

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

di

Vincenzo De Michele

SOMMARIO: 1. Premessa: la presenza di una forte tutela euro unitaria dei precari pubblici nell'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti. - 2. Disciplina speciale sul reclutamento dei docenti con "diploma magistrale" nel Comparto Scuola. - 3. La disciplina del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego. - 4. La disciplina speciale del reclutamento scolastico dei docenti. - 5. Il valore abilitante del titolo di diploma magistrale. - 6. Il diniego assoluto di tutela antiabusiva della giurisprudenza della Cassazione nei confronti dei precari della scuola pubblica. - 7. Il diniego assoluto di tutela antiabusiva della giurisprudenza della Cassazione nei confronti dei precari della scuola pubblica. - 8. Il ripristino della tutela antiabusiva nell'interpretazione della Corte di giustizia, nelle riflessioni interne della Cassazione e nell'azione di controllo e di impulso del Parlamento Ue sull'operato della Commissione. - 9. Il riconoscimento da parte del Consiglio di Stato e della Commissione Ue del valore abilitante del diploma magistrale. - 10. Il mancato inserimento dei diplomati magistrali nelle GAE e il piano straordinario di immissioni in ruolo contrario al diritto dell'Unione europea. - 11. La sentenza Mascolo della Corte di giustizia Ue. - 12. Il Consiglio di Stato riconosce il diritto dei diplomati magistrali di essere inseriti nelle GAE ai fini dell'immissione in ruolo. - 13. L'improvviso "ripensamento" del Consiglio di Stato sul diritto dei diplomati magistrali di essere inseriti nelle GAE. - 14. Il dialogo/scontro tra giudici di merito, Cassazione, Corte costituzionale e Corte di giustizia sulla tutela effettiva del precariato pubblico. - 15. La sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali. - 16. La soluzione di tutela non più effettiva delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016: la causa Santoro sul precariato siciliano in Corte di giustizia. - 17. La nozione di equivalenza della tutela sanzionatoria con i lavoratori a termine privati (e con altre categorie di lavoratori "comparabili" nel pubblico impiego) nella causa Santoro. - 18. La sentenza Martínez Andrés e Castrejana López della Corte di giustizia e l'equiparabilità sanzionatoria (anche) con i lavoratori a tempo determinato nel settore privato: effetti possibili nella causa Santoro. - 19. La Corte costituzionale e la stabilizzazione dei contratti anche nel pubblico impiego: gli effetti possibili nella causa Santoro. - 20. Le sentenze della Cassazione sulla riqualificabilità a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro per abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego: i possibili effetti nella causa Santoro. - 21. La sentenza delle Sezioni unite n.14432/2017 sull'effettivo e integrale risarcimento del danno per abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego: gli effetti nella causa Santoro sull'effettività della sanzione. - 22. Il campo di (non) applicazione dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 nella sentenza Mascolo della Corte Ue e nella prassi giudiziaria interna: gli effetti possibili nella causa Santoro. - 23. La successione delle leggi in materia di reclutamento flessibile nel pubblico impiego e la violazione di norme imperative di legge: i possibili effetti nella causa Santoro. - 24. La geniale soluzione della Corte di giustizia nella sentenza Santoro sulla tutela effettiva del precariato pubblico in caso di assunzioni nulle perché non concorsuali.

1. Premessa: la presenza di una forte tutela eurounitaria dei precari pubblici nell'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti

La sentenza n.11 del 20 dicembre 2017 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali con titolo abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 e la sentenza Santoro della Corte di giustizia del 7 marzo 2018¹ sui precari degli enti locali siciliani rappresentano due decisioni importanti e ancora intermedie, della magistratura amministrativa e della Corte europea, che si inseriscono nell'unico immenso alveo della tutela giurisdizionale effettiva del problema del precariato pubblico non solo in Italia, ma anche nel territorio dell'Unione.

Le due decisioni, ancora una volta², riportano al centro del dibattito ideologico e culturale la effettività della tutela dei diritti fondamentali in Italia, in un confronto diviso tra due scuole di pensiero.

Vi è, infatti, chi ritiene, a causa delle cattive informazioni o della scarsa conoscenza delle dinamiche delle politiche sociali ed economiche europee, che i costi della tutela del *welfare* siano eccessivi e non sostenibili per lo Stato in un momento di ancora grave crisi economica. La sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato in commento risponde *apertis verbis* a queste sollecitazioni e motivazioni dell'emergenza economica, che sembra si voglia risolvere colpendo chi ha meno possibilità di difendersi o è più individuabile come oggetto di risparmio di spesa pubblica.

Vi è, invece, chi sostiene e cerca di argomentare e documentare che le ragioni economiche siano soltanto l'espedito per alimentare il precariato pubblico, creando discriminazioni tra lavoratori tutelati (spesso perché "raccomandati") e lavoratori privi di tutele, moltiplicando così non solo il disagio sociale ma anche quella spesa pubblica che soltanto nelle intenzioni si vuole ridurre. La sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari pubblici siciliani "irregolari di durata indeterminata non permanente" - cioè che non sono stati assunti con concorso pubblico e lavorano da molti anni senza soluzione di continuità alle dipendenze degli enti locali, finanziati ogni anno dalla Regione siciliana, in cui dal 1957 non sono banditi concorsi pubblici per accedere stabilmente a quei posti di lavoro ormai organici ai bisogni delle P.P. A.A. territoriali - risponde a questo secondo indirizzo interpretativo, peraltro in continuità con la sentenza Mascolo³, che invece riguardava

¹ Corte di giustizia, sentenza 7 marzo 2018, causa C-494/16 Santoro Giuseppa contro Comune di Valderice, EU:C:2018:166.

² Si rimanda a V. De Michele, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 2012, 8-9, 777 ss.

³ Corte di giustizia, sentenza 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-63/13, EU:C:2014:2124; su cui cfr. M. Aimo, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, II, 2015, 336 ss.; P. Coppola, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in *Europeanrights.eu*; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav.pp.aa.*, 2014, 499 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in *Europeanrights.eu*, 10 gennaio

un sistema di reclutamento legittimo (concorsuale/selettivo) quale è quello scolastico e legittimava il giudice comune all'applicazione "diretta" della riqualificazione a tempo indeterminato al superamento dei 36 mesi di servizio in assenza di norme ostative (previste per la scuola) nel settore pubblico degli enti locali (maestre di asilo comunale), quando l'accesso era avvenuto attraverso procedure selettive e graduatorie concorsuali (come nella causa Russo C-63/13, su cui punto 55 e punti 59-61 della sentenza Mascolo); così come era legittimo il reclutamento di Marrosu e Sardino⁴, assunti dal 1998 per il tramite di una graduatoria con la qualifica di «operatore tecnico cuoco» presso l'azienda ospedaliera di Genova in virtù di una serie di contratti a tempo determinato, gli ultimi dei quali conclusi nel corso del gennaio 2002 per una durata di sei mesi, dopo aver superato con successo una procedura selettiva pubblica (sentenza Marrosu-Sardino, punti 17-19); ed era legittimo anche il reclutamento del direttore della banda musicale del Comune di Aosta, Rocco Papalia⁵, assunto nel 1983 e in servizio ininterrottamente per quasi trent'anni fino al 17 luglio 2012, quando era stato licenziato dall'ente locale.

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.publ.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.

⁴ Corte di giustizia, sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* contro Azienda Ospedaliera S.Martino di Genova, EU:C:2006:517; su cui cfr. A.Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 6, 1639; L.Nannipieri, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2006, II, p.742-764; L.Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn.rel.ind.*, 2006, p.439-444; G.Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, *Mass.giur.lav.*, 2006, p.752-755; A.M.Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *cit.*, 173-177; S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, relazione su *Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali*, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, p. 12-16.

⁵ Corte di giustizia, ordinanza 12 dicembre 2013, causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, EU:C:2013:873; su *Foro it.*, 2014, IV, 91, con nota di A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari? Sull'ordinanza Papalia v. Ales*, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 86 ss.; B. Cimino, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2014, II, 1033 ss.; V. De Michele, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *Lav.giur.*, 2014, 241 ss.; R. Nunin, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *Riv.giur.lav.*, 2014, II, 124 ss.

Rispetto al 2012, in cui la contrapposizione delle due opzioni interpretative era ancora limitata al territorio nazionale nel confronto tra la Cassazione e la giurisprudenza di merito, attualmente la situazione è ancora più complessa e ha travalicato non soltanto gli inesistenti confini dell'urbe italica, ma anche l'*acquis* comunitario, interessando il Consiglio d'Europa e le due sedi "giurisdizionali" che sovrintendono all'interpretazione e all'applicazione delle Carte dei diritti nel sistema di Strasburgo, la Corte EDU per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) per la Carta sociale europea.

Si è dato conto dello stato dell'arte della tutela effettiva del precariato pubblico in Italia e in Europa nel precedente contributo⁶, di cui il presente lavoro è l'ulteriore sviluppo, alla luce delle due decisioni in commento.

Quanto la situazione sia ancora molto complessa e il quadro delle tutele ancora troppo fluido e dalle forme non ancora definite, può evincersi dal fatto che già pende il reclamo collettivo n.159/2018, registrato il 12 febbraio 2018⁷, proposto dall'ANIEF, Organizzazione sindacale nazionale del Comparto Scuola, che ha contestato davanti al CEDS anche la sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali, dopo aver censurato le sentenze della Cassazione sul precariato scolastico con il reclamo collettivo n.146/2017, dichiarato ammissibile e ormai in avanzata fase di trattazione nel merito, come il reclamo collettivo n.144/2017 proposto dalla CGS, Confederazione sindacale nazionale che opera in vari Comparti del pubblico impiego, che ha contestato anche la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite sul precariato pubblico.

A tal proposito si registra la decisa inversione di tendenza della Commissione Ue sulle grandi riforme del Governo Renzi, il Jobs act (d.lgs. 81/2015) e la "Buona scuola" (legge 107/2015) che, dopo essere state frettolosamente protette e garantite con il marchio della compatibilità con il diritto dell'Unione, vengono ora colpite da strali censori oggettivamente un po' tardivi e incomprensibili rispetto al sostegno precedentemente assicurato dal custode dei Trattati, che forse si era addormentato quando aveva archiviato la denuncia di infrazione della CGIL sul Jobs act e la procedura di infrazione 2010/2124 sul precariato scolastico.

Si è segnalato nel precedente contributo che la Commissione europea, nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 sui precari pubblico/privati delle Fondazioni lirico-sinfoniche, ritiene il Jobs act sulla flessibilità contrattuale come fake news in termini di novità rispetto al d.lgs. n.368/2001, essendo i datori di lavoro obbligati a stipulare contratti a tempo determinato (e di lavoro interinale a termine) soltanto se sussistano ragioni oggettive temporanee, che li differenzino dal contratto "standard" a tempo indeterminato.

Più sorprendenti, però, sono le osservazioni scritte della Commissione nella causa Rossato C-494/17 sul precariato scolastico (sul rinvio della Corte di appello di Trento), depositate il 28 novembre 2017, qualche giorno dopo la *public hearing* del 22 novembre 2017 davanti alla Commissione per le petizioni del Parlamento Ue, all'esito della quale tutti i gruppi parlamentari europei, all'unanimità (evento rarissimo), hanno deliberato di presentare all'adunanza plenaria del Parlamento, che dovrebbe tenersi nel mese di maggio c.a., una proposta di risoluzione sulla corretta applicazione della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, per

⁶ Cfr. V. De Michele, *La tutela del precariato pubblico in Europa e in Italia, aspettando "Godot"*, in www.europeanrights.eu, 12 gennaio 2018.

⁷ Reperibile sul sito del Consiglio d'Europa www.coe.int.

combattere la situazione di precarietà denunciata nelle petizioni presentate dai cittadini europei non solo nel settore pubblico, in particolare in quello italiano (scuola, sanità, precari siciliani, giudici di pace, ricercatori, ecc.), ma anche nel settore privato, fino ad interessare il “mandante” della flessibilità deregolata nell’Unione, cioè la stessa Commissione Ue con i suoi agenti contrattuali senza tutele effettive.

Infatti, dopo aver archiviato la procedura di infrazione n.2010/2124 sul precariato scolastico, in cui era stato addirittura formulato il 21 novembre 2013 un parere motivato di accertamento della violazione integrale della direttiva 1999/70/CE sotto i due profili della mancanza di misure antiabusivo e della discriminazione professionale nei confronti dei docenti e del personale a.t.a. di ruolo, la **Commissione** nelle **osservazioni scritte della causa C-494/17 Rossato**, depositate il 28 novembre 2017, ha concluso in senso diametralmente opposto rispetto ai principi di diritto enunciati dalla Cassazione nelle sentenze sul precariato scolastico⁸ e in parte anticipati dalla Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016⁹, 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».

Viceversa, la **Commissione** europea nelle **osservazioni scritte della causa C-466/17 Motter**, depositate il 18 novembre 2017, ha risposto negativamente al dubbio interpretativo sollevato dal Tribunale di Trento contro l’integrale riconoscimento dell’anzianità professionale riconosciuta al personale della scuola pubblica per i periodi preruolo, in applicazione orizzontale e diretta della clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e della sentenza n.22558/2016¹⁰ della Cassazione, così confermando l’orientamento nomofilattico interno favorevole ai lavoratori, contestato dal giudice del rinvio sulla base del principio del superamento del concorso pubblico come criterio legittimo di discriminazione:

«La clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (in GUUE L 175 del 10.7.1999, p. 43), osta ad una disposizione come quella in causa nel giudizio principale che limita il calcolo dell’anzianità di servizio maturata in rapporti di lavoro a tempo determinato mentre consente il calcolo di tale anzianità per intero per i docenti di ruolo, a meno che il fatto di aver superato con esito

⁸ Cass., S.L., sentenze 7 novembre 2016, nn.22552, 22553, 22554, 22555, 22556, 22557.

⁹ Corte cost., sentenza 20 luglio 2017, n.187, che precisa al punto 16: «Ebbene, dalla combinazione dei vari interventi, sia a regime che transitori, effettuati dal legislatore nel 2015, emerge l’esistenza in tutti i casi che vengono in rilievo di una delle misure rispondenti ai requisiti richiesti dalla Corte di giustizia. E tale conclusione trova una indiretta ma autorevole conferma in quella cui è pervenuta la Commissione U.E. a proposito della procedura di infrazione aperta nei confronti del nostro Paese per la violazione della stessa normativa dell’Unione: essa è stata archiviata senza sanzioni a seguito della difesa dell’Italia, argomentata con riferimento alla normativa sopravvenuta.».

¹⁰ Cass., S.L., sentenza 7 novembre 2016, n.22558.

positivo una procedura di concorso sia tale da comportare una qualità delle prestazioni di insegnamento superiore rispetto a quelle di un lavoratore a tempo determinato. Spetta al giudice nazionale svolgere una tale valutazione, purché la giustificazione di una simile disparità di trattamento abbia ad oggetto delle esigenze attinenti all'impiego che deve essere ricoperto mediante la procedura di assunzione e purché tali esigenze siano estranee alla durata determinata del rapporto di lavoro.».

Stesse considerazioni sull'inidoneità del concorso pubblico a costituire elemento di discriminazione legittimo sulle condizioni di lavoro tra magistratura ordinaria e onoraria sono state espresse dalla **Commissione** nelle **osservazioni scritte della causa C-472/17 Di Girolamo**, depositate il 23 novembre 2017, sulla pregiudiziale sollevata dal Giudice di pace di L'Aquila in merito al (mancato) riconoscimento nei confronti dei giudici onorari del diritto alle ferie retribuite, considerati nell'ordinamento interno dei "non lavoratori"¹¹, dei "volontari" privi di tutela previdenziale anche in caso di evidente malattia di origine professionale¹², a differenza di quanto precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza O' Brien¹³ sui giudici onorari britannici:

«Nella misura in cui, da un lato, per accedere alle funzioni di giudice di pace e di giudice togato sia necessario avere qualifiche accademiche o un'esperienza differenti e, dall'altro, le procedure di selezione si fondino su requisiti che siano attinenti all'oggetto delle funzioni da esercitare ed estranei alla durata dell'incarico, circostanze che spetta al giudice nazionale valutare, la Commissione ritiene che tali circostanze possano costituire, in linea di principio, una giustificazione oggettiva ad una disparità di trattamento nella fruizione del diritto alle ferie retribuite. Tuttavia, tale diversità nei requisiti di accesso alle rispettive funzioni non può giustificare un'esclusione dei giudici di pace dal diritto alle ferie retribuite.».

In precedenza, nelle **osservazioni scritte della causa Santoro C-494/16** sul precariato siciliano, depositate il 4 gennaio 2017, la **Commissione** europea, sulla questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trapani in contrasto con le indicazioni fornite dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016¹⁴ sui criteri di liquidazione del danno subito dal lavoratore precario nel caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, aveva così concluso, anticipando le conclusioni della sentenza in commento:

«1) I principi di effettività e di equivalenza non ostano a che, in caso di ricorso abusivo alla contrattazione a termine, il lavoratore danneggiato si veda corrispondere, a titolo di risarcimento del danno, l'attribuzione di un'indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione (ex art. 32 co. 5° L.

¹¹ Cass., SS.UU., sentenza 31 maggio 2017, n.13721; Cons. Stato, sentenza 18 luglio 2017, n.3556.

¹² Cass, S.L., sentenza 4 gennaio 2018, n.99. La Suprema Corte ha rigettato la domanda di un giudice di pace risarcimento dei danni alla salute, morale ed esistenziale, conseguiti all'infezione provocata dal batterio della tubercolosi contratta nell'ambiente di lavoro presso un centro di identificazione ed espulsione (CIE). Al giudice di pace ricorrente, attualmente in gravi condizioni di salute, non solo non è stata riconosciuta la tutela previdenziale richiesta come lavoratore per una malattia contratta nell'ambiente di lavoro, ma ha è stata anche inflitta una pesante condanna alle spese del giudizio.

¹³ Corte di giustizia, sentenza 1° marzo 2012, C-393/10, O'Brien contro Ministry of Justice, EU:C:2012:110. La questione pregiudiziale è stata sollevata dalla Supreme Court of the United Kingdom che, nonostante la Brexit, continua a dialogare con la Corte di giustizia sollevando nella stessa causa O'Brien la nuova pregiudiziale C-432/17 per estendere la tutela previdenziale dei giudici onorari impiegati part-time anche per il periodo di servizio antecedente alla data di entrata in vigore della direttiva 97/81/CE.

¹⁴ Cass., SS.UU., sentenza 15 marzo 2016, n.5072.

183/2010), integrata da un eventuale risarcimento del danno per perdita di "chance", purché:

- in merito al principio di equivalenza, tale rimedio non sia meno favorevole di rimedi previsti per casi simili nell'ordinamento italiano;

- in merito al principio di effettività, tale risarcimento consenta: a) una riparazione adeguata del danno subito; n) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore ad un risarcimento solo simbolico.

Spetta al giudice nazionale valutare se le dette condizioni siano soddisfatte.

2) Il principio di effettività non richiede che, a fronte della mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato conclusi con la pubblica amministrazione, il lavoratore danneggiato da un abuso del ricorso alla contrattazione a termine ottenga il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato. Tuttavia, detto principio non si oppone a che un simile lavoratore ottenga, in aggiunta al risarcimento del danno, l'indennità prevista dal diritto italiano per la mancata reintegrazione nel posto di lavoro».

Qualche mese dopo, nelle osservazioni scritte della causa C-331/17 Sciotto sui precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche, depositate il 14 settembre 2017, la Commissione ha così concluso:

«L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, ed in particolare la sua clausola 5, osta ad una normativa nazionale, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato».

In meno di un anno, con le osservazioni scritte nelle cause Santoro C-494/16 sul precariato siciliano, Sciotto C-331/17 sui precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche, Motter C-466/17 sull'anzianità professionale del personale della scuola per i periodi pre-ruolo, Di Girolamo C-472/17 sul diritto dei giudici onorari alle ferie retribuite, Rossato C-494/17 sul risarcimento dei danni per il personale della scuola immesso in ruolo in corso di causa, la Commissione, secondo il metodo comunitario e la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, ha smantellato ineffabilmente e ipocritamente le riforme del d.lgs. n.81/2015 sulle tipologie contrattuali, della legge n.107/2015 sulla scuola e del d.lgs. n.116/2017 sulla magistratura onoraria.

Le stesse riforme del Governo Renzi la Commissione le aveva, in precedenza, con grandissima leggerezza e superficialità, secondo il peggior metodo intergovernativo e manipolando o disapplicando la giurisprudenza della Corte di giustizia, garantito come esenti da violazioni del diritto dell'Unione europea, inducendo in errore la giurisprudenza della Cassazione, che quelle riforme ha finito per avallare proprio sulla base delle erronee valutazioni di compatibilità comunitaria del distratto custode dei Trattati, da un anno a questa parte fulminato sulla via di Damasco dalla minaccia di dover subire da parte dei cittadini europei azioni di responsabilità extracontrattuale per i ritardi ingiustificati nell'attivazione delle procedure di infrazione (la procedura n.2014/4231 sul precariato pubblico, conservata in "stand by" in attesa della sentenza Santoro della Corte di giustizia; il caso EU Pilot 7779/15/EMPL sulla

magistratura onoraria, chiuso con esito negativo¹⁵ ma senza attivazione della procedura di infrazione; l'archiviazione il 2 luglio 2015 della richiesta della Cgil di apertura della procedura di infrazione sul Jobs act con la denuncia CHAP(2014)2554) o per ingiustificata archiviazione della procedura di infrazione 2010/2124 sul precariato scolastico.

Non è mancato soltanto lo Stato di diritto sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari in Italia, ma è stata carente l'Europa dei diritti nel coordinamento dell'azione amministrativa di sostegno delle Istituzioni Ue all'applicazione del diritto dell'Unione, anche se, va evidenziato, il nuovo ruolo attivo del Parlamento europeo nel dare risposte alle istanze dei cittadini sembra aver contribuito molto a creare i presupposti, come vedremo, per una forte tutela giurisdizionale di quegli stessi diritti sistematicamente violati dalle pubbliche amministrazioni nazionali.

2. Disciplina speciale sul reclutamento dei docenti con “diploma magistrale” nel Comparto Scuola.

Venendo al “merito” della questione dei diplomati magistrali con titolo abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, va necessariamente ricostruito il quadro normativo di riferimento e la sua evoluzione.

L'art.197, comma 1, d.lgs. n.297/1994 prevedeva, in combinato disposto con l'art.53¹⁶ del R.D. 6 maggio 1923, n.1054 (riforma Gentile), il riconoscimento del diploma magistrale come titolo abilitante all'insegnamento nelle scuole elementari.

L'art.3, comma 2, della legge n.341/1990, di riforma degli ordinamenti didattici universitari, ha previsto l'istituzione di un corso di laurea articolato in due indirizzi, uno per la scuola materna e l'altro per la scuola elementare, come titolo abilitante necessario ai fini dell'ammissione ai concorsi a posti di insegnamento.

In realtà, soltanto con il Decreto Interministeriale del 10/3/1997 è stata attuata la legge n.341/1990, con l'istituzione di uno specifico corso di laurea, articolato in due indirizzi, per la formazione degli insegnanti della scuola materna e della scuola elementare.

L'art.1 del D.I. 10/3/1997 ha previsto, a decorrere dall'anno scolastico 1998/99, la soppressione dei corsi di studio ordinari (triennali e quadriennali) rispettivamente della scuola magistrale e dell'Istituto magistrale e la soppressione, dall'anno scolastico 2002/2003, dei corsi annuali integrativi che si svolgevano negli istituti magistrali, utili per poter accedere ai corsi universitari. Nello stesso art.1 si precisava anche che, sino all'introduzione del nuovo corso di studi in via ordinamentale, nella scuola magistrale e nell'istituto magistrale potevano continuare a funzionare fino ad esaurimento i corsi sperimentali quinquennali, istituiti a norma dell'art.278 d.gs

¹⁵ Nella comunicazione DG EMPL/B2/DA-MAT/sk (2016) al Governo italiano la Commissione Ue ha chiuso con esito negativo il caso EU Pilot 7779/15/EMPL, preannunciando la prossima apertura di una procedura di infrazione, sulla compatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale che regola il servizio prestato dai magistrati onorari (giudici e viceprocuratori), in materia di reiterazione abusiva di contratti a termine (clausola 5 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE), di disparità di trattamento in materia di retribuzione (clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE), di ferie (art.7, Direttiva 2003/88, in combinato disposto con la clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 97/81/CE e con la clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/CE) e di congedo di maternità (art.8 Direttiva 92/85 e art.8 Direttiva 2010/41).

¹⁶ L'art.53, comma 1, R.D. n.1054/1923 così dispone: «L'istruzione magistrale ha per fine di preparare gli insegnanti delle scuole elementari. E' impartita negli istituti magistrali.».

n.297/1994, cioè quelli ad indirizzo linguistico, socio-psico-pedagogico e scientifico-tecnologico, che però non valevano come titolo abilitante all'insegnamento nelle scuole elementari e materne.

Inoltre, l'art.2 del D.I. 10/3/1997 ha previsto che i titoli di studio conseguiti al termine dei corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997-1998, o comunque conseguiti entro l'anno scolastico 2001-2002, conservassero in via permanente l'attuale valore legale e consentissero di partecipare alle sessioni di abilitazione all'insegnamento nella scuola materna, di cui all'art. 9, comma 2, della legge n. 444/1968 nonché ai concorsi ordinari per titoli e per esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare.

Con decorrenza dal 24 settembre 1998 l'art.197, comma 1, d.lgs. n.297/1994, che riconosceva al superamento dei corsi "ordinari" triennali di scuola magistrale e quadriennali di istituto magistrale il valore di titolo abilitante all'insegnamento rispettivamente nelle scuole dell'infanzia e nelle scuole elementari, è stato abrogato e sostituito, in base all'art. 8, comma 2, della legge 425/1997 dall'art. 15, comma 7, del D.P.R. n. 323 del 23 luglio 1998.

L'art.15, comma 7, d.P.R. n.323/1998, in particolare, prevede che *«I titoli conseguiti nell'esame di Stato a conclusione dei corsi di studio dell'Istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997/1998 conservano in via permanente l'attuale valore legale e abilitante all'insegnamento nella scuola elementare. Essi consentono di partecipare ai concorsi per titoli ed esami a posti di insegnante nella scuola materna e nella scuola elementare.»*.

Tuttavia, dal 1990 al 1999, per nove anni, non sono stati banditi concorsi pubblici per l'insegnamento nelle scuole elementari e dell'infanzia e non sono stati banditi neanche i concorsi per titoli di cui all'art.401 d.lgs. n.297/1994 (titolo abilitante + 360 giorni di servizio maturati nel triennio precedente al bando di concorso), nel testo antecedente alla modifica introdotta dall'art.1 della legge n.124/1999, in guisa tale da impedire ai diplomati magistrali con il corso ordinario quadriennale abilitante di poter accedere alle procedure di reclutamento stabile di cui all'art.399, comma 1, d.lgs. n.297/1994 attraverso le graduatorie permanenti del concorso per titoli, in vigore fino al 24 maggio 1999.

Né il nuovo testo dell'art.401 d.lgs. n.297/1994, introdotto dall'art.1 della legge n.124/1999, con l'istituzione di graduatorie permanenti per l'accesso dei docenti supplenti alla quota del 50% di reclutamento a tempo indeterminato, ha modificato la posizione giuridica dei diplomati magistrali per i quali, pur essendo essi abilitati all'insegnamento, non è stato previsto **con chiarezza** l'automatico inserimento nelle graduatorie permanenti.

In particolare, l'art.2, comma 2, della legge n.124/1999 ha previsto che, nella prima integrazione delle graduatorie permanenti di cui all'art.401 d.lgs. n.297/1994, hanno titolo all'inclusione, oltre ai docenti che chiedono il trasferimento dalla corrispondente graduatoria di altra provincia: *«b) i docenti che abbiano superato le prove di un precedente concorso per titoli ed esami o di precedenti esami anche ai soli fini abilitativi, in relazione alla medesima classe di concorso o al medesimo posto, e siano inseriti, alla data di entrata in vigore della presente legge, in una graduatoria per l'assunzione del personale non di ruolo.»*.

In buona sostanza, l'esame abilitante per il conseguimento del titolo di diplomato magistrale, accompagnato dall'inserimento nelle graduatorie di istituto di III fascia (a

cui il MIUR riservava l'accesso all'insegnamento nelle scuole elementari per gli stessi diplomati magistrali, nonostante le graduatorie di istituto di III fascia fossero destinate ai docenti "privi di abilitazione"), avrebbe dovuto comunque consentire l'inserimento dei diplomati magistrali nelle graduatorie permanenti di cui all'art.401 d.lgs. n.401/1994.

Tuttavia, tale possibilità viene contraddetta dallo stesso legislatore della novella n.124/1999 che, all'art.2, comma 4, dispone che, contemporaneamente all'indizione del primo concorso per titoli ed esami dopo l'entrata in vigore della stessa legge n.124/1999, è indetta, con ordinanza del Ministro della pubblica istruzione, una sessione riservata di esami per il conseguimento dell'abilitazione o dell'idoneità richiesta per l'insegnamento nella scuola materna, nella scuola elementare e negli istituti e scuole di istruzione secondaria ed artistica, che dà titolo all'inserimento nelle graduatorie permanenti.

L'art.2, comma 4, legge n.124/1999 distingue, ai fini dell'ammissione agli esami riservati, i docenti non abilitati dagli insegnanti della scuola elementare (considerati abilitati all'insegnamento in base all'art.197 d.lgs. n.197/1994) "non in possesso di idoneità", che abbiano prestato servizio di effettivo insegnamento nelle scuole statali, ivi comprese le istituzioni scolastiche italiane all'estero, ovvero negli istituti e scuole di istruzione secondaria legalmente riconosciuti o pareggiati o nelle scuole materne autorizzate o nelle scuole elementari parificate per almeno 360 giorni nel periodo compreso tra l'anno scolastico 1989-1990 e la data di entrata in vigore della presente legge, di cui almeno 180 giorni a decorrere dall'anno scolastico 1994-1995.

La preclusione dei diplomati magistrali, pur in possesso di titolo di abilitazione all'insegnamento nelle scuole elementari e dell'infanzia, all'inserimento nelle graduatorie permanenti è stato ribadito in sede di aggiornamento annuale delle graduatorie permanenti, compresi i nuovi inserimenti, con l'art.1 del decreto legge 3 luglio 2001, n.255.

Situazione in parte diversa si è verificata in sede di nuovo aggiornamento biennale delle graduatorie permanenti, in quanto il **decreto legge 7 aprile 2004 n.97** (convertito con modificazioni dalla legge n.143/2004) nel rideterminare all'art.1, comma 1, le condizioni di accesso all'ultimo scaglione (III fascia) delle graduatorie permanenti di cui all'art.401 d.lgs. n.297/1994 sulla base della tabella allegata al decreto, ne individua quali titoli di accesso «*il superamento di un concorso per titoli ed esami, o di un esame anche ai soli fini abilitativi o di idoneità, o per il conseguimento dell'abilitazione a seguito della frequenza delle scuole di specializzazione per l'insegnamento secondario (SSIS) o per l'abilitazione/titolo abilitante all'insegnamento comunque posseduto e riconosciuto valido per l'ammissione alla medesima classe di concorso o al medesimo posto per cui si chiede l'inserimento nella graduatoria permanente*», compreso, quindi, il titolo abilitante di "diploma magistrale".

Inoltre, coerentemente, l'art.2, comma 1, lettera c-bis, D.L. n.97/2004 prevede la possibilità per le università di istituire annuali destinati al conseguimento del titolo di abilitazione per gli insegnanti in possesso del titolo conclusivo del corso di studi dell'istituto magistrale conseguito in uno degli anni 1999, 2000, 2001 e 2002, che abbiano prestato servizio per almeno 360 giorni nella scuola materna e nella scuola elementare dal 1° settembre 1999 alla data di entrata in vigore del D.L. n.97/2004 e "non in possesso di abilitazione": **si tratta**, ovviamente, non dei diplomati magistrali con titolo ex sé abilitante, ma **di tutti coloro che avevano conseguito il diploma non abilitante al termine dei corsi triennali e quinquennali sperimentali di**

scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell'istituto magistrale, iniziati entro l'anno scolastico 1997-1998, o comunque conseguiti entro l'anno scolastico 2001-2002, come previsto dall'art.2 D.l. 10/3/1997.

Neanche con l'entrata in vigore del d.l. n.97/2004 il MIUR ha consentito l'accesso dei diplomati magistrali nelle graduatorie permanenti, ma soltanto l'inserimento nelle graduatorie di istituto di III fascia destinate ai docenti "non abilitati". L'art.9, comma 20, del d.l. n.70/2011 (convertito con modificazioni dalla legge n.106/2011) ha disposto l'aggiornamento triennale delle graduatorie ad esaurimento e l'art.1, comma 10-bis, del d.l. n.210/2015 (convertito con modificazioni dalla legge n.21/2016) ha prorogato all'anno scolastico 2018/2019 il termine per l'aggiornamento delle GAE, già aggiornate per il triennio 2014/2017.

La legge 27 dicembre 2006, n.296 (legge finanziaria per il 2007) all'**art.1, comma 605**, ha previsto un piano triennale di immissione in ruolo del personale docente e ATA della scuola pubblica e la **trasformazione delle graduatorie permanenti di cui all'art.401 d.lgs. n.297/1994 in graduatorie ad esaurimento**.

Il piano straordinario di assunzione di 150.000 docenti, previsto dall'art.1, comma 605, della legge n.296/2006, **non è stato mai attivato**, a causa delle elezioni politiche anticipate e del cambio di Governo nel 2008. Di esso è rimasta solo la trasformazione delle graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, senza però alcun assorbimento del precariato storico. Dal 1999 al 2012, per ben tredici anni, non sono stati banditi concorsi per titoli ed esami per i docenti della scuola pubblica.

Peraltro, la stessa legge finanziaria per il 2007 - proprio in considerazione del fatto che la sentenza *Marrosu-Sardino* rischiava di aprire la strada ad ingenti risarcimenti a carico delle pubbliche amministrazioni - dava il via alla procedura di stabilizzazione di cui all'art. 1, comma 513, della legge n.296/2006, proseguita con l'art.1, commi 526 e 558, della legge n. 244/2007, individuando prioritariamente i precari interessati in coloro che avevano maturato un triennio di lavoro a termine. L'applicazione di tale normativa portava alla stabilizzazione di alcune decine di migliaia di precari in vari settori della pubblica amministrazione, ma il processo veniva repentinamente interrotto con il d.l. n.78 del 1° luglio 2009, che reintroduceva l'obbligo dell'assunzione solo tramite concorsi pubblici, che nella gran parte dei casi non sono stati effettuati nonostante le carenze strutturali di organico.

Né il MIUR ha mai dato attuazione per i diplomati magistrali all'art.1, comma 605, della legge n.296/2006, inserendo nel biennio 2007 – 2008 nelle graduatorie permanenti trasformate in graduatorie ad esaurimento dei «**docenti già in possesso di abilitazione**».

Gli insegnanti con diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 hanno potuto insegnare nelle scuole pubbliche elementari soltanto attraverso le supplenze assegnate in base alle graduatorie di istituto di III fascia, oltre che nelle scuole paritarie sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, fino al decreto del Presidente della Repubblica del 25 marzo 2014, che ha accolto il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto da un diplomato magistrale, riconoscendone il diritto all'inserimento nelle graduatorie di istituto di II fascia dei docenti abilitati.

La **legge 13 luglio 2015, n.107** ("Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti") **all'art.1, commi 95-99**, ha previsto un reclutamento straordinario del personale docente in

gran parte in deroga alle procedure di immissione in ruolo disciplinate dall'art.399 d.lgs. n.297/1994.

L'art.1, comma 131, della legge n.107/2015 ha imposto il divieto di nuovi contratti a tempo determinato dopo 36 mesi di servizio, con conseguente espulsione di tutti i diplomati magistrali con titolo abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, già esclusi dal piano straordinario di immissione in ruolo di cui alla legge n.107/2015 se non inseriti nelle GAE.

Il decreto legislativo 13 aprile 2017, n. 59 ["Riordino, adeguamento e semplificazione del sistema di formazione iniziale e di accesso nei ruoli di docente nella scuola secondaria per renderlo funzionale alla valorizzazione sociale e culturale della professione, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera b), della legge 13 luglio 2015, n. 107"] non prevede una fase transitoria per il reclutamento dei docenti della scuola secondaria né un nuovo sistema di reclutamento e formazione per i docenti della scuola primaria e dell'infanzia.

3. La disciplina del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego

Come è noto, con il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, l'Italia ha dato attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES, anche per i rapporti di lavoro alle dipendenze di tutte le pubbliche amministrazioni, comprese quelle scolastiche, come accertato ai punti 7-14 dalla sentenza Marrosu-Sardino della Corte di giustizia, non essendo il lavoro pubblico "contrattualizzato" compreso tra i casi di esclusione del campo di applicazione del d.lgs. n.368/2001, come previsto dall'art.10 dello stesso decreto.

Il d.lgs. n.368/2001 è stato abrogato con decorrenza dal 25 giugno 2015 dal d.lgs. n.81/2015, che contiene la nuova regolamentazione della disciplina del contratto a tempo determinato negli artt.19-29, che però espressamente non si applica al personale della scuola pubblica e al personale sanitario del Servizio sanitario nazionale [v. art.29, comma 2, lettera c)], mentre continua ad applicarsi a tutte le pubbliche amministrazioni (compresa la scuola pubblica e il personale del Servizio sanitario nazionale) quanto previsto dall'art.36 del d.lgs. n.165/2001, che continua(va) a richiamare ai commi 2, 5-*bis* e 5-*ter* l'abrogato d.lgs. n.368/2001, fino all'entrata in vigore del nuovo testo dell'art.36 TUIPI, introdotto dal d.lgs. n.75/2017.

In particolare, l'art. 36, comma 2, del d.lgs. n.165/2001, nel testo in vigore dal 25 giugno 2008 e fino al 22 giugno 2017 (modificato a seguito del d.lgs. n.75/2017), prevede(va) che «*i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato....in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*».

Anche l'art.36, comma 5-*ter* (introdotto dal d.l. n.101/2013, convertito nella legge n.128/2013, con decorrenza dal 1/9/2013 e fino al 22 giugno 2017, quando è stato abrogato dal d.lgs. n.75/2017), d.lgs. n.165/2001 richiama(va) il d.lgs. n.368/2001 per tutte le pubbliche amministrazioni, comprese le supplenze scolastiche. L'art.70, comma 8, del d.lgs. n.165/2001 prevede: «*8. Le disposizioni del presente decreto si applicano al personale della scuola.Sono fatte salve le procedure di reclutamento del personale della scuola...*».

Viceversa, l'art.36, comma 5 (già comma 2), del d.lgs. n.165/2001 prevede il divieto

di conversione in contratto a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato stipulati in violazione di norme imperative di legge, salvo il diritto al risarcimento dei danni.

L'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è stato interpretato dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità come idonea ad impedire, in ogni caso, la costituzione a tempo indeterminato di un rapporto di lavoro a termine anche nelle ipotesi di abusivo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni sanzionate dall'art.1, comma 2, e dall'art.5, commi 2-4, d.lgs. n.368/2001, nonostante l'art.11 del d.lgs. n.368/2001 prevedesse l'abrogazione delle norme anteriori incompatibili con la nuova disciplina introdotta in attuazione della direttiva 1999/70/CE, e nonostante la quasi totalità delle assunzioni a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni (in particolare nel Comparto Scuola) sia avvenuta e avvenga attraverso legittime procedure di reclutamento per selezione pubblica.

Viceversa, ai lavoratori privati assunti a tempo determinato è sempre stata assicurata la piena tutela reintegratoria nel posto di lavoro prevista dal d.lgs. n.368/2001 per le violazioni di cui agli artt.1, comma 2, 3, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4-bis.

L'art.25 del CCNL del Comparto Scuola del 29 novembre 2007 ha previsto per il personale docente al comma 3: «3. I rapporti individuali di lavoro a tempo indeterminato o determinato del personale docente ed educativo degli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado, sono costituiti e regolati da contratti individuali, nel rispetto delle disposizioni di legge, della normativa comunitaria e del contratto collettivo nazionale vigente.». L'art.40, comma 4, dello stesso C.C.N.L. così dispone sul "Rapporto di lavoro a tempo determinato" del personale docente: «4. Il rapporto di lavoro a tempo determinato può trasformarsi in rapporto di lavoro a tempo indeterminato per effetto di specifiche disposizioni normative.».

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (d'ora innanzi MIUR), datore di lavoro di tutto il personale docente e ATA della scuola pubblica, con circolare del 25 ottobre 2008 ha riconosciuto l'applicazione del d.lgs.n.368/2001 ai supplenti della scuola pubblica e tale posizione è stata ribadita con circolare del 19/9/2012 del Dipartimento della funzione pubblica.

4. La disciplina speciale del reclutamento scolastico dei docenti

Il reclutamento del personale docente del MIUR è disciplinato dall'art. 399, comma 1, del D.lgs. 16 aprile 1994, n.297 (T.U. delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado), come sostituito dall'art.1 della Legge n.124/1999 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), secondo il sistema di reclutamento del doppio canale, al 50% dalle graduatorie concorsuali e al 50% dalle graduatorie permanenti.

Nelle graduatorie permanenti erano (e sono) iscritti i docenti in possesso di abilitazione all'insegnamento. Le graduatorie sono strutturate su base provinciale, sono aggiornate con cadenza triennale in relazione alle posizioni degli iscritti ma, per effetto di quanto disposto dalla Legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (v. *infra*), sono chiuse all'inserimento di nuovi aspiranti.

Le graduatorie permanenti per i docenti della scuola pubblica sono strutturate in tre fasce:

- nella **prima fascia** sono inseriti i docenti che all'atto della costituzione delle graduatorie permanenti (maggio 1999) risultavano iscritti nelle graduatorie per soli titoli (cosiddetto doppio canale);
- nella **seconda fascia** sono inseriti i docenti che all'atto della costituzione delle graduatorie, oltre al requisito dell'abilitazione, avevano maturato 360 giorni di insegnamento;
- nella **terza fascia** sono iscritti coloro che nel corso degli anni hanno conseguito l'abilitazione all'insegnamento.

Le graduatorie permanenti sono state e sono utilizzate per l'assunzione in ruolo nel limite del 50% dei posti conferibili annualmente autorizzati, nonché per l'attribuzione dei contratti a tempo determinato. Tuttavia, nel caso in cui le graduatorie concorsuali si fossero esaurite o fossero insufficienti per coprire il 50% del fabbisogno di personale stabile di cui all'art.399, comma 1, d.lgs. n.297/1994, il MIUR avrebbe potuto utilizzare in compensazione in tutto o in parte le graduatorie permanenti oltre il limite del 50% e, in ipotesi, anche integralmente, ai sensi dell'art.399, comma 2, d.lgs. n.297/1994.

Tale compensazione avrebbe potuto rivelarsi di particolare utilità, avendo il MIUR deciso di non bandire concorsi pubblici per l'assunzione a tempo indeterminato del personale docente per 13 anni dal 1999 al 2012, con conseguente esaurimento delle graduatorie concorsuali di merito. Ma la compensazione di cui all'art.399, comma 2, d.lgs. n.297/1994 non è stata mai attivata.

Le supplenze a tempo determinato di tutto il personale scolastico (docenti e a.t.a.) erano (e sono) regolate dall'art.4 della legge n.124/1999, e sono di tre tipologie: le supplenze annuali dal 1 settembre al 31 agosto, cioè per tutto l'anno scolastico (comma 1), su posti vacanti e disponibili del c.d. organico di diritto; le supplenze fino al termine delle attività didattiche (30 giugno) su posti non vacanti ma disponibili del c.d. organico di fatto (comma 2); le supplenze temporanee, per ragioni sostitutive di personale assente (comma 3), con obbligo, in questo caso, di indicare per iscritto nel contratto di assunzione il nominativo del lavoratore assente (art.40, comma 2, per i docenti del CCNL 2007). La differenza tra supplenze annuali e supplenze fino al 30 giugno dipende solo da scelte organizzative del MIUR.

Per il personale docente le supplenze vengono assegnate attraverso lo scorrimento di due tipologie di graduatorie: a) prioritariamente quelle permanenti provinciali di cui all'art.401 d.lgs. n.297/1994, trasformate in graduatorie ad esaurimento ai sensi dell'art.1, comma 605, della legge n.296/2006, con decorrenza dal 1° gennaio 2007, senza possibilità di nuovi inserimenti dei docenti abilitati dopo la trasformazione in GAE, se non, entro il biennio 2007 – 2008, per i docenti **già in possesso di titolo abilitante all'insegnamento** oppure per i docenti che frequentavano, alla data di entrata in vigore della legge n.296/2006 e con riserva del conseguimento del titolo di abilitazione, i corsi abilitanti speciali indetti ai sensi del d.l. n.97/2004, i corsi presso le scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SISS), i corsi biennali accademici di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), i corsi di didattica della musica presso i Conservatori di musica e il corso di laurea in Scienze della formazione primaria; b) successivamente, quelle di istituto o di circolo, in cui possono inserirsi i docenti abilitati e non abilitati non inseriti nelle graduatorie ad esaurimento.

In particolare, sono stati esclusi dalla possibilità di inserirsi nelle graduatorie provinciali ad esaurimento (GAE) tutti i docenti abilitati attraverso percorsi formativi

universitari PAS¹⁷ o TFA¹⁸, i laureati in scienze della formazione primaria che hanno iniziato il corso di laurea dopo il 1/1/2007, nonché gli insegnanti tecnico-pratici (ITC), nel momento in cui il titolo abilitante all'insegnamento è stato maturato successivamente alla chiusura delle graduatorie permanenti provinciali rispetto a nuovi inserimenti.

Tuttavia, con l'art. 5-bis (Disposizioni in materia di graduatorie ad esaurimento) del decreto legge 1° settembre 2008, n.137 (convertito con modificazioni dalla legge n.169/2008) il legislatore d'urgenza ha previsto all'art.5-bis la possibilità di ingresso nelle GAE delle seguenti categorie di docenti, già richiamate nell'art.1, comma 605, della legge n.296/2006.

Inoltre, soltanto con l'art.6 del d.l. n.137/2008 è stato riconosciuto il valore abilitante della laurea in scienze della formazione primaria ai fini dell'insegnamento nelle scuole elementari e dell'infanzia.

Infine, con l'art.14, comma 2-ter, del decreto legge 29 dicembre 2011, n.216 (convertito con modificazioni dalla legge n.14/2012) è stata prevista una fascia aggiuntiva (IV fascia) per l'inserimento nelle GAE delle categorie di docenti che hanno conseguito l'abilitazione dopo aver frequentato i corsi biennali abilitanti di secondo livello ad indirizzo didattico (COBASLID), il secondo e il terzo corso biennale di secondo livello finalizzato alla formazione dei docenti di educazione musicale delle classi di concorso 31/A e 32/A e di strumento musicale nella scuola media della classe di concorso 77/A, nonché i corsi di laurea in scienze della formazione primaria negli anni accademici 2008-2009, 2009-2010 e 2010-2011.

5. Il valore abilitante del titolo di diploma magistrale

Incredibilmente, nonostante il diploma ordinario di maturità magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 costituisca titolo abilitante ex lege per l'insegnamento nelle scuole elementari e dell'infanzia¹⁹ il MIUR ha sempre impedito ai diplomati magistrali l'accesso alle graduatorie permanenti e alle graduatorie di istituto di II fascia.

Infatti, nonostante la Legge finanziaria per il 2007 (L. n. 296/2006), quando ha trasformato le graduatorie permanenti in graduatorie ad esaurimento, avesse espressamente sancito che **tutti "i docenti già in possesso di abilitazione"** alla data dell'**1.1.2007 conservavano il diritto all'inserimento nelle graduatorie ad**

¹⁷ I PAS sono dei Percorsi di formazione per conseguire l'abilitazione all'insegnamento, rivolti ai docenti della scuola con contratto a tempo determinato che hanno prestato servizio per almeno tre anni nelle istituzioni scolastiche statali e paritarie. Sono disciplinati dall'art. 2, comma 416, della legge n. 247/2007 e dal conseguente Regolamento approvato con d.m. 10 settembre 2010, n. 249, contestualmente

¹⁸ Il tirocinio formativo attivo (TFA) è un corso di preparazione finalizzato all'abilitazione all'insegnamento nelle scuole secondarie italiane. È stato introdotto dal citato d.m. n. 249/2010 e modificato dal d.m. 25 marzo 2013, n.81, e costituisce il superamento delle scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SSIS).

¹⁹ Cfr. art.53 R.D. 6 maggio 1923, n. 1054, in combinato disposto con l'art. 197 d.l. 16 aprile 1994, n. 297; D.l. 10 marzo 1997; art.15, comma 7, del d.P.R. 23 luglio 1998, n. 323; art.1 d.l. 7 aprile 2004, n.97 e allegata tabella di valutazione dei titoli abilitanti; art.1, comma 605, della legge n.296/2006; nonché, ai fini dell'ammissione al concorso a cattedre rispettivamente per il 1999 e per il 2012, D.D.G. 2 aprile 1999 e D.D.G. 24 settembre 2012.

esaurimento²⁰, il **MIUR non consentiva ai docenti** che avevano conseguito il diploma magistrale abilitante entro il 2001/2002 **di presentare domanda di inserimento** nelle Graduatorie ad esaurimento GAE e nella II fascia delle graduatorie di istituto (il cui inserimento presuppone il possesso di un titolo abilitante) perché **equiparava i diplomi magistrali conseguiti sotto il nuovo ordinamento** (privi di valore abilitante) **ai diplomi magistrali** conseguiti entro l'a.s. 2001/2002 (che conservano invece la loro natura abilitante)²¹.

Come si è visto, peraltro, ai laureati in scienze della formazione primaria è stato riconosciuto il valore abilitante del titolo per l'insegnamento nelle scuole elementari e dell'infanzia soltanto con il d.l. n.137/2008 e con efficacia soltanto dal 1° settembre 2008.

6. Il diniego assoluto di tutela antiabusiva del legislatore italiano nei confronti dei precari pubblici

A seguito del divieto di conversione nel pubblico impiego di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e del fallimento del piano triennale di immissione in ruolo del personale scolastico di cui all'art.1, comma 605, della legge n.296/2006, il Tribunale di Rossano Calabro sollevava con ordinanza Affatato in causa C-3/10 questioni pregiudiziali concernenti la mancata applicazione della direttiva 1999/70/CE in tutto il pubblico impiego, compresa la scuola pubblica.

Il Governo italiano nelle osservazioni scritte della causa Affatato C-3/10 affermava l'applicabilità alle pubbliche amministrazioni di tutto il d.lgs. n.368/2001.

Tale affermazione è stata recepita dalla Commissione Ue il 10 maggio 2010 in risposta ad interrogazione dell'europarlamentare Rita Borsellino. La Commissione ha affermato che il Governo italiano applicava, in particolare, l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 e che dopo 36 mesi trasformava a tempo indeterminato i rapporti di lavoro a termine dei supplenti scolastici.

In conseguenza, la Corte di giustizia dell'Unione europea con l'ordinanza Affatato del 1 ottobre 2010²² ha affermato al punto 48 che la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato, di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, andava applicata come sanzione effettiva.

Per paralizzare gli effetti dell'ordinanza Affatato della Corte di giustizia, il legislatore

²⁰ La **lettera c) dell'art. 1, comma 605, della legge 296/2006** statuisce infatti che "*Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge **le graduatorie permanenti** di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 giugno 2004, n. 143, **sono trasformate in graduatorie ad esaurimento**. Sono **fatti salvi gli inserimenti nelle stesse graduatorie** da effettuare per il biennio 2007-2008 **per i docenti già in possesso di abilitazione**".*

²¹ Il MIUR, nel decreto del 16.03.2007, così come in tutti i successivi decreti ministeriali di inserimento/aggiornamento periodico nelle GAE, prevedeva infatti quale unico titolo idoneo per poter presentare la domanda di inserimento nelle suddette graduatorie la laurea in Scienze della formazione.

²² Corte di giustizia, ordinanza 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato c. ASL Cosenza*, EU:C:2010:574; su cui cfr. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), Milano, 2011, p.459 ss.; W.Ferrante, *Il divieto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego*, in *Rass.Avvs.Stato*, 2011, 2, I, p.12; A.M.Perrino, *Nota a ordinanza Affatato della Corte di giustizia*, su *Foro it.*, 2011, IV, 69; N.Zampieri, *Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro in Ris.um.*, 2011, 1, p.138 ss.

italiano interveniva ancora una volta, introducendo (con l'art.9, comma 18, del D.L. 13 maggio 2011, n.70, convertito con modificazioni dalla legge n.167/2011), con decorrenza dal 13 luglio 2011, l'art.10, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, che precisava che al personale della scuola pubblica non si applicava (più) il d.lgs. n.368/2001 e, in particolare, le supplenze non potevano mai consentire la trasformazione a tempo indeterminato dopo 36 mesi di servizio, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

In conseguenza, il Tribunale di Trento sollevava questioni di legittimità costituzionale della normativa sul reclutamento scolastico dei supplenti con due ordinanze del 27 settembre 2001 nn.283 e 284, per mancanza di misure idonee a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato.

7. Il diniego assoluto di tutela antiabusiva della giurisprudenza della Cassazione nei confronti dei precari della scuola pubblica

Per l'effetto, per impedire la proliferazione del contenzioso sul risarcimento dei danni per abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, con sentenza n.392/2012²³ la Cassazione fissava il principio di diritto che era onere esclusivo del lavoratore quello di provare il risarcimento del danno subito in caso di abusivo ricorso al contratto a termine nel pubblico impiego e che il d.lgs. n.368/2001 e, in particolare, l'art.5 sui contratti successivi non si applicava ai lavoratori precari pubblici, non operando la conversione in contratto a tempo indeterminato, come sarebbe stato confermato dall'ordinanza Affatato della Corte di giustizia, che, invece, afferma l'esatto contrario.

Immediatamente dopo, la Cassazione con sentenza n.10127/2012²⁴ affermava che il sistema di reclutamento scolastico era speciale rispetto al d.lgs. n.368/2001 - normativa quest'ultima che non si applicava alle supplenze scolastiche -, ed era legittimo e compatibile con l'ordinamento comunitario.

La Cassazione nella sentenza n.10127/2012 ha affermato l'inapplicabilità del d.lgs. n.368/2001, ignorando il primo periodo dell'art.70, comma 8, d.lgs. n.165/2001 e il richiamo interno all'art.36, comma 2, dello stesso decreto, in modo tale da occultare il richiamo al d.lgs. n.368/2001 che in quest'ultima norma era espressamente contenuto. Il docente a cui è stato negato ogni diritto era un insegnante tecnico-professionale che aveva superato i 36 mesi nella scuola pubblica.

8. Il ripristino della tutela antiabusiva nell'interpretazione della Corte di giustizia, nelle riflessioni interne della Cassazione e nell'azione di controllo e di impulso del Parlamento Ue sull'operato della Commissione

Con la **relazione n.190 del 24 ottobre 2012**, avente ad oggetto "Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza", **l'Ufficio del Massimario della Cassazione** ha smentito subito le conclusioni della sentenza n.10127/2012 della stessa Corte di legittimità, che aveva commissionato al Centro studi della Suprema Corte proprio la "coerenza" interpretativa della sentenza antiprecari della scuola pubblica.

In particolare, nella relazione n.190/2012 l'Ufficio del Massimario della Cassazione affermava l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 ai lavoratori pubblici e il diritto alla stabilità lavorativa e all'anzianità di servizio alle stesse condizioni dei lavoratori privati, anche nel settore della scuola pubblica, salvo l'esistenza delle norme ostantive (art.4, comma 14-bis, legge n.124/1999 e art.10, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001), che andavano disapplicate dal giudice per l'efficacia verticale della direttiva 1999/70/CE nei confronti dello Stato italiano quale datore di lavoro o che andavano sottoposte a scrutinio di legittimità costituzionale, per rimuoverle definitivamente dall'ordinamento interno.

Contestualmente, con la sentenza *Valenza*²⁵ la Corte di giustizia Ue si pronunciava

²³ Cass., S.L., sentenza 13 gennaio 2012, n.392.

²⁴ Cass., S.L., sentenza 20 giugno 2012, n.10127.

²⁵ Corte di giustizia, sentenza 18 ottobre 2012, da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, EU:C:2012:646. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Consiglio di Stato. Sulla sentenza *Valenza* cfr. A. De Stefano, *Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa? (Corte di giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11)*, su *Rass.Avv.Stato*, 4, pp. 33-34.

per la prima volta richiamando l'art. 97, comma 3 (ora comma 4), della Costituzione e sull'accesso alle pubbliche amministrazioni (sentenza *Valenza*, punto 13), nonché sul principio di uguaglianza di cui all'art.3 Cost. (sentenza *Valenza*, punto 12), smentendo l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale e confermata dalla stessa Cassazione nelle sentenze n. 392/2012 e n.10127/2012, in ordine al presunto divieto di conversione nel pubblico impiego nazionale come principio addirittura di rango "comunitario", che sarebbe stato confermato dall'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia.

La fattispecie esaminata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Valenza* era relativa ad una normativa di favore – art.75 d.l. n.112/2008, non convertito in legge - che aveva consentito agli ex precari delle Autorità indipendenti, con stipendi ben superiori a quelli di altri dipendenti pubblici con mansioni equivalenti in base all'autonomia finanziaria e regolamentare dell'Ente pubblico, di essere stabilizzati d'urgenza sulla base di un'applicazione "estensiva" dell'art.1, comma 519, della l. n.296/2006 senza né concorso pubblico di accesso né procedura selettiva di stabilizzazione, rinunciando all'anzianità di servizio maturata per i periodi a tempo determinato e mantenendo però l'assegno *ad personam* riassorbibile.

Nel contempo, ricevute informazioni nazionali non positive sul rispetto degli obblighi comunitari nei confronti dei supplenti della scuola e sull'applicazione del d.lgs. n.368/2001, la Commissione UE, dopo l'invio della lettera di messa in mora del 14 marzo 2011, in data 25 ottobre 2012 ha aperto la procedura di infrazione n.2124/2010 prima nei confronti del solo personale ATA, estendendola con il parere motivato del 21 novembre 2013 anche al personale docente, per la non applicazione della direttiva 1999/70/Ce, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato nel settore scolastico italiano.

Con 4 ordinanze del gennaio 2013 in cause C-22/13 Mascolo, C-61/13 Forni, C-62/13 Racca e C-63/13 Russo il Tribunale di Napoli ha sollevato questioni pregiudiziali sulla compatibilità della disciplina interna dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego scolastico e non scolastico con la direttiva 1999/70/CE.

Anche la **Corte costituzionale con l'ordinanza pregiudiziale n. 207/2013**²⁶ in

²⁶ Corte costituzionale, ordinanza 18 luglio 2013, n. 207. Sulla 1^a ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale, cfr. U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in www.forumcostituzionale.it, 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

causa C-418/13 Napolitano ed altri ha espresso dubbi sulla compatibilità della disciplina sul reclutamento scolastico con la direttiva 1999/70/CE, proponendo istanza interpretativa alla Corte di giustizia Ue ai sensi dell'art.267 TUEF per la prima volta in un giudizio incidentale di costituzionalità, chiarendo con la contestuale ordinanza n.206/2013 l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 ai supplenti della scuola, salvo la vigenza delle norme ostative introdotte nel 2009 (art.4, co.14-bis, l.124/99) e nel 2011 (art.10, co.4-bis, d.lgs. n.368/01), che potevano essere rimosse dall'ordinamento interno nell'ambito dei poteri del Giudice delle leggi (come aveva suggerito la relazione n.190/2012 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione) soltanto attraverso specifico scrutinio di costituzionalità, che il giudice del rinvio (Tribunale di Trento) non aveva effettuato, comportando ciò l'inammissibilità delle sei ordinanze di legittimità costituzionale.

Con l'ordinanza Papalia la Corte di giustizia Ue ha dichiarato incompatibile con la direttiva 1999/70/CE l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001, che enuncia il divieto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego per violazione di norme imperative di legge, perché non assicurava una tutela preventiva e sanzionatoria adeguata ed equivalente, censurando così la sentenza n.392/2012 della Cassazione che impediva ogni tipo di tutela sanzionatoria.

9. Il riconoscimento da parte del Consiglio di Stato e della Commissione Ue del valore abilitante del diploma magistrale

Il **Consiglio di Stato** con il parere n. 3813 dell'11 settembre 2013, reso in sede di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proponeva l'annullamento del "**D.M. n. 62 del 2011**, nella parte in cui non parifica ai docenti abilitati coloro che abbiano conseguito entro l'anno 2001-2002 la c.d. abilitazione magistrale, inserendoli nella III fascia della graduatoria di istituto e non nella II fascia".

Il decreto del Presidente della Repubblica del 25 marzo 2014 accoglieva il parere

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'assestamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in *www.diritticomparati.it*, 2014; Id., *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in *www.diritticomparati.it*, 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 interno alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in *www.confrontocostituzionali.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. Tesaurò, *Il lavoro delle Corti – Anche le Corti cambiano*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.39; L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in *www.giurcost.org*, 2016, n.1; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it*, 2013.

n.3813/2013 del Consiglio di Stato. In realtà, il Consiglio di Stato affermava che tra i *“docenti in possesso dell’abilitazione all’insegnamento”* devono intendersi compresi anche coloro i quali *“abbiano conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002 il titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale (per la scuola dell’infanzia) o al termine dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali dell’ istituto magistrale (per la scuola primaria)”*, così confondendo i diplomati magistrali che avevano conseguito il titolo abilitante all’insegnamento entro l’anno scolastico 2001/2002 nelle scuole elementari e dell’infanzia all’esito del corso ordinario di durata quadriennale (per le scuole primarie) o triennale (per le scuole d’infanzia) con i docenti, non abilitati all’insegnamento, con titolo di studio attribuito dagli istituti magistrali al termine di corsi triennali e quinquennali sperimentali di scuola magistrale e dei corsi quadriennali e quinquennali sperimentali di istituto magistrale, per i quali l’abilitazione poteva essere conseguita soltanto all’esito del corso abilitante annuale universitario previsto dall’art.2, comma 1, lettera c-bis, d.l. n.97/2014.

Contestualmente, la **Commissione Ue con comunicazione del 31 gennaio 2014** al Parlamento europeo, in risposta alla petizione n.567/2011 presentata da un diplomato magistrale, che chiedeva, **in applicazione della direttiva 2005/35/CE**, il riconoscimento, negato in un primo momento dallo Stato italiano, del diploma di maturità magistrale come titolo abilitante per l’insegnamento in Gran Bretagna, **ha accertato che il diploma magistrale è una qualifica completa all’insegnamento in Italia nelle scuole dell’infanzia e primaria**. Sulla base dei chiarimenti del Governo italiano, la Commissione Ue ha evidenziato che il concorso a cattedra non rappresenta una procedura di abilitazione, ma solo una procedura di reclutamento nella scuola statale senza alcun valore abilitante. Pertanto i possessori di diploma di maturità magistrale sono stati riconosciuti pienamente abilitati ad insegnare in tutta Europa.

Il MIUR con il **D.M. 22 maggio 2014 n. 353**, che prevedeva l’aggiornamento delle graduatorie di istituto o di circolo per il triennio 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017, recepiva il d.P.R. 25 marzo 2014 che accoglieva il parere n. 3813/2013 del Consiglio di Stato, consentendo così per la prima volta l’inserimento nella II fascia (riservata ai docenti abilitati) delle graduatorie d’istituto dei diplomati magistrali ante 2002/2003.

10. Il mancato inserimento dei diplomati magistrali nelle GAE e il piano straordinario di immissioni in ruolo contrario al diritto dell’Unione europea

Viceversa, il MIUR nel **D.M. n.235 del 1° aprile 2014**, che prevedeva l’aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento, non ha inserito il diploma magistrale conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002 quale titolo abilitante per l’inserimento nella III fascia delle GAE.

Contestualmente il Governo italiano abbandonava il piano ordinario di immissione in ruolo, di tutto il personale docente, educativo e ATA su tutti i posti vacanti e disponibili, compresi quelli delle cessazioni di servizio intervenute, previsto dall’art.15, comma 1, D.L. n.101/2013 per il triennio 2014/2015, 2015/2016, 2016/2017.

Dopo le conclusioni del 17 luglio 2014 dell’Avvocato generale Szpunar nelle cause riunite Mascolo ed altri C-22/13 sul precariato pubblico soprattutto scolastico che,

ovviamente, anticipavano la sentenza Mascolo della Corte di giustizia nei termini già evidenziati dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.207/13 sulla incompatibilità del sistema di reclutamento scolastico con la direttiva 1999/70/CE per mancanza di misure antiabusive, per i docenti il Governo già **nel documento di fine agosto 2014 contenente le "Linee guida sulla Buona scuola"** ha tratteggiato, invece, un piano straordinario di immissioni in ruolo destinato a 148.100 persone per assumere tutti i docenti iscritti nelle graduatorie ad esaurimento, che parte da premesse giuridiche del tutto erronee rispetto alla normativa vigente, palesemente ignorata.

Questo è, infatti, quanto riportato al punto 1.3 di pag.26 del predetto documento "programmatico" contenente le **"Linee guida sulla Buona scuola"**: *«Per poter attuare un Piano di assunzioni di tale portata, che non ha precedenti nella storia della Repubblica e che deve tener conto di eredità storiche di decenni, sarà necessario introdurre alcune **modifiche all'attuale sistema del reclutamento dei docenti della scuola**. Anzitutto, la prima modifica da fare è quella che tocca la previsione per cui le assunzioni avvengono **per il 50% da concorso e per il 50% da GAE**. Questa è stata la regola per le assunzioni dei docenti negli ultimi anni. Invece, con il piano straordinario, le assunzioni avverranno, nel 2015/2016, per il 90% dalle GAE. Questa disposizione rappresenta in realtà un'eccezione al principio generale per cui le assunzioni nel pubblico impiego possono avvenire solo per concorso. Ragione che concorre a **rendere necessario che le assunzioni di tutti gli iscritti nelle GAE avvengano tutte insieme, nel corso di un anno solo (l'a.s. 2015-2016)**. E'possibile farlo? Sì, cambiando la legge, motivando questa modifica come necessaria per **traghetare il sistema fuori dallo stato di eccezione**, e prevedendo da subito che **per gli anni a venire le assunzioni torneranno finalmente ad avvenire al 100% solo da concorso** – cosa del resto naturale dal momento che non ci sarebbero più iscritti nelle GAE, a quel punto esaurite non solo di nome ma anche di fatto. In aggiunta a questo, sarà necessario introdurre altre modifiche per far sì che l'assunzione di tutti i 148 mila docenti sia (a) materialmente possibile e (b) coerente con il tipo di potenziamento della scuola italiana che il Governo intende operare.»*.

La motivazione del ricorso da parte del Governo ad una procedura *de iure condendo* (a settembre 2014) straordinaria di immissione in ruolo del personale docente in deroga al principio del pubblico concorso è evidentemente fondata sulla deliberata ignoranza della normativa che regola gli accessi in ruolo nella scuola, di cui agli artt.399 e 400 D.Lgs. n.297/1994, che non solo consentivano in via ordinaria l'immissione in ruolo dei docenti delle GAE anche in misura ben superiore al 50% (anche totalitario) dei posti assegnati al reclutamento a tempo indeterminato per tutti i posti vacanti e disponibili "autorizzati", nonché sulla volontà di escludere **definitivamente** dalle graduatorie ad esaurimento tutto il personale docente abilitato, come i diplomati magistrali con titolo conseguito nel vecchio ordinamento fino all'anno scolastico 2001/2002, che non erano già inseriti nelle GAE.

Infatti, a pag. 31 del documento MIUR di fine agosto 2014 contenente le "Linee guida sulla Buona scuola" vengono individuate le seguenti categorie di docenti abilitati, non inseriti nelle GAE, a cui il Governo intende riservare soltanto la possibilità di partecipare ad un concorso da bandire entro il 2015, dopo aver realizzato il piano straordinario di immissione in ruolo del personale già inserito nelle GAE:

- n. 8.900 **Laureati in Scienze della Formazione Primaria** (secondo il vecchio ordinamento) che hanno conseguito la laurea dopo il 2010-2011
- n.55.000 **Diplomati magistrali** "che hanno avuto dal Consiglio di Stato il riconoscimento del valore abilitante del titolo"

- n.69.000 **PAS**, docenti che hanno un'anzianità di servizio di almeno tre anni e che si sono abilitati tramite Percorsi Abilitanti Speciali
- n. 10.500 **TFA I ciclo**, docenti che si sono abilitati tramite Tirocinio Formativo Attivo 2012-2013.

11. La sentenza Mascolo della Corte di giustizia Ue

Come era prevedibile, la Corte di giustizia con la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014 ha dichiarato incompatibile con la direttiva 1999/70/CE il sistema di reclutamento dei supplenti della scuola pubblica, affermando che la sanzione della stabilità lavorativa di cui al d.lgs. n.368/2001 andava applicata come sanzione adeguata al pubblico impiego non scolastico (punto 55) poiché la corretta applicazione fattane da parte del Tribunale di Napoli nella causa *Racca* rappresentava un comportamento di leale cooperazione con le Istituzioni Ue (punti 59-61), censurando quindi il comportamento della Cassazione nella sentenza n.10127/2012.

La Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* al punto 14 ha preso atto che, secondo tutte le ordinanze di rimessione, alla scuola si applicava il d.lgs. n.368/2001 e al punto 89 ha evidenziato che nelle GAE vi erano i docenti che avevano seguito corsi di abilitazione SSIS, senza concorso pubblico, conseguendo titoli equivalenti all'abilitazione PAS o TFA. La sentenza *Mascolo* ai punti 114 e 115 ha preso atto che, pur non applicandosi il divieto di conversione nel pubblico impiego e il risarcimento danni in caso di violazione di norme imperative di legge, di cui all'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001, che ai precari scolastici era impedita la trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, per la presenza di norme ostative alla tutela prevista dal d.lgs. n.368/2001, richiamando i punti 28 e 84 della stessa sentenza.

In conseguenza, la Corte di giustizia con la sentenza *Mascolo* rimetteva ai due Giudici nazionali del rinvio pregiudiziale (Tribunale di Napoli e Corte costituzionale) il potere/dovere di assicurare la tutela effettiva ai supplenti della scuola, rimuovendo le norme che impedivano l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 e l'effettività della direttiva 1999/70/CE o con la disapplicazione (Tribunale di Napoli) o con la declaratoria di incostituzionalità (Corte costituzionale).

12. Il Consiglio di Stato riconosce il diritto dei diplomati magistrali di essere inseriti nelle GAE ai fini dell'immissione in ruolo

La VI Sezione del **Consiglio di Stato**, con la sentenza n. 1973 del 16/04/2015, **annullava il decreto ministeriale n. 235/2014**, nella parte in cui non consentiva, ai docenti in possesso del diploma magistrale abilitante (in quanto conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002), l'iscrizione anche nelle graduatorie ad esaurimento, atteso che **la legge n. 296/2006 impone al Miur di inserire nelle GAE. "i docenti già in possesso di abilitazione" al momento della trasformazione delle graduatorie permanenti in GAE.**

Più precisamente, **secondo la citata sentenza del Consiglio di Stato, "i criteri fissati dal decreto ministeriale n. 235/2014, nella parte in cui hanno precluso ai**

docenti muniti del diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, l'inserimento nelle graduatorie provinciali permanenti ora ad esaurimento, sono illegittimi e vanno annullati" giacché "non sembra esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, **al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero già in possesso del titolo abilitante.**

La VI Sezione del Consiglio di Stato con le successive sentenze n. 3628 del 21/07/2015, nn.3673 e 3675 del 27 luglio 2015, n. 3788 del 3/08/2015, n. 4232 del 10 settembre 2015 e n. 5439 del 2.12.2015, nel ribadire l'illegittimità del decreto ministeriale n. 235/2014, confermava, a sua volta, che la legge n. 296/2006 impone di inserire nelle GAE i diplomati magistrali del vecchio ordinamento poiché "*i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, erano da considerare in possesso del titolo abilitante.*".

In definitiva, il Consiglio di Stato – VI Sezione si è pronunciato con ben sette sentenze di identico contenuto che hanno riconosciuto il diritto dei diplomati magistrali del vecchio ordinamento con titolo abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 all'inserimento nella III fascia delle GAE.

Il Consiglio di Stato – VI Sezione si è inoltre pronunciato con numerose ordinanze cautelari di identico contenuto che hanno riconosciuto il diritto dei diplomati magistrali del vecchio ordinamento con titolo abilitante conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002 all'inserimento nella III fascia delle GAE.

Il MIUR, per sottrarsi alle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'efficacia *erga omnes* della sentenza del Consiglio di Stato n.1973/2015 di annullamento della disposizione regolamentare di cui al D.M. n.235/2014, **con il Decreto Ministeriale n. 325 del 3 giugno 2015** ha fatto rivivere con l'art.5 i **criteri di aggiornamento** delle graduatorie recati dalle **disposizioni "contenute nel D.M. 235 del 1 aprile 2014, di cui il presente provvedimento è parte integrante"**, con conseguente **nuova esclusione** dall'inserimento nelle GAE di tutti i docenti titolari del diploma magistrale, ancorché conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002.

Inoltre, il legislatore ha abrogato con l'art.55, comma 1, lett. b), del d.lgs. 15 giugno 2015, n.81 l'intero decreto legislativo n.368/2001, senza sostituirlo con altra normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE per i lavoratori a tempo determinato nel pubblico impiego.

Infatti, l'art.29, comma 2, lettere c) e d), del d.lgs. n.81/2015 prevede l'esclusione delle tutele delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nei confronti dei supplenti docenti e ATA della scuola (lettera c), riproducendo in un'unica norma quanto già previsto dall'art.10, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001.

Per il Comparto Scuola, rinunciando al piano triennale ordinario di immissioni in ruolo previsto dall'art.15, comma 1, del d.l.n.104/2013, il Governo italiano con l'art.1, commi 95 e seguenti, della legge 13 luglio 2015, n.107 (contenente norme di «*Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti*»), ha previsto un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato a decorrere dall'anno scolastico 2015/2016, **destinato esclusivamente al personale docente della scuola pubblica inserito nelle GAE, senza alcun requisito minimo di servizio**, e con esclusione dal piano assunzionale dei docenti abilitati PAS e TFA, dei laureati in scienze della formazione primaria e dei diplomati magistrali non inseriti nelle GAE.

In particolare, con mail circolare dell'11 novembre 2015 viene comunicato ai singoli docenti interessati dall'ex presidente del Consiglio dei Ministri Renzi, nel giorno del genetliaco della moglie, il completamento della fase C di potenziamento del piano straordinario di immissioni in ruolo di cui alla legge n.107/2015, con decorrenza giuridica dal 1/9/2015.

I docenti della fase "B" della legge n.107/2015, viceversa, pur essendo da molti anni inseriti nelle GAE e con un punteggio di servizio elevato in ragione dei molti anni di precariato svolto nelle scuole pubbliche, sono stati assunti con una procedura informatica segreta e sono stati costretti ad accettare una proposta "riservata" in via telematica per n.8776 posti complessivi a centinaia di chilometri di distanza dal luogo di residenza e dalla provincia GAE in cui erano iscritti, senza alcuna possibilità di scegliere tra le tantissime sedi vacanti non indicate e senza nessuna possibilità di verificare la correttezza della proposta "selezionata" dall'algoritmo segreto del sistema gestito dal MIUR a livello centrale.

E' di banale evidenza che l'individuazione dei posti vacanti e disponibili nell'organico di diritto era nella totale disponibilità del MIUR come dato "puntuale" storico ben prima dell'approvazione della legge n.107/2015, per cui non vi era alcuna necessità e nessuna logica nel distinguere le assunzioni in tre distinte fasi (A, B e C) per la stessa tipologia di cattedre in organico di diritto. Infatti, con il D.D.G. del 23 febbraio 2016, n.105 il MIUR ha bandito il concorso per titoli ed esami finalizzato al reclutamento del personale docente per posti comuni dell'organico dell'autonomia della scuola dell'infanzia (n. 6.933 posti) e della primaria (n. 17.299), evidenziando la sussistenza di ben n. 24.232 cattedre disponibili complessivamente nella scuola dell'infanzia e nella primaria già per assunzione stabili nell'anno scolastico 2015/2016.

13. L'improvviso "ripensamento" del Consiglio di Stato sul diritto dei diplomati magistrali di essere inseriti nelle GAE

Inaspettamente, con l'ordinanza-sentenza del 29 gennaio 2016 n.364 la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rigettato, preliminarmente, l'appello presentato da alcuni docenti in possesso di titolo abilitante PAS, TFA e di Laurea in Scienze della formazione primaria per il mancato inserimento nelle graduatorie ad esaurimento di III fascia, stante la preclusione al nuovo inserimento nelle graduatorie permanenti, con alcune eccezioni, a seguito della trasformazione in graduatorie ad esaurimento di cui all'art.1, comma 605, della legge n.296/2006.

Né, sul punto, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabile, in base al principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE, il diverso trattamento riservato ai diplomati magistrali con il riconoscimento del titolo abilitante di cui al d.P.R. 25 marzo 2014, sulla base del parere n.3818/2013 del Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda, invece, la richiesta di inserimento di alcuni ricorrenti diplomati magistrali con titolo abilitante conseguito nel vecchio ordinamento entro l'anno scolastico 2001/2002, l'ordinanza n.364/2016 della VI Sezione del Consiglio di Stato preferisce rimettere la questione della "riapertura delle graduatorie ad esaurimento" all'adunanza plenaria ai sensi dell'art.99 del codice di procedura amministrativa, **ignorando completamente le sette decisioni definitive della stessa VI Sezione del Consiglio di Stato con le sentenze n.1973/2015, n. 3628/2015, nn.**

3673/2015, n.3675/2015, n. 3788/2015, n. 4232/2015 e n. 5439/2015 e il fatto stesso che il D.M. n.235/2014, che escludeva i diplomati magistrali dalla possibilità di inserimento nelle GAE, fosse stato annullato dalla prima sentenza n.1973/2015, con valore di giudicato amministrativo rescissorio in via definitiva di un atto amministrativo generale.

Ha stupito, in particolare, la grave amnesia dei componenti del Collegio giudicante della sentenza-ordinanza n.364/2016, in quanto i 4/5 di quel Collegio corrispondevano ai 4/5 del Collegio della sentenza n.5439/2015 depositata il 2 dicembre 2015, cioè in un lasso temporale tra la prima e la seconda camera di consiglio in cui è stata decisa l'ordinanza n.364/2016, e che il quinto componente del Collegio ed Estensore dell'ordinanza n.364/2016 della VI Sezione del Consiglio di Stato era componente del Collegio che aveva deciso favorevolmente ai diplomati magistrali e al loro inserimento nelle GAE con la sentenza n.4232/2015 del 10 settembre 2015.

Il carattere "particolare" del dubbio/ripensamento riviene anche dal fatto che il 16 dicembre 2015, in concomitanza con la seconda camera di consiglio in cui era stata decisa la sentenza-ordinanza n.364/2016, tre quinti del Collegio che ha deciso la citata ordinanza n.364/2016 **con quattro ordinanze cautelari nn.5540-5541-5542-5555 del 16 dicembre 2015** hanno accolto la domanda di sospensiva proposta dai diplomati magistrali, consentendone l'inserimento nelle GAE.

A rendere ancor più evidente il rifiuto del Miur di applicare le sette sentenze del Consiglio di Stato che avevano deliberato, con efficacia di giudicato amministrativo, l'annullamento del D.M. n.235/2014 nella parte in cui tale atto generale amministrativo non prevedeva l'ammissione dei diplomati magistrali nelle GAE, l'avvocatura dello Stato proponeva addirittura ricorso ex art.362 c.p.c. avverso la sentenza-ordinanza n.364/2016 del Consiglio di Stato, ritenendo che essa fosse viziata nella parte in cui aveva dichiarato la competenza del Giudice amministrativo e non del giudice ordinario sul riconoscimento del diritto all'inserimento nelle GAE dei diplomati magistrali.

Lo strumentale ricorso del MIUR contro la sentenza-ordinanza n.364/2016 del Consiglio di Stato è stato dichiarato inammissibile dalla **Cassazione a Sezioni unite con sentenza n.18890/2017 del 31 luglio 2017**, dopo che si era comunque maturato un costante orientamento della **Cassazione a Sezioni unite con le ordinanze nn.25839 e 25840 del 15 dicembre 2016**, sulla duplice competenza del Giudice amministrativo e del Giudice ordinario (del lavoro) per quanto riguarda la problematica dell'inserimento dei diplomati magistrali nelle GAE dopo la sentenza n.1973/2015 del Consiglio di Stato, che aveva annullato il D.M. n.235/2014.

14. Il dialogo/scontro tra giudici di merito, Cassazione, Corte costituzionale e Corte di giustizia sulla tutela effettiva del precariato pubblico

Contestualmente al "ripensamento" del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e dopo la sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia il comportamento della Corte di cassazione nel 2016 è stato improntato a decisioni che hanno inciso negativamente sui diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari sia nel settore scolastico che nel pubblico impiego non scolastico, in coordinamento con le scelte governative espresse nel d.lgs n.81/2015 e nella legge n.107/2015.

Infatti, con la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione del 15 marzo 2016, in apparente contrasto con la sentenza Mascolo della Corte di giustizia e con la sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale, ha affermato che i lavoratori pubblici abusivamente utilizzati a termine non possono beneficiare della stabilità lavorativa prevista da varie norme del d.lgs. n.368/2001, applicabile comunque a tutte le pubbliche amministrazioni, compresa quella scolastica²⁷, perchè per accedere al pubblico impiego vi è necessità del pubblico concorso e che, in mancanza di norme sanzionatorie per il pubblico impiego e non potendo applicare l'equivalenza sanzionatoria con i privati, il risarcimento dei danni non compensa il posto di lavoro perduto ma il c.d. danno "comunitario" da 2,5 a 12 mensilità.

Viceversa, ignorando totalmente la sentenza n.5072/2016 della Cassazione a Sezioni unite, la Corte costituzionale con la sentenza del 20 luglio 2016, n.187 ha dichiarato illegittimo l'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 (l'unica norma sottoposta a scrutinio di legittimità costituzionale) sulle supplenze annuali con efficacia *ex tunc*, precisando altresì che la stabilizzazione a tempo indeterminato è l'unica sanzione idonea a rimuovere le conseguenze dell'abuso contrattuale. Contestualmente, la Corte costituzionale dichiarava espressamente che la sentenza *Mascolo* era *ius superveniens* nell'ordinamento interno (cfr. ordinanze nn.194 e 195 del 2016).

Dopo la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale, che aveva individuato nella stabilizzazione del precariato pubblico e non nel mero risarcimento dei danni l'unica sanzione adeguata a punire l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, il Tribunale di Trapani con ordinanza del 5 settembre 2016 in causa Santoro C-494/16, in contrasto con la soluzione del danno comunitario enunciata dalle Sezioni unite della Cassazione con la sentenza n.5072/2016, ha sollevato due nuove questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia Ue sul principio di equivalenza e di effettività della sanzione solo indennitaria dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010.

Con la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*²⁸ del 14 settembre 2016 la Corte di giustizia, dando seguito alla sentenza n.187/2016 e alle ordinanze nn.194-195/2016 del 20 luglio 2016 della Corte costituzionale, ha disposto la totale equiparazione sanzionatoria tra pubblico e privato, nella carenza totale, nell'ordinamento spagnolo, di ogni tutela sanzionatoria contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

Viceversa, la Cassazione con sei sentenze identiche del 7/11/2016 sul precariato scolastico nn.22552, 22553, 22554, 22555, 22556, 22557:

²⁷ Così infatti precisa la Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sull'applicazione a tutte le pubbliche amministrazioni della disciplina di cui al d.lgs. n.368/2001: «Ancora più recentemente nel Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 36, sono stati introdotti due commi (commi 5 ter e 5 quater) dal Decreto Legge 31 agosto 2013, n. 101, articolo 4, comma 1, lettera b), conv. dalla Legge 30 ottobre 2013, n. 125, che - nel ribadire che le disposizioni del Decreto Legislativo n. 368 del 2001, si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed il diritto al risarcimento per il dipendente - hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.»

²⁸ Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, C-184/15 e C-195/15, *Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*, EU:C:2016:680; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, in www.europeanrights.eu, novembre 2016.

- ha rigettato l'istanza di rinvio pregiudiziale Ue (punto 105 delle identiche sentenze), che era fondata proprio sulla sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* del 14 settembre 2016 della Corte di giustizia e sulla pendenza delle questioni pregiudiziali Ue sollevate dal Tribunale di Trapani con l'ordinanza del 5 settembre 2016 in causa C-494/16;
- ha affermato la fondatezza delle argomentazioni contenute nella sentenza n.10127/2012 della stessa Corte; ha ribadito, ancora una volta e contro il dato normativo, che il d.lgs. n.368/2001 non si applica alla scuola pubblica;
- ha affermato la legittimità del comportamento del MIUR fino al limite di tre supplenze annuali ai sensi dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, nonostante la declaratoria di illegittimità della Corte costituzionale con la sentenza n.187/2016;
- ha ignorato la sentenza Mascolo della Corte di giustizia, affermando di non volersi discostare dalla sentenza n.10127/2012 della stessa Cassazione;
- ha ignorato anche la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite della Cassazione e il principio in essa enunciato del risarcimento del danno nella misura minima da 2,5 a 12 mensilità di retribuzione, ai sensi dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, senza alcun onere probatorio per il lavoratore pubblico a tempo determinato abusivamente utilizzato, principio che era stato enunciato per tutto il pubblico impiego, compreso quello scolastico, sul presupposto che a tutto il pubblico impiego, compreso quello scolastico, si applicasse il d.lgs. n.368/2001;
- ha svuotato di contenuto normativo il CCNL del 29 novembre 2007, precisando al punto 108 che *«gli articoli 40 e 60 del CCNL 29.11.2007, nel prevedere che il contratto può trasformarsi solo in forza di "specifiche disposizione normative", non può che essere riferito alla disciplina di legge, sul punto non derogabile, in virtù del vincolo imposto dall'articolo 97 Cost., dettata per il settore scolastico»*.

Secondo la Cassazione nelle sentenze del 7/11/2016 sul precariato scolastico, con un'applicazione sostanzialmente "retroattiva" e coordinata dell'art.1, comma 131, della legge n.107/2015, quando il docente o il personale ata ha raggiunto le quattro supplenze annuali si è verificato – e solo in questo caso – l'abuso contrattuale (essendo legittime le supplenze fino al 30 giugno, salvo prova contraria a carico del lavoratore). Pertanto, decine di migliaia di supplenti della scuola, con l'abilitazione all'insegnamento PAS o TFA, pur avendo superato i 36 mesi di servizio, non hanno subito alcun abusivo ricorso al contratto a tempo determinato e non hanno diritto né al risarcimento dei danni né alla stabilità lavorativa, non applicandosi l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

Le sentenze della Cassazione sul precariato scolastico sono state "impugnate" in Corte di giustizia Ue (ordinanza della Corte di appello di Trento – Sezione lavoro del 17 luglio 2017 in causa C-494/17 Rossato), in Corte europea dei diritti dell'uomo (ricorsi n.22417/Billeci ed altri e n.69611/2017 Tenore e ANIEF) e davanti al Comitato europeo dei diritti sociali (reclamo collettivo ANIEF n.146/2017), per presunta violazione del diritto dell'Unione europea, delle norme della Convenzione EDU e della Carta sociale europea.

Anche la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite, attraverso l'"impugnativa" delle decisioni successive della Cassazione che ne hanno recepito i principi interpretativi, è stata censurata, oltre che davanti alla Corte di giustizia con l'ordinanza di rinvio del Tribunale di Trapani nella causa Santoro C-494/16, anche in Corte europea dei diritti dell'uomo (ricorsi n.3277/18 Bizzarri sull'ordinanza della Cassazione n.17102/17 e n.3247/18 Cantaro sull'ordinanza della Suprema Corte n.17174/17) e davanti al

Comitato europeo dei diritti sociali (reclamo collettivo CGS n.144/2017).

In particolare, giova evidenziare quanto condivisibilmente affermato dalla Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa C-331/17 Sciotto, in relazione a fattispecie dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche ai quali non si applica la sanzione della trasformazione o conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro prevista sia dall'art.1, comma 2, del d.lgs. n.368/2001 per il divieto posto dall'art.3, comma 6, del d.l. n.64/2010 sia dall'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 per il divieto posto dall'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001, su questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Trento con ordinanza del 15 maggio 2017, in cui è stato invocato il "diritto vivente" della Cassazione sul precariato scolastico.

Afferma la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa C-331/17 Sciotto ai punti 27-28 e 32:

«27. ...sussiste un abuso ove vi sia un utilizzo successivo dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di ragioni oggettive.

28. Al riguardo, nella citata sentenza Commissione c. Lussemburgo sui lavoratori saltuari nel settore dello spettacolo, la Corte ha ricordato l'obiettivo della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, che è quello di limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, e ciò mediante un certo numero di disposizioni di "tutela minima" teso ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti.....

32. Nella citata sentenza, la Corte ha quindi concluso nel senso che non è compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro una normativa nazionale che non faccia dipendere l'impiego di personale a tempo determinato da specifiche esigenze legate alla natura dell'attività esercitata, ma che preveda tale possibilità di impiego in maniera generale e astratta, a tal punto da permettere che dei lavoratori possano essere assunti a tempo determinato anche per compiti che, per loro natura, non sono temporanei.».

Prosegue, inoltre, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 ai punti 35-38 sulla necessità delle ragioni oggettive temporanee per giustificare l'apposizione del termine al contratto di lavoro, come riviene dalle sentenze nn.260/2015 e 187/2016 della Corte costituzionale:

«35. Orbene, in primo luogo, come indicato dalla giurisdizione di rinvio, la legislazione che è applicabile nel giudizio principale non prevede l'individuazione delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", invece richieste, per i contratti di lavoro a tempo determinato, prima dall'art. 1, par. 1 del d. lgs. 368/2001 e ora dall'art. 1, par. 1 del d.lgs. 81/2015. L'esclusione della necessità di indicare tali ragioni deriva testualmente dall'art. 3, par. 6, del decreto legge 64/2010, come convertito.

36. Non sussiste quindi alcun elemento, deducibile dalla normativa nazionale, che consenta di individuare delle specifiche esigenze legate alle attività presso le fondazioni lirico-sinfoniche, tali da giustificare il ricorso continuato a contratti di lavoro a tempo determinato.

37. In particolare, dalla ricostruzione dei fatti di causa svolta dal giudice del rinvio, risulta che la Sig.ra Sciotto sia stata assunta alle dipendenze del Teatro dell'Opera di Roma per circa quattro anni con mansioni ben definite, il cui oggetto è rimasto immutato, avendo essa prestato sempre le stesse funzioni. 38. In circostanze del genere, va ancora aggiunto, sulla base di quanto rilevato dalla giurisdizione di rinvio, sembra potersi concludere che l'uso della contrattazione a termine sia stato

strumentale alla necessità di far fronte a bisogni di carattere ricorrente e continuativo. Esso è dunque abusivo ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro.».

Infine, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto C-331/17 ai punti 46-51, richiamando in particolare le sentenze de Diego Porras²⁹ (punti 21, 25, 30-32) e Impact³⁰ (punti 59-60) della Corte di giustizia, interviene a stigmatizzare la discriminazione operata nei confronti dei lavoratori **tra i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e i lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro, per i quali il ricorso al contratto a tempo determinato dev'essere giustificato da ragioni obiettive:**

«46. In quarto e ultimo luogo, oltre ad una evidente contrarietà a quanto richiesto dalla clausola 5 dell'accordo quadro e all'obiettivo di disciplinare il ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, va ancora rilevato come la disciplina in causa nel giudizio principale crei una vera e propria discriminazione tra i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e i lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro, per i quali il ricorso al contratto a tempo determinato dev'essere giustificato da ragioni obiettive e, ove esso venga prorogato oltre i trentasei mesi, dà luogo automaticamente ad un contratto di lavoro a tempo determinato, facendo altresì conseguire all'interessato il diritto al risarcimento del danno.

47. La Commissione considera che una tale disparità di trattamento non è giustificata da alcuna ragione obiettiva e, come tale, essa è del tutto contraria al principio di non discriminazione, che costituisce un ulteriore obiettivo dell'accordo quadro, ossia quello di garantire la parità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato, come stabilito anche alla clausola 1, punto a), dell'accordo quadro.

48. Tale disparità di trattamento è contraria anche alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, la quale è applicabile al caso di specie nella misura in cui, da un lato, il legislatore italiano non ha distinto mediante l'indicazione di ragioni obiettive la categoria dei lavoratori alle dipendenze di fondazioni lirico-sinfoniche dalla categoria di altri lavoratori dipendenti (punti 35 e 38 delle presenti osservazioni scritte) e, dall'altro, coloro che lavorano con contratto a tempo determinato alle dipendenze di soggetti diversi da dette fondazioni hanno la possibilità, oltre il trentaseiesimo mese, di diventare lavoratori a tempo indeterminato (punti da 42 a 54 delle presenti osservazioni scritte), essi divengono quindi dei "lavoratori a tempo indeterminato comparabili" ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.

49. Orbene, sulla base della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, sono vietate le discriminazioni relative alle "condizioni di impiego", tra le quali, nel caso Diego Porras, la Corte ha fatto rientrare un'"indennità" corrisposta alla cessazione del rapporto di lavoro, precisando che era contrario alla clausola in questione dell'accordo quadro l'aver previsto della indennità per alcuni lavoratori e non per altri.

50. La Commissione ritiene che anche il risarcimento del danno per utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato oggetto prima dell'art. 32, comma 5, della legge 183/2010 e poi dell'art. 28, par. 2, del d. lgs. 81/2015 possa essere considerato come una condizione di impiego ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, posto che esso viene corrisposto, peraltro su base forfettaria e mediante una condanna al pagamento di una "indennità onnicomprensiva", a seguito del verificarsi di una circostanza particolare che riguarda l'esistenza del rapporto di impiego, ossia il fatto che detto rapporto, a tempo determinato, prosegue oltre il trentaseiesimo

²⁹ Corte di giustizia, sentenza 14 settembre 2016, C-596/14, de Diego Porras contro Ministero de Defensa, EU:C:2016:683; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole"....*, cit.

³⁰ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, EU:C:2008:223.

me, trasformandosi in rapporto a tempo indeterminato.

51. In tal senso, poiché la clausola 4, punto 1 dell'accordo quadro è una disposizione che ha un contenuto sufficientemente preciso e incondizionato per poter essere fatta valere davanti al giudice nazionale, come stabilito dalla Corte nella sentenza Impact, nel caso di specie rimarrebbe alla Sig.ra Sciotto la possibilità di far valere detta clausola direttamente dinanzi al giudice nazionale, ottenendo almeno la disapplicazione delle disposizioni nazionali che, senza alcuna giustificazione obiettiva, limitano fortemente la tutela dei lavoratori a tempo determinato delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto a quanto previsto per chi lavora alle dipendenze di soggetti diversi da dette fondazioni.».

Ne discende, dunque, che il **“rimedio” elaborato dallo Stato italiano** costituito dalla **“buona scuola”**, nonostante le enunciazioni programmatiche e di principio in esso contenute, sia in realtà **del tutto privo di quella portata “preventiva”, “effettiva” e “sufficientemente dissuasiva” richieste dall’ordinamento dell’Unione**, dal momento che c’è il rifiuto da parte dello Stato italiano, del MIUR e della Cassazione nelle sentenze sul precariato scolastico di applicare le disposizioni di tutela sanzionatoria contenute nel d.lgs. n.368/2001, normativa di recepimento della direttiva 1999/70/CE, ora sostituite con norme di identico contenuto (v. osservazioni scritte Commissione Ue nella causa C-331/17, punti 7-8) previste nel d.lgs. n.81/2015.

Identiche censure, questa dirette e specifiche rispetto alle sentenze della Cassazione sul precariato scolastico, la Commissione le ha mosse citate nelle osservazioni scritte della causa C-494/17 Rossato.

15. La sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali

Con sentenza del 20 dicembre 2017 n.11 l’adunanza plenaria del Consiglio di Stato, stravolgendo i principi di diritto enunciati in sette sentenze della VI Sezione del Consiglio di Stato nel senso favorevole al riconoscimento del diritto dei diplomati magistrali all’inserimento nelle GAE, ha espresso i seguenti opposti principi di diritto:

«1. Il termine per impugnare il provvedimento amministrativo decorre dalla piena conoscenza dell’atto e dei suoi effetti lesivi e non assume alcun rilievo, al fine di differire il dies a quo di decorrenza del termine decadenziale, l’erroneo convincimento soggettivo dell’infondatezza della propria pretesa. Deve, pertanto, escludersi, fatta eccezione per l’ipotesi degli atti plurimi con effetti inscindibili, che il sopravvenuto annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo possa giovare ai cointeressati che non abbiano tempestivamente proposto il gravame e, per i quali, pertanto, si è già verificata una situazione di inoppugnabilità, con conseguente “esaurimento” del relativo rapporto giuridico.

2. Il possesso del solo diploma magistrale, sebbene conseguito entro l’anno scolastico 2001/2002, non costituisce titolo sufficiente per l’inserimento nelle graduatorie ad esaurimento del personale docente ed educativo istituite dall’articolo 1, comma 605, lett. c), della legge 27 dicembre 2006, n. 296.».

L’adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n.11/2017 ha demolito il giudicato amministrativo della sentenza n.1973/2015, che aveva annullato il **D.M. n.235/2014**, sostenendo la inaudita tesi che tale provvedimento (**erroneamente indicato nella sentenza dell’adunanza plenaria con il n.234/2014**) non aveva

valore di atto amministrativo di carattere generale che escludeva i diplomati magistrali, che avrebbero dovuto impugnare l'esclusione dalla graduatoria ad esaurimento con la pubblicazione del D.M. 16 marzo 2007 nel termine decadenziale di 60 giorni, dando così dell'incompetente a ben sette (cioè alla maggioranza) dei tredici componenti del Collegio dell'adunanza plenaria, che in precedenza avevano adottato sentenze o ordinanze cautelari favorevoli all'inserimento dei diplomati magistrali nelle GAE senza accorgersi dell'esistenza di una situazione di decadenza, e anzi segnalando che essa non esisteva.

Secondo le sentenze nn.4232/2015 e 5439/2015 della VI Sezione del Consiglio di Stato, **«non sembra, del resto, esservi dubbio alcuno che i diplomati magistrali con il titolo conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, al momento della trasformazione delle graduatorie da permanenti ad esaurimento, fossero da considerare in possesso del titolo abilitante. Il fatto che tale idoneità del titolo posseduto sia stata riconosciuta soltanto nel 2014, a seguito del richiamato parere del Consiglio di Stato, non può impedire che tale riconoscimento abbia effetti ai fini dell'inserimento nelle citate graduatorie riservate ai docenti abilitati in quanto tali, trattandosi di un pronunciamento interpretativo (quello sopra menzionato di questo Consesso, che ha definitivamente acclarato, ai sensi dell'art. 53 r.d.6 maggio 1923 n. 1054 e dell'art. 197 del d.l.16 aprile 1994 n. 297, il valore abilitante del diploma magistrale conseguito prima dell'attivazione del corso di laurea in Scienza della formazione) avente ad oggetto il regime normativo pertinente e, come tale, valevole erga omnes (nei limiti dell'esaurimento degli effetti e della contestabilità giurisdizionale del rapporto amministrativo relativo a ciascun interessato).»**.

Invece, secondo l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato della sentenza n.11/2017, **«l'efficacia erga omnes della sentenza n. 1973/2015, peraltro, anche a prescindere dalle dirimenti considerazioni appena svolte, non può essere sostenuta..... Inoltre, anche a volere individuare il provvedimento lesivo nel d. m. n. 234/2014, assume, comunque, rilievo, in senso ostativo al riconoscimento della pretesa dei ricorrenti, la circostanza che la sentenza della Sesta Sezione n. 1973/2015, pur annullando tale d. m. nella parte in cui non consente l'iscrizione ai possessori del diploma magistrale conseguito entro l'a.s.2001/2002, circoscrive espressamente l'effetto di tale annullamento a coloro che avevano presentato il ricorso che quella sentenza ha accolto. Tale esplicita e testuale delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia (chiaramente risultante dal dispositivo della sentenza) ne esclude la portata erga omnes.»**.

Per quanto riguarda il merito del valore abilitante del diploma magistrale, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n.11/2017, sconfessando tutti i precedenti sul punto, afferma la natura "bifasica" o bivalente del titolo di diploma magistrale conseguito entro l'anno scolastico 2001/2002, valido come titolo abilitante per la partecipazione ai concorsi pubblici e l'inserimento nelle graduatorie di II fascia di istituto, ma non valido per l'inserimento nelle GAE, fornendo una lettura sistematica della disciplina che parte dalla evidente confusione tra il diploma magistrale conseguito secondo il vecchio ordinamento entro l'anno scolastico 2001/2002, che ha per legge valore abilitante, e titoli triennali, quadriennali o quinquennali conseguiti presso gli istituti magistrali in via sperimentale, che non hanno valore abilitante all'insegnamento nelle scuole primarie e dell'infanzia, per i quali ultimi soltanto, a differenza dei primi, il legislatore del d.l.n.97/2004 all'art.2, comma 1, lett. c-bis, ha previsto il corso abilitante annuale universitario, che invece l'adunanza plenaria attribuisce erroneamente anche ai diplomati magistrali che

hanno conseguito il titolo con il vecchio ordinamento.

Come avevano già fatto la Cassazione con la sentenza n.10127/2012 e con le sentenze del 7 novembre 2016 sul precariato scolastico e, in precedenza, la VI Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza-sentenza del 29 gennaio n.364/2016, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n.11/2017 ha negato ogni problema di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE della legislazione scolastica in materia di tutela contro gli abusi nella successione dei contratti a termine e della prassi amministrativa del MIUR di escludere i diplomati magistrali con titolo abilitante all'insegnamento dall'inserimento nelle GAE, che invece appare chiaramente violata nella clausola 4 di non discriminazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nella parte in cui ai diplomati magistrali supplenti non inseriti "stabilmente" (ma solo con riserva e provvisoriamente) nelle GAE sono state negate le stesse possibilità di rapporto stabile con il MIUR garantite, invece, ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, cioè ai circa 2.600 diplomati magistrali che, grazie alle sentenze del TAR e del Consiglio di Stato passate in cosa giudicata, sono stati prima inseriti nelle GAE definitivamente e poi sono stati immessi in ruolo a tempo indeterminato alle dipendenze dell'Amministrazione pubblica scolastica.

A completare il quadro, secondo i dati forniti dal MIUR, come conseguenza della sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, il numero complessivo di ricorrenti (davanti al TAR o al Consiglio di Stato) diplomati magistrali è di n. **50.203**, di cui n.6.669 immessi in ruolo con riserva e n. 43.534 inseriti nelle GAE con riserva "in attesa della sentenza definitiva", e di essi n.23.356 nell'anno scolastico 2017/2018 hanno ricevuto incarichi fino al 30/6/2018 o fino al 31/8/2018 e n.20.110 hanno ricevuto supplenze brevi per ragioni sostitutive.

Sui n.6.669 immessi in ruolo con riserva la sentenza esplicherà immediatamente i suoi effetti con la risoluzione del contratto a tempo indeterminato, così come per n.43.534 diplomati magistrali, che attualmente sono destinatari di supplenze annuali fino al 31 agosto 2018 o fino al termine delle attività didattiche al 30 giugno 2018 o di supplenze temporanee, vedranno risolti i rapporti di lavoro a tempo determinato con l'esclusione dalle GAE in cui sono stati inseriti con riserva.

Viceversa, per circa 2.600 docenti diplomati magistrali destinatari di sentenze ormai passate in giudicato (del Consiglio di Stato o del TAR) la sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria non avrà alcun effetto.

A rendere ancor più beffarda e discriminante, se possibile, la situazione dei diplomati magistrali con ancora immessi stabilmente nelle GAE o addirittura in ruolo, la VI Sezione del Consiglio di Stato con sentenza del 16 gennaio 2018, n.217, all'esito della camera di consiglio del 20 luglio 2017, ha confermato il precedente orientamento favorevole ai diplomati magistrali sconfessando tutte le argomentazioni della sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria, senza mai citarla, avendo adottato la decisione in una camera di consiglio antecedente a quella dell'8 novembre 2017 in cui è stata decisa quest'ultima sentenza del Supremo Consesso giudiziario amministrativo.

Inoltre, con il d.lgs. 13 aprile 2017, n.59 è stato approvato un nuovo sistema di formazione iniziale e reclutamento ma solo per le scuole secondarie di primo e secondo grado, con una fase transitoria con concorsi riservati da cui è stato escluso il personale in possesso del diploma magistrale.

Infine, la Cassazione a Sezioni unite con sentenza del 18 dicembre 2017, n.30301 ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione avverso la sentenza n.813/2016

del Consiglio di Stato, escludendo così la possibilità di attivare lo strumento del ricorso davanti alle Sezioni unite ai sensi dell'art.111, comma 8, Cost. della sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato per violazione del diritto dell'Unione europea e/o del diritto convenzionale EDU.

Contestualmente al deposito della sentenza n.11/2017, la stessa adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n.12/2017 del 20 dicembre 2017 ha dichiarato inammissibile il ricorso per la revocazione della sentenza n.4/2007 dell'adunanza plenaria nel caso "Mottola", dichiarando così di non poter dare esecuzione alla sentenza del 4 febbraio 2014 della Corte EDU.

La sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, violando il giudicato amministrativo (come evidenziato addirittura nelle ordinanze nn.25839-25840/2016 della Cassazione a Sezioni unite) della sentenza n.1973/2015 dello stesso Consiglio di Stato, che aveva dichiarato illegittimo il D.M. n.235/2014 sull'esclusione dei diplomati magistrali dalle GAE, ha creato così una incredibile discriminazione tra oltre n.2.600 diplomati magistrali che hanno ricevuto una sentenza definitiva di accoglimento del diritto all'iscrizione nelle GAE e il conseguente diritto all'immissione in ruolo e tutti gli altri oltre 41.000 diplomati magistrali ricorrenti, n.6.000 dei quali immessi in ruolo con riserva, che hanno ottenuto dal Consiglio di Stato o dal TAR soltanto un provvedimento cautelare di accoglimento della domanda di inserimento nelle GAE e che, in conseguenza della sentenza n.11/2017 dell'adunanza plenaria, "dovrebbero" essere licenziati dal Miur con risoluzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato o a tempo determinato e con definitivo pregiudizio alla stabilità lavorativa.

Di recente, la **Corte europea dei diritti dell'uomo con sentenza 5 ottobre 2017 Mazzeo c. Italia n.32269/2009** ha stigmatizzato ai punti 35-39 la prassi giudiziaria del Consiglio di Stato di modificare o ritardare l'applicazione delle decisioni precedentemente adottate *in subjecta materia* e la conseguente violazione dell'art.6 della Convenzione EDU, ricordando la Corte EDU che il diritto a un processo equo deve essere interpretato alla luce del preambolo della Convenzione, che enuncia la preminenza del diritto come elemento del patrimonio comune degli Stati contraenti e che uno degli elementi fondamentali della preminenza del diritto è il principio della certezza dei rapporti giuridici, che tende soprattutto a garantire alle persone soggette alla giustizia una certa stabilità delle situazioni giuridiche e a favorire la fiducia del pubblico nella giustizia. Perciò, la certezza del diritto presuppone il rispetto del principio dell'autorità della cosa giudicata, ossia del carattere definitivo delle decisioni giudiziarie. In effetti, un sistema giudiziario caratterizzato dalla possibilità di rimettere continuamente in causa e di annullare ripetutamente delle sentenze definitive viola l'articolo 6, par.1 della Convenzione. La Corte ha inoltre considerato in varie cause che, anche in assenza di annullamento di una sentenza, il fatto di rimettere in discussione la soluzione apportata a una controversia per mezzo di una decisione giudiziaria definitiva nell'ambito di un altro procedimento giudiziario poteva violare l'articolo 6 della Convenzione in quanto poteva rendere illusorio il diritto a un tribunale e violare il principio della certezza del diritto (Kehaya e altri c. Bulgaria, nn. 47797/99 e 68698/01, §§ 67-70, 12 gennaio 2006, Gök e altri c. Turchia, nn. 71867/01, 71869/01, 73319/01 e 74858/01, §§ 57-62, 27 luglio 2006, e Esertas c. Lituania, n. 50208/06, §§ 23-32, 31 maggio 2012).

Come anticipato, è stato proposto contro la decisione dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali il reclamo collettivo n.159/2018 al CEDS da parte dell'ANIEF. Verosimilmente, la sentenza del CdS e le decisioni dei giudici amministrativi che seguiranno l'indirizzo interpretativo potrebbero essere censurate

anche davanti alla Corte europea dei diritti e dell'uomo e la situazione, comunque, portare ad un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia da parte dello stesso Consiglio di Stato, come già accaduto nel caso Puligienica³¹ per contrasto interno con l'adunanza plenaria, essendovi una plecara violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato oltre che dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

16. La soluzione di tutela non più effettiva delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016: la causa Santoro sul precariato siciliano in Corte di giustizia

Il principio generale di diritto espresso dalle Sezioni unite della Cassazione nella sentenza n.5072/2016 riguardava sia l'illegittimità apposizione del termine al primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee (con richiamo alla fondamentale sentenza n.12985/2008³² della Cassazione³³) ai sensi dell'art.1, comma 2, d.lgs. n.368/2001 (sussistente nella fattispecie di causa) sia la violazione della normativa sulla successione dei contratti a tempo determinato di cui agli artt.4 e 5 d.lgs. n.368/2001 (pure denunciata nella fattispecie di causa), ritenuta – quest'ultima - più grave sotto il profilo dell'abuso contrattuale.

Il Tribunale di Trapani, con ordinanza del 5 settembre 2016 nella causa C-494/16 sul precariato degli enti locali siciliani con superamento dei 36 mesi di servizio, ha contestato il principio di diritto enunciato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016, ponendo alla Corte di giustizia le seguenti questioni interpretative:

«1) Se rappresenti misura Equivalente ed Effettiva, nel senso di cui alle pronunce della Corte di Giustizia Mascolo (C-22/13 e riunite) e Marrosu (C-53/04), l'attribuzione

³¹ Corte di giustizia, sentenza 5 aprile 2016, causa C-689/13 *Puligienica Facility Esco spa* contro *Airgest spa*, EU:C:2016:199.

³² Cfr. Cass., S.L., sentenza 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, si veda A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Il Foro it.*, 2008, n. 12, 3576; A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 891; critico A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 8-9, 643.

³³ Così al punto la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite: «*In attuazione della direttiva è stato emanato il Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368, (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), che ha dettato la nuova disciplina del contratto a termine in conformità alla direttiva (prima del Decreto Legislativo n. 81 del 2015). In particolare in attuazione della clausola 3 del suddetto accordo quadro l'articolo 1 ha posto la prescrizione generale secondo cui è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. La giurisprudenza ha poi chiarito, in via interpretativa, le conseguenze della violazione dell'articolo 1 a partire da Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, che, con riferimento appunto alla fattispecie dell'insussistenza delle ragioni giustificative del termine, ha affermato che, pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza di tali ragioni, si ha che, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione del Decreto Legislativo n. 368 del 2001, articolo 1, nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE, l'illegittimità del termine e la nullità della clausola di apposizione dello stesso comportano l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (id est: conversione del rapporto da tempo determinato in tempo indeterminato).*».

di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione (art. 32 co. 5° L. 183/2010) al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l'integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto.

2) Se, il principio di Equivalenza menzionato dalla Corte di Giustizia (fra l'altro) nelle dette pronunce, vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.».

In particolare, dal 1996 al 2002 la lavoratrice Santoro ha prestato ininterrottamente attività lavorativa come lavoratore socialmente utile in favore del Comune di Valderice e, poi, è stata impiegata presso il medesimo comune con contratto di collaborazione coordinata e continuativa fino al 2010. Il 4 ottobre 2010 la lavoratrice, **senza procedura concorsuale e in continuità con i precedenti rapporti di lavoro atipico come LSU e come co.co.co.**, ha stipulato con il Comune un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale, con scadenza al 31 dicembre 2012, prorogato per tre volte, sino al 31 dicembre 2016 (sentenza Santoro, punto 11) e attualmente ancora in corso a seguito di ulteriori proroghe annuali concesse con finanziamenti della Regione siciliana, come per gli altri circa 21.000 precari siciliani che operano part-time negli enti locali del pubblico impiego siciliano.

L'art.4, commi 6 e 9, d.l. n.101/2013 ha previsto un piano di stabilizzazione da realizzare nel triennio 2014/2016 del personale non dirigenziale assunto a tempo determinato, impiegato presso le pubbliche amministrazioni per più di tre anni a mezzo di concorsi riservati, disponendo altresì la proroga dei contratti a tempo determinato in corso fino alla stabilizzazione. La ricorrente non è stata inserita in alcun piano di stabilizzazione né è stato bandito dal Comune di Valderice entro il 31 dicembre 2016 alcun concorso pubblico riservato, per titoli ed esami, previsto dalla citata normativa d'urgenza, per consentire la stabilizzazione del personale precario con servizio superiore a 36 mesi.

Nella Regione siciliana, in particolare, dal 1958 non si effettuano concorsi pubblici per le assunzioni stabili presso gli Enti locali come i Comuni, né si procede alla sostituzione dei lavoratori andati in pensione, come è emerso all'udienza di trattazione del 13 luglio 2017 della causa Santoro, durante la quale il Giudice relatore, il bulgaro Arabadjiev, ha chiesto al Governo italiano, manifestando il suo stupore, se era vero quanto affermato sul punto dalla lavoratrice nelle osservazioni scritte, trovando un'imbarazzata (e indiretta) conferma nella risposta dell'Avvocatura di Stato, che affermava di non avere informazioni al riguardo perché lo Stato italiano non era parte del procedimento principale, dimenticando quanto, in senso contrario, risultava nel giudizio pendente davanti al Tribunale di Trapani.

La lavoratrice ha proposto ricorso dinanzi al Tribunale di Trapani, chiedendo, in particolare, di far accertare il carattere abusivo di detti contratti a tempo determinato, di condannare il Comune di Valderice e il Governo italiano a risarcire il danno sofferto in forma specifica, ordinando la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, in subordine, di condannare detto comune a concederle un risarcimento del danno in forma monetaria retribuendola e trattandola, sotto il profilo

giuridico, in modo identico a un lavoratore a tempo indeterminato di detto Comune avente la sua stessa anzianità di servizio (sentenza Santoro, punto 12).

Inoltre, con ordinanza del 26 ottobre 2016 n.32/2017 il Tribunale di Foggia, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato la seguente questione di legittimità costituzionale in materia di precariato pubblico sanitario, con superamento dei 36 mesi di servizio e accesso al reclutamento attraverso **procedure concorsuali**:

«Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 10, comma 4-ter, del D.Lgs. 6 settembre 2001, n.368, nonché dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, nella parte in cui - in violazione degli artt. 3, 4, 24, 35 comma 1, 97 comma 3, 101 comma 2, 104 comma 1, 111 comma 2, e 117 comma 1 Cost., in riferimento alle clausole 4, punto 1, e 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, alla quale la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 ha dato attuazione, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 Mascolo ed altri - dette disposizioni hanno consentito e consentono senza limiti e misure preventive antiabusive e sanzionatorie l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato per il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, che ha svolto dopo aver superato procedure selettive pubbliche rapporti di lavoro a tempo determinato per più di 36 mesi di servizio presso un'azienda sanitaria, come per i ricorrenti nel presente giudizio; differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione sanitaria, rispetto ai contratti a termine stipulati con datori di lavoro privati, ma anche rispetto ai contratti a tempo determinato stipulati con datori di lavoro pubblici come le Fondazioni lirico-sinfoniche, escludendo senza ragioni oggettive i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di "applicazione" dell'art.5, comma 4-bis, n.368/2001, che recepiva la Direttiva 1999/70/CE in attuazione dell'art.117, comma 1, della Costituzione.».

In conseguenza della doppia pregiudiziale "comunitaria" e costituzionale, opportunamente è stato evidenziato in dottrina³⁴ che le Sezioni unite con la sentenza n.5072/2016 avevano manifestato l'intenzione di fare una sentenza "di sistema" per garantire una interpretazione uniforme rispetto alle differenti soluzioni offerte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sulla sanzione effettiva contro l'abuso contrattuale nel pubblico impiego, ma «il "cerchio" ...non può dirsi ancora chiuso, non solo in ordine al punto di equilibrio ricercato sulla misura risarcitoria da liquidare al lavoratore precario pubblico (sulla cui adeguatezza ed equivalenza, rispetto al lavoratore privato, i giudici europei sono stati nuovamente interpellati), ma anche, a ben vedere, rispetto alla stabilizzazione riconosciuta solo in favore di alcuni dipendenti pubblici per effetto di principi affermati dalla Corte di giustizia e dalla Corte cost. (...), potenzialmente validi anche per altri settori, come quello sanitario.».

La posizione critica del Tribunale di Trapani rispetto alla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite è stata condivisa dalla Commissione Ue nelle osservazioni scritte depositate il 4 gennaio 2017, è emersa in sede di udienza di trattazione orale della causa Santoro C-494/16 del 13 luglio 2017³⁵, è stata ribadita, seppure nella forma

³⁴ v. I. Fedele, *Le Sezioni unite e il danno da "precarizzazione" ex art.36 d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, fra ordinamento interno ed interpretazione conforme ai parametri europei*, in Rassegna della giurisprudenza di legittimità, gli orientamenti delle Sezioni civili nel 2016, 2017, 38.

³⁵ L'intervento orale quale co-difensore della lavoratrice Santoro all'udienza del 13 luglio 2017 è stato fatto dal Presidente M. De Luca, che ha illustrato la sua linea argomentativa in *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, su *Labor*, luglio-agosto 2017.

attenuata della valutazione da affidare al giudice nazionale che è tipica dei provvedimenti pregiudiziali Ue, dall'Avvocato generale Szpunar nelle conclusioni scritte depositate il 26 ottobre 2017.

17. La nozione di equivalenza della tutela sanzionatoria con i lavoratori a termine privati (e con altre categorie di lavoratori "comparabili" nel pubblico impiego) nella causa Santoro

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

Afferma, sul punto dell'equivalenza sanzionatoria con altre categorie di lavoratori a tempo determinato, **l'Avvocato generale Szpunar** nelle conclusioni scritte della causa C-494/16 ai punti 30-38, 40, 42 e 46:

«30. Il giudice del rinvio ritiene che, nella fattispecie, il rispetto del principio di equivalenza debba essere valutato rispetto alla situazione dei lavoratori del settore privato. Partendo da tale premessa, il giudice del rinvio contesta la posizione della Corte suprema di Cassazione, la quale ha ritenuto che il risarcimento da perdita di chance debba corrispondere al risarcimento del danno effettivo, che vige nell'ordinamento civile nazionale. Il giudice del rinvio rileva parimenti che il risarcimento non potrà che avere ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato.

31. La Commissione contesta tale premessa del giudice del rinvio. Essa ritiene che la compatibilità delle misure menzionate nella domanda di pronuncia pregiudiziale con il principio di equivalenza debba essere analizzata alla luce di quanto previsto dal diritto nazionale per casi simili concernenti la stessa categoria di lavoratori della pubblica amministrazione.

32. Anzitutto, occorre ricordare che il principio di equivalenza muove dal presupposto che gli individui che fanno valere i diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione non devono essere svantaggiati rispetto a quelli che fanno valere diritti di natura meramente interna. Orbene, le misure adottate dal legislatore nazionale nell'adempimento degli obblighi risultanti dalla direttiva 1999/70, al fine di sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato da parte dei datori di lavoro del settore privato, continuano ad attuare il diritto dell'Unione anche se il diritto nazionale prevede altre misure applicabili al settore pubblico. Di conseguenza, le modalità di questi due tipi di misure non possono essere comparate sotto il profilo del principio di equivalenza, in quanto tali misure hanno esclusivamente ad oggetto l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

33. Alla luce di quanto precede, per quanto riguarda il principio di equivalenza, qualora lo Stato membro preveda unicamente nel settore pubblico misure risarcitorie quali misure sanzionatorie ai sensi della clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro, ed escluda la conversione del rapporto di lavoro, riconosciuta nel settore privato, queste

due situazioni non possono essere comparate al fine di stabilire se tale principio venga rispettato in quanto, in questi due casi, siamo in presenza dell'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

34. Ci si potrebbe chiedere, in subordine, se i dubbi del giudice del rinvio sull'equivalenza delle misure previste nel settore pubblico e nel settore privato non si fondino, in sostanza, sul principio generale di parità di trattamento e di non discriminazione, il quale impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia obiettivamente giustificato.

35. A tal riguardo, rilevo, al pari della Commissione, che la Corte ha già dichiarato che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in linea di principio, a che un destino differente sia riservato all'accertamento di un ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato successivi in base al settore o alla categoria in cui rientra il personale in questione, purché l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato contempli, in tale settore o nei confronti di tale categoria di personale, un'altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi.

36. Ne consegue che, nell'ambito della direttiva 1999/70, le misure a disposizione dei lavoratori appartenenti a categorie distinte possono essere diverse e in tale contesto, perlomeno direttamente, la questione della parità, nel senso ampio del termine, non si pone. È l'effettività delle misure sanzionatorie che assicura che detti lavoratori non vengano trattati in maniera contraria al diritto dell'Unione.

37. Nonostante tali precisazioni, reputo utile proseguire la mia analisi sul principio di equivalenza, poiché mi sembra che sia soprattutto la ricerca di paragoni adeguati a poter far sorgere dubbi in capo al giudice del rinvio quando quest'ultimo richiama tale principio.

38. Secondo una giurisprudenza costante, al fine di individuare i paragoni adeguati, spetta al giudice nazionale, che è l'unico ad avere una conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi in materia di diritto del lavoro, esaminare sia l'oggetto sia la causa e gli elementi essenziali dei ricorsi asseritamente simili di natura interna. Orbene, ai fini del giudizio che il giudice nazionale dovrà formulare, la Corte può fornirgli alcuni elementi relativi all'interpretazione del diritto dell'Unione.

40. Inoltre, nella sentenza *Pontin*, pur lasciando le verifiche definitive al giudice nazionale, la Corte, nel suo compito di fornire elementi relativi all'interpretazione del diritto dell'Unione, ha preso in considerazione una comparazione delle modalità procedurali concernenti l'azione di nullità e di reintegrazione di una lavoratrice subordinata gestante licenziata durante la gravidanza, fondata sul diritto dell'Unione, con quelle concernenti, da un lato, azioni di risarcimento danni a disposizione di qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato e, dall'altro, azioni di nullità e reintegrazione di una lavoratrice subordinata licenziata per causa di matrimonio.....

42. La Commissione ha in tal senso sostenuto, nelle sue osservazioni scritte, che, sotto il profilo del principio di equivalenza, l'oggetto delle misure risarcitorie previste nel diritto italiano consiste nella riparazione del danno risultante da un comportamento abusivo del datore di lavoro del settore pubblico. Orbene, a mio avviso, la ricerca di situazioni simili non deve essere limitata alle situazioni concernenti la stessa categoria di lavoratori della pubblica amministrazione.

46. Alla luce delle considerazioni che precedono, e lasciando al contempo al giudice del rinvio il compito di procedere alle verifiche finali, ritengo che **nessuno degli elementi forniti nella decisione di rinvio indichi che il principio di equivalenza non sia stato rispettato poiché, in particolare, tale giudice non ha specificato le**

situazioni di diritto interno – ad eccezione di quella dei lavoratori del settore privato – che possono essere considerate comparabili....».

In buona sostanza, sia secondo la Commissione Ue che secondo l'Avvocato generale Szpunar, diversamente da quanto prospettato dal Tribunale di Trapani nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la comparazione ai fini dell'applicazione del principio di equivalenza delle misure da adottare in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato non può essere operata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato del settore privato, per i quali, nel rispetto del principio di autonomia dell'ordinamento nazionale, è previsto un regime sanzionatorio che prevede la conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, escluso nel settore pubblico.

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

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

Tuttavia, secondo l'avvocato generale, a differenza delle precedenti domande pregiudiziali "italiane", il giudice del rinvio si chiede, nella fattispecie, quali misure debbano essere adottate al fine di sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, sottolineando che ciò consentirà alla Corte di arricchire la propria giurisprudenza concernente la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro. In realtà la precisazione pare "curiosa", paradossale, perché anche nei giudizi definiti dalle sentenze Marrosu-Sardino, Vassallo, Mascolo (punti 55; punti 59-61), nonché dall'ordinanza Affatato e dall'ordinanza Papalia (EU:C:2013:873, citata dall'Avvocato generale Szpunar al punto 56 sulla perdita di chance) si controverteva sempre e soltanto di quali misure interne debbano essere adottate al fine di sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.

C'è dell'ironia velata di sarcasmo "istituzionale" in questo invito dell'avvocato generale Szpunar a trattare la causa pregiudiziale Santoro come una "novità" per la Corte, indirizzata, pare, ad uso interno e che sembra l'effetto della discussione orale all'udienza del 13 luglio 2017, in cui l'autorevole difensore³⁶ della lavoratrice ha posto al Collegio lussemburghese il problema della condizionalità come soluzione della problematica della tutela effettiva del precariato pubblico, sulla base della

³⁶ Cfr. già M. De Luca, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati*, in Atti del Convegno nazionale del Centro studi "D. napoletano" del 9 – 10 marzo 2007 all'Unical di Arcavacata di Rende, in *Lav.prev.oggi*, suppl. n.6, 2008, 261.

conclusione delle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo di compatibilità comunitaria “condizionata” della misura interna del risarcimento del danno prevista dall’art.36, comma 5 (all’epoca, comma 2), d.lgs. n.165/2001, rispetto al test di equivalenza ed effettività che il giudice nazionale avrebbe dovuto effettuare.

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

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

Infatti, nella nota 11 delle conclusioni dell’avvocato generale sono richiamati i punti 40, 41 e 48 della sentenza **Martínez Andrés e Castrejana López** (EU:C:2016:680) **della Corte di giustizia**, sentenza già citata dalla Commissione europea e dalla ricorrente Santoro nelle rispettive osservazioni scritte.

18. La sentenza Martínez Andrés e Castrejana López della Corte di giustizia e l’equiparabilità sanzionatoria (anche) con i lavoratori a tempo determinato nel settore privato: effetti possibili nella causa Santoro

Nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte di giustizia ha risposto ai quesiti del giudice del rinvio (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco), utilizzando come *tertium comparationis* per l’equiparazione sanzionatoria (= la reintegrazione nel posto di lavoro) idonea a individuare una misura equivalente ed energica per punire l’abusivo ricorso a contratti a tempo determinato “occasional” di “diritto pubblico” proprio la categoria di lavoratori a tempo indeterminato non permanente di “diritto privato”, che nell’ordinanza León Medialdea³⁷ aveva riqualificato in contratti a tempo determinato di “diritto privato/pubblico” da equiparare, ai fini delle condizioni di impiego, o ai contratti a tempo indeterminato permanente di diritto privato o ai contratti di ruolo di diritto pubblico.

³⁷ Corte di giustizia, ordinanza 11 dicembre 2014, causa C-86/14, *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*, EU:C:2014:2047.

Infatti, per la Corte europea il giudice del rinvio ha chiesto, con la prima e la seconda questione esaminate congiuntamente, in sostanza, se la clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che osta a che una normativa nazionale, quale quella di cui ai procedimenti principali, sia applicata dai giudici nazionali dello Stato membro interessato in modo che, in caso di utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, un diritto alla conservazione del rapporto di lavoro sia accordato alle persone assunte dall'amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto alle norme di diritto del lavoro, ma non sia riconosciuto, in generale, al personale assunto da tale amministrazione con contratto di diritto pubblico (punto 34).

Sotto il profilo sanzionatorio, la Corte ribadisce il costante orientamento sull'autonomia procedurale degli Stati membri in merito all'individuazione della misura adeguata a rimuovere le conseguenze dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, e, citando le sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo (le uniche che si sono pronunciate sulla questione), riafferma che la clausola 5 dell'accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico (**punto 40**, richiamato nella nota 11 delle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa C-494/16).

Tuttavia, come già ampiamente affermato sia nei casi "italiani" Marrosu-Sardino e Vassallo sia nelle (più importanti e sistematiche) sentenze "greche" Adeneler³⁸ e Angelidaki³⁹, nella decisione *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte di giustizia ribadisce che, affinché una normativa che vieta in modo assoluto, nel settore pubblico, la conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato di contratti di lavoro a tempo determinato successivi possa essere considerata conforme all'accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi (**punto 41**, richiamato nella nota 11 delle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa C-494/16).

In conseguenza, se spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva delle disposizioni pertinenti del diritto interno ne fanno una misura adeguata per prevenire ed, eventualmente, sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo

³⁸ Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04 *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443. Sulla sentenza *Adeneler v. R. Conti e R. Foglia, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr. giur.*, 2006, 1456-1459; L. Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel. ind.*, 2006, 439-444; G. Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 752-755; A.M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, 48-70.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 e C-380/07 *Angelidaki ed altri contro Organismos Nomarchiakís Autodioikísís Rethymnis*, EU:C:2009:250; su cui cfr. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *cit.*, p.75-81; M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, p. 437; L. Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009, Juin, Comm. n° 235*, p.25-26; C.Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

determinato (punto 43), la Corte di Lussemburgo, ancora una volta, si riserva la facoltà di fornire in sede di rinvio pregiudiziale precisazioni dirette a guidare il giudice del rinvio nella sua valutazione (punto 44) sul carattere adeguato e sufficientemente effettivo delle **misure previste dal diritto nazionale** per sanzionare gli abusi accertati (punto 45), come già avvenuto con l'ordinanza Affatato (ivi al punto 48) e con la sentenza Mascolo (ivi al punto 55) per l'idoneità sanzionatoria della trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti successivi che hanno superato i 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro (anche) pubblico, ai sensi dell'art.5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n.368/2001.

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

Tuttavia, tale nozione di lavoratore a tempo indeterminato non permanente non è applicabile al personale assunto dalle pubbliche amministrazioni in base a disposizioni di diritto pubblico, con la conseguenza che non esisterebbe alcuna misura effettiva per evitare ed, eventualmente, sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nei confronti di tale personale (punto 47).

Quindi, per l'ordinamento spagnolo siamo in presenza della stessa situazione di inadempimento alla direttiva 1999/70/CE accertata nei confronti dello Stato italiano dalla sentenza Mascolo per quanto riguarda il precariato scolastico, che è la stessa rilevata dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 per tutto il precariato pubblico, salvo lo sforzo pregevole, ma risultato vano, di evitare il rinvio alla Corte costituzionale per la rimozione delle condizioni ostative alla tutela effettiva dei precari pubblici per trovare con l'interpretazione adeguatrice un sistema di misure antiabusive nel settore pubblico.

La Corte di giustizia nella decisione *Martínez Andrés e Castrejana López*, infatti, dopo aver confermato il precedente orientamento secondo cui è possibile e non in contrasto, in linea di principio, con la clausola 5 dell'accordo quadro che un destino differente sia riservato all'accertamento di un ricorso abusivo a contratti o a rapporti di lavoro a tempo determinato successivi in base al settore o alla categoria in cui rientra il personale in questione, a condizione che l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato contempli, in tale settore o nei confronti di tale categoria di personale, un'altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi (**punto 48**, richiamato nella nota 11 delle conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa C-494/16), conclude che, se il giudice del rinvio dovesse constatare l'inesistenza, nel diritto spagnolo, di una qualsiasi altra misura effettiva per evitare e sanzionare gli abusi nei confronti del personale assunto nelle amministrazioni in regime di diritto pubblico, una tale situazione sarebbe idonea a pregiudicare l'obiettivo e l'effetto utile dell'accordo quadro (punto 49), cioè saremmo in presenza di un inadempimento alla direttiva 1999/70/CE.

La Corte di giustizia, in questo caso, non lascia il giudice nazionale spagnolo privo di strumenti e di poteri per rimuovere l'illecito comunitario, alla luce del principio di leale cooperazione tra Istituzioni europee e Stati membri enunciato dall'art.4 del Trattato dell'Unione europea, richiamato due volte nella sentenza in commento.

Infatti, il dovere di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento dell'obbligo di leale cooperazione vale per tutti gli organi degli Stati membri Ue, ivi compresi, nell'ambito della loro competenza, quelli giurisdizionali (punto 50) e dunque spetta alle autorità giurisdizionali dello Stato membro interessato garantire il rispetto della clausola 5, n.1, dell'accordo quadro, vegliando che i lavoratori i quali abbiano subito un abuso in conseguenza dell'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi non siano dissuasi dal far valere dinanzi alle autorità nazionali, ivi incluse quelle giurisdizionali, i diritti loro conferiti dalla normativa nazionale nell'ambito dell'attuazione di tutte le misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, nella speranza di continuare a lavorare nel settore pubblico (punto 51, che richiama il punto 165 della sentenza Angelidaki).

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

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

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

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

19. La Corte costituzionale e la stabilizzazione dei contratti anche nel pubblico impiego: gli effetti possibili nella causa Santoro

La Corte costituzionale con la sentenza n.260/2015 sul precariato pubblico-privato delle Fondazioni lirico-sinfoniche e con la sentenza n.187/2016 e con le ordinanze n.194 e 195/2016 sul precariato scolastico e dei dipendenti del comparto Afam aveva anticipato la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, precisando, in particolare, nella sentenza n.187/2016 al punto 18.1 che la stabilizzazione del personale docente con il piano straordinario destinato alla «*copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto*» «è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne».

La Corte costituzionale sembrerebbe, dunque, aver cambiato orientamento rispetto alla posizione assunta nella sentenza n.89/2003, quando avrebbe enunciato il divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego senza pubblico concorso e che avrebbe addirittura giustificato il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova nella causa C-53/04 *Marrosu-Sardino*: «*Il giudice del rinvio sottolinea che la Corte costituzionale ha giudicato, nella sua sentenza 13 marzo 2003, n. 89, che l'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 è conforme ai principi costituzionali di uguaglianza e di buon andamento dell'amministrazione, sanciti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione italiana. La Corte costituzionale ha considerato che il principio fondamentale secondo cui l'accesso all'impiego negli enti pubblici si effettua mediante concorso, in applicazione dell'art. 97, terzo comma, della Costituzione, rende legittima la differenza di trattamento esistente tra i lavoratori del settore privato e quelli dell'amministrazione pubblica nel caso di accertata illegittimità al momento della conclusione di una successione di contratti a tempo determinato.*» (**sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 14**).

Si deve aderire a quanto evidenziato recentemente in dottrina⁴⁰, secondo cui nella citata decisione il Giudice delle leggi aveva semplicemente bloccato il tentativo della giurisdizione di merito di estendere *tout court* i principi e le regole del diritto privato e, in particolare, della legge n.230/1962 applicabile *ratione temporis*, ad una fattispecie di assunzioni "clientelari" di collaboratori scolastici avvenute al di fuori del sistema di reclutamento scolastico e, quindi, in «violazione di norme imperative di legge» di cui all'art.36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n.165/2001, in coerenza con i precedenti della Consulta.

In precedenza, infatti, con la sentenza **n.81/1983** la Corte costituzionale aveva legittimato la discrezionalità del legislatore di ricorrere all'assunzione nel pubblico impiego con modalità diverse da quelle concorsuali, salvo il rispetto del criterio della razionalità dell'intervento.

Successivamente, il **Giudice delle leggi con la sentenza n.484/1991** aveva dichiarato illegittima una norma della Regione siciliana che aveva previsto l'inquadramento in ruolo, a domanda, di personale precario di secondo e quarto livello, previa selezione riservata per titoli e prescindendo dall'iscrizione nelle liste di collocamento, in violazione della norma statale dell'**art. 16 della legge n. 56/1987**, cioè per il tramite degli (ex) Uffici del lavoro, a conferma del mancato rispetto della

⁴⁰ F. Putaturo Donati, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2016, 606 ss.

normativa assunzionale per i rapporti a tempo indeterminato presso gli Enti locali siciliani.

In coerenza con le precedenti decisioni n.81/1983 e n.484/1991, **la Corte costituzionale con la sentenza n.266/1993** aveva dichiarato illegittima altra norma della Regione siciliana che aveva previsto un concorso riservato per figure professionali, sempre nel settore sanitario come nel caso della sentenza n.484/1991, il cui accesso stabile alla pubblica amministrazione era invece regolamentato dalla norma statale dell'**art. 16 della legge n. 56/1987**.

20. Le sentenze della Cassazione sulla riqualficabilità a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro per abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego: i possibili effetti nella causa Santoro

Per far archiviare, come poi è avvenuto, la procedura di infrazione n.2007/4734 della Commissione europea, attivata con la lettera di messa in mora del 17 ottobre 2008 nei confronti dell'Italia a seguito di denuncia presentata da due lavoratori assunti dall'Inail con una successione (5 contratti e 4 rinnovi) di contratti di formazione e lavoro per un totale di 6 anni di lavoro senza conversione a tempo indeterminato, con la **sentenza n.13796/2012 le Sezioni unite della Cassazione** non hanno escluso la riqualficabilità in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

Del resto, i principi enunciati nella sentenza n.13796/2012 della Cassazione erano stati già affermati dalle stesse Sezioni unite nella **sentenza del 12 marzo 2013, n.6077**, che, rigettando il ricorso proposto dalla Croce Rossa italiana sulla questione della stabilizzazione disposta dalla legge n.296/2006 del precariato interno **assunto ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987**, ha fissato le seguenti coordinate interpretative, che saranno poi riproposte nell'**art.20 del d.lgs. n.75/2017** (riforma "Madia") per il superamento del precariato pubblico con le distinte previsioni del comma 1 (reclutamento a tempo determinato con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione) e del comma 2 (titolare di un contratto di lavoro flessibile senza procedura concorsuale di assunzione, che abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso riservato per l'assunzione stabile, con quota del 50% riservata):

a) i processi di stabilizzazione (tendenzialmente rivolti ad eliminare il precariato venutosi a creare in violazione delle prescrizioni di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36; cfr., in termini **Cass., sentenza n.4417/2012**), sono effettuati nei limiti delle disponibilità finanziarie e nel rispetto delle disposizioni in tema di dotazioni organiche e di programmazione triennale dei fabbisogni (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 6);

b) la deroga alle normali procedure di assunzione concerne il carattere di assunzione riservata e non aperta, ma non il requisito del possesso del titolo di studio per l'accesso dall'esterno nelle singole qualifiche previsto dai sistemi di classificazione, né la regola del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 35, comma I, dell'accesso tramite procedure selettive, siccome la stabilizzazione di personale che non abbia sostenuto "procedure selettive di tipo concorsuale" è subordinata al superamento di tali procedure; le procedure selettive sono escluse soltanto per il personale assunto obbligatoriamente o mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento (procedure previste da norme di legge);

c) conseguentemente, le amministrazioni, con riguardo al personale da stabilizzare che ha già sostenuto “procedure selettive di tipo concorsuale”, non “bandiscono” concorsi, ma devono limitarsi a dare “avviso” della procedura di stabilizzazione e della possibilità degli interessati di presentare domanda; “in tal caso” la regolamentazione legislativa, sottraendo le procedure di “stabilizzazione” all’ambito di quelle concorsuali di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 63, comma 4, nonché alle ipotesi “nominate” di poteri autoritativi nell’ambito del lavoro pubblico (D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 2, comma 1), colloca le controversie inerenti a tali procedure nell’area del “diritto all’assunzione di cui all’art. 63, comma 1, con conseguente appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario (così in specie v. Cass. S.U. n. 1778 del 2011);

d) “diversamente, ove il personale non abbia già superato prove concorsuali, e il numero dei posti oggetto della stabilizzazione sia inferiore a quello dei soggetti aventi i requisiti, l’amministrazione può fare ricorso ad una selezione onde individuare il personale da assumere”; in tal caso “le relative controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo” (v. in particolare Cass. S.U. n. 1778 del 2011, Cass. 2568 del 2012).

Anche **le Sezioni unite nella sentenza n.4685/2015** sembrano affermare principi non in sintonia con il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego di cui alla sentenza n.5072/2016, sia con riferimento alle fattispecie assunzionali di cui all’art.16 della legge n.56/987 sia in relazione alle ipotesi di “nullità” per violazione di norme imperative che farebbero scattare la sanzione del risarcimento dei danni di cui all’art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001: *«La giurisprudenza ritiene che le assunzioni nella P.A. mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali é richiesto il solo requisito della scuola dell’obbligo (Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 35), vanno effettuate nel rispetto della graduatoria risultante dalle liste delle circoscrizioni territorialmente competenti, avuto riguardo agli iscritti alla prima classe delle liste medesime, secondo quanto precisato dalla **Legge n. 56 del 1987, articolo 10, comma 1, lettera a)** e cioè lavoratori disoccupati o in cerca di prima occupazione, ovvero lavoratori con occupazione temporanea subordinati o autonomi (Sez. Lavoro 21.05.08 n. 12961, 13.12.03 n. 19108). **La circostanza che con l’articolo 35, le assunzioni di alcune categorie di pubblici dipendenti possano avvenire mediante espletamento di procedure selettive, o mediante avviamento dei soggetti iscritti nelle liste di collocamento, rappresenta, dunque, una semplificazione dello strumento tecnico (il pubblico concorso), ma non il superamento delle esigenze di trasparenza ed imparzialità insite nel concetto di concorsualità volute dalla norma costituzionale. Secondo la Corte costituzionale, infatti, il concorso pubblico costituisce la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto meccanismo strumentale all’efficienza dell’amministrazione. A tale regola può derogarsi solo in presenza di peculiari situazioni giustificatrici, nell’esercizio di una discrezionalità che trova il suo limite nella necessità di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione ed il cui vaglio di costituzionalità passa attraverso una valutazione di ragionevolezza della scelta del legislatore; la regola stessa può ritenersi rispettata solo qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie ed irragionevoli forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi (v. per tutte Corte cost. 21.04.05 n. 159).».***

21. La sentenza delle Sezioni unite n.14432/2017 sull'effettivo e integrale risarcimento del danno per abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego: gli effetti nella causa Santoro sull'effettività della sanzione

Come sottolineato dalle Sezioni unite nella **sentenza n.14432/2017** delle Sezioni unite e in consonanza con le sentenze nn.484/1991 e 266/1993 della Corte costituzionale sul precariato sanitario siciliano: **«l'assunzione da parte di ente pubblico non economico di lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo funzionali per i quali non è richiesto titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo è effettuata sulla base di selezioni cui gli iscritti nelle liste di collocamento e di mobilità sono avviati numericamente secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime, sicché coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria hanno un vero e proprio diritto soggettivo all'avviamento a selezione e quindi all'assunzione atteso che la legge non attribuisce all'Amministrazione una potestà discrezionale nell'accertamento dei relativi presupposti, essendo chiamata a svolgere un'attività meramente tecnico-esecutiva di certazione.»**.

La **sentenza n.14432/2017** delle Sezioni unite riguarda il precariato pubblico degli enti locali, in cui, su una fattispecie di lavoratore assunto dal Comune di Milano come esecutore dei servizi tecnici-settore servizi funebri, per una durata complessiva di diciotto mesi, in virtù di tre contratti a termine e relative proroghe, che era stato dichiarato "non idoneo" alla successiva procedura selettiva per l'assunzione a tempo indeterminato con lo stesso profilo professionale, espletata ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, il Tribunale di Milano e la Corte di appello di Milano avevano accertato la nullità dei termini apposti ai contratti, con conseguente condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni quantificati in quattro mensilità dell'ultima retribuzione lorda, rigettando la domanda di conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e la domanda di risarcimento dei danni per perdita di chance sulla mancata assunzione a tempo indeterminato.

Le Sezioni unite nella sentenza n.14432/2017, nell'accogliere il motivo di ricorso del lavoratore legato alla mancata integrale applicazione dei principi enunciati dalle stesse Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sul **risarcimento per perdita di chance** per la determinazione del danno da abusiva reiterazione di contratti a termine, oltre all'indennità forfetaria già liquidata in quattro mensilità della retribuzione globale, ha precisato che **«la "chance" consiste nel dimostrare la sussistenza di elevate probabilità, prossime alla certezza, di essere chiamati e quindi di ottenere l'assunzione. In base ad un consolidato e condiviso orientamento di questa Corte, in simili situazioni il danno conseguente alla lesione di tale "chance" può essere provato, pur se solo in modo presuntivo, tramite il ricorso ad un calcolo delle probabilità che evidenzii i margini di possibile raggiungimento del risultato sperato, mentre è legittima, da parte del giudice di merito, una valutazione equitativa di tale danno, commisurata al grado di probabilità del risultato favorevole (Cass. 27 giugno 2007, n. 14820; Cass. 17 aprile 2008, n. 10111; Cass. 20 giugno 2008, n. 16877; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1715; Cass. n. 24833 del 2015 cit.). Si è anche specificato che il giudice, ai fini del suddetto giudizio probabilistico, deve prendere in considerazione ogni elemento di valutazione e di prova ritualmente introdotto nel processo (vedi, tra le tante: Cass. 3 marzo 2010, n. 5119; Cass. 5 marzo 2012, n.3415), potendo dare rilievo anche al comportamento processuale delle parti (ex art. 116, secondo comma, cod. proc. civ.) e, quindi, al difetto di attività di allegazione e prova dell'ente datore di lavoro, tenuto a svolgere la propria attività - nella specie di mera certazione, come si è detto -**

nel rispetto dei criteri di correttezza e buona fede, che sono applicabili in materia alla stregua dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. e che comportano che la P.A. sia tenuta ad operare in maniera trasparente e a motivare adeguatamente le scelte che effettua, come richiede anche il rispetto del principio del giusto procedimento, che ha rilevanza costituzionale (vedi: Corte costituzionale sentenza n. 310 del 2010).».

La decisione n.14432/2017 delle Sezioni unite è indubbiamente e opportunamente servita ad indirizzare le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Santoro C-494/16⁴¹ e, vedremo, le conclusioni della stessa sentenza Santoro della Corte di giustizia, rispetto alle argomentazioni e alle motivazioni delle stesse conclusioni, le une e le altre in adesione alle osservazioni scritte della Commissione Ue di censura complessiva e specifica della soluzione delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sul danno "comunitario", che appare comunque superata.

La decisione n.14432/2017 delle Sezioni unite, infatti, nelle sue estreme conseguenze, potrebbe portare a risarcimenti dei danni particolarmente elevati, calcolati, ad esempio, per la mancata stabilizzazione o la perdita di opportunità stabile nella pubblica amministrazione, non più in relazione all'indennità sostitutiva della reintegrazione di cui all'art.18, comma 5, della legge n.300/70 (nel testo antecedente alla legge n.92/2012), ma in riferimento alla retribuzione contrattuale percepita in costanza di rapporto, all'età del lavoratore rispetto ai limiti pensionistici di vecchiaia applicabili, ai dati statistici di reimpiego dei lavoratori disoccupati attraverso il sistema provinciale dei Centri per l'impiego, utilizzando come strumento di comparazione anche le tabelle di invalidità per danno biologico.

Una soluzione risarcitoria di questo genere aprirebbe la stura, sul piano generale, ad una serie di rivendicazioni di decine di migliaia di lavoratori precari pubblici, il cui abusivo ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni a contratti a tempo determinato è nato da una procedura pubblica di reclutamento legittimo di assunzione a termine, per scelta esclusiva ed illegittima del datore di lavoro pubblico in quanto priva di ragioni oggettive temporanee.

Quanto all'inadeguatezza e ineffettività della sanzione forfetaria delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 con riferimento all'abrogato art.32, comma 5, della legge

⁴¹ Queste le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Santoro C-494/16: «*La direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato figurante in allegato a tale direttiva, nonché la loro efficacia pratica, non ostano ad una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale la quale, in caso di ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, esclude la conversione del rapporto di lavoro nel settore pubblico, benché riconosciuta nel settore privato quale misura sanzionatoria, e prevede come contropartita:*

– *un'indennità forfetaria compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione accordata al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, a condizione che tale indennità costituisca una misura sufficientemente dissuasiva, il che può essere assicurato segnatamente attraverso la determinazione dei suoi limiti crescenti in funzione della durata del ricorso abusivo ai contratti a tempo determinato o tramite l'effetto combinato di qualsiasi altra misura sanzionatoria prevista nel diritto nazionale;*

– *la possibilità per il lavoratore di ottenere la riparazione del danno effettivamente subito, mentre il diritto a tale riparazione è subordinato all'obbligo, incombente a tale lavoratore, di provare la perdita di opportunità di lavoro stabile oppure che, se fosse stato bandito un regolare concorso dall'amministrazione, lo stesso lo avrebbe vinto.*

Fatte salve tali precisazioni, nessuno degli elementi forniti nella decisione di rinvio suggerisce che, nella fattispecie, i principi di effettività e di equivalenza non siano stati rispettati dalla normativa nazionale. Cionondimeno, spetta al giudice nazionale effettuare le verifiche finali a tal riguardo.»

n.183/2010, la Commissione Ue è molto chiara ai punti 35-44 delle osservazioni scritte della causa C-494/16, condividendo le perplessità del giudice del rinvio pregiudiziale e facendo valutazioni negative sull'iter argomentativo della Cassazione, soprattutto alla luce dell'evidente contrasto di quanto affermato dal giudice nomofilattico interno con quanto precisato dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia*, riprendendo l'Istituzione Ue anche quell'elemento di comparazione con i lavoratori a tempo determinato nel settore privato che, nella parte iniziale delle osservazioni scritte, sembrava essere stato accantonato: «*Quanto all'effettività dei rimedi indicati nella sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, la Corte ha già stabilito che, se uno Stato membro decide di sanzionare una violazione del diritto dell'Unione mediante il rimedio del risarcimento del danno, tale risarcimento dev'essere anzitutto efficace ed avere idoneo effetto dissuasivo nel senso di consentire: a) una riparazione adeguata del danno subito; b) un risarcimento integrale di tale danno e c) una riparazione superiore ad un risarcimento solo simbolico.*» (punto 35).

Afferma infatti la Commissione Ue che «***nell'ordinanza di rinvio, il giudice a quo ha espresso delle forti perplessità sulla concreta esperibilità di tale ulteriore risarcimento del danno e la Commissione considera che tali rilievi sono pienamente fondati, soprattutto perché non sembra che le Sezioni Unite abbiano fornito gli ulteriori elementi richiesti dalla Corte in Papalia quanto al danno per perdita di "chance": come rilevato dal giudice del rinvio, le Sezioni Unite non hanno escluso la necessità di un onere della prova per il danno da perdita di "chance".***» (punto 41).

Quanto alla seconda questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trapani sulla ricerca di una misura sanzionatoria alternativa a quella delle Sezioni unite che assicuri l'equivalenza della tutela dei lavoratori pubblici precari, la Commissione Ue si orienta ai punti 47-59 delle osservazioni scritte della causa C-494/16 tra la conversione a tempo indeterminato in aggiunta all'indennità forfetaria, come per i lavoratori privati, richiamando al punto 51 in nota 35 la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, e l'indennità sostitutiva della reintegrazione di 15 mensilità di retribuzione (sempre in aggiunta all'indennità forfetaria), di cui all'art.18, comma 5, della legge n.300/1970, nel testo antecedente le modifiche della legge n.92/2012: «*come dimostra il procedimento oggetto della sentenza delle Sezioni Unite n. 5072/2016, deciso in primo grado dal Tribunale di Genova in seguito alla sentenza della Corte nel caso Marrosu e Sardino ma con decisione poi annullata dalle Sezioni Unite mediante la detta sentenza n. 5072/2016, i lavoratori che non possono ottenere la conversione del proprio rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato, come coloro che hanno concluso un contratto di lavoro a termine con la pubblica amministrazione, possono comunque domandare il beneficio della indennità per mancata reintegrazione nel posto di lavoro, rimedio espressamente previsto nell'ordinamento italiano in caso di licenziamento ingiustificato, come rilevato dalla Commissione al punto 19 delle proprie osservazioni scritte, al quale essa si permette di rinviare.*» (punto 58).

Le osservazioni scritte della Commissione Ue nella causa Santoro C-494/16, per quanto riguarda il principio di equivalenza, paiono alludere alla sanzione equivalente che il legislatore nazionale fu costretto ad attivare con l'art.1, comma 519, della legge finanziaria n.296/2006, dopo gli esiti della sentenza *Marrosu-Sardino* della Corte di giustizia, con la previsione di un percorso di stabilizzazione dei dipendenti pubblici a tempo determinato che avevano maturato i 36 mesi di servizio, differenziato a seconda della preventiva assunzione a tempo determinato «*mediante procedure*

selettive di natura concorsuale o previste dalla legge» o dell'assunzione «a tempo determinato mediante procedure diverse», con obbligo di espletamento, in questa seconda ipotesi, di prove selettive riservate.

L'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni, particolarmente in motivazione, non si dissocia dalle osservazioni scritte della Commissione Ue sulle risposte da fornire al giudice nazionale.

In particolare, **sul quesito se la portata dell'indennità forfettaria di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 costituisca una misura sanzionatoria sufficientemente effettiva e dissuasiva**, l'avvocato generale Szpunar si pronuncia negativamente ai punti 61-62 e 64-66:

«61. Per quanto riguarda l'indennità forfettaria compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione, prevista all'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/10, secondo gli accertamenti del giudice del rinvio, nel caso di conversione del contratto a tempo determinato nel settore privato, tale indennità si sostituisce unicamente alle retribuzioni che sarebbero state percepite «nelle more» dell'accertamento delle ragioni del lavoratore. Tuttavia, per quanto riguarda il settore pubblico, l'indennità forfettaria, malgrado la sua natura meramente accessoria, diviene in pratica la sola misura sanzionatoria degli abusi: essa non può essere considerata una misura dissuasiva effettiva.

62. Nel caso dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, può succedere che la violazione sia stata reiterata e sistematica nel corso di diversi anni.. La loro trasformazione in un solo contratto a tempo indeterminato consentirebbe di sanzionare tale abuso e rimuoverne le conseguenze in modo duraturo, indipendentemente dal momento in cui esso si è verificato. Orbene, nella fattispecie, tale possibilità è esclusa e le misure risarcitorie previste nel diritto italiano sembrano applicabili indistintamente alla totalità degli abusi, sempre nei limiti previsti all'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/10.

64. È vero che, ai sensi dell'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/10, l'importo definitivo dell'indennità forfettaria, nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità della retribuzione, viene fissato dal giudice nazionale avuto riguardo ai criteri indicati nel diritto italiano; ciò consente di tenere conto delle circostanze del caso di specie nell'ammontare del risarcimento. A tal riguardo, la Commissione ha affermato che tali criteri fanno parimenti riferimento al «comportamento» del datore di lavoro – il che non consente di avvalorare la tesi secondo la quale l'indennità forfettaria non sia stata prevista come misura sanzionatoria – e, pertanto, che essi potrebbero permettere di tenere conto della durata dell'abuso.

65. Tuttavia, qualora l'abuso raggiunga una certa portata, la sanzione si scontra con un limite massimo. Di conseguenza, da un lato, le violazioni anteriori non vengono sanzionate in maniera proporzionata allorché si è in presenza di un abuso manifesto. Dall'altro, tale standardizzazione delle sanzioni, invece di consentire di evitare la recidiva, potrebbe favorirla, a causa dell'esistenza di un limite massimo universale che non può essere superato, nonostante il carattere reiterato degli abusi. Ritengo, al pari della Commissione, che la sproporzione fra la portata potenziale dell'abuso, il quale può avere avuto conseguenze per diversi anni, e l'indennità forfettaria, la quale è pari al massimo a dodici mensilità di retribuzione, sia idonea ad indebolire l'effetto deterrente delle misure sanzionatorie.

66. Di conseguenza, al fine di porre rimedio agli abusi persistenti, i limiti dell'indennità forfettaria potrebbero essere adeguati tenendo conto della durata degli impieghi con contratti a tempo determinato conclusi in violazione dei diritti conferiti

dall'ordinamento giuridico dell'Unione, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità.».

Sulla questione se l'onere di dimostrare la perdita di chance privi di effettività una misura sanzionatoria l'avvocato generale Szpunar conferma quanto già affermato sul punto dalla Corte di giustizia nell'ordinanza Papalia ai punti 55 -57:

«55. Per quanto riguarda il risarcimento del danno da perdita di chance, esso è, secondo il giudice del rinvio, puramente teorico, poiché è giuridicamente impossibile, per il lavoratore, provare, sia pure con l'ausilio di presunzioni, come richiesto dalla Corte suprema di Cassazione nella sentenza n. 5072/2016, che se la pubblica amministrazione avesse bandito un concorso, egli lo avrebbe vinto, oppure che lo stesso sia stato privato di altre opportunità di lavoro a causa di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. Il giudice a quo rileva che, contrariamente a quanto si evince dalla sentenza n. 5072/2016, le presunzioni non sono di alcun ausilio effettivo al lavoratore danneggiato e che, inoltre, nessun concorso è mai stato bandito dall'amministrazione.

56. Per quanto riguarda l'obbligo di provare la perdita di opportunità di lavoro e il conseguente lucro cessante, **la Corte ha affermato nell'ordinanza Papalia, lasciando al contempo al giudice nazionale il compito di effettuare le verifiche finali al riguardo, che non si può escludere che questa prescrizione sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di questo lavoratore, dei diritti attribuitigli dall'ordinamento giuridico dell'Unione.**

57. **Lo stesso ragionamento può applicarsi nel procedimento principale, cosicché spetta parimenti al giudice nazionale effettuare le corrispondenti verifiche.».**

Si è sottolineata la diversità, rispetto alle fattispecie in cui il reclutamento a tempo determinato è avvenuto legittimamente ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, della causa "siciliana" Santoro, in cui «dal 1996 al 2002, la sig.ra Giuseppa Santoro ha prestato attività lavorativa come lavoratore socialmente utile al servizio del Comune di Valderice (Italia). Ella è poi stata impiegata presso il medesimo Comune con contratto di collaborazione coordinata e continuativa fino alla fine del 2010. Il 4 ottobre 2010, ella ha stipulato con tale Comune un contratto di lavoro subordinato a tempo parziale con scadenza il 31 dicembre 2012. Tale contratto, il quale è stato prorogato tre volte, è cessato il 31 dicembre 2016 ed ha pertanto avuto una durata complessiva di più di cinque anni.» (conclusioni avvocato generale, punto 10).

In conseguenza, il riferimento dell'avvocato generale Szpunar al concorso pubblico e all'onere della prova sul punto a carico del lavoratore, nella parte finale delle conclusioni, appare una mera "battuta di spirito", come dimostrerà la sentenza Santoro della Corte Ue.

Sulla questione se la **responsabilità del dirigente può integrare, insieme alla perdita di chance, il deficit di tutela della sola indennità forfetaria**, l'avvocato generale Szpunar risponde negativamente ai punti 67-68 e 72-73:

«67. Il giudice del rinvio ha osservato che la Corte suprema di Cassazione, nella sentenza n. 5072/2016, ha considerato idonee a soddisfare le condizioni enunciate nella giurisprudenza della Corte non solo le misure risarcitorie, ma anche le misure aventi ad oggetto la responsabilità del dirigente cui sia ascrivibile il ricorso illecito ad un contratto a tempo determinato. In tale contesto, **mi chiedo se siffatte misure sanzionatorie possano porre rimedio alle carenze dell'indennità forfetaria risultanti dal fatto che detta indennità non costituisce una misura**

sufficientemente dissuasiva che consenta di sanzionare le violazioni anteriori e di evitare la recidiva.

68. Si evince dal contesto normativo nazionale presentato dal governo italiano che il legislatore nazionale ha adottato almeno tre provvedimenti⁴² riguardanti le persone responsabili dell'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato. Curiosamente, tali disposizioni non sono state prese in considerazione dal giudice del rinvio nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale. Orbene, mi sembra che non sia ciascuna misura presa individualmente, bensì la totalità del sistema delle misure sanzionatorie a dover essere sufficientemente effettiva e dissuasiva.

72. Tuttavia, **occorre osservare che almeno una delle misure previste nella legislazione nazionale descritta dal governo italiano è subordinata al fatto che l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato sia dovuto a dolo o a colpa grave.** Spetta al giudice del rinvio valutare se, nella prassi, una siffatta condizione consenta ai responsabili di sottrarsi sistematicamente alle sanzioni, il che priverebbe le misure di cui trattasi di efficacia e di effetto deterrente. Lo stesso vale per le esenzioni di responsabilità eventualmente applicate dalle autorità quando si pronunciano sulle conseguenze degli abusi nei confronti dei dirigenti.

73. Inoltre, la moltiplicazione delle misure sanzionatorie non può comportare la diluizione dell'efficacia di una delle misure di cui trattasi, rendendola incompatibile con il diritto dell'Unione. Gli Stati membri sono tenuti a garantire il risultato imposto dal diritto dell'Unione. In ogni caso, devono essere assicurati il principio di effettività e – qualora possa essere trovato un raffronto adeguato nel diritto interno – il principio di equivalenza. Il potere discrezionale conferito agli Stati membri deve essere altresì esercitato nel rispetto del diritto dell'Unione e dei principi generali di quest'ultimo e, in particolare, nel caso in cui sia il diritto di ricorso ad essere controverso, del principio della tutela giurisdizionale effettiva. Ne consegue che, malgrado la moltiplicazione delle misure sanzionatorie, qualora lo Stato membro abbia previsto misure risarcitorie, **una sanzione simbolica non può mai essere considerata costitutiva di un'attuazione corretta ed efficace dell'accordo quadro, dal momento che una compensazione trascurabile non può costituire una misura risarcitoria adeguata. Per le stesse ragioni, l'indennità forfettaria, pur potendo essere**

⁴² L'avvocato generale Szpunar fa riferimento a quanto precisato dal Governo italiano al punto 74 delle osservazioni scritte, che si trascrive: «Altri sono, infatti, gli strumenti che l'ordinamento interno ha previsto a tale scopo; gli stessi sono efficacemente riassunti nella già citata sentenza della Corte di cassazione nei seguenti termini: "Innanzitutto - prescrive lo stesso D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, comma 5, le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. La L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 79, (legge finanziaria 2008), nel riformulare l'art. 36 cit. aveva aggiunto, al sesto comma, la prescrizione per cui le amministrazioni pubbliche che operavano in violazione delle prescrizioni della stessa disposizione non potevano effettuare assunzioni ad alcun titolo per il triennio successivo a tale violazione. Successivamente la L. 6 agosto 2008, n. 133, art. 49, di conversione in legge del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, nel riformulare ulteriormente l'art. 36 cit., ha aggiunto che i dirigenti che operano in violazione delle prescrizioni della medesima disposizione sono responsabili anche ai sensi dell'art. 21, dello stesso D.L., e che di tali violazioni si sarebbe tenuto conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286, art. 5. Ancora più recentemente nel D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, sono stati introdotti due commi (commi 5 ter e 5 quater) dal D.L. 31 agosto 2013, n. 101, art. 4, comma 1, lett. b), conv. dalla L. 30 ottobre 2013, n. 125, che – nel ribadire che le disposizioni del D.Lgs. n. 368 del 2001, si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed il diritto al risarcimento per il dipendente - hanno stabilito che i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della medesima disposizione sono nulli e determinano responsabilità erariale; ed hanno confermato la responsabilità dei dirigenti che operano in violazione delle disposizioni di legge aggiungendo che al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato".».

prevista dal legislatore nazionale, non può sostituirsi interamente al risarcimento completo del danno subito.».

Per rendere più efficace e plastica l'ineffettività assoluta della misura della responsabilità del dirigente, l'avvocato generale Szpunar al punto 8 delle osservazioni scritte elimina con un omissis (...) la parte dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 in cui si descrive la sanzione della responsabilità del dirigente; esattamente come aveva fatto la Corte di giustizia al punto 7 dell'ordinanza Papalia.

22. Il campo di (non) applicazione dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 nella sentenza Mascolo della Corte Ue e nella prassi giudiziaria interna: gli effetti possibili nella causa Santoro

D'altra parte, la Corte di giustizia nella sentenza Mascolo, sul presupposto della legittimità del sistema di reclutamento scolastico di cui alla sentenza n.10127/2012 di codesta Suprema Corte, aveva escluso che si ponesse un problema di applicazione dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato quando le procedure assunzionali fossero state rispettate, cioè il lavoratore pubblico fosse stato assunto a tempo determinato *secundum legem*, come per i precari della scuola o come nel caso della ricorrente assunta ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987 in base alle stesse procedure selettive che avrebbero dovuto consentirle l'assunzione a tempo indeterminato, ove non avesse operato il blocco delle assunzioni stabili nel pubblico impiego per il triennio 2005/2007 di cui all'art.1, commi 95 e 98, della legge n.311/2004.

Così la sentenza Mascolo al punto 114: *«Per quanto riguarda l'esistenza di misure dirette a sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve rilevare, innanzitutto, che dalle ordinanze di rinvio risulta che, come espressamente indicato dalla Corte costituzionale nella sua seconda questione pregiudiziale nella causa C-418/13, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In particolare, è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali.».*

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

- ai **lettori universitari**, ora collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, dalla giurisprudenza ormai consolidata della Cassazione (cfr. per tutte Cass., S.L., sentenza n.19426/2003 e Cass., SS.UU., sentenza n.8985/2010), seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), in applicazione della legge n.230/1962;
- all'**usciera INAIL** assunto ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), stabilizzato a seguito della sentenza n.9555/2010 della Cassazione;

- ai **dipendenti precari degli Enti pubblici economici**, assunti ai sensi del d.lgs. n.368/2001, suppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato e con contribuzione Inps, a cui si applicano le tutele sanzionatorie previste dalla normativa privatistica secondo quanto precisato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.4685/2015 (punto 14);
- ai **dipendenti precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche quali gli Enti pubblici non economici**, assunti ai sensi del d.lgs. n.368/2001, con rapporto sia formalmente sia contributivamente assoggettato alle regole del pubblico impiego “privatizzato”, per i quali l’art.3, comma 5, d.l. n.64/2010 (convertito con modificazioni dalla legge n.100/2010) per l’assunzione a tempo indeterminato prevede l’indizione di procedure concorsuali, a cui, come riconosciuto dalla sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale e dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione (cfr. Cass. n. 208/2017; n. 18512/2016; n. 17064/2015; n.10924/2014; n. 10217/2014; n.10124/2014; n.10123/2014; n.10122/2014; n. 7243/2014; n. 6547/2014; n. 5749/2014; 5748/2014), le ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato (cfr. Cass. n.208/2017, cit.), in applicazione della clausola 5, n.1, lett.a) dell’accordo quadro, costituiscono l’unica misura preventiva prevista dall’ordinamento interno;
- ai **dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le pubbliche amministrazioni**, che hanno superato procedure concorsuali o selettive o previste ex lege, come disposto dall’art.1, comma 519, della legge n.296/2006 (cfr. sentenza delle Sezioni unite n.6077/2013 per i dipendenti della Croce rossa, fattispecie identica a quella della ricorrente Zazzera, ove le fosse stato consentito di maturare i 36 mesi di servizio con le proroghe contrattuali riconosciute a tutti i suoi colleghi in condizioni di accesso al reclutamento identiche);
- ai **dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le Autorità indipendenti**, assunti senza concorso pubblico e stabilizzati senza procedure concorsuali o selettive, come disposto dall’art.75, comma 2, del d.l. n.112/2008 (cfr. sentenza *Valenza*, punti 13, 14 e 16);
- alle **decine di migliaia di docenti, inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento della scuola pubblica, che sono stati immessi in ruolo con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015**, ai sensi dell’art.1, commi 95 ss., della legge n.107/2015, senza il possesso di alcun titolo di servizio nella pubblica amministrazione scolastica e per la mera fortuita condizione di essere inseriti in una graduatoria selettiva permanente ad esaurimento, il cui accesso era consentito fino al 2007 anche senza il superamento come idoneità all’insegnamento di procedura concorsuale ai sensi dell’art.399, comma 1, d.lgs. n.297/1994 (cioè con il titolo abilitante delle “scuole di specializzazione per l’insegnamento”, su cui cfr. sentenza *Mascolo*, punto 89), e quindi sulla base di “meri automatismi” con lo scorrimento delle g.a.e. (cfr. Corte cost., sentenza n.187/2016, punto 8.1);
- ai **funzionari a tempo indeterminato con inquadramento C/3 con incarico dirigenziale presso l’amministrazione penitenziaria**, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti è stata garantita dall’art. 4 della legge 154/2005;
- ai **docenti scolastici con incarico dirigenziale a termine**, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigente scolastico è stata garantita dall’art. 1, comma 87, della legge n.107/2015;

- **ai segretari comunali e provinciali a tempo indeterminato**, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti delle amministrazioni locali è stata garantita dall'art. 11 della legge n.124/2015;
- **ai dipendenti a tempo determinato del Quirinale, in possesso del requisito dei 36 mesi di servizio**, a cui è stata garantita la stabilità lavorativa dal decreto n.26/N dell'aprile 2016 del Presidente della Repubblica.

23. La successione delle leggi in materia di reclutamento flessibile nel pubblico impiego e la violazione di norme imperative di legge: i possibili effetti nella causa Santoro

Ne consegue che, almeno per quanto riguarda i casi in cui il reclutamento flessibile nella pubblica amministrazione è avvenuto attraverso procedure selettive di tipo concorsuale anche per il tramite del collocamento pubblico, non è più ammissibile il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego contrattualizzato, nel combinato disposto dell'art.97, comma 4, Cost. e dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.201/2001, e non solo per le indicazioni che possono ricavarsi dalla più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, della Corte di giustizia e, soprattutto, della Cassazione a Sezioni unite nelle citate sentenze nn. 14432/2017, 4685/2015, 6077/2013 e 13796/2012.

E' il dato normativo "originario" quello da cui bisogna partire, legato alla "privatizzazione" del pubblico impiego avviata con il d.lgs. 3 febbraio 1993 che all'art.36, dal titolo "reclutamento del personale", disciplinava sia le ipotesi di assunzioni a tempo indeterminato che l'utilizzazione dei dipendenti pubblici con contratti flessibili e, in particolare, a termine, allora assoggettati alla legge n.230/1962 (comma 7), gli uni e gli altri assoggettati a procedure selettive o all'assunzione per il tramite del collocamento pubblico per le figure professionali medio-basse (comma 1, lettere a e b).

Fu il legislatore delegato che, con lo schema di decreto legislativo entrato in vigore come testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n.165/2001), fece una scelta anomala e ambigua, separando l'unico articolato dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 in due distinti articoli: l'art.35 sul "reclutamento del personale" e l'art.36 sulle "forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale". Tuttavia, nonostante l'indiretta autorizzazione ad assunzioni "clientelari" delle pubbliche amministrazioni con i contratti flessibili, il dato letterale dell'art.36, comma 1, d.lgs. n.165/2001 nel testo originario (rimasto in vigore fino al 31 dicembre 2007) escludeva che per i contratti a termine si potessero evitare le procedure selettive o assunzionali per il tramite del collocamento, previste dall'art.35: *«Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.»*

Quindi, il presupposto della stipula di legittimi contratti a tempo determinato (ma anche degli altri contratti flessibili) è sempre stato, fin dall'inizio della privatizzazione del pubblico impiego, l'aver superato una procedura selettiva o l'assunzione ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987 attraverso il collocamento, le uniche modalità di reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni sia per i contratti a tempo indeterminato sia per i contratti flessibili, salvo il reclutamento speciale della scuola, disciplinato da specifiche procedure selettive di cui all'art.399 d.lgs. n.297/1994 e dall'art.4 della legge n.124/1999, cui rimanda l'art.70, comma 8, 3° cpv., TUPI.

In quest'ottica e in questo contesto normativo, nonostante lo scorporamento delle regole assunzionali prima contenute in un unico articolo, l'originario art.36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n.165/2001 non comportava problemi applicativi particolari, riguardando esclusivamente le assunzioni flessibili senza procedura selettiva, nulle per violazione delle norme imperative sul reclutamento del personale di cui all'art.35 T.u.p.i., con diritto al risarcimento dei danni nei termini di cui all'art.2126 c.c.

Ecco perché la sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale è ineccepibile nel suo limitato campo di applicazione, andando a sanzionare con il divieto di conversione "esclusivamente" i contratti a tempo determinato che avevano o avrebbero violato le norme sul reclutamento del personale, in quel caso scolastico, dal momento che i collaboratori scolastici assunti presso la scuola pubblica di Pisa non erano stati reclutati ai sensi dell'art.4 della legge n.124/1999 attraverso le graduatorie permanenti provinciali. Quindi i contratti a termine erano effettivamente nulli, perché in violazione dell'art.36, comma 2 (all'epoca), d.lgs. n.165/2001 e non poteva essere applicata la sanzione della conversione prevista dalla legge n.230/1962 applicabile *ratione temporis*.

Nessun problema interpretativo è stato causato dalla formulazione dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 nel testo modificato dall'art.3, comma 79, a legge 21 dicembre 2007, n.244 (in vigore dal 1 gennaio 2008 al 24 giugno 2008), con cui il legislatore nazionale, dopo la sentenza *Marrosu-Sardino* della Corte Ue e dopo l'apertura della procedura di infrazione n.2007-4734 sui c.f.l. dell'Inail, ha voluto impedire la proliferazione (evidentemente massiva) dei contratti flessibili, modificando la rubrica dell'articolo ("Utilizzo di contratti di lavoro flessibili") e limitando molto rigidamente l'uso dei contratti a tempo determinato a quelli di durata massima trimestrale per ragioni di stagionalità o di sostituzione con indicazione del nominativo del personale da sostituire, cancellando ogni richiamo all'abrogata legge n.230/1962 ma senza nessun rinvio neanche alla nuova disciplina del d.lgs. n.368/2001.

Il nuovo testo (nella finanziaria per il 2008) dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 sulla flessibilità (quasi) vietata nel pubblico impiego era stato reso coerente e "innocuo" rispetto all'introduzione dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 (art.1, comma 42, legge 21 dicembre 2007, n.247) e della disciplina transitoria sul computo dei servizi precedenti al 31 dicembre 2007 ai fini della maturazione dei 36 mesi di lavoro con mansioni equivalenti.

Infatti, anche se il d.lgs. n.368/2001 si applicava a tutte le pubbliche amministrazioni, fino al 1 aprile 2009 il rigidissimo regime assunzionale escludeva il superamento della clausola di durata dei 36 mesi e, quindi, la trasformazione automatica a tempo indeterminato dei contratti successivi, permanendo il divieto di conversione per le assunzioni clientelari di cui all'art.36, comma 6 (ora comma 5), d.lgs. n.368/2001, salvaguardando così contestualmente il percorso di soluzione definitiva del precariato pubblico del Governo Prodi, avviato con le leggi finanziarie nn.296/2006 e 244/2007, e concertato, come è evidente, con le Istituzioni comunitarie dopo la sentenza *Marrosu-Sardino* della Corte di giustizia.

Il dissesto interpretativo e il caos giudiziario *in subiecta materia* nascono con la legittimazione alle assunzioni clientelari proposta dal nuovo testo dell'art.36 d.lgs. n.165/2001 (in vigore dal 25 giugno 2008 al 31 agosto 2013), introdotto dall'art.49, comma 1, del d.l. 25 giugno 2008, n.112 (convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133), in cui il comma 1 riservava espressamente le procedure di reclutamento di cui all'art.35 TUIPI soltanto alle assunzioni a tempo indeterminato e non ai contratti flessibili, a cui, per le esigenze temporanee ed eccezionali delle

pubbliche amministrazioni, erano invece riservate le (non meglio specificate) “procedure di reclutamento vigenti” del comma 2.

In questo caso il rimando alla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n.368/2001 è esplicitato e, evidentemente, ragioni di carattere sistematico, logico e letterale della materia non consentono di escludere l'applicazione dell'art.5, comma 4-*bis*, d.lgs. n.368/2001 al superamento dei 36 mesi e con decorrenza dal 1° aprile 2009 per tutti quei contratti a tempo determinato successivi, almeno per quelle situazioni soggettive di rapporti di lavoro instaurati nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all'art.35 TUIP fino al 24 giugno 2008 e delle “procedure di reclutamento vigenti” per il periodo successivo.

Né può replicarsi che i contratti a tempo determinato che sono stati stipulati “*nel rispetto delle procedure vigenti*” sarebbero diventati nulli per mancanza di ragioni temporanee ed eccezionali, in quanto, fino al 31 agosto 2013, il ricorso ai contratti flessibili per coprire carenze strutturali di personale non rientrava tra le ipotesi di violazione di norme imperative di legge. Né si potrebbe addossare al lavoratore precario, che ha superato una procedura selettiva prevista dalla legge, anche l'onere di verificare *ex ante* se le esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico coprano bisogni permanenti o temporanei di personale, anche perché, nel caso della ricorrente, le graduatorie di cui all'art.16 della legge n.56/1987 erano idonee anche all'assunzione a tempo indeterminato, che non è avvenuta semplicemente perché vi era il blocco delle assunzioni stabili nelle pubbliche amministrazioni territoriali, di cui all'art.1, comma 98, della legge n.311/2004.

24. La geniale soluzione della Corte di giustizia nella sentenza Santoro sulla tutela effettiva del precariato pubblico in caso di assunzioni nulle perché non concorsuali

La sentenza del 7 marzo 2018 della Corte di giustizia nella causa Santoro propone alla Corte costituzionale e ai giudici nazionali straordinarie e geniali soluzioni interpretative non solo (e non tanto) al problema della tutela effettiva del precariato pubblico, quanto piuttosto alla crisi strutturale ed endemica dell'organizzazione della pubblica amministrazione rispetto all'utilizzo non regolato della flessibilità del lavoro.

La Corte ha ben chiaro il nuovo quadro legislativo e giurisprudenziale che si è maturato *in subiecta materia* dopo la proposizione della doppia pregiudiziale dei Tribunali di Trapani e di Foggia e si inserisce in tale contesto con grande prudenza e con apprezzabile chiarezza nel fornire le indicazioni all'ordinamento interno (e non solo ai giudici) per uscire dal pantano dell'incertezza delle regole da applicare.

Oltre all'integrazione delle presunzioni in favore del lavoratore precario per l'assolvimento dell'onere probatorio della *perdita di chance* con la sentenza n.14432/2017 delle Sezioni unite, la Corte Ue è a conoscenza del fatto che la Cassazione con la sentenza n.25672/2017⁴³ ha riconosciuto l'applicabilità delle tutele della direttiva 1999/70 in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato ai precari pubblici siciliani assunti per molti anni attraverso iniziali progetti di tipo assistenziale o come lavoratori socialmente utili, esattamente come nella fattispecie della causa Santoro, cassando la sentenza della Corte di appello di Palermo che

⁴³ Cassazione, S.L., sentenza 27 ottobre 2017, n.25672.

aveva negato il diritto al risarcimento dei danni anche nella misura minima forfetaria fissata nella sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite.

Così come la Corte è a conoscenza del fatto che, dopo la sentenza n.25672/2017 della Cassazione, la Regione siciliana ha avviato il processo di stabilizzazione di tutti i circa 21.000 precari degli enti locali siciliani che, come nel caso della ricorrente Santoro, versano nella stessa situazione lavorativa di assunzione iniziale non concorsuale per progetti di tipo assistenziale, trasformati in veri rapporti di lavoro subordinato, seppure a tempo determinato, più volte prorogati, annualmente, con fondi del bilancio regionale per coprire fabbisogni strutturali di personale delle pubbliche amministrazioni siciliane, e attualmente in corso (la Corte ha indicato al 31 dicembre 2016 la data di cessazione del rapporto di lavoro della signora Santoro perché si limita ai dati acquisiti dal fascicolo di causa, ma è perfettamente a conoscenza della prassi amministrativa interna di proroghe a tempo indeterminato).

La Corte europea, peraltro, si è resa conto che la fattispecie dei contratti a tempo determinato del precariato pubblico siciliano è molto diversa rispetto a quelle esaminate nei casi Marrosu-Sardino, Papalia e Mascolo.

I cuochi Marrosu e Sardino erano stati assunti presso l'azienda ospedaliera genovese per vari contratti a tempo determinato dal 1998 fino al luglio 2002 attraverso una procedura selettiva pubblica e la formazione della relativa graduatoria (sentenza Marrosu-Sardino, punti 17-19).

Il direttore della banda municipale del Comune di Aosta, signor R. Papalia, ha lavorato alle dipendenze dell'ente locale ininterrottamente dal 1983, quando è stato assunto attraverso procedura selettiva pubblica, fino al 17 luglio 2012 (ordinanza Papalia, punti 8-9).

L'educatrice di asilo nido e scuole materne, signora F. Russo, era stata assunta dal Comune di Napoli attraverso procedure concorsuali per un periodo complessivo di 45 mesi e 15 giorni tra il 2006 e il 2001 (sentenza Mascolo, punto 23) e le docenti di scuola pubblica Mascolo, Forni e Racca avevano lavorato alle dipendenze del Miur attraverso il sistema di reclutamento scolastico di cui all'art.4 della legge n.124/1999, cioè con assunzioni legittime di tipo selettivo pubblico, al punto che la Corte di giustizia nella sentenza Mascolo al punto 110 esclude l'applicabilità, rispetto alle fattispecie di causa, dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e del conseguente divieto di conversione nel pubblico impiego.

Nella fattispecie della causa Santoro, invece, è assolutamente chiaro che non vi è stata alcuna procedura selettiva pubblica, dal momento che è emerso anche in udienza che dal 1958 gli enti locali siciliani non bandiscono concorsi pubblici per l'assunzione né a tempo determinato né a tempo indeterminato.

Peraltro, la fattispecie della causa Santoro è simile, per l'assenza di procedura concorsuale di accesso alla pubblica amministrazione, a quella degli ex precari delle Autorità indipendenti (AGCM) nella causa Valenza ed altri, con la differenza sostanziale, però, che i lavoratori "privilegiati" erano stati assunti in ruolo, senza concorso, addirittura con decretazione d'urgenza non convertita in legge – art. 75, comma 2, d.l. n.112/2008 (sentenza Valenza, punto 16) – e nelle more dell'approvazione della legge di conversione del decreto, che conteneva la norma di salvaguardia degli effetti già realizzatisi delle disposizioni non convertite.

Nella sentenza Valenza, del cui Collegio a tre giudici faceva parte anche il giudice Arabadjiev, relatore della causa Santoro, fu agevole per la Corte replicare alle lamentele del Consiglio di Stato, giudice del rinvio secondo cui non poteva essere

riconosciuta ai raccomandati ex precari delle Autorità indipendenti anche l'anzianità professionale per i periodi di servizio pregressi a tempo determinato (esclusi dalla norma d'urgenza a fronte della stabilizzazione straordinaria), che l'art.97, (allora) comma 3, della Costituzione disponeva (e dispone testualmente nella nuova allocazione al comma 4): «Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge» (sentenza Valenza, punto 13).

Nel caso Santoro, né il Governo nazionale con decretazione d'urgenza né la Regione siciliana nell'ambito della propria autonomia legislativa hanno inteso tutelare i 21.000 precari pubblici siciliani degli enti locali, garantendo almeno la stabilità lavorativa anche a fronte della perdita del riconoscimento dei periodi di servizio con tipologie flessibili prima dell'immissione in ruolo, che la Corte di giustizia nella sentenza Valenza e nelle ordinanze Bertazzi I⁴⁴ e Bertazzi II⁴⁵ ha invece riconosciuto agli ex precari privilegiati delle Autorità indipendenti in applicazione diretta ed orizzontale della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato sulla non discriminazione rispetto alle condizioni di lavoro dei dipendenti di ruolo a tempo indeterminato comparabili.

La Corte europea, inoltre, prende atto che il quadro normativo-interpretativo interno rispetto all'applicabilità dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è cambiato rispetto a quanto prospettato nelle rispettive ordinanze di rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale nella causa Mascolo, in quanto la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite, nel disapplicare la sentenza Mascolo, ha imposto come diritto vivente il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego, in cui sono stati ricompresi dalla Cassazione anche le ipotesi (assolutamente prevalenti nella prassi amministrativa) dei contratti a tempo determinato stipulati dalle pubbliche amministrazioni attraverso procedure selettive pubbliche legittime, come appunto nei casi Marrosu-Sardino, Papalia e Mascolo.

D'altra parte, e dirimente, dopo l'incredibile vicenda delle sentenze Taricco I⁴⁶ e Taricco II⁴⁷ della Corte di giustizia sulla tutela interna (prima rimossa e poi ripristinata dalla giurisprudenza, invocando i controlimiti) dei grandi evasori fiscali in regime di IVA comunitaria come principio fondamentale di ordine costituzionale in relazione al principio di legalità dei reati e delle pene, è la constatazione che la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite ha riaffermato il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego di cui all'art.36, comma 5, TUIPI, nonostante l'ordinanza Papalia e la sentenza Mascolo, e l'unico modo per rimuovere dall'ordinamento interno tale divieto per le tipologie di contratti a tempo determinato che siano stati stipulati in base a legittime procedure di reclutamento è l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale *in parte qua* della norma, che la Corte costituzionale potrebbe adottare in accoglimento della questione di legittimità proposta dal Tribunale di Foggia con l'ordinanza del 26 ottobre 2016 n.32/2017, avendo peraltro verificato la Corte europea che il Giudice delle leggi non si è ancora pronunciato sul punto, attendendo la risposta del Collegio di Lussemburgo sulla pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trapani.

⁴⁴ Corte di giustizia, ordinanza 7 marzo 2013, causa C-393/11 *Bertazzi ed altri* contro Autorità per l'energia elettrica, EU:C:2013:143.

⁴⁵ Corte di giustizia, ordinanza 4 settembre 2014, causa C-152/14 *Bertazzi ed altri* contro Autorità per l'energia elettrica, EU:C:2014:2181.

⁴⁶ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco e a., EU:C:2015:555.

⁴⁷ Corte di giustizia, Grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, causa *M.A.S. e M.B.* C-42/17, EU:C:2017:936, sulla pregiudiziale sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.24/2017.

Pertanto, la Corte di giustizia prende atto dell'attuale regolamentazione interna del divieto assoluto di conversione e la fotografa al punto 5 nel precisare, diversamente da quanto fatto nella sentenza Valenza al punto 13, che l'articolo 97 della Costituzione impone alle pubbliche amministrazioni di assumere personale solo a seguito di concorso.

In conseguenza, diversamente dalla trascrizione della normativa interna di cui all'ordinanza Papalia (che non viene neanche richiamata nella sentenza Santoro), la Corte trascrive soltanto l'art.5, commi 2 e 4-bis, del d.lgs. n.368/2001 (sentenza Santoro, punti 6 e 7), espungendo ogni riferimento al d.lgs. n.368/2001 sia nell'art.36, comma 2, TUIP (con la tecnica dell'omissis) sia nell'art.36, comma 5-ter, d.lgs. n.165/2001, che non viene neanche trascritto (sentenza Santoro, punto 8) e sostituito integralmente dall'omissis.

Viceversa, la Corte, diversamente dall'ordinanza Papalia in cui aveva sostituito con l'omissis la parte sulla responsabilità dei dirigenti (ordinanza Papalia, punto 7), non solo trascrive integralmente l'art.36, comma 5, TUIP ma inserisce, per la prima volta, anche l'art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001, norma introdotta dall'art.4 del d.l. n.101/2013 per accompagnare con le stabilizzazioni del precariato pubblico anche il divieto assoluto di procedere a nuove assunzioni a tempo determinato prive del crisma dell'eccezionalità o della temporaneità, di cui all'art.36, comma 2, TUIP, con la sanzione della nullità del contratto flessibile senza risarcimento dei danni e con responsabilità erariale, professionale ed economica dei dirigenti, privati del premio di risultato e limitati nella progressione di carriera per l'abuso commesso.

Al punto 52 della sentenza Santoro la Corte aggiunge anche l'art.36, comma 6, d.lgs. n.165/2001, che prevede che le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione.

E' in base al predetto quadro normativo interno che vanno lette ed interpretate le conclusioni della Corte di giustizia nella sentenza Santoro: **«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, dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che, da un lato, non sanziona il ricorso abusivo, da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, a una successione di contratti a tempo determinato mediante il versamento, al lavoratore interessato, di un'indennità volta a compensare la mancata trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato bensì, dall'altro, prevede la concessione di un'indennità compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di detto lavoratore, accompagnata dalla possibilità, per quest'ultimo, di ottenere il risarcimento integrale del danno dimostrando, mediante presunzioni, la perdita di opportunità di trovare un impiego o il fatto che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato, purché una siffatta normativa sia accompagnata da un meccanismo sanzionatorio effettivo e dissuasivo, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.»**

Preliminarmente, la Corte concorda con le osservazioni scritte della Commissione e le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella parte in cui rilevano che la comparazione, ai fini dell'applicazione del principio dell'equivalenza, andava operata rispetto ad altre categorie di lavoratori nel pubblico impiego (riferimento implicito al

caso degli ex precari privilegiati delle Autorità indipendenti nelle cause Valenza e Bertazzi) e non nel lavoro privato (sentenza Santoro, punto 33), anche perché, diversamente dal caso trattato nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite ha comunque fissato una tutela minima sanzionatoria in caso di successione illegittima dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, cioè l'indennità forfetaria di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 (sentenza Santoro, punto 35).

Tuttavia, la Corte precisa che dalla decisione di rinvio si ricava parimenti che, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione, il lavoratore può anche chiedere il risarcimento del danno derivante dalla perdita di opportunità di impiego (sentenza Santoro, punto 36), anche se prende atto che, secondo il Tribunale di Trapani, non si potrebbe escludere che le disposizioni di diritto interno che disciplinano la valutazione del danno siano tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di detto lavoratore, dei diritti che gli sono attribuiti dall'ordinamento dell'Unione, segnatamente del suo diritto al risarcimento del danno sofferto a causa del ricorso abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (sentenza Santoro, punto 37).

Sotto questo profilo, secondo la Corte, la diversità delle misure adottate dall'ordinamento interno per sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a termine nel pubblico impiego rispetto al lavoro privato non viola il principio "comunitario" di equivalenza (sentenza Santoro, punti 38-42).

Diverso invece è il discorso per quanto riguarda il principio di effettività della tutela, perché dalla propria giurisprudenza la Corte rileva che, al fine di accertare se una norma processuale nazionale renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai soggetti dell'ordinamento dal diritto dell'Unione si deve tener conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo, secondo la Corte, si devono prendere in considerazione, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (punto 43).

All'uopo, la Corte fornisce precisazioni dirette a guidare il giudice nazionale nella sua valutazione sull'effettività (sentenza Santoro, punto 45), tenendo conto del fatto il giudice del rinvio ha evidenziato che il risarcimento di tale danno sarebbe puramente teorico, poiché non sarebbe possibile determinare in che modo il lavoratore interessato possa far valere un diritto al risarcimento del danno sofferto qualora, in particolare, l'amministrazione avesse organizzato un concorso oppure egli avesse beneficiato di proposte di lavoro a tempo indeterminato (sentenza Santoro, punto 48).

A questo punto, la Corte utilizza le incaute affermazioni del Governo italiano che, sia in sede di osservazioni scritte sia all'udienza del 13 luglio 2017, ha sostenuto che i giudici nazionali adottano criteri di particolare favore sia nell'accertamento che nella liquidazione del danno derivante dalla perdita di opportunità di lavoro, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio, ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione del danno sofferto, anche in mancanza di elementi concreti di prova prodotti dal lavoratore interessato (punto 49).

Già nella causa Papalia si era posto il problema, denunciato come *res certa* dall'avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte, dell'esistenza di presunzioni in

favore del lavoratore per la determinazione del danno e per la sua quantificazione, argomentazione puntualmente richiamata dalla Corte di giustizia al punto 27 dell'ordinanza *Papalia*: «Il governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. **Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto.** Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno.».

Immediatamente dopo, però, la Corte di giustizia al punto 33 dell'ordinanza *Papalia* ha fornito chiare indicazioni metodologiche, invertendo l'onere della prova dell'esistenza delle presunzioni e ponendola a carico delle pubbliche amministrazioni: «*Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche del caso. In tale cornice, è suo compito anche esaminare in che misura, ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27 della presente ordinanza, possano agevolare quest'onere della prova e, di conseguenza, incidere sull'analisi concernente il rispetto del principio di effettività in una controversia quale quella di cui al procedimento principale.*».

Insomma, secondo la Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia*, il giudice nazionale nei giudizi principali dovrebbe (o deve?) interrogare la difesa erariale sulla prova dell'esistenza delle presunzioni sulla prova del risarcimento del danno rappresentate nelle osservazioni scritte del Governo italiano, con una sapiente "inversione diabolica" dell'onere della "prova impossibile".

Nonostante la risposta sarcastica della Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia*, l'avvocatura erariale, sull'esistenza delle presunzioni che assolvere l'onere probatorio del risarcimento del danno per la perdita di chance, ha insistito anche nella causa Santoro e, in particolare, nelle osservazioni scritte del Governo italiano ai punti 94-97:

«94. L'onere di provare tale danno, come detto, grava sul lavoratore, ma non può dirsi – come ventilato dal giudice del rinvio – che ciò valga a rendere eccessivamente difficile l'accesso a tale tutela, posto che, ai fini dell'assolvimento dell'onere probatorio, non è richiesta la dimostrazione che, in mancanza dell'illegittima reiterazione dei contratti a termine, lo stesso sicuramente avrebbe conseguito un'assunzione a tempo indeterminato, bensì solo la dimostrazione, anche tramite presunzioni semplici, della possibilità di tale evenienza.

95. Che la prova in discorso non sia affatto una probatio diabolica è, poi, dimostrato dalle molteplici pronunce della giurisprudenza interna con le quali è stato riconosciuto il risarcimento del danno da perdita di chances, inteso come "un danno futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione «ex ante» da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale" e il cui "accertamento e la liquidazione" vengono condotti in via "equitativa"⁴⁸.

⁴⁸ Tra le varie sentenze della Corte di Cassazione, le n. 24295/2016; n. 2737/2015; n. 10111/2008.

96. Tali principi sono affermati anche con specifico riguardo alla perdita di chances lavorative da illegittima esclusione da un concorso – ma sono ovviamente riferibili a tutte le ipotesi in cui il lavoratore sia stato illegittimamente privato della possibilità di partecipare ad un concorso -, nei seguenti termini: “In questa situazione, la giurisprudenza di questa Corte si è espressa nel senso che il lavoratore può lamentare la perdita di una “chance” e può vantare il diritto al risarcimento del danno, essendo probabile ma non sicuro che lo svolgimento corretto del concorso avrebbe condotto all’assunzione (...). Tale impostazione comporta, conseguentemente, la correttezza dell’adozione del criterio equitativo per il risarcimento del danno”⁴⁹.

97. Emerge con chiarezza da quanto detto che la giurisprudenza interna adotta criteri di particolare favore sia nell’accertamento che nella liquidazione del danno da perdita di chances, richiedendo la sola dimostrazione in via presuntiva della perdita non di un vantaggio ma della mera possibilità di conseguirlo e provvedendo alla liquidazione dello stesso anche in mancanza di elementi concreti di prova da parte del richiedente, secondo criteri equitativi.».

A questo punto la Corte di giustizia compie un’operazione intellettualmente raffinata e istituzionalmente diabolica, perché costruisce le presunzioni a favore del lavoratore precario pubblico della prova del risarcimento integrale del danno da perdita di occupazione di lavoro dalla mancanza di prova positiva, a totale carico delle pubbliche amministrazioni nei giudizi principali, dell’applicazione, da parte dello stesso datore di lavoro pubblico e dei suoi dirigenti (e nei confronti degli stessi dirigenti), delle disposizioni di legge individuate dallo stesso Governo italiano e dalla sentenza n.5072/2016 come norme ostative e dissuasive per prevenire e sanzionare l’abusivo ricorso ai contratti a termine, cioè l’art.36, commi 5, 5-quater e 6, d.lgs. n.165/2001.

Infatti, la Corte parte dal presupposto che tenuto conto delle difficoltà inerenti alla dimostrazione dell’esistenza di una perdita di opportunità, occorre constatare che il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell’uso abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell’Unione è tale da soddisfare il principio di effettività (sentenza Santoro, punto 50); e che la circostanza che il provvedimento adottato dal legislatore nazionale per sanzionare l’uso abusivo di contratti a tempo determinato da parte dei datori di lavoro del settore privato costituisca la tutela più ampia che possa essere riconosciuta a un lavoratore non può, di per sé, avere come conseguenza quella di attenuare il carattere effettivo delle misure nazionali applicabili ai lavoratori rientranti nel settore pubblico (sentenza Santoro, punto 51).

A questo punto, la Corte al punto 52 rileva che la normativa nazionale prevede altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato:

- l’art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 dispone che le amministrazioni sono tenute a recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all’impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave;
- l’art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001 prevede che la violazione dell’assunzione nulla del lavoratore, perché priva del concorso pubblico e delle

⁴⁹ Cass. n. 7745/2002.

stesse condizioni eccezionali o temporanee che la possano giustificare, dovrebbe essere, presa in considerazione ai fini della valutazione dell'operato di detti dirigenti i quali, a causa della citata violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato;

- inoltre, l'art.36, comma 6, TUIP prevede che le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione.

A ciò va aggiunta anche la presunzione che la pubblica amministrazione abbia bandito il concorso pubblico per la copertura del posto vacante e disponibile temporaneamente ricoperto dal lavoratore precario, a cui viene così offerta l'opportunità di lavoro stabile attraverso la possibilità di partecipare ad una procedura selettiva pubblica, che mancava al momento dell'accesso nella pubblica amministrazione, in guisa tale da provare la sussistenza (o la insussistenza) della presunzione che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato (sentenza Santoro, punto 54).

Perché sia chiara l'inversione dell'onere della prova a carico della pubblica amministrazione sull'esistenza delle condizioni che limitano o annullano il diritto del lavoratore precario "abusato", oltre all'indennità forfetaria comunque spettante, all'integrale risarcimento del danno per la perdita di opportunità di lavoro, la Corte onera il giudice nazionale di verificare se tali elementi, vertenti sulle sanzioni che possono essere pronunciate nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei loro dirigenti in caso di ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, rivestano un carattere effettivo e dissuasivo tale da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (sentenza Santoro, punto 53).

E' evidente che la sentenza Santoro della Corte di giustizia comporta uno stravolgimento delle regole che governano la flessibilità in entrata nel pubblico impiego, non perché tali regole vengano modificate dal *dictum* della Corte di Lussemburgo, ma perché esse acquistano un'effettiva sanzionatoria che, fino ad ora, non hanno mai avuto, trattandosi di disposizioni che rientrano nella nota categoria delle norme di tipo "canzonatorio" o, se si preferisce, che sono state emanate per non essere mai applicate o applicabili.

In conseguenza, in giudizio il datore di lavoro pubblico deve provare di aver posto in essere tutte le seguenti attività e di aver realizzato tutte le seguenti condizioni: a) trasmissione alla Corte dei conti degli atti per l'avvio del procedimento di responsabilità erariale nei confronti del Dirigente che ha assunto senza concorso il lavoratore a tempo determinato e/o senza che sussistessero le ragioni oggettive eccezionali o temporanee per assumerlo; b) non concessione del premio di risultato il Dirigente "abusante"; c) valutazione negativa ai fini della progressione di carriera nei confronti del Dirigente "abusante", in conseguenza dell'abuso operato; d) non aver proceduto, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi all'abusivo ricorso ai contratti flessibili; e) aver bandito regolari concorsi pubblici per l'assunzione a tempo indeterminato, dando possibilità di accesso (privilegiato o riservato, andrebbe aggiunto) al lavoratore precario abusato.

Se tale prova positiva non verrà fornita (peraltro si tratta di attività gestoria della pubblica amministrazione, che dovrebbe essere posta in essere su iniziativa degli stessi Dirigenti "abusanti"), la conseguenza non potrà che essere l'integrale risarcimento del danno subito dal lavoratore per l'abuso, che ha comportato la perdita definitiva di occasione di lavoro stabile, che farebbe inevitabilmente scattare non solo risarcimenti dei danni complessivamente miliardari per l'ancora elevatissima platea

degli aventi diritto, ma anche l'obbligo di attivare le azioni di responsabilità erariale che riguarderebbero sia i Dirigenti responsabili che gli amministratori pubblici, che hanno omesso di vigilare.

Pare di estrema chiarezza che la sentenza Santoro della Corte di giustizia costringerà tutte le pubbliche amministrazioni presso cui sono maturate, anche in passato, situazioni di abusivo ricorso ai contratti flessibili (e non solo contratti a tempo determinato, anche in considerazione dell'equivalenza dei servizi con altre tipologie flessibili, prevista dall'art.20, comma 2, d.lgs. n.75/2017 ai fini del diritto a partecipare ai processi di stabilizzazione), ad attivare immediatamente e a concludere tempestivamente e positivamente le procedure di immissione in ruolo di tutto il personale precario che abbia svolto almeno tre anni di servizio alle dipendenze della pubblica amministrazione.

In conclusione, il dialogo tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Cassazione (nel combinato disposto tra le sentenze delle Sezioni unite nn.5072/2016, 14432/2017 e 6077/2013) riuscirà a realizzare quella forte tutela eurounitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari, che l'assenza (temporanea, si spera, dopo il ripristino della legalità democratica, con la possibilità appena esercitata dai cittadini italiani di scegliere i propri rappresentanti in Parlamento) dello Stato di diritto e l'assenza (anch'essa temporanea, visto il recente risveglio della bella addormentata nel bosco comunitario, la Commissione Ue, e la ripresa del ruolo di custode dei Trattati sulla sollecitazione del Parlamento europeo) dell'Europa dei diritti sembravano aver reso impossibile.