

La sentenza Rossato della Corte di giustizia sul precariato pubblico

**di
Vincenzo De Michele**

Sommario:

1. L'asino che vola di Tommaso d'Aquino e la sentenza Rossato della Corte di giustizia. - 2. Gli antifatti normativi e giurisprudenziali della sentenza Rossato. - 3. Il rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Trento sul precariato dei docenti del Comparto Afam. - 4. Il danno "comunitario" e il danno indennizzabile al prof. Rossato per l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato. - 5. L'udienza pubblica "segretata" del 27 settembre 2018 in Corte di giustizia nella causa Rossato. - 6. Le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Rossato. - 7. La sanzione della stabilità lavorativa a data certa e non aleatoria nella sentenza Rossato. - 8. Il risarcimento del danno "ulteriore" rispetto alla "stabilizzazione": il ruolo esclusivo del giudice nazionale.

1. L'asino che vola di Tommaso d'Aquino e la sentenza Rossato della Corte di giustizia

La leggenda racconta che il grande filosofo e teologo Tommaso d'Aquino, frate dell'ordine mendicante dei domenicani, fosse, per la sua riservatezza, irriso dai confratelli che, una volta, mentre stava leggendo, gli avrebbero urlato "Tommaso, un asino vola!", perché lo ritenevano credulone. Tommaso d'Aquino, allora, sarebbe uscito e avrebbe guardato in cielo, dove, ovviamente, non c'era nessun asino e gli altri frati avrebbero cominciato a ridere, venendo però così apostrofati dal Santo della Chiesa cattolica: "*Preferisco pensare che un asino voli piuttosto che credere che dei frati dicano bugie*".

Per salvare le finanze pubbliche dello Stato italiano, pur essendo il più autorevole sacerdote della confraternita dei giudici europei deputati all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione, la Corte Ue, come già aveva fatto con la decisione Motter¹ sulla ricostruzione di carriera del personale docente della scuola pubblica, con la sentenza

¹ Corte giust. 20 settembre 2018, causa C-466/17, Motter contro Provincia di Trento, EU:C:2018:758, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, su www.europeanrights.eu, 2018.

Rossato² si è trasformata in umile fraticello burlone per invitare le migliaia di giudici del lavoro nazionali, tranne il giudice del rinvio (la Corte di appello di Trento) a mostrarsi come altrettanti Tommaso d'Aquino, per credere che l'asino possa, a determinate condizioni, volare.

Chi scrive condivide questa raffinata operazione di politica istituzionale della Corte di giustizia, che rischia però di avere un prezzo molto elevato sulla credibilità stessa dello strumento di rinvio pregiudiziale, per le contraddizioni interne, del tutto intenzionali, sui fatti di causa, che potrebbero accreditare negli osservatori meno attenti che vi siano gravi errori, in realtà insussistenti, della Corte Ue nell'analisi e nella comprensione degli atti processuali.

Innanzitutto, per escludere che vi siano contraddizioni o errori involontari, è sufficiente verificare che la sentenza Rossato è stata sottoscritta, *extra ordinem*, del Presidente Lenaerts, che non era componente del Collegio a cinque della I Sezione, che ha deciso la causa C-494/17 dopo l'accesa trattazione orale all'udienza di discussione del 27 settembre 2018 (che inusualmente non compare nella parte iniziale della decisione, ma è citata al punto 18 delle conclusioni dell'avvocato Szpunar) e le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, depositate all'udienza del 6 dicembre 2018.

Sembra una sentenza surreale, confusa, contraddittoria, superficiale, che pare in contrasto sia con l'opinione del giudice del rinvio³ sulla possibile risposta della Corte al suo quesito sia con l'opinione dell'avvocato generale Szpunar⁴, e che invece pare confermare la solidità della tesi

2 Corte giust. 8 maggio 2019, causa C-494/17, Fabio Rossato c. Ministero dell'Istruzione e Conservatorio di musica C.A. Bonporti, EU:C:2019:387.

3 App. Trento 17 luglio 2017 (ord.), causa C-494/17, Fabio Rossato c. Ministero dell'Istruzione e Conservatorio di musica C.A. Bonporti. Questo il quesito pregiudiziale posto dalla Corte di appello di Trento: «Se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 1 commi 95, 131 e 132 della L. n. 107 del 2015 dello Stato Italiano, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme dell'accordo quadro in relazione alla violazione dello stesso per l'abusiva reiterazione di contratti a termine per il periodo anteriore a quello in cui le misure, di cui alle norme indicate, sono destinate a produrre effetti.».

4 Queste le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar rese all'udienza del 6 dicembre 2018, EU:C:2018:994: «La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, il quale figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad

delle decine di sentenze della Cassazione sul precariato scolastico⁵, della sentenza n.5072/2016⁶ della Suprema Corte sul "danno comunitario" e della sentenza n.187/2016⁷ della Corte costituzionale, che invece sia la Corte di appello di Trento che l'avvocato generale Szpunar avevano rigorosamente criticato.

Per chi scrive è esattamente il contrario, come vedremo, esaminando i fatti processuali e la normativa interna applicabile alla fattispecie di causa, parzialmente manipolata o omessa nella sentenza Rossato nelle sue risposte apparentemente criptiche o addirittura errate, ma in fondo

un'interpretazione giurisprudenziale di disposizioni del diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento principale, che disciplinano misure intese a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, secondo la quale sarebbe vietato qualsiasi risarcimento del danno causato dall'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato durante il periodo anteriore all'entrata in vigore di dette disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.»

5 Cass. 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.

6 Cass. ss.uu. 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.

7 Corte cost. 20 luglio 2016, n.187, su cui 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, 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, n.9/2016, 8 settembre 2016; F. Putaturo

chiarissime, per chi crede che l'asino non può volare, neanche a determinate condizioni.

2. Gli antefatti normativi e giurisprudenziali alla sentenza Rossato

Per comprendere il senso e la portata della sentenza Rossato e il riuscito sforzo – sul piano formale – della Corte Ue di non entrare in conflitto diretto con la giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale *in subiecta materia* è necessario ricostruire le "cause" legislative e giurisprudenziali, che ne costituiscono l'antefatto⁸.

Una buona base di partenza è quella di muovere dalle critiche di chi scrive alle due consecutive e coordinate sentenze della Corte di appello di Milano n.709/2012⁹ e della Cassazione n.10127/2012¹⁰ sui docenti supplenti della scuola pubblica¹¹, e dal conseguente dibattito tra due opposte scuole di pensiero sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari nei confronti dello Stato.

Vi era, infatti, chi riteneva che i costi della tutela del *welfare* fossero eccessivi e non sostenibili per lo Stato in un momento di gravissima crisi economica. La sentenza della Cassazione n.10127/2012 rispondeva *apertis verbis* a queste sollecitazioni e motivazioni dell'emergenza economica¹².

Vi era, invece, chi, come lo scrivente, sosteneva e cercava di argomentare e documentare che le ragioni economiche fossero soltanto l'espedito per alimentare il precariato pubblico, creando discriminazioni tra lavoratori tutelati e lavoratori privi di tutele, moltiplicando così non

Donati, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, 603-614.

⁸ Su cui, per la ricostruzione che viene di seguito proposta, cfr. V. De Michele, *Le modifiche alla riforma della Buona scuola nel "decreto dignità"*, in *Lav.giur.*, 2018, 883 ss..

⁹ App. Milano 11-15 maggio 2012, n.709.

¹⁰ Cass. 20 giugno 2012, n.10127.

¹¹ Cfr. V. De Michele, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, su *Lav.giur.*, 2012, 8-9, p. 777 ss.

¹² Cfr. L. Cavallaro, *Servitore di due padroni, ovvero il paradosso del giudice del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 1, I, p. 137 ss., che le scelte dei giudici nel diritto del lavoro dovrebbero essere orientate dagli effetti economici che potrebbero produrre sulle finanze pubbliche.

solo il disagio sociale ma anche quella spesa pubblica che soltanto nelle intenzioni si voleva ridurre¹³.

Nella sentenza Mascolo¹⁴ la Corte Ue ha smentito, sui rinvii pregiudiziali del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale¹⁵, 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, il legislatore italiano sembrava essersi tempestivamente adeguato alle indicazioni che

¹³ In senso conforme, cfr. R. Rivero, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2014, 1, I, p. 157 ss.

¹⁴ Corte giust. 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 arrê 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 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.

¹⁵ Corte cost. 18 luglio 2013, n. 207 (ord). Sulla 1ª 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*.

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 aveva predisposto con l'art. 4, comma 6, del d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (convertito con modificazioni dalla l. 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

Note a caldo sull'ord. n. 207/2013, in 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, 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, 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, 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, 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, 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, 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, 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.dirittocomparati.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.dirittocomparati.it, 2013; A. Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e tecniche 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

riservate esclusivamente a coloro che erano in possesso dei requisiti di cui all'art.1, comma 519, l. n. 296/2006 e all'art.3, comma 90, l. 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 l. n. 128/2013) il legislatore d'urgenza aveva approntato un piano triennale per gli anni 2014-2016 per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e A.T.A., 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 graduatorie ad esaurimento (GAE) da destinare al concorso "riservato" per soli titoli.

Il piano 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 aveva 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.

La sentenza Mascolo della Corte di giustizia del 26 novembre 2014 sembrava aver risolto definitivamente anche il problema del precariato pubblico non scolastico, rispondendo 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 sembravano (ed erano) 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

www.confronticostituzionali.eu, 2013; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in 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. Tesauro, *Il lavoro delle Corte – 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, 2016, n.1; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2013.

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*¹⁶ (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*¹⁷, 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);
- a tutte le pubbliche amministrazioni si applica(va) direttamente il d.lgs. n. 368/2001, come *res incontrroversa* nella prospettazione dei giudici del rinvio (punto 14), tra cui anche la Corte costituzionale;
- alla pubblica amministrazione non si applicava, 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

¹⁶ Corte giust. 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.

¹⁷ Corte giust. 1 ottobre 2010 (ord.), 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.

una tutela effettiva antiabusiva, dall'ordinanza Papalia¹⁸ 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 Renzi) 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 GAE e non inseriti 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).

Come è noto il piano delineato nei dd.ll. nn.101 e 104 del 2013 di soluzione definitiva del problema del precariato scolastico è stato modificato significativamente dal nuovo Governo Renzi, che ha attivato un nuovo piano di stabilizzazione con la c.d. legge sulla "buona scuola".

La legge n. 107/2015 si è però rivelata fallimentare nel 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

¹⁸ Corte giust. 12 dicembre 2013 (ord.), 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.

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 nella fase c) dell'art.1, comma 95 della riforma, sulla base del c.d. organico di potenziamento.

Con la sentenza n. 260/2015¹⁹ 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, in guisa tale che, da un lato, ha difeso dalla retroattività della norma dichiarata illegittima il consolidato orientamento della Cassazione²⁰ in favore dei lavoratori precari del settore dello spettacolo, dall'altro ha applicato la sentenza *Mascolo* e la sentenza "per inadempimento" Commissione contro Granducato di Lussemburgo²¹, condividendo 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 (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; dall'altro dichiarando

¹⁹ Corte cost. 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*, su questa *Rivista*, 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.

²⁰ Cass. 12 marzo 2014, n.5748, 5748/2014, a cui hanno fatto seguito Cass. 208/2017; 18512/2016; 17064/2015; 10924/2014; 10217/2014; 10124/2014; 10123/2014; 10122/2014; 7243/2014; 6547/2014; 5749/2014.

²¹ Corte giust. 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, EU:C:2015:128.

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*.

Viceversa, la Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n. 5072/2016 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 pubblica, 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.

Inoltre, la Sezione lavoro della Cassazione con decine di sentenze a partire dalle prime sei depositate il 7 novembre 2016 (cit.), imponendo la tecnica dello *stare decisis* "quantitativo" come variante nazionale dello *stare decisis* "qualitativo" degli ordinamenti di *common law*, 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 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 volerle applicare.

L'abuso contrattuale, conformemente a quanto previsto dall'art. 1, commi 131 e 132, della legge n. 107/2015, nel settore scolastico è stato 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.

Va dato atto, però, che il 7 novembre 2016²² la Cassazione aveva operato un'equivalenza rispetto al diniego di tutela risarcitoria in caso di abusivo ricorso ai contratti a termine dei supplenti scolastici, riconoscendo invece il diritto alla progressione economica e professionale per tutto il periodo di servizio non di ruolo²³, in applicazione orizzontale nei confronti della pubblica amministrazione statale della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia²⁴ disapplicando la contrattazione collettiva del comparto scuola che, prescindendo dalla anzianità maturata, commisurava in ogni caso la retribuzione degli assunti a tempo determinato al trattamento economico iniziale previsto per i dipendenti a tempo indeterminato.

3. Il rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Trento sul precariato dei docenti del Comparto Afam

Con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 13 luglio 2017 anche la Corte di appello di Trento ha criticato davanti alla Corte di giustizia le sentenze della Cassazione sul precariato scolastico, ritenendo, condivisibilmente, che le coordinate interpretative della Suprema Corte e l'art.1, co. 131 e 132, della l. n. 107/2015 contrastassero con le decisioni dei Giudici di Lussemburgo e, in particolare, con la sentenza *Mascolo*.

Ricostruiamo i fatti della causa principali dalle ineccepibili conclusioni dell'avvocato generale Szpunar ai punti 8-16, anche per le chiare omissioni nella sentenza Rossato, in particolare sulle modalità di reclutamento del ricorrente sia per quanto riguarda le supplenze annuali sia per la tardiva immissione in ruolo.

Il prof. Fabio Rossato è stato assunto in forza di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato in qualità di docente di filarmonica al servizio del Conservatorio Statale di Musica di Trento

²² Cass. 7 novembre 2016, n.22558.

²³ *Contra*, App. Milano 11-15 maggio 2012, n.709, cit.

²⁴ Cfr. per tutte, sentenza Valenza, EU:C:2012:646, cit.

F.A. Bonporti dal 18 novembre 2003. In conformità a tali contratti, il sig. Rossato ha lavorato ininterrottamente per il proprio datore di lavoro per un periodo di 11 anni e 2 mesi in forza di 17 contratti conclusi con il Miur, ai sensi dell'art.2, comma 6, della l. n.506/1999.

Il 20 dicembre 2011, reputando illegittime le clausole di apposizione del termine ai diversi contratti a tempo determinato successivi, il prof. Rossato ha adito il Tribunale di Rovereto chiedendo, in via principale, l'accertamento dell'illegittimità di siffatte clausole e la conversione del suo rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato oppure, in via subordinata, il risarcimento del danno causato dall'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato in violazione dell'accordo quadro, nonché il riconoscimento della anzianità maturata nel calcolo della sua retribuzione in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro.

Il Tribunale di Rovereto ha accolto solo la domanda relativa al riconoscimento dell'anzianità maturata a fini retributivi, respingendo quelle fondate sul ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, in applicazione dei principi elaborati dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 10127/12.

Il 5 marzo 2013 la sentenza di 1° grado è stata investita appellata dal Miur, nella parte in cui aveva riconosciuto l'anzianità maturata nel corso dei contratti a tempo determinato. Il 31 maggio 2013 il prof. Rossato ha proposto appello incidentale di detta sentenza dinanzi alla Corte di appello di Trento, nella parte in cui essa ha escluso l'uso abusivo di contratti a tempo determinato consecutivi e, di conseguenza, ha respinto le sue domande di conversione del rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e di risarcimento del danno.

Il giudice del rinvio ha indicato di avere ripetutamente rinviato la causa in attesa delle sentenze della Corte costituzionale e della Corte suprema di cassazione a seguito della sentenza della Corte del 26 novembre 2014, Mascolo. La Corte di appello di Trento ha specificato che, a seguito della sentenza Mascolo, è stata adottata la legge n. 107/2015, la cui finalità è quella di *«adeguare la normativa nazionale a quella europea, al fine di evitare l'abuso nella successione dei contratti di lavoro a tempo determinato per il personale docente e non docente della scuola pubblica (...) a seguito della sentenza Mascolo e a.»*.

Il 2 novembre 2015, nel corso del procedimento, il rapporto di lavoro a tempo determinato del prof. Rossato è stato trasformato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con retrodatazione giuridica al 1° gennaio 2014. L'immissione in ruolo è avvenuta in ragione del suo avanzamento nella graduatoria permanente, in base alle note ministeriali nn. 36913/15 e 8893/15, rispettivamente, del Ministero delle Finanze e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, le quali hanno autorizzato le assunzioni a tempo indeterminato in forza dell'art.19 del d.l. n. 104/2013, dell'art. 2 bis del d.l. n. 97/2004, dell'art. 2 della l. n. 508/1999 e dell'art. 270 del d. lgs. n. 297/1994.

Secondo quanto riferito dal giudice del rinvio, la Corte suprema di cassazione con le sentenze del 30 dicembre 2016 nn. 27566/16, 27565/16, 27562/16, 27561/16 e 27560/16, in applicazione dei principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016, ha dichiarato, in relazione al personale docente, che la stabilizzazione costituiva una misura riparatoria «proporzionata, effettiva, sufficientemente energica» e idonea a sanzionare l'abuso di contratti di lavoro a tempo determinato, nonché «a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione», cosicché il lavoratore interessato non poteva far valere alcun danno causato da tale abuso.

La Corte di appello di Trento ha osservato che la «stabilizzazione» del rapporto di lavoro richiamata dalle decisioni di tali organi giurisdizionali supremi esplicherebbe effetti solo per il futuro e deve essere distinta dalla «conversione» del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato, che è la sanzione prevista – oltre all'indennità risarcitoria – per il settore privato ed esplicativa di effetti per il passato, ai sensi dell'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001.

All'uopo, nella nota 15 l'avvocato generale Szpunar ha ricordato alla Corte che tale disposizione era oggetto delle cause sfociate nella sentenza Santoro²⁵ del 7 marzo 2018 dello stesso Collegio (punto 7) e detta

²⁵ Corte giust. 7 marzo 2018, causa C-494/16, Santoro contro Comune di Valderice e Governo italiano, EU:C:2018:166, su *Riv.it.dir.lav.*, 2018, 3, 693 ss., con nota di F.Siotto, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici*; su cui cfr. V.De Michele, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e la sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari siciliani: la tutela eurounitaria supplisce all'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti*, su www.europeanrights.eu, 1 marzo 2018; G.Armone, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, su *Quest.giust.*, 24 aprile 2018; P. Tosi, *La sentenza CGUE 7 marzo 2018 in causa C-494/16: ancora sul termine illegittimo nel lavoro pubblico*, in *Lavori Diritti Europa*, 2018,

disposizione è stata abrogata e sostituita da una dal contenuto sostanzialmente identico, ossia l'art.19 d.lgs. n.81/2015. In forza di quest'ultima disposizione, una volta superata la durata massima di 36 mesi, che si tratti di un contratto unico o di una successione di contratti stipulati per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, *«il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento»*.

Il giudice del rinvio ha valutato che il prof. Rossato non potesse pretendere, in forza della legge nazionale, come modificata a seguito della sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale e dell'interpretazione della Corte suprema di cassazione, né la conversione in contratto a tempo indeterminato, la quale non sarebbe applicabile al pubblico impiego, né il risarcimento del danno, dal momento che la sua stabilizzazione aveva avuto luogo sulla base della sua posizione nella graduatoria permanente, in forza dei «pregressi strumenti selettivi concorsuali», così come operanti anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 107/2015.

Tali circostanze hanno indotto il giudice del rinvio a nutrire dei dubbi sulla legittimità di una siffatta conseguenza dell'interpretazione della Corte costituzionale e della Corte suprema di cassazione alla luce dell'accordo quadro e dei principi elaborati dalla Corte nella sentenza Mascolo.

A questo punto, ricostruiti i fatti di causa sulle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, una notazione va fatta sulle capacità professionali del prof. Fabio Rossato, l'ex precario sulla cui esperienza lavorativa si è discusso in Corte di giustizia, forse senza l'approfondimento che la vicenda personale avrebbe meritato.

Il prof. Rossato, nato a Monselice il 10 marzo 1970, è stato musicista, compositore, insegnante fisarmonicista e concertista. Si mise in mostra già dai primi anni ottanta vincendo concorsi di livello internazionale tra i quali il primo premio assoluto al trofeo mondiale junior della CMA (Confederation Mondiale de l'Accordeon) di Fontainebleau del 1988 e nel 1991 nella categoria senior a Sachsenheim (Germania). Ha conseguito riconoscimenti e premi in numerose manifestazioni internazionali. Ha svolto attività concertistica in Italia e all'estero.

È deceduto a Monselice, nella sua città natale, il 27 novembre 2018, stroncato da un infarto all'età di 48 anni, qualche giorno prima del deposito delle conclusioni dell'Avvocato generale Szunar del 6 dicembre 2018, che riconoscevano il suo diritto al risarcimento dei danni per l'assurda situazione di precarietà lavorativa in cui lo Stato italiano lo aveva costretto, pur possedendo, fin da giovanissimo, grandi doti professionali come musicista, compositore e docente.

Queste brevi notazioni sulla vita lavorativa e sulle competenze professionali del ricorrente servono ad anticipare il personale convincimento che la Corte di appello di Trento, in sede di riassunzione del giudizio dopo la criptica risposta della Corte di giustizia, possa seguirne l'invito implicito a non osservare un asino che non può volare e a dare il giusto ristoro agli eredi dei danni subiti dal defunto prof. Rossato, che non è stato mai immesso in ruolo con la legge n.107/2015, come era chiarissimo dagli atti processuali e come viene negato dalla evidente alterazione della realtà fattuale e giuridica operata nella sentenza della Corte.

In particolare, venendo alla parte completamente omessa nella sua decisione dalla Corte Ue (ma ben presente nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar), il sistema di reclutamento stabile nel settore AFAM è disciplinato per legge ed è basato esclusivamente su graduatorie permanenti nazionali formate sulla base di soli titoli di servizio (360 giorni per la graduatoria ex lege 143/2004).

La graduatoria permanente nazionale ex lege 143/2004 in cui era inserito ha consentito al prof. Rossato dapprima le assunzioni a tempo determinato annuali ininterrottamente dall'anno accademico 2006/2007 fino all'anno accademico 2014/2015, poi l'assunzione a tempo indeterminato con il contratto del 2 novembre 2015 e retrodatazione al 1/1/2014), senza concorso pubblico.

Paradossalmente, nel settore Afam il concorso pubblico è stato previsto soltanto come idoneità all'insegnamento nelle Istituzioni musicali, unitamente a 36 mesi di servizio accademico, per l'accesso alle graduatorie permanenti di cui all'art.19, comma 2, d.l. n.104/2013 (c.d. graduatorie ex lege 128/2013), che sono state, a loro volta, trasformate in graduatorie ad esaurimento dall'art.1, comma 653, della legge n.205/2017, per consentire, con decorrenza dal 1° novembre 2018,

anche le (eventuali, non obbligatorie, quindi aleatorie) assunzioni a tempo indeterminato.

Ad integrare il quadro della normativa interna relativa alle assunzioni a tempo indeterminato dei docenti del Comparto AFAM va segnalato che, nella ricostruzione della disciplina applicabile, la Corte di appello di Trento al punto 8 trascrive l'art.270, comma 1, del d.lgs. n.297/1994 (testo unico sulla normativa scolastica), che, analogamente all'art.399, comma 1, dello stesso decreto (trascritto al punto 21 della sentenza Mascolo) per il reclutamento a tempo indeterminato del personale docente del Comparto Scuola, prevedeva la procedura del c.d. doppio canale di reclutamento (50% dei posti assegnabili attraverso concorsi per titoli ed esami e il restante 50% attingendo a graduatorie nazionali permanenti, descritto al punto 89 della sentenza Mascolo) anche per i docenti e il personale A.T.A. (ausiliario, tecnico, amministrativo) dei Conservatori di musica e delle altre Istituzioni di Alta Formazione e Specializzazione Artistica e Musicale del Comparto AFAM.

Va precisato, però, che l'art.270, comma 1, d.lgs. n. 297/1994 non è stato mai attuato dal MIUR, in quanto dall'entrata in vigore del decreto fino all'attualità non sono mai stati banditi concorsi pubblici per titoli ed esami per il reclutamento stabile dei docenti delle Istituzioni di Alta Formazione e Specializzazione Artistica e Musicale del Comparto AFAM, con conseguente precarizzazione dei rapporti di lavoro di tale personale, assunto, come nel caso del prof. Rossato.

Il prof. Rossato è stato assunto sempre a tempo determinato con supplenze annuali su posti vacanti e disponibili dal 1° novembre di ogni anno "accademico" fino al 31 ottobre dell'anno successivo, dapprima dalle graduatorie delle singole Istituzioni pubbliche musicali, poi dalle graduatorie nazionali permanenti di cui all'art.2-bis del decreto legge 7 aprile 2004, n.97, convertito con modificazioni dalla legge 4 giugno 2004, n.143, che, per comodità espositiva, vengono indicate come graduatorie nazionali ex lege 143/2004. Nel 2001 fu bandito l'ultimo concorso riservato per titoli, che interessò una esigua parte di lavoratori, il cui requisito di accesso era il possesso di almeno 360 giorni di servizio.

L'art.2, comma 7, della legge n.508/1999 ha previsto, infatti, in mancanza di concorsi pubblici per titoli ed esami, che per le assunzioni a tempo indeterminato dei docenti del Comparto AFAM, limitatamente alla copertura dei posti in organico che si rendevano disponibili, si faceva

ricorso alle sole graduatorie nazionali previste dall'art.270, comma 1, d.lgs. n.297/1994, che venivano trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Ai docenti del Comparto AFAM, dunque, avrebbe dovuto essere applicata, in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, la sanzione della riqualificazione/trasformazione a tempo indeterminato prevista per tutti i dipendenti pubblici non appartenenti al Comparto Scuola sia nel caso di superamento dei 36 mesi di servizio ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (sentenza Mascolo, punti 15, 55 e 59-61; ordinanza Affatato, punto 48) sia nel caso di mancanza delle ragioni oggettive temporanee per ogni singolo contratto a tempo determinato o, nel caso dei docenti del Comparto AFAM, per ogni supplenza annuale di cui all'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, come previsto dall'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 (sentenza Mascolo, punti 86-88, 92-93 e conclusioni).

Infatti, il CCNL del Comparto Afam del 16 febbraio 2005, applicabile *ratione temporis*, prevedeva all'art.44, comma 1, l'applicazione del personale a tempo determinato del d.lgs. n.368/2001, salvo escluderne al successivo comma 5 la conversione in rapporto a tempo indeterminato, richiamando il divieto di cui all'art.36, (allora) comma 2, d.lgs. n.165/2001.

In conseguenza, diversamente dal settore scuola, nella contrattazione collettiva nazionale del Comparto Afam il riconoscimento della progressione per anzianità di servizio nelle singole fasce stipendiali non è esclusa, anzi è riconosciuta integralmente alla luce dell'applicazione del principio di non discriminazione con i lavoratori a tempo indeterminato comparabili, previsto dall'art.6 del d.lgs. n.368/2001, norma di recepimento della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Soltanto con l'art.29, comma 2, lett.c), del d.lgs. n.81/2015 sono stati esclusi dal campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE, perché esclusi dalla normativa interna di recepimento, «*i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze*», tra i quali, a differenza della precedente abrogata disciplina dell'art.10, comma 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, vi sono anche i docenti e il personale ATA del Comparto Afam, e non solo quello del Comparto Scuola.

Inoltre, la Corte costituzionale con l'ordinanza n.195/2016, contestuale alla sentenza n.187/2016 dello stesso Giudice delle leggi, proprio in una fattispecie di abusivo ricorso a contratti a tempo determinato nei confronti di docenti del Comparto AFAM inseriti nelle graduatorie permanenti di cui all'art.19, comma 2, d.l. n.104/2013 (cioè in possesso dell'abilitazione con procedura concorsuale all'insegnamento e tre anni accademici di servizio), aveva affermato che la decisione Mascolo della Corte di giustizia costituiva *ius superveniens* nell'ordinamento interno.

Diversamente da quanto avvenuto con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 di cui alla sentenza n.187/2016, per i docenti precari del Comparto Afam la Corte costituzionale con l'ordinanza n.195/2016 non aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale richiesta nell'ordinanza del Tribunale di Trento dell'art.2, comma 6, della legge n.508/1999, in quanto detta norma statale consentirebbe di provvedere, ai fini del soddisfacimento delle esigenze didattiche non temporanee derivanti dalla legge di riforma dei Conservatori di musica, alle quali non si possa far fronte nell'ambito delle dotazioni organiche, «*esclusivamente mediante l'attribuzione di incarichi di insegnamento di durata non superiore al quinquennio, rinnovabili*», in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione del personale docente di ruolo, così da configurare la possibilità dell'utilizzazione di una successione di contratti a tempo determinato senza la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi.

Viceversa, la Corte costituzionale aveva rinviato la causa al giudice rimettente per la valutazione circa la perdurante rilevanza della questione, alla luce di due "normative" sopravvenute: lo «*ius superveniens*» della sentenza Mascolo e la «*riforma "di sistema"*» (l'espressione e il virgolettato sono testuali nell'ordinanza n.195/2016) della l. n.107/2015, che, pur riguardando la "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", non prevede nessuna regolamentazione e nessuna norma che intervenga sul rapporto di lavoro e sul reclutamento del personale del Comparto Afam in modo da impedire l'applicazione del d.lgs. n.368/2001.

D'altra parte, con l'ordinanza n.206/2013 (contestuale e coordinata rispetto all'ordinanza n.207/2013 di rinvio pregiudiziale decisa dalla sentenza Mascolo) la Corte costituzionale aveva sollecitato invano il

Tribunale di Trento a (ri)proporre le questioni di legittimità costituzionale collegate al sistema di reclutamento scolastico, limitandole alle norme che impedivano l'applicazione di una tutela effettiva di stabilizzazione del posto di lavoro, come l'art.4, comma 14-bis, della legge n.124/1999 e l'art.10, comma 4-bis, del D.Lgs. n.368/2001.

In buona sostanza, la Corte costituzionale con l'ordinanza n.206/2013 sembrava auspicare (ma la sentenza n.248/2018²⁶ della Consulta ha smentito questo percorso argomentativo) che il Tribunale di Trento, sia per i docenti del Comparto Scuola che per i docenti del Comparto AFAM che avevano superato i 36 mesi di servizio nella pubblica amministrazione, proponesse questione di legittimità costituzionale nei termini enunciati dal Tribunale di Foggia con ordinanza del 26 ottobre 2016 n.32/2017 Reg.ric. sul precariato pubblico sanitario che ha superato i 36 mesi di servizio.

Il Tribunale di Trento non aveva risposto alle sollecitazioni della Corte costituzionale con l'ordinanza n.206/2013 e la Corte costituzionale, creando molta confusione, aveva limitato la propria decisione complessiva sulla vicenda del precariato pubblico scolastico e del Comparto AFAM alla declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia ex tunc dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 (sentenza n.187/2016) e alla declaratoria di inammissibilità delle ordinanze di legittimità costituzionale del Tribunale di Trento sui docenti del Comparto Scuola (ordinanza n.194/2016) e sui docenti del Comparto AFAM (ordinanza n.195/2016), richiamando in queste ultime decisioni la sentenza Mascolo come *ius superveniens*.

In conclusione, secondo quanto opinato dalla Corte di appello di Trento nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa Rossato, sembrava doversi imputare anche alla Corte costituzionale, oltre che alle decisioni della Cassazione sul precariato scolastico, in combinato disposto con la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite sul "danno comunitario" e sul sostanziale svuotamento delle specifiche sanzioni antiabusivo previste dal d.lgs. n.368/2001, la pretesa di applicare, anche ai docenti del Comparto AFAM, come unica sanzione contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo

26 Corte cost. 27 dicembre 2018, n.248, su cui cfr. V. De Michele, *La Carta e le Corti: una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale dopo la sentenza Bauer*, su www.europeanrights.eu.

determinato, l'avvenuta "stabilizzazione" a tempo indeterminato del rapporto di lavoro in precedenza (quando era iniziato il giudizio) illegittimamente o illecitamente a termine, in applicazione "analogica" dell'art.1, commi 95 ss., 131 e 132, della legge n.107/2016.

Certamente l'ordinanza n.195/2016 della Corte costituzionale sui docenti precari Afam (come la stessa sentenza contestuale n.187/2016 sui precari della scuola pubblica) presentava quei profili di ambiguità e di incertezza interpretativa, amplificati dalla successiva giurisprudenza della Consulta (sentenza n.248/2018, cit.) che hanno prestato il fianco ad una lettura come quella del giudice del rinvio.

Con qualsiasi modalità fosse avvenuta l'immissione in ruolo, era pacifico che il prof. Rossato era stato assunto a tempo indeterminato dalle graduatorie ad esaurimento ex lege 143/2004 con decorrenza dal 2 novembre 2015 e retrodatazione al 1/1/2014, ai sensi dell'art.19, comma 1, d.l. n.104/2013, al di fuori del piano straordinario di immissione in ruolo del personale docente del Comparto Scuola, e che l'assunzione a tempo indeterminato rimanesse nella discrezionalità del Miur, sulla base di scelte organizzative autonome di stabilizzare o meno posti vacanti e disponibili in pianta organica.

4. Il danno "comunitario" e il danno indennizzabile al prof. Rossato per l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato

Quindi, al prof. Rossato spettava sicuramente il risarcimento dei danni subiti per l'ingiustificata precarizzazione del rapporto di lavoro con una pluralità di contratti a tempo determinato successivi e senza soluzione di continuità, tutti illegittimi in base alla normativa interna e alla sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale.

Pertanto, i dubbi interpretativi sollevati dalla Corte di appello di Trento in merito alla natura (totalmente) satisfattiva del danno subito dal prof. Rossato per l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato con la "sanzione" della assunzione a tempo indeterminato apparivano assolutamente fondati e, dunque, il risarcimento del danno subito dal lavoratore avrebbe dovuto essere riconosciuto, quantomeno nella misura dell'indennità forfetaria di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 o, più correttamente in relazione al fatto che le supplenze annuali erano

senza soluzione di continuità, delle maggiorazioni di cui all'art.5, comma 1, d.lgs. n.368/2001, cioè di quella normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE che era richiamata come applicabile anche dall'art.44, comma 1, CCNL del Comparto Afam.

In definitiva, nelle sentenze sul precariato scolastico la Cassazione aveva affermato che, nelle ipotesi in cui, nel corso della causa, il lavoratore fosse stato stabilizzato, o a seguito degli ordinari meccanismi di inserimento in ruolo attraverso i concorsi e lo scorrimento delle graduatorie ad esaurimento ovvero a seguito della avvenuta stabilizzazione ai sensi della legge 107/2015, non spettava il risarcimento del danno, così interpretando la sentenza 187/2016 della Corte costituzionale che, al punto 13, nel trattare della legge di stabilizzazione della scuola, aveva precisato che *l'«avvenuta immissione in ruolo oltre a svolgere la funzione tipica preventiva-punitiva delle sanzioni, nell'interpretazione del Giudice dell'Unione rifluisce sull'illecito "cancellandolo" (paragrafo 79 [della sentenza Mascolo])»*, con effetto sanzionatorio che assorbiva il passato servizio precario.

Ora, è agevole rilevare che, in conseguenza di tale giurisprudenza della Cassazione, si aveva la seguente situazione: nel settore privato, in ipotesi di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato si ha la conversione del rapporto più la sanzione economica dell'art. 32, comma 5, della legge 183/2010; nel settore pubblico, secondo le Sezioni unite con la sentenza n.5072/2016, soltanto il risarcimento "fisso" dell'art. 32, comma 5, legge n.183/2010 più l'ulteriore danno di perdita di chances che spetta al lavoratore provare.

Tale differenza troverebbe la sua ragione oggettiva, secondo la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite, nell'obbligo del concorso, anche quando, come nella fattispecie del prof. Rossato, le assunzioni a tempo determinato avvengono con la stessa e unica modalità del reclutamento a tempo indeterminato, cioè mediante lo scorrimento secondo l'ordine di posizione di una graduatoria ad esaurimento, per il cui accesso è previsto soltanto un requisito minimo di anzianità di insegnamento in un settore ad alta specializzazione professionale.

Ma se il lavoratore è stato immesso in ruolo con procedure selettive pubbliche e secondo il reclutamento ordinario applicato, cioè al di fuori di un processo di stabilizzazione normativo finalizzato a sanzionare definitivamente l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel

pubblico impiego (come le leggi finanziarie del Governo Prodi nn.296/2006 e 244/2007, l'art.1, comma 95 della l. n.107/2015 e l'art.20 del d.lgs. n.75/2017), la ragione oggettiva che giustifica il trattamento differenziato tra i due settori pubblico e privato (l'esigenza del concorso o della procedura selettiva pubblica) viene meno perchè l'immissione in ruolo o assunzione a tempo indeterminato è avvenuta *secundum legem* e non per sanare l'abuso.

Pertanto, non vi sarebbero motivi per trattare diversamente situazioni che sono, di fatto, divenute identiche o equivalenti, con palese violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Con la inevitabile conseguenza che anche al lavoratore pubblico, che sia stato assunto a tempo indeterminato per superamento del concorso ovvero per immissione in ruolo a seguito di scorrimento delle graduatorie permanenti, dovrebbe essere riconosciuto il risarcimento del danno, almeno nella medesima misura di un lavoratore comparabile impiegato nel settore privato *"al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione"* (sentenza Mascolo, punto 79).

Infatti, la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa Rossato, depositate il 28 novembre 2017, ha concluso accogliendo i dubbi di violazione del diritto dell'Unione espressi dalla Corte di appello di Trento come giudice del rinvio: *«La clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE deve essere interpretata nel senso che osta all'applicazione di disposizioni nazionali come quelle in causa nel giudizio principale, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno per gli abusi nel ricorso alla contrattazione a termine commessi nel periodo anteriore all'entrata in vigore di dette disposizioni, a meno che il giudice nazionale non individui nell'ordinamento interno altri rimedi volti a sanzionare debitamente l'abuso del ricorso alla contrattazione a termine e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione»*.

Sul punto del risarcimento dei danni in caso di abusivo utilizzo dei contratti a tempo determinato la Risoluzione del Parlamento Ue del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro è chiarissima ai punti 19 e 20 e ha confermato la posizione della Commissione nelle sue osservazioni scritte: *«19. sottolinea che la conversione di un contratto a*

tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato per un lavoratore che abbia subito un abuso in materia di contratti a tempo determinato, in violazione della direttiva 1999/70/CE, non esime uno Stato membro dall'obbligo di punire tale abuso, compresa, in aggiunta, la possibilità per il lavoratore interessato di ottenere il risarcimento per qualsiasi danno subito in passato; 20. sottolinea che se uno Stato membro decide di punire la discriminazione o l'abuso nei confronti di un lavoratore temporaneo in violazione del diritto dell'UE mediante la concessione di un indennizzo a favore del lavoratore interessato, l'indennizzo deve essere in ogni caso adeguato ed efficace e deve costituire un risarcimento integrale per tutti i danni subiti».

In conseguenza, l'unica possibilità per la Corte di appello di Trento di non condividere l'applicazione retroattiva della legge n.107/2015 per quanto riguarda il diniego del risarcimento dei danni nei confronti anche dei docenti del Comparto AFAM era lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art.267 TFUE, che dunque è stato correttamente esercitato.

Sotto questo profilo, il Governo italiano nella nota 4 delle osservazioni scritte della causa Rossato ha richiamato in modo non appropriato il punto 50 della sentenza Mascolo per avvalorare il giudizio di irricevibilità della domanda di rinvio pregiudiziale richiesto alla Corte di giustizia, che sarebbe stata chiamata ad "esprimere pareri consultivi su questioni generali ed ipotetiche".

Nella sentenza Mascolo la Corte ha effettivamente dichiarato irricevibile la domanda di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli nella causa Russo C-63/13 su fattispecie, diversa da quella del personale della scuola pubblica, di insegnante comunale di asilo nido alle dipendenze del Comune di Napoli, ritenendola ipotetica perché lo stesso Tribunale di Napoli non aveva escluso l'applicabilità dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 alla fattispecie di causa come sanzione adeguata (sentenza Mascolo, punti 55 e 59-61), nonostante la Cassazione con la sentenza n.10127/2012 avesse negato l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 ai supplenti della scuola pubblica.

Nel caso del prof. Rossato, invece, proprio alla luce delle decisioni della Corte costituzionale e della Cassazione, il giudice del rinvio aveva escluso l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 e anche delle sanzioni previste dall'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 (in caso di soluzione di continuità tra due contratti a termine successivi) o dall'art.5, comma 1,

d.lgs. n.368/2001 (in caso di contratti a termine successivi senza soluzione di continuità, come nella fattispecie di causa), per l'effetto retroattivo della legge n.107/2015 affermato dalle due Corti superiori.

5. L'udienza pubblica "segretata" del 27 settembre 2018 in Corte di giustizia nella causa Rossato

Il 27 settembre 2018 si è svolta, su richiesta delle parti, l'udienza pubblica di trattazione orale della causa Rossato.

Dopo il deposito delle osservazioni scritte delle parti nella causa Rossato, l'art. 4-bis del decreto "dignità" (d.l. n.87/2018, convertito con modificazioni dalla l. n.96/2018) aveva abrogato l'art.1, comma 131, della l. n.107/2015 in materia di limite massimo di utilizzabilità – tre supplenze annuali – dei contratti a tempo determinato del personale della scuola, norma ad elevato livello di precarizzazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro nel settore scolastico, estesa dalla giurisprudenza della Corte costituzionale (ordinanza n.195/2016) al settore Afam, che era stata sospettata dalla Corte di appello di Trento come in contrasto con il diritto Ue nell'ordinanza di rinvio.

Una notazione va fatta sul sistema di pubblicità delle udienze in Corte di giustizia.

Come per le udienze pubbliche della Corte costituzionale, vi è la videoregistrazione dell'udienza, con la traduzione contestuale nelle lingue ufficiali dell'Unione europea, non soltanto in quella del processo (nel caso di specie, l'italiano) e in quella ufficiale dei procedimenti in Corte Ue (il francese).

Tuttavia, diversamente da quanto avviene nell'ottimo sito della Corte costituzionale nazionale, non vi è la possibilità di visionare le riprese audiovisive effettuate, perché non pubblicate.

Si tratta di un grave errore organizzativo-amministrativo, perché la trasparenza e la pubblicità dei processi decisionali rappresentano un momento di notevole arricchimento dei giuristi e dell'intera collettività europea, in un contesto processuale "unico", quale il processo pregiudiziale in Corte di giustizia, in cui, seppure indirettamente, in realtà

con sempre maggiore evidenza, è la normativa nazionale ad essere "inquisita" per eventuali profili di contrasto con il diritto dell'Unione, in condizioni processuali paritarie (le parti del processo Ue godono dell'immunità diplomatica) dei soggetti privati nei confronti di chi difende la posizione dello Stato membro.

Nella sentenza Rossato non vi è neanche la menzione dell'udienza pubblica del 27 settembre 2018, la cui traccia ritroviamo soltanto nelle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar, davvero impeccabili.

Si tratta di una situazione inedita, considerando la estrema precisione della Corte di giustizia.

Proverò, allora, a sintetizzare il contenuto delle questioni trattate oralmente, da osservatore *extraneus* al processo, presente in aula all'udienza di discussione del 27 settembre 2018 senza essere il difensore del prof. Rossato.

Come di consueto, la Corte di giustizia, in sede di trattazione orale dei processi pregiudiziali, dopo le arringhe iniziali delle parti e prima delle eventuali repliche, ha rivolto domande ai difensori sui punti più controversi delle questioni trattate, dimostrando sempre, in tutti i suoi componenti, compreso l'avvocato generale, di conoscere benissimo tutti gli atti processuali. L'unica volta, per quanto a conoscenza diretta di chi scrive, in cui la Corte Ue non ha rivolto alle parti alcuna domanda è stato in occasione dell'udienza pubblica del 27 marzo 2014 nella causa Mascolo.

Ebbene, in occasione dell'udienza pubblica "segretata" del 27 settembre 2018 della causa Rossato quasi tutte le domande di tre dei cinque giudici del Collegio della I Sezione, tra cui la Presidente de Lapuerta (attuale Vice Presidente della Corte) e il Relatore Arabadjiev, e dello stesso avvocato generale Szpunar, sono state indirizzate a chiarire la nozione e la qualificazione di danno risarcibile nell'ordinamento interno, in caso di accertata violazione della direttiva 1999/70/CE per abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato successivi, a prescindere dalla fattispecie di causa in cui il prof. Rossato era stato, infine, assunto a tempo indeterminato.

Sia la Commissione Ue che il Governo italiano sono stati ripetutamente sollecitati a fornire risposte chiare sul punto, risposte che non sono arrivate.

Il Governo italiano non si è discostato dalla posizione delle Sezioni unite sul danno comunitario, mentre la Commissione, inizialmente, ha affermato che, nella fattispecie, si sarebbe verificata una vera e propria situazione di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE per mancata predisposizione di misure sanzionatorie effettive, costringendo la Presidente de Lapuerta a chiedere se, allora, la Corte avrebbe dovuto condannare lo Stato italiano, pur in mancanza di una procedura di infrazione da parte della Commissione; con l'agente di quest'ultima costretto a sfumare la precedente affermazione, per l'evidenza che l'inerzia dello Stato membro coincideva con l'inerzia dell'Istituzione Ue, che aveva permesso il denunciato inadempimento.

L'avvocato generale Szpunar si è limitato a chiedere sia al difensore del prof. Rossato che al Governo italiano quali fossero le modalità per il reclutamento a tempo indeterminato per un docente di Conservatorio musicale, ricevendone univocamente la stessa risposta dell'esistenza di un'unica procedura di accesso attraverso lo scorrimento di una graduatoria ad esaurimento, senza procedura concorsuale vera e propria, a discrezione del Miur in relazione alla copertura finanziaria dei posti vacanti e disponibili da destinare all'impiego stabile, e che tale procedura non aveva alcuna relazione con la legge n.107/2015 sulla "buona scuola".

6. Le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Rossato

Nella parte iniziale delle sue conclusioni depositate il 6 dicembre 2018 l'avvocato generale Szpunar è sembrato "divertirsi" ai punti 37-41 ad occuparsi, dedicandovi un intero paragrafo denominato "sul computo parziale dell'anzianità", del clamoroso errore in cui era incorsa la difesa erariale nelle osservazioni scritte.

Infatti, il Governo italiano nelle osservazioni scritte si era difeso, anche in questa causa come nella causa Motter, puntando sulla compatibilità comunitaria dell'art.485 d.lgs. n.297/1994 ai fini del calcolo del calcolo (parziale) dell'anzianità di servizio, problematica che non aveva trovato

alcuna rilevanza nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Trento, che non riguardava la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Per rimediare all'errore, l'avvocatura di Stato aveva chiesto la riunione, ai fini della trattazione orale, delle due cause Motter e Rossato, riunione che la Corte di giustizia non aveva disposto, decidendo la causa Motter senza discussione orale e senza conclusioni né scritte né orali dell'avvocato generale Sharpston.

L'avvocato generale Szpunar ha finto, allora, di equivocare, riferendo ai punti 37 e 38 che secondo il giudice del rinvio (la Corte di appello di Trento) il prof. Rossato avrebbe beneficiato di un computo parziale della sua anzianità al momento della sua immissione in ruolo in forza della normativa anteriore alla legge n. 107/2015, vale a dire a partire dal 1° gennaio del 2014 (punto 37), in applicazione dell'art.485 d.lgs. n.297/1994 (punto 38).

Ma queste deduzioni erano contenute soltanto nelle osservazioni scritte del Governo italiano, non certamente nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, che non si occupava dell'anzianità di servizio e dell'art.485 d.lgs. n.297/1994, norma mai evocata nel giudizio principale, dal momento che il prof. Rossato aveva iniziato il contenzioso quando era ancora docente precario del Conservatorio di musica Bonporti di Trento.

A questo punto l'avvocato generale Szpunar si è trastullato a fingere di rispondere ai dubbi del giudice del rinvio (che non aveva manifestato alcun dubbio o quesito) per fornire al punto 39 una propria "personale" interpretazione della sentenza Motter della Corte di giustizia, fortemente ridimensionata e riallineata nell'alveo della sentenza Valenza, in base alla quale la Corte ha riconosciuto che talune differenze di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo assunti al termine di un concorso generale e quelli assunti dopo aver acquisito un'esperienza professionale sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato possono, in linea di principio, essere giustificate dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui i predetti devono assumere la responsabilità (sentenza Motter, punto 46, che richiama il punto 60 della sentenza Valenza).

Praticamente, l'avvocato generale Szpunar ha cancellato quasi con un colpo di spugna la seconda parte della sentenza Motter, quella in cui la

Corte di giustizia era entrata in contraddizione con se stessa, cioè con la sentenza Valenza.

Infine, come svegliandosi da uno stato autoipnotico, l'A.G. si è accorto sarcasticamente che l'ordinanza di rinvio della Corte di appello di Trento non si era occupata dell'anzianità di servizio del docente precario e ha chiuso sull'anzianità di servizio al punto 41 affermando che, alla luce delle considerazioni che precedono (del tutto inutili), *«la questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che essa ha ad oggetto unicamente la circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, dell'assenza totale di risarcimento del danno causato dal ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato per i docenti che sono stati immessi in ruolo in forza della normativa anteriore alla legge n. 107/2015 e che, di conseguenza, sono stati privati dei loro diritti risarcitori esistenti, in quanto misura sanzionatoria ai sensi dell'accordo quadro e della giurisprudenza della Corte.»*.

Insomma, Szpunar si è reso conto di aver divagato rispetto alla questione specifica sollevata dal giudice del rinvio, ma non ha cancellato nella stesura finale delle sue conclusioni i cinque punti "estranei", così approfittando per sottolineare l'errore difensivo del Governo italiano e la non coerenza della sentenza Motter rispetto all'interpretazione giurisprudenziale della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Venendo al merito della vera questione pregiudiziale proposta dal giudice del rinvio, l'A.G. ha concordato seccamente con la Corte di appello di Trento sul fatto che la legge n.107/2015 prevedesse, quali misure quali misure adottate per attuare l'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE (conclusioni, punto 47), un piano straordinario di reclutamento a tempo indeterminato di personale docente (art.1, commi 95 ss.) nonché il risarcimento dei danni causati dal ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per una durata complessiva superiore a 36 mesi (art.1, comma 132), misure che operavano "pacificamente", nonostante l'opposta (e così demolita) interpretazione della Cassazione e della Corte costituzionale, *unicamente per il futuro* e che l'interpretazione giurisprudenziale di tale legge abbia come conseguenza il divieto di qualsiasi risarcimento dei danni causati dagli abusi verificatisi prima della sua entrata in vigore, vale a dire durante i quattordici anni (dall'entrata in vigore del d.lgs. n.368/2001,

normativa di recepimento della direttiva sul lavoro a tempo determinato) che l'hanno preceduta (conclusioni, punto 51) e che non potevano certamente essere applicate ad una fattispecie in cui il reclutamento stabile era avvenuto prima e al di fuori della l. n.107/2015 (punti 52 e 55).

Secondo l'avvocato generale, infatti, non era stata adottata nessuna misura intesa a sanzionare il ricorso abusivo, per quattordici anni, a contratti a tempo determinato conclusi prima dell'adozione della l. n. 107/2015, e ciò, come osservato dal giudice del rinvio, senza tenere conto del numero di contratti stipulati e del numero di anni durante i quali tale ricorso abusivo si è protratto.

L'inadeguatezza dell'interpretazione giurisprudenziale della l. n. 107/2015 per quanto attiene alle sanzioni degli abusi passati è, secondo Szpunar, ancor più evidente se si considera che l'articolo 1, comma 132, di tale legge prevede la creazione di un fondo per il pagamento in futuro di eventuali risarcimenti dei danni qualora la durata del contratto a tempo determinato sia superiore a 36 mesi. Per contro, nessun risarcimento è dovuto ad una persona, come il ricorrente nel procedimento principale, la quale abbia lavorato più di undici anni consecutivi in forza del rinnovo abusivo di contratti a tempo determinato, stipulati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli, che, come tali, non giustificano il ricorso a tale tipo di contratti ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (conclusioni, punto 59).

Szpunar ha stigmatizzato il fatto che il prof. Rossato si trovasse, in conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale paralizzante il suo diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'abusivo utilizzo, in una situazione analoga a quella dei ricorrenti nelle cause sfociate nella sentenza Mascolo e che nulla fosse cambiato, dopo la sentenza della Corte di giustizia, in termini di diniego assoluto di ogni tutela effettiva da parte della Cassazione anche per il docente di Conservatorio ricorrente, immesso in ruolo attraverso lo scorrimento della graduatoria ad esaurimento ai sensi dell'art.2, comma 6, della legge n. 508/1999 (conclusioni, punto 54).

Infine, l'avvocato generale è intervenuto a fare chiarezza esaustiva sulla "nozione" di risarcimento del danno conseguente all'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, in violazione delle misure previste dalla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato,

cancellando il "danno comunitario" inventato dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016.

Secondo Szpunar, infatti, il danno che dà diritto al risarcimento, al quale si riferisce l'accordo quadro e la giurisprudenza della Corte di giustizia, riguarda il danno specifico connesso all'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato per una parte sostanziale della carriera professionale di un lavoratore, che lo esclude dal beneficio della stabilità dell'occupazione, il quale costituisce, come emerge dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché dai punti da 6 a 8 delle considerazioni generali dello stesso, un elemento portante della tutela dei lavoratori.

Il risarcimento di tale danno costituisce una misura sanzionatoria specifica per la violazione dell'accordo quadro. Pertanto, il fatto che questo stesso lavoratore possa chiedere, secondo il diritto nazionale, il risarcimento di altri tipi di danni che possono essere connessi o collaterali al danno principale (come i danni alla salute o i danni morali), ma che non sono direttamente connessi alla violazione del diritto dell'Unione, non incide sulle conclusioni dell'avvocato generale, ossia l'assenza di un carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo di una misura sanzionatoria che non è applicabile ai docenti immessi in ruolo in forza della legislazione anteriore alla l. n. 107/2015, come il ricorrente nel procedimento principale (conclusioni, punto 61).

La l. n. 107/2015, che Szpunar ha riconosciuto come prevista dal legislatore italiano per conformarsi al diritto dell'Unione e alla sentenza Mascolo, ha avuto come conseguenza un miglioramento della situazione dei docenti che sono stati o saranno stabilizzati dopo la sua entrata in vigore. Per contro, l'interpretazione giurisprudenziale di tale legge ha peggiorato la situazione dei docenti che, come il ricorrente nel procedimento principale, sono stati stabilizzati sulla base delle graduatorie prima dell'entrata in vigore di tale legge, e ciò malgrado i precetti indicati nella sentenza Mascolo, che lo Stato italiano ha disatteso (conclusioni, punto 62).

Le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar attestano, in buona sostanza, l'inadeguatezza delle pronunce della Suprema Corte e della Corte costituzionale sul precariato pubblico in generale (sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite; ora sentenza n.248/2018 della Consulta) e sul precariato scolastico in particolare (sentenze del 7

novembre 2016 della Cassazione; sentenza n.187/2016 e ordinanza n.195/2016 del Giudice delle leggi), con la condivisibile apertura dell'A.G. sulla valorizzazione della l. n.107/2015 come misura effettiva di stabilizzazione contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato dei docenti della scuola pubblica (quelli assunti nella fase c dell'art.1, comma 95, del c.d. organico di potenziamento), che costituirebbe l'equivalente dell'effettivo risarcimento dei danni per violazione della direttiva 1999/70/CE.

L'esattezza delle argomentazioni sul piano fattuale, della normativa interna e dell'interpretazione del diritto Ue dell'A.G., tuttavia, sconteranno una non apprezzabile mancanza di diplomazia, che sarà esplicitamente stigmatizzata dalla Corte di giustizia nella sentenza Rossato.

Senza dubbio, l'A.G. ha manifestato la sua irritazione nei confronti del Governo italiano e giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale con l'*incipit* delle sue conclusioni al punto 1: *«Come nella causa sfociata nella sentenza Mascolo e a., la Corte è nuovamente investita di una controversia concernente la tutela di lavoratori impiegati a tempo determinato nel settore della scuola pubblica italiana, in particolare nei conservatori di musica. L'interesse della presente causa non verte tuttavia tanto sul contenuto della legge n. 107/2015, introdotta dal legislatore italiano per conformarsi a tale sentenza della Corte, quanto sull'interpretazione di tale legge fornita dalla Corte costituzionale (Italia) e dalla Corte suprema di cassazione (Italia). Infatti, da tale interpretazione risulta che l'ambito di applicazione della legge n. 107/2015 è stato esteso ai docenti la cui stabilizzazione è avvenuta sulla base dei «pregressi strumenti selettivi – concorsuali», così come operanti prima dell'entrata in vigore di tale legge.»*.

Tuttavia, questo rigore censorio nei confronti degli Stati membri e della loro giurisprudenza di vertice non avrebbe mai potuto godere il favore della Corte Ue²⁷, che deve esprimere decisioni equilibrate, senza entrare

27 Anche le conclusioni dell'avvocato generale Bot del 18 luglio 2017 nella causa M.A.S. e M.B. C-42/17 (EU:C:2017:564) erano state molto critiche nei confronti del Governo italiano, della Cassazione e della Corte costituzionale, che aveva proposto con l'ordinanza n.24/2017, in sede di 2° rinvio pregiudiziale incidentale, una rimeditazione della sentenza Taricco I della Corte Ue dell'8 settembre 2015 (causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555), minacciando, in caso contrario, l'applicazione dei "controlimiti". La Corte di giustizia con la sentenza Taricco II del 5 dicembre 2017 (EU:C:2017:936) era stata costretta a mediare rispetto all'esuberanza delle censure dell'A.G. (che chi scrive condivide), sostanzialmente puntualizzando e risolvendo alcuni passaggi interpretativi poco chiari della precedente

in contrasto diretto - sul piano interpretativo non solo del diritto dell'Unione, ma anche della normativa interna per gli effetti che ne derivano - sia con la Corte costituzionale che il Giudice della nomofilachia nazionale, soprattutto in una situazione come quella italiana in cui è stato lo stesso Giudice delle leggi, con la prima ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale n.207/2013, a sollevare il problema della compatibilità comunitaria della disciplina sul reclutamento scolastico, sostenendo le questioni pregiudiziali del Tribunale di Napoli contro l'opposta posizione della Cassazione con la sentenza n.10127/2012.

Un secondo errore "politico" dell'A.G., altrettanto rilevante sulla decisione della Corte, è stato quello di stigmatizzare, con i passaggi troppo sarcastici di cui ai citati punti 37-41 delle conclusioni, il rilievo dato al Governo italiano nelle sue osservazioni all'anzianità di servizio, approfittando anche per criticare abbastanza direttamente anche la sentenza Motter della Corte di giustizia.

In ogni caso, come vedremo, al di là di alcuni voli pindarici giustificati dalla necessità di stemperare l'atteggiamento censorio dell'A.G. anche nei confronti della stessa Corte di giustizia, sostanzialmente le conclusioni della sentenza Rossato non saranno dissimili dalle conclusioni dell'esuberante Szpunar.

7. La sanzione della stabilità lavorativa a data certa e non aleatoria nella sentenza Rossato

Queste le conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza Rossato al quesito pregiudiziale della Corte di appello di Trento:

«la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale che, così come applicata dagli organi giurisdizionali supremi, esclude – per docenti del settore pubblico che hanno beneficiato della trasformazione del loro rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con un effetto retroattivo limitato – qualsiasi diritto al

decisione, senza però venir meno al principio della primazia del diritto dell'Unione, riaffermata attraverso il richiamo alla Carta dei diritti fondamentali Ue e alle garanzie processuali che essa prevede anche nei confronti dei grandi evasori fiscali in regime di Iva comunitaria, come la nostra Carta costituzionale.

risarcimento pecuniario in ragione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, allorché una siffatta trasformazione non è né incerta, né imprevedibile, né aleatoria e la limitazione del riconoscimento dell'anzianità maturata in forza della suddetta successione di contratti di lavoro a tempo determinato costituisce una misura proporzionata per sanzionare tale abuso, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare.».

E' molto evidente, proprio dalla risposta all'unico quesito pregiudiziale posto dalla Corte di appello di Trento, che la Corte di giustizia con la sentenza Rossato abbia voluto mediare tra due contrapposte esigenze.

Da un lato, la Corte Ue doveva "stabilizzare" la tutela effettiva del precariato pubblico in applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, affermando, in continuità con la sentenza Sciotto²⁸, che la trasformazione a tempo indeterminato a data certa dei contratti a tempo determinato successivi che avevano raggiunto i 36 mesi di servizio anche non consecutivi.

Dall'altro, la Corte "comunitaria" doveva rispettare lo *stare decisis* imposto dalla Cassazione, secondo cui²⁹ «*l'inserirsi dei pregressi contratti a termine in un procedimento di stabilizzazione regolato dalla legislazione regionale (art. 3, co. 38, L.R. 40/2007; art. 30 L.R. 10/2007) determinerebbe la cessazione della materia del contendere e comunque, essendo stata ottenuta una tutela più ampia, escluderebbe che si possa ancora discutere di diritti risarcitori, evidentemente sulla falsariga dei*

28 Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:859, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, su www.europeanrights.eu, dicembre 2018. La Corte Ue ha così concluso: «*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.*».

29 Cfr. sul punto Cass. (ord.) 28 marzo 2019, n.8671.

precedenti in senso analogo di questa Corte (Cass. 3 luglio 2017 n. 16336, sulle stabilizzazioni presso il Ministero di Giustizia, Cass. 7 novembre 2016, n. 22552, sulle stabilizzazioni nel settore scolastico).».

Chi scrive ha sempre espresso adesione al principio innanzi ben enunciato dalla Suprema Corte di cassazione, che andrebbe esteso anche all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, considerata come sanzione, di derivazione "comunitaria" (la norma era stata anticipata nel Protocollo Welfare del luglio 2007 come misura attuativa della direttiva 1999/70/CE), adeguata per punire in via definitiva l'abusivo ricorso alla contrattazione temporanea, grazie al suo automatismo nella trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi il giorno dopo la maturazione del 36° mese di servizio anche non continuativo con lo stesso datore di lavoro pubblico, a condizione, naturalmente, che l'accesso al pubblico impiego fosse avvenuto attraverso una procedura selettiva pubblica.

Vi sono tracce "documentali" o testimoniali di questa personale convinzione³⁰, che trova riscontro, peraltro, nella giurisprudenza della Corte di giustizia (ordinanza Affatato, punto 48; sentenza Mascolo, punto 55) e anche nell'*obiter dictum* della Cassazione del 2014³¹, qualche giorno prima dell'inizio dell'infausta stagione del "danno comunitario"³², che culminerà con la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite.

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016 aveva affermato, applicando la sentenza Mascolo della Corte Ue, che la stabilizzazione fosse l'unica misura adeguata a rimuovere definitivamente l'illecito comunitario, salvo poi rimangiarsi completamente questa posizione con la sentenza n.248/2018, forse come reazione alle censure dell'avvocato generale Szpunar nelle conclusioni della causa Rossato.

30 Chi scrive ha già avuto modo, invano, di rappresentare sia alla Corte costituzionale all'udienza del 17 maggio 2016 nella causa decisa dalla sentenza n.187/2016 e all'udienza del 23 ottobre 2018 nella causa decisa dalla sentenza n.248/2018 sia alla Cassazione all'udienza del 18 ottobre 2016 sul precariato scolastico, che l'applicazione integrale della trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine successivi dopo 36 mesi di servizio fosse l'unica sanzione riconosciuta dall'ordinamento comunitario come adeguata a sanare definitivamente l'illecito ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego.

31 Cfr. Cass. 23 dicembre 2014, n.27363.

32 Cfr. Cass. 30 dicembre 2014, n.27481.

Nella sentenza n.248/2018 del 27 dicembre 2018 il Giudice delle leggi aveva richiamato a sostegno dell'assunto divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego, senza citarla (perché inesistente), la «*pacifica giurisprudenza eurounitaria*», ignorando intenzionalmente anche la sentenza Sciotto della Corte di giustizia del 25 ottobre 2018, depositata cioè due giorni dopo l'udienza in cui ne era stata preannunciata la pubblicazione e il prevedibile esito.

Meno di quattro mesi dopo, la Corte costituzionale è stata costretta, infine, di fronte alla pubblicazione della sentenza Sciotto e al deposito all'udienza del 19 febbraio 2019 dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 13 febbraio 2019 del Tribunale di Napoli sugli insegnanti precari di religione (causa C-282/19 Gilda-Unams ed a.)³³, ad abdicare completamente alla propria competenza ad intervenire *in subiecta materia* con la sentenza n.96/2019³⁴.

Infatti, il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile, senza motivazione se non il richiamo alla precedente decisione n.248/2018, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Termini Imerese sulla normativa regionale che precludeva ogni possibilità di tutela antiabusiva ai precari siciliani degli enti locali, in un contesto istituzionale e sociale in cui, come è emerso negli atti della causa Santoro in Corte di giustizia, non sono stati mai banditi concorsi pubblici dal 1958 né per le assunzioni stabili né per quelle a tempo determinato.

A completare il quadro evanescente della recente giurisprudenza della Consulta sul precariato pubblico è intervenuta la impeccabile questione pregiudiziale ex art.267 TFUE sollevata dal TAR Lazio con ordinanza del 3 aprile 2019³⁵ (causa C-329/19 Ministero dell'Istruzione, dell'Università e

33 Su cui cfr. V. De Michele, *Prove tecniche di diritto del lavoro eurounitario e antidiscriminatorio: l'ordinanza Ue del Tribunale di Napoli sugli insegnanti di religione e le sentenze della Cassazione sui precari degli Enti lirici*, su www.lavorodirittieuropa.it, 25 marzo 2019.

³⁴ Corte cost. 18 aprile 2019, n.96.

³⁵ Il Tar Lazio con l'ordinanza del 3 aprile 2019 nella causa C-329/19 ha rivolto alla Corte di giustizia i seguenti quesiti pregiudiziali: «1) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una

della Ricerca – MIUR) sui ricercatori universitari precari, in cui il giudice amministrativo, alla luce della sentenza Sciotto, ha contestato il divieto assoluto di conversione enunciato dalla sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale sui collaboratori scolastici (per i quali l'ordinamento interno non ha mai previsto un concorso pubblico per l'accesso stabile al lavoro, ma soltanto lo scorrimento delle graduatorie permanenti provinciali a cui si accede per soli titoli di servizio non inferiore a 24 mesi, come nel caso della graduatoria permanente ad esaurimento del prof. Rossato), rilevando, con ineccepibile ragionamento giuridico molto simile a quello

normativa nazionale, quale quella di cui agli articoli 29 comma II lettera d) e comma IV del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81 e 36 comma II e comma V del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, precluda per i ricercatori universitari assunti con contratto a tempo determinato di durata triennale, prorogabile per due anni, ai sensi dell'art. 24 comma III lettera a) della legge n. 240 del 2010, la successiva instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato; 2) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una normativa nazionale, quale quella di cui agli articoli 29 comma II lettera d) e comma IV del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81 e 36 comma II e comma V del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, sia applicata dai giudici nazionali dello Stato membro interessato in modo che il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è accordato alle persone assunte dall'amministrazione pubblica mediante un contratto di lavoro flessibile soggetto a normativa del lavoro di natura privatistica, ma non è riconosciuto, in generale, al personale assunto a tempo determinato da tale amministrazione in regime di diritto pubblico, non sussistendo (per effetto delle su citate disposizioni nazionali) un'altra misura efficace nell'ordinamento giuridico nazionale per sanzionare tali abusi nei confronti dei lavoratori; 3) se, pur non sussistendo un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, la clausola 5 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, <<Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato>>, intitolata «Misure di prevenzione degli abusi», anche alla luce del principio di equivalenza, osti a che una normativa nazionale, quale quella di cui all'articolo 24, commi primo e terzo, della legge 30 dicembre 2010 n. 240, che prevede la stipulazione e la proroga, per complessivi cinque anni (tre anni con eventuale proroga per due anni), di contratti a tempo determinato fra ricercatori ed Università, subordinando la stipulazione a che essa avvenga "Nell'ambito delle risorse disponibili per la programmazione, al fine di svolgere attività di ricerca, di didattica, di didattica integrativa e di servizio agli studenti", ed altresì subordinando la proroga alla "positiva valutazione delle attività didattiche e di ricerca svolte", senza stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se la stipulazione e il rinnovo di siffatti contratti rispondano effettivamente ad un'esigenza reale, se essi siano idonei a conseguire l'obiettivo perseguito e siano necessari a tal fine, e comporta quindi un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti, non risultando così compatibile con lo scopo e l'effetto utile dell'accordo quadro.».

della più recente giurisprudenza della Cassazione³⁶, l'inapplicabilità del divieto di conversione di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 (del resto, inapplicabile al pubblico impiego non contrattualizzato, come nella fattispecie del docente universitario precario ricorrente prof. Dinelli) quando è stata superata una procedura concorsuale pubblica.

La Corte di giustizia, con la firma "aggiunta" a sigillo del suo Presidente Lenaerts (che già si era inserito *extra ordinem* nel Collegio a tre che aveva deciso la sentenza Sciotto), con la decisione in commento, in modo estremamente chiaro ai punti 27-28 e 36-40, ha individuato la trasformazione a tempo indeterminato come "unica" misura sanzionatoria idonea a garantire gli effetti utili della clausola 5 dell'accordo quadro a tempo indeterminato.

Secondo la Corte Ue, infatti, quando, come nel caso di specie del prof. Rossato, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (sentenza Rossato, punto 27), richiamando il punto 29 della sentenza Santoro.

Da ciò discende, secondo il Collegio lussemburghese, che, qualora sia avvenuto un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, dev'essere possibile applicare una misura dotata di garanzie effettive ed equivalenti di protezione dei lavoratori per sanzionare debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenza Rossato, punto 28),

³⁶ Cass. (ord.) 15 ottobre 2018, n.25728; (ord.) 20 febbraio 2019, n.4952.

richiamando il punto 64 della sentenza Fiamingo³⁷ e il punto 79 della sentenza Mascolo.

La trasformazione a tempo indeterminato, riferita al piano straordinario di assunzioni stabili di cui all'art.1, commi 95 ss., della l. n.107/2015, essendo di natura obbligatoria, e non imprevedibile ed aleatorio, ha il carattere sufficientemente energico e dissuasivo della sanzione (sentenza Rossato, punto 37), ridimensionando così l'ampia fiducia riconosciuta dalla Corte costituzionale sulla capacità risolutiva del problema del precariato scolastico da parte della legge sulla "Buona scuola", quando, nella sentenza n.187/2016, ha affermato sul predetto intervento normativo: *«Esso è volto a garantire all'intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati). In tal modo vengono attribuite serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato, secondo una delle alternative espressamente prese in considerazione dalla Corte di giustizia.»*.

La Corte di giustizia, in buona sostanza, con la sentenza Rossato ha limitato la sanatoria dell'illecito "comunitario" ai soli casi in cui la trasformazione a tempo indeterminato è avvenuta come effetto obbligatorio dello scorrimento fino all'esaurimento delle graduatorie, di cui all'art.1, comma 95, della l. n.107/2015, escludendo le ipotesi aleatorie di cui all'art.1, comma 109, della stessa legge, evocate dalla Consulta.

37 Corte giust. 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altri* contro *Rete ferroviaria italiana*, 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, 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*, op.cit.

8. Il risarcimento del danno "ulteriore" rispetto alla "stabilizzazione": il ruolo esclusivo del giudice nazionale

Chiarisce, infatti, la Corte che, nel caso esaminato dalla sentenza Mascolo, la situazione interna era diversa, in quanto il termine di immissione in ruolo dei docenti era tanto variabile quanto incerto (sentenza Rossato, punto 31), mentre, nel caso del prof. Rossato, risulta dal fascicolo agli atti della Corte che il legislatore nazionale, al fine di garantire la transizione verso un nuovo sistema comportante misure destinate a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, ha adottato un piano straordinario di assunzioni che prevede la trasformazione, nel corso dell'anno scolastico 2015/2016, di tutti i rapporti di lavoro a tempo determinato con docenti «precari», attraverso il progressivo e definitivo esaurimento delle graduatorie e degli elenchi dai quali l'amministrazione attingeva per l'assunzione di docenti a tempo determinato (sentenza Rossato, punto 32).

Secondo la Corte, *«il governo italiano ha inoltre indicato che proseguivano, in parallelo, e fino al loro esaurimento, i procedimenti di immissione in ruolo in corso per i docenti che si trovavano già inseriti in cima alle graduatorie. Infatti, l'articolo 1, comma 95, della legge n. 107/2015 prevede, a tal riguardo, che il piano straordinario di assunzioni è attuato «per la copertura di tutti i posti (...) rimasti vacanti e disponibili all'esito delle operazioni di immissione in ruolo effettuate per il medesimo anno scolastico ai sensi dell'articolo 399 del decreto legislativo n. 297/1994», vale a dire le immissioni in ruolo sulla base dell'avanzamento nella graduatoria permanente»* (sentenza Rossato, punto 33).

Infatti, per assimilare il caso Rossato a quello dei docenti precari del Comparto scuola, tra la normativa interna utile a risolvere la questione pregiudiziale la Corte ha inserito *extra ordinem* l'art.399 del d.lgs. n.297/1994 (sentenza Rossato, punto 9), che regolava fino alla l. n.107/2015 il sistema di reclutamento scolastico secondo il meccanismo "aleatorio" del doppio canale concorsuale e per graduatorie permanenti, la cui applicabilità alla fattispecie di causa, come si è anticipato, era stata tassativamente esclusa sia dalla Corte di appello di Trento nell'ordinanza di rinvio sia dall'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni.

La falsa rappresentazione dei fatti processuali è palese quando, al punto 13 della sentenza, la Corte ha accreditato che il giudice del rinvio avrebbe affermato da un lato che l'immissione in ruolo del prof. Rossato sarebbe stata disposta in applicazione dell'art.399 del d.lgs. n.297/1994 (circostanza non vera) e alla posizione del docente nella graduatoria permanente (che era la graduatoria nazionale ad esaurimento del Comparto Afam, unica modalità di reclutamento a tempo indeterminato nel settore, e non le graduatorie provinciali della scuola pubblica), dall'altro che l'immissione in ruolo non costituiva un'attuazione del piano straordinario di assunzioni istituito con la l. n. 107/2015 (circostanza vera).

Da questo intenzionale errore in fatto la Corte di giustizia fa discendere l'ulteriore argomentazione che, ferme restando le verifiche incombenti al giudice del rinvio, le assunzioni straordinarie e i procedimenti ai sensi dell'art.399 del d.lgs. n.297/1994, come quello che avrebbe portato all'immissione in ruolo del prof. Rossato, riguarderebbero la stessa categoria di personale docente, e che, pertanto, il rapporto di lavoro a tempo determinato del ricorrente avrebbe dovuto essere oggetto di trasformazione al più tardi alla fine dell'anno scolastico 2015/2016 o sulla base della conclusione di un procedimento di immissione in ruolo già in corso, oppure in forza del piano straordinario di assunzioni (sentenza Rossato, punto 34), cioè che la trasformazione del rapporto di lavoro in questione non sarebbe incerta e non avrebbe avuto carattere imprevedibile ed aleatorio, dato che sarebbe stata resa obbligatoria dalla l. n. 107/2015 (sentenza Rossato, punto 36).

Era già accaduto in precedenza con la sentenza Fiamingo³⁸ che la Corte di giustizia sia stata costretta ad adottare un'ordinanza presidenziale di correzione materiale della decisione per errore nella ricostruzione dei fatti di causa che, in quella fattispecie del lavoro marittimo, aveva portato, sulla base dell'errore in fatto che era diventato errore in diritto, ad una indiretta legittimazione dei contratti a tempo determinato "acausali" del Jobs act (d.l. n.34/2014), immediatamente smentita dallo stesso Collegio con la sentenza Commissione contro Granducato di Lussemburgo del 26 febbraio 2015 e con la sentenza Sciotto.

38 Cfr. sul punto V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, op.cit.

Ad evitare una nuova ordinanza presidenziale di correzione di errore materiale, come nel ricordato caso Fiamingo, o addirittura un procedimento di revocazione della sentenza ai sensi dell'art.159 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il Collegio della sentenza Rossato, con la firma del Presidente Lenaerts, ha rimesso le contraddizioni interne sul fatto alla valutazione della Corte di appello di Trento.

Il giudice nazionale del rinvio è perfettamente a conoscenza, per averlo chiaramente precisato nell'ordinanza di rinvio, del fatto che l'assunzione a tempo indeterminato del ricorrente sia avvenuta sulla base sì di un meccanismo di scorrimento di graduatoria permanente, ma assolutamente aleatorio e nella totale discrezionalità del Miur, al di fuori del reclutamento straordinario di cui all'art.1, comma 95, della l. n.107/2015, nonostante le assunzioni a tempo determinato fossero e, nel settore Afam continuino ad essere, su posti "accademici" vacanti e disponibili dal 1° novembre al 31 ottobre dell'anno successivo.

Così inquadrata la soluzione di politica del diritto realizzata dalla Corte di giustizia nella sentenza Rossato, la decisione in commento si è concentrata nel dare centralità ed esclusività all'assunzione stabile come unica modalità di sanatoria della violazione della clausola 5 antiabusiva dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, precisando che, per quanto concerne l'assenza di risarcimento (cioè della sanzione "aggiuntiva") nel caso di trasformazione di un rapporto di lavoro siffatto (sanzione obbligatoria, anche alla luce della sentenza Sciotto), si deve rammentare che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di discrezionalità nella scelta delle misure atte a realizzare gli obiettivi della loro politica sociale (sentenza Rossato, punto 38).

A questo punto, per la seconda volta dopo la sentenza Sciotto (richiamata tre volte nella sentenza Rossato), con ammirabile (e maggiore) chiarezza la Corte costruisce una nozione autonoma di "danno comunitario" sull'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, evidenziando, da un lato, che, *«come emerge dalla clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro, gli Stati membri hanno la facoltà, nell'ambito delle misure volte a prevenire il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, di trasformare i rapporti di lavoro a tempo determinato in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, dato che la stabilità dell'impiego derivante da questi ultimi costituisce l'elemento*

portante della tutela dei lavoratori» (sentenza Rossato, punto 39), e, dall'altro, che «la Corte ha dichiarato, in sostanza, che una normativa recante una norma imperativa ai sensi della quale, in caso di ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato, questi ultimi sono trasformati in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è tale da costituire una misura che sanziona in modo efficace un abuso di questo tipoe, quindi, da soddisfare i criteri ricordati ai punti 27 e 28 della presente sentenza.» (sentenza Rossato, punto 40).

In conseguenza, al di fuori del riconoscimento del diritto alla stabilità lavorativa come unica sanzione "obbligatoria" garantita dalla clausola 5, punti 1 e 2 in combinato disposto, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato in caso di abusivo ricorso alla contrattazione temporanea, agli Stati membri non possono essere imposte altre sanzioni in cumulo con quella "comunitaria" (sentenza Rossato, punto 41), neanche il versamento di danni punitivi (sentenza Rossato, punto 42), dal momento che il principio del risarcimento integrale del danno subito e il principio di proporzionalità impongono agli Stati membri di prevedere un'adeguata riparazione, che deve andare oltre il risarcimento puramente simbolico, senza tuttavia oltrepassare la compensazione integrale (sentenza Rossato, punto 43).

Il dato certo, che emerge dalla sentenza Rossato, è che la tesi delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sul danno comunitario nella sola misura indennitaria forfetaria prevista dall'abrogato art.32, comma 5, della l. n.183/2010 viene completamente demolita dalla Corte di giustizia: il danno è altro, è il danno da perdita della stabilità lavorativa, che può essere sanato integralmente soltanto con l'assunzione a tempo indeterminato presso la pubblica amministrazione "abusante".

A questo punto, per quanto riguarda il risarcimento del danno aggiuntivo alla (obbligatoria) stabilità lavorativa, la Corte di giustizia si è avventurata nel cercare di attenuare gli effetti sull'ordinamento interno del punto 71 della sentenza Sciotto, in cui il Collegio presieduto da Lenaerts aveva precisato, invocando la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro: «In ogni caso, come sostenuto dalla Commissione, poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una

discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.».

Infatti, riguardo alla legittima doglianza del prof. Rossato nelle osservazioni scritte circa una disparità di trattamento rispetto ai lavoratori che hanno ottenuto una condanna del loro datore di lavoro a causa del ricorso abusivo a contratti a tempo determinato prima dell'entrata in vigore della l. n. 107/2015 e che avrebbero potuto, in forza della normativa anteriore, cumulare un risarcimento e il beneficio di un'assunzione con contratto di lavoro a tempo indeterminato, la Corte ha evidenziato che «*la disparità di trattamento tra due categorie di lavoratori a tempo determinato risultante da una riforma della normativa applicabile non rientra nell'ambito del principio di non discriminazione sancito alla clausola 4 dell'accordo quadro*» (sentenza Rossato, punto 44), richiamando erroneamente i punti 50 e 51 della sentenza Viejobueno Ibáñez e de la Vara González³⁹.

Nella causa Viejobueno Ibáñez e de la Vara González l'avvocato generale Kokott aveva formulato le seguenti conclusioni: «*La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70/CE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una prassi nazionale come quella controversa nel procedimento principale, in forza della quale per i docenti assunti in qualità di funzionari ad interim ai sensi del diritto spagnolo per la durata di un intero anno scolastico è disposta la cessazione dal servizio già al termine del periodo di lezioni, mentre il rapporto di lavoro di lavoratori a tempo indeterminato in tal senso comparabili prosegue anche dopo la conclusione del periodo di lezioni e non viene neppure sospeso.*».

La Corte di giustizia, stesso Collegio a cinque della I Sezione e stesso Relatore della sentenza Rossato, nella sentenza Viejobueno Ibáñez e de la Vara González non ha condiviso le conclusioni dell'avvocato generale Kokott, che avrebbero avuto effetti dirompenti non solo nell'ordinamento spagnolo, ma anche nel sistema delle supplenze scolastiche italiane,

³⁹ Corte giust. 21 novembre 2018, Viejobueno Ibáñez e de la Vara González, C-245/17, EU:C:2018:934.

andando a scardinare la distinzione tra supplenze su organico di diritto (fino al 31 agosto, cioè fino al termine dell'anno scolastico, ai sensi dell'art.4, comma 1, l. n.124/1999) e supplenze su organico di fatto (fino al 30 giugno, cioè fino al termine delle lezioni, ai sensi dell'art.4, comma 2, l. n.124/1999).

La Corte Ue nella sentenza del 21 novembre 2018 nella causa C-245/17 ha affermato al punto 50 che i docenti precari spagnoli ricorrenti non avrebbero chiesto di essere effettivamente trattati, quanto alla durata del loro rapporto di lavoro, allo stesso modo dei loro colleghi aventi qualità di funzionari di ruolo, ma avrebbero reclamato il medesimo trattamento che viene concesso ai docenti che sono stati assunti in qualità di funzionari ad interim negli anni scolastici precedenti.

In realtà, come è noto, il richiamo ai punti 50 e 51 della sentenza *Viejobueno Ibáñez e de la Vara González* non è coerente se applicato all'ordinamento italiano che, a differenza di quello spagnolo, non prevede una distinzione tra funzionari di ruolo e pluralità di categorie di lavoratori a tempo determinato, ma, con la privatizzazione del pubblico impiego di cui al d.lgs. n.29/1993 e al d.lgs. n.165/2001, un'unica categoria di lavoratori a tempo indeterminato comparabili e un'unica categoria di lavoratori a tempo determinato.

In buona sostanza, il ragionamento sulla discriminazione proposto dal difensore del prof. Rossato nelle osservazioni scritte è assolutamente corretto e in linea con quanto precisato dalla Corte di giustizia al punto 71 della sentenza *Sciotto*: il collega del docente del Conservatorio Afam ricorrente, che abbia proposto una causa per l'assunzione a tempo indeterminato e il risarcimento del danno per aver superato i 36 mesi di servizio o per l'illegittimità delle supplenze annuali su posto vacante in organico perché prive di ragioni oggettive, come nel caso del prof. Rossato, che abbia avuto il riconoscimento giudiziale del solo danno e poi la successiva assunzione a tempo indeterminato o immissione in ruolo per la scelta discrezionale del Miur di scorrere la graduatoria permanente (la stessa che ha portato all'assunzione stabile del prof. Rossato), diventa lavoratore a tempo indeterminato comparabile rispetto a chi, come il prof. Rossato, richieda anche il risarcimento del danno non riconosciuto per i periodi di lavoro precario.

Sotto questo aspetto, la fragilità del ragionamento della Corte di giustizia sul diniego del risarcimento del danno in caso di stabilizzazione

“obbligatoria” si appalesa maggiore nella parte in cui la Corte Ue, in evidente risposta polemica ai punti 37-41 delle conclusioni dell’avvocato generale Szpunar, che si era permesso di criticare la sentenza Motter, ai punti 46-52 si lancia in una dissertazione sulla parziale ricostruzione di carriera e sull’anzianità di servizio del prof. Rossato, che non ha mai trovato alcun ingresso nell’ordinanza di rinvio della Corte di appello di Trento, che si era semplicemente limitata a segnalare la presunta violazione della clausola 5 dell’accordo quadro, essendo agli atti del processo, come riconosciuto da Szpunar nelle sue conclusioni, che il Tribunale di Rovereto aveva già accertato integralmente al ricorrente l’integrale anzianità di servizio.

In questa parte, presa dall’ira funesta di delimitare l’esuberanza critica dell’avvocato generale nei confronti della sentenza Motter, la Corte ha ripreso, in modo estremamente parziale, i principi enunciati dalla decisione incriminata che riguardava una norma interna – l’art.485 d.lgs. n.297/1994 sulla ricostruzione di carriera dopo il superamento del periodo di prova conseguente alla nomina in ruolo – che non solo non era stata richiamata nel procedimento principale, ma che è anche inapplicabile ai docenti del Comparto Afam.

Appare evidente, come già sottolineato dalla stessa Corte nelle sentenze Mascolo, Santoro e Motter e nell’ordinanza Papalia, che l’irritazione del Collegio lussemburghese nei confronti dello Stato italiano riguardi proprio la causa dell’eccessiva durata della precarietà dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego, non venendo espletati anche per decenni (come nel caso della scuola, del precariato siciliano degli enti locali e del capo banda del Comune di Aosta, precario per quasi trent’anni) i concorsi pubblici che dovrebbero costituire la modalità di accesso ordinaria al lavoro pubblico di tipo stabile, ai sensi dell’art.97, comma 4, Cost.

Ma questa è una scelta, infelicissima, dell’ordinamento interno e la Corte di giustizia fa bene a stigmatizzarla per censurare, indirettamente, la posizione giurisprudenziale del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego, fondata sul presupposto che il concorso pubblico debba essere il canale quasi unico di reclutamento a tempo indeterminato, quando nei fatti e anche nella normativa nazionale, come dimostra il caso del prof. Rossato, non lo è.

Tuttavia, al di là della censura morale, che si condivide, la Corte di giustizia non poteva muoversi e infatti ha rimandato al giudice del rinvio

le valutazioni del caso concreto anche rispetto alla presunta e inesistente, nel procedimento principale, ricostruzione di carriera.

Né si può far a meno di evidenziare la confusione che fa la Corte Ue tra retrodatazione degli effetti giuridici dell'assunzione a tempo indeterminato del prof. Rossato (dal 2 novembre 2015 al 1° gennaio 2014, senza nessun collegamento con l'applicazione della l. n.107/2015) e riconoscimento dell'anzianità di servizio ai fini della progressione economica, che il giudice nazionale in 1° grado aveva già riconosciuto, stravolgendo, peraltro, senza motivazione rispetto al caso concreto, i diversi principi anche sul concorso pubblico enunciati nella sentenza Valenza, che il Tribunale di Rovereto aveva correttamente applicato.

Probabilmente, la Corte di giustizia ha confuso temporalmente l'immissione in ruolo del 2 novembre 2015 del prof. Rossato con la *email* circolare dell'11 novembre 2015, con cui veniva comunicato ai singoli docenti interessati dall'allora presidente del Consiglio dei Ministri, nel genetliaco della consorte, il completamento della fase C dell'organico di potenziamento del piano straordinario di immissioni in ruolo di cui all'art.1, comma 95, della l. n.107/2015, con decorrenza giuridica dal 1/9/2015.

Tuttavia, se avesse letto attentamente il contenuto della email circolare dell'11 novembre 2015 dell'ex presidente del CdM ai fortunati docenti stabilizzati con la "Buona scuola", sicuramente la Corte di giustizia non sarebbe stata così benevola nei confronti del Governo italiano nella sentenza Rossato, dal momento che si affermava nella predetta comunicazione "pastorale" che il merito della stabilizzazione straordinaria non era di "una sedicente sentenza della Corte di giustizia" (la sentenza Mascolo, appunto), ma dell'Esecutivo nazionale e, in particolare, del suo premier.

In conclusione, *more solito*, sarà il giudice nazionale a dover risolvere la controversia del risarcimento del danno spettante agli eredi del prof. Rossato.

Ma dovrà essere la Cassazione, prevedibilmente a Sezioni unite, insistendo sul solco tracciato dalle recenti sentenze nn.6679-6680/2019⁴⁰ che hanno richiamato e applicato la decisione Sciotto della Corte di

40 Cass. 7 marzo 2019, n.6679 e 6680.

giustizia, che dovrà tradurre in principi interni di nomofilachia autentica la tutela effettiva antidiscriminatoria dei precari pubblici, riconoscendo ad essi il diritto all'assunzione stabile nella pubblica amministrazione, in applicazione verticale della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Le ordinanze Affatato e Papalia, le sentenze Mascolo, Fiamingo, Santoro, Sciotto si indirizzano verso un unico percorso interpretativo, ora esplicitato definitivamente, secondo cui la sanzione della stabilità lavorativa anche nel pubblico impiego è la sola che garantisce l'effetto utile della direttiva 1999/70/CE, la direttiva sociale italiana, fondata principalmente sul modello della legge n.230/1962, che non è mai scomparsa, evidentemente, dal substrato culturale e giuridico nazionale.

E anche le Corti superiori hanno il diritto/dovere di ripensamento delle proprie decisioni, nel dialogo con la Corte di giustizia.