato ai punti 30-34 nelle osservazioni scritte della causa C-494/16 Santoro che, in primo luogo, il *tertium comparationis* della tutela sanzionatoria antiabusiva va riservato a situazioni analoghe di lavoratori pubblici precari e non di lavoratori del settore privato, segnalando che «*il principio di equivalenza dei rimedi risarcitori indicati nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016 non va accertato alla luce di quanto previsto dal diritto italiano per i rimedi azionabili dai lavoratori danneggiati da un ricorso abusivo alla contrattazione a termine commesso da un datore di lavoro privato, ma alla luce di quanto previsto dal diritto nazionale per casi simili, ma riguardanti la medesima categoria di lavoratori della pubblica amministrazione.*» (punto 32).

La stessa posizione ha assunto l'avvocato generale Szpunar nelle conclusioni scritte depositate il 26 ottobre 2017 nella causa C-494/16 Santoro ai punti 30-38, 40, 42 e 46 (v. *infra*), ma,

come detto, nonostante le sollecitazioni della Corte di giustizia all'udienza del 13 luglio 2017 nella stessa causa pregiudiziale, la Commissione non ha ancora notificato la messa in mora allo Stato italiano nella procedura di infrazione n.2014-4231.

Ebbene, la Commissione Ue si ostina ad attendere "Godot" (in questo caso la sentenza della Corte di giustizia nella causa Santoro C-494/16), prima di attivare la procedura di infrazione n.2014-4231 per inadempimento dell'Italia alla direttiva 1999/70 per tutto il pubblico impiego, pur avendo ben chiara la situazione interna in cui decine di migliaia di precari pubblici sono stati stabilizzati dopo aver maturato i 36 mesi di servizio e potrebbero essere utilizzati come *tertium comparationis* e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, al fine dell'applicazione ai lavoratori pubblici a tempo determinato in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato della stessa sanzione della stabilità lavorativa riconosciuta ai primi, in relazione alla clausola 4 dell'accordo quadro.

Questa situazione, di cui ha esclusiva responsabilità la Commissione, può legittimare decine di migliaia di altri precari pubblici (italiani, spagnoli, francesi, ecc.) nelle stesse condizioni a chiedere direttamente all'Unione europea davanti alla Corte di giustizia il risarcimento dei danni subiti per l'illegittimo comportamento degli agenti della Commissione e lo stato di precarietà lavorativa che la Commissione ha causato, a titolo di responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art.340 TFUE, sussistendone tutte le condizioni alla luce della recente giurisprudenza del Tribunale dell'Unione europea<sup>94</sup>.

Per evitare tutto questo e la disgregazione del sistema di tutele nazionali dei diritti fondamentali (particolarmente in Italia, ove, come precisato, la situazione è critica come si evince anche dall'elevato numero di petizioni), il Parlamento europeo potrebbe addirittura attivare il ricorso previsto dall'art.263 TFUE per la mancata intenzionale attivazione da parte della Commissione Ue delle procedure di infrazione nei confronti degli Stati totalmente o parzialmente inadempienti rispetto alla direttiva 1999/70, con l'obiettivo di coprire le proprie esigenze organizzative di precarizzare i rapporti di lavoro degli agenti contrattuali della stessa Istituzione dell'Unione preposta a vigilare sui Trattati.

Certamente la Commissione PETI del Parlamento potrebbe sollecitare la Commissione Ue, come efficacemente fece la Corte di giustizia all'udienza del 7 maggio 2014 nella causa Fiamingo ed altri C-362/13 nella persona della Signora Toader, Giudice della III Sezione della Corte europea, per depositare entro pochi giorni, non contro il Granducato di Lussemburgo ma nei confronti dello

---

<sup>94</sup> Tribunale Ue, sentenza 8 novembre 2017, causa T-42/16, De Nicola contro Consiglio Ue e Corte di giustizia Ue, EU:T:2017:791, punti 39-43.

Stato italiano, ricorso per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE che riguardi tutte le situazioni interne nel pubblico impiego in cui siano state omesse totalmente le misure preventive e sanzionatorie di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, in particolare nei confronti dei giudici onorari (cause C-472/17 Di Girolamo, C-600/17 Cipollone, C-626/17 Rossi), del precariato pubblico non scolastico (C-494/16 Santoro) e di quello scolastico e dei Conservatori AFAM (C-494/17 Rossato), delle Fondazioni lirico-sinfoniche (C-331/17 Sciotto), senza attendere le sentenze della Corte di giustizia *in subiecta materia*.

In conclusione, ad ogni buon conto, la proposta della Commissione Ue di modificare la direttiva 1999/70 va fermamente respinta dal legislatore europeo: prima di pensare a modificare una delle più importanti delle direttive sociali, bisogna darne corretta applicazione e non ostacolare il suo esatto adempimento da parte di tutti gli Stati membri.