

Le sentenze “spagnole” della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa

di

Vincenzo De Michele

SOMMARIO: 1. Le tre sentenze della Corte di giustizia Ue del 14 settembre 2016 de Diego Porras, Martínez Andrés e Castrejana López, Pérez López. – 2. La disciplina spagnola dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego. - 3. L’ordinanza León Medialdea della CGUE sulla relación laboral por tiempo indefinido no fijo e sull’applicazione della clausola 5 dell’accordo quadro. - 4. L’ordinanza Rivas Montes e la sentenza Regojo Dans della Corte di giustizia sull’applicazione del principio di non discriminazione e della clausola 4 dell’accordo quadro. - 5. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di giustizia sull’equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e impiego privato in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato da parte delle pp.aa. - 6. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* e il principio di effettività della tutela a garanzia del giusto processo. - 7. La sentenza *de Diego Porras* della Corte di giustizia e l’equiparazione delle condizioni di impiego al momento del recesso tra lavoratori pubblici a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato “comparabili”, ai sensi della clausola 4 dell’accordo quadro. – 8. La sentenza *Pérez López* della Corte di giustizia sulla riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi illegittimi nel pubblico impiego sanitario, in applicazione della clausola 4 dell’accordo quadro. – 9. Conclusioni: il dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia ha rafforzato verso la stabilizzazione la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari. La centralità “nomofilattica” del Giudice delle leggi nell’ordinanza di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Foggia sul precariato sanitario.

1. Le tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 de Diego Porras, Martínez Andrés e Castrejana López, Pérez López

Dopo la sentenza n.260/2015¹ sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-musicali e dopo la sentenza n.187/2016² (e le contestuali ordinanze nn.194-195/2016) sul reclutamento scolastico e sui

¹ Corte Cost., Pres. Cartabia, Est. Sciarra, sentenza 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. De Michele, *Il giudice delle leggi nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Cassazione: la sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale sulla irretroattività e illegittimità anche costituzionale della legge che viola senza ragioni oggettive i diritti fondamentali garantiti anche dall’Unione europea (con uno sguardo anche alla n. 272/2015)*, su www.europeanrights.eu, 2016; Id., *Le ragioni oggettive “retroattive” del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav.giur.*, 2016, n.2, p.151; L. Menghini, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in corso di pubblicazione su *Riv. giur. lav.*, 2016; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, p.1; C. de Martino, *La Corte costituzionale sull’acausalità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *Var. temi dir.lav.*, 2016, 3, pp.599-618.

² Corte cost., Pres. Grossi, Est. Coraggio, sentenza n.187/2016 e ordinanze nn.194 e 195/2016. Sulla sentenza

docenti precari dei Conservatori di musica della Corte costituzionale, tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 sul precariato pubblico spagnolo nelle cause *de Diego Porras*³, *Martínez Andrés e Castrejana López*⁴, *Pérez López*⁵ sembrano, finalmente, chiudere il faticoso percorso dell'interpretazione della direttiva 1999/70/CE da parte della Corte europea, che pareva aver trovato nella sentenza *Mascolo*⁶ del Collegio di Lussemburgo un punto di approdo definitivo, grazie al suo recepimento come «*ius superveniens*» nell'ordinamento italiano attraverso le citate pronunce del Giudice delle leggi.

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

³ Corte giust. UE, X Sez., sentenza 14 settembre 2016, causa C-596/14 *de Diego Porras* contro *Ministero de Defensa*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale superiore di giustizia di Madrid (Cassazione del lavoro spagnola). La causa pregiudiziale è durata poco meno di due anni, nonostante non vi sia stata trattazione orale né l'Avvocato generale Bobek ha depositato conclusioni scritte.

⁴ Corte giust. UE, X Sez., sentenza 14 settembre 2016, cause riunite C-184/15 e C-195/15 *Martínez Andrés* contro *Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale superiore di giustizia dei Paesi baschi. La causa pregiudiziale è durata 15 mesi, nonostante non vi sia stata trattazione orale né l'Avvocato generale Sharpston ha depositato conclusioni scritte.

⁵ Corte giust. UE, III Sez., sentenza 14 settembre 2016, causa C-16/15 *María Elena Pérez López* contro *Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale amministrativo n. 4 di Madrid. La causa pregiudiziale è durata 18 mesi, nonostante non vi sia stata trattazione orale né l'Avvocato generale Bobek ha depositato conclusioni scritte. Il giudice del rinvio aveva addirittura presentato istanza di giudizio accelerato ai sensi dell'art.105, comma 1, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, motivato dall'elevato numero di lavoratori ricorrenti ai quali avrebbe dovuto essere estesa la decisione della Corte europea e l'eventuale riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine precari. Il Presidente della Corte di giustizia ha respinto l'istanza con ordinanza del 23 aprile 2015.

⁶ Corte giust.UE, III Sezione, sentenza 26 novembre 2014, in 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; su cui cfr. M. Aimò, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, 2015, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*; L. Calafà, *Il dialogo multilevel tra le Corti e la "dialettica prevalente": le supplenze scolastiche al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, II, 2015, 336 ss.; P. Coppola, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in europeanrights.eu; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav.pp.aa.*, 2014, 499 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; *id.*, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno, ibidem*, 11 novembre 2015; F. Ghera, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *Giur.cost.*, 2015, 158 ss.; S. Galleano, *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in europeanrights.eu, 8 gennaio 2015; R. Irmici, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *Nov.dir.amm.*, 2015, 2, 177 ss.; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot.giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; R. Nunin, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, su questa *Rivista*, 2015, 146 ss.; A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, II, 93 ss.; V. Pinto, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav.pubb.amm.*, 2015, 915 ss.; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg.dir.lav.*, 2015, 189 ss.; N. Zampieri, *Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della CGUE*, in *Ris.um.*, 2015, 2, 213 ss.

Dopo molti mesi di “gestazione” processuale (riteniamo in attesa della Corte costituzionale italiana), infatti, la Corte di giustizia fornisce risposte “definitive” ed esaustive sull’interpretazione della direttiva 1999/70/CE, facendo sintesi con le tre citate contestuali recentissime decisioni rispetto a tutta la pertinente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sull’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, fatta eccezione unicamente per la **sentenza Mangold⁷**, ignorata dal Collegio sovranazionale nella composizione a tre Giudici (Presidente ed Estensore il francese Biltgen), accreditando così definitivamente la tesi che **la decisione del 22 novembre 2005 della Grande Sezione della CGUE sia stata «un errore, superato dalla successiva giurisprudenza della Corte di Lussemburgo»⁸**.

In realtà, la Corte di di giustizia aveva già risposto ai giudici spagnoli con l’ordinanza **León Medialdea⁹** (v. *infra*) sulla natura del «**contratto a tempo indeterminato non permanente**», in cui aveva espresso sulla incompatibilità comunitaria nei confronti dello Stato iberico dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego “simulati” da rapporti a tempo indeterminato “temporanei” la stessa censura ricevuta dallo Stato italiano nella sentenza *Mascolo* di inadempimento alla direttiva 1999/70/Ce per i supplenti della scuola pubblica.

Quindi, non vi era alcuna necessità per la Corte di giustizia di rispondere alle istanze pregiudiziali dei giudici spagnoli, tra cui vi è anche il Tribunale superiore di giustizia di Madrid addetto alle controversie sociali (Cassazione del lavoro spagnola), nella forma della sentenza, essendo sufficiente lo strumento processuale dell’ordinanza ai sensi dell’art.99 del Regolamento di procedura della Corte, in relazione alla copiosissima giurisprudenza comunitaria formatasi sulla direttiva 1999/70/CE e su quasi tutte le clausole dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Tuttavia, la sentenza “Mascolo” n.187/2016 della Corte costituzionale italiana, che ha superato con il riconoscimento del diritto alla stabilità lavorativa in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego le criticità interpretative causate dalla precedente decisione n.89/2003 del Giudice delle leggi e che avevano portato al fallito tentativo di mediazione della Corte di giustizia con la sentenza Marrosu-Sardino sul risarcimento del danno “per equivalente”, rappresentava un’occasione straordinaria per bloccare la continua produzione di istanze pregiudiziali Ue sulla direttiva 1999/70/CE, determinata anche da alcune evidenti incertezze della

⁷ Corte giust., Grande Sez., sentenza 22 novembre 2005, in causa C-144/04 Mangold, su *Lav. giur.*, 2006, 5, 459, con nota di P.Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V.Piccone e S.Sciarra, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 251, con nota di O.Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *Riv. giur. lav.*, 2007, 205, con nota di L.Calafà, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 387, con nota di A.Guariso; in *Dir. lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A.Vallebona. Sulla sentenza Mangold cfr. anche G.Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2006, p.230-234; L.Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur.it.*, 2006, p.1816-1822; L.Imberti, *Il criterio dell’età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, p.301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, su Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico, Bologna, 2011, p.111-124; A. D’Aloia, *Il principio di non discriminazione e l’integrazione europea “attraverso” la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, ivi, p.125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, op. cit., p.48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

⁸ Così la prof.ssa S. Sciarra nella *lectio magistralis* all’incontro di studio tenutosi in data 8 aprile 2016 presso l’Aula Magna della Corte di Cassazione, sul tema “*Diritti fondamentali e Corti Supreme Europee*”, organizzato dalla Formazione decentrata della Corte di cassazione in collaborazione con la Scuola Superiore della Magistratura.

⁹ CGUE, sez. VIII, ordinanza 11 dicembre 2014, causa C-86/14 *Marta León Medialdea c. Ayuntamiento de Huétor Vega*.

Corte europea dopo gli errori della Mangold, come nel caso delle due ordinanze *Vino*¹⁰ per l'Italia e dall'ordinanza *Rivas Montes*¹¹.

La Corte di giustizia non si è lasciata sfuggire quest'occasione, pronunciandosi con tre sentenze tradotte (a differenza dell'ordinanza) in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea, in guisa tale che le risposte possano essere "comprese" (speriamo) anche dai giudici italiani, nonostante si tratti di fattispecie processuali disciplinate dall'originale normativa spagnola sul contratto a tempo determinato nel pubblico impiego.

2. La disciplina spagnola dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego

Prima del recepimento della direttiva 1999/70/CE il legislatore spagnolo non prevedeva la successione di contratti a termine quale potenziale strumento in frode alla legge, essendo lecito qualsiasi contratto a termine con una giustificazione causale, legittimando anche la giurisprudenza la cd. "catena contrattuale" infinita¹². E' la stessa situazione di possibile "frode oggettiva" che, vedremo, sarà esaminata dalla Corte di Giustizia in riferimento alla legislazione tedesca nella sentenza Küçük.

Il legislatore spagnolo ha recepito tempestivamente la Direttiva 1999/70/CE con la *Ley* del 9 luglio 2001, n.12, modificando l'art.15 ET (*Ley del Estatuto de los Trabajadores*, approvato dal Regio decreto legislativo 1/1995) senza stravolgerne l'assetto originario, fondato sul principio di causalità temporanea e tipizzata (con ipotesi non integrabili neanche dalla contrattazione collettiva) sin dal primo contratto a tempo determinato, senza però nessuna specifica previsione di sanzioni in caso di pluralità di "contratti successivi", anche senza soluzione di continuità¹³.

Conformemente all'art.15, par.1, ET il contratto di lavoro può essere a tempo indeterminato o a tempo determinato. Un contratto a tempo determinato può essere concluso nelle seguenti ipotesi:

- a) quando il lavoratore è impegnato in vista dello svolgimento di una mansione determinata, autonoma e svincolata dall'insieme di attività d'impresa, la cui esecuzione, limitata nel tempo, ha in linea di principio, una durata incerta;
- b) quando le condizioni del mercato, un accumulo di lavoro o un eccesso di ordini lo esigono, anche nel quadro dell'attività normale dell'impresa;
- c) in caso di sostituzione di lavoratori che hanno il diritto a che il loro posto di lavoro venga conservato, a condizione che il contratto di lavoro specifichi il nome del lavoratore sostituito e il motivo della sostituzione.

Ai sensi dell'art.15, par.3, dello Statuto dei lavoratori, «*i contratti a tempo determinato conclusi in violazione della legge sono da ritenersi stipulati a tempo indeterminato*».

Questa disciplina, però, si applica soltanto ai contratti di lavoro subordinato stipulati dalle pubbliche amministrazioni in regime di diritto privato, di competenza del Giudice specializzato del lavoro, mentre per quelli in regime di diritto pubblico, di competenza della

¹⁰ Corte giust. UE, VI Sez., ordinanza 11 novembre 2010, in causa C-20/10 *Vino c/ Poste italiane*; nonché ordinanza 22 giugno 2011, in causa C-161/11 *Vino c/ Poste italiane*.

¹¹ Corte giust. UE, VIII Sez., ordinanza 7 marzo 2013, in causa C-178/12 *Rivas Montes* contro *Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (IMDECO)*.

¹² Cfr. (in www.westlaw.com) SSTS 10 novembre 1994 (RJ 1994/8604), 4 luglio 1994 (RJ 1994/6332); STS 29 dicembre 1995 (RJ 9847/1995).

¹³ Per un'esauritiva ricostruzione della normativa spagnola in materia di contratto a tempo determinato nella comparazione con l'ordinamento italiano, si rimanda a A. Olivieri, *Il contratto a tempo determinato in Italia e Spagna: razionalità e irrazionalità del sistema*, in *Arg.dir.lav.*, 2013, 2, pp.285-316.

Sezione specializzata in diritto amministrativo, manca nella legislazione spagnola un'espressa previsione che vieti, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, così come l'ordinamento spagnolo non prevede alcun risarcimento danni in caso di illegittimo ricorso ai contratti strutturali da parte dei datori di lavoro pubblici¹⁴.

Il vuoto legislativo in merito ai riflessi sanzionatori in caso di abuso da parte della pubblica amministrazione dei contratti a termine successivi in regime di diritto pubblico è stato colmato, molto parzialmente, dalla giurisprudenza della Cassazione spagnola.

Il Tribunal Supremo – sezione lavoro¹⁵ ha distinto, infatti, due categorie di lavoratori pubblici “stabili”: quelli con posto fisso (*indefinito fijo de plantilla o di ruolo a tempo indeterminato*) assunti a seguito di un concorso pubblico e quelli a “tempo indefinito” (*indefinido no fijo de plantilla o di ruolo a tempo determinato*) il cui posto di lavoro “stabilmente precario” deriva non dal superamento di una selezione pubblica, ma da una sanzione nei confronti della pubblica amministrazione quale conseguenza dell'illegittimità del vincolo contrattuale¹⁶. In questo caso, il lavoratore continuerà a svolgere l'attività lavorativa originaria finché non sarà terminato il procedimento per la copertura di quel posto in organico che, come anticipato, in sede concorsuale nella prevalenza dei casi gli verrà assegnato.

Successivamente, a seguito della pendenza della causa pregiudiziale *Del Cerro* e prima della decisione della Corte di giustizia¹⁷ è stata introdotta dallo Stato centrale, in forza della competenza esclusiva attribuitagli dall'art. 149, n. 1, punto 18, della Costituzione, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con la legge 12 aprile 2007, n.7/2007, recante le norme di base applicabili ai dipendenti pubblici¹⁸ (in prosieguo: la «LEBEP»). La disciplina “speciale” del lavoro pubblico viene per la prima volta citata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*¹⁹ (punti 16-22).

La LEBEP si applica, conformemente al suo art. 2, n. 1, al personale di ruolo e, ove occorre, agli agenti a contratto che lavorano, in particolare, nelle amministrazioni delle comunità autonome.

Secondo l'art. 8 della LEBEP sono dipendenti pubblici i lavoratori che svolgono funzioni retribuite presso le amministrazioni pubbliche al servizio degli interessi generali. I dipendenti pubblici sono inquadrati nelle seguenti categorie: a) dipendenti di ruolo (di diritto pubblico); b) dipendenti temporanei (di diritto pubblico); c) agenti reclutati con contratto permanente, a tempo indeterminato o determinato (di diritto privato); d) personale reclutato occasionalmente (di diritto pubblico)».

¹⁴ Per un'esauritiva ricostruzione della giurisprudenza nell'ordinamento spagnolo in materia di contratto a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, si rimanda a A. Olivieri, *La successione di contratti a tempo determinato nella p.a.: la via spagnola e quella italiana*, in *Lav.pubb.amm.*, 2012, 5, pp.769-792.

¹⁵ La prima sentenza sul punto è del 7 ottobre 1996 (AR 7492).

¹⁶ Sempre STS 7 ottobre 1996, cit.

¹⁷ V. Corte giust. CE, II sez., sentenza 13 settembre 2007, in causa C-307/15 *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*.

¹⁸ Ley 7/2007 del Estatuto básico del empleado público; BOE n. 89 del 13 aprile 2007, pag. 16270.

¹⁹ V. Corte giust. UE, II sez., sentenza 22 dicembre 2010, in cause riunite C-444/09 e C456/09 *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Montes*.

Per quanto riguarda specificamente i rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni locali, l'art.89 della Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen local (Legge 7/1985 recante disciplina generale di governo delle collettività locali) del 2 aprile 1985 definisce le diverse figure di personale che compongono gli enti locali: *«Il personale in servizio presso gli enti locali è composto da dipendenti pubblici di ruolo, da personale assunto con contratto di diritto privato e da personale reclutato occasionalmente, il quale occupa posti di fiducia o di consulenza specialistica»*.

Per quanto riguarda, invece, il personale in regime di diritto pubblico del servizio sanitario, l'art.9 della Ley estatal 55/2003 dell'Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (legge 55/2003 recante lo statuto quadro del personale di ruolo dei servizi sanitari) del 16 dicembre 2003, dispone testualmente:

«1. Per motivi di necessità, di urgenza o per lo sviluppo di programmi di carattere temporaneo, congiunturale o straordinario, i servizi sanitari possono nominare personale con rapporto di lavoro di diritto pubblico a tempo determinato. Le nomine del personale con rapporto di lavoro di diritto pubblico a tempo determinato riguardano il personale ad interim, il personale occasionale o il personale in sostituzione.

2. La nomina come pubblico dipendente ad interim è effettuata per occupare un posto di ruolo vacante nei centri o servizi sanitari, quando sia necessario svolgere le funzioni corrispondenti. La cessazione dalle funzioni del personale ad interim avviene quando, con procedimento stabilito per legge o regolamento, sia inserito personale di ruolo a tempo indeterminato sul posto da questi occupato, nonché quando detto posto risulti soppresso.

3. La nomina di personale occasionale avviene nei seguenti casi:

a) per la prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria;

b) quando sia necessaria per garantire il funzionamento permanente e continuato dei centri sanitari;

c) per la prestazione di servizi complementari a compensazione di una riduzione del normale orario lavorativo. La cessazione dalle funzioni del personale con rapporto di lavoro di diritto pubblico di carattere occasionale sopravviene al verificarsi della causa o alla scadenza del termine come espressamente stabilito nella nomina, nonché quando siano sopresse le funzioni che a suo tempo l'hanno motivata.

4. La nomina di dipendente in sostituzione si effettua quando è necessario sopperire alle funzioni del personale permanente o temporaneo durante periodi di vacanza, di permesso e altre assenze di carattere temporaneo che implicano la conservazione del posto. La cessazione dalle funzioni del personale pubblico dipendente temporaneo in sostituzione avviene quando è reintegrata la persona sostituita, nonché quando quest'ultima perde il diritto al reintegro nel medesimo posto o nella medesima funzione».

Con la 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori²⁰, nel 2010 il legislatore spagnolo riproduce sul piano normativo la regolamentazione "privatistica" di origine giurisprudenziale del contratto a tempo indeterminato non permanente inventato dal Tribunale Supremo, assoggettato, come si è visto, ad un regime di sostanziale libera recedibilità, per cui il lavoratore pubblico abusato mantiene il posto fino alla sua copertura con procedura selettiva, con conseguente automatica estinzione definitiva del rapporto di lavoro.

Con la *reforma laboral* del 2010 (Decreto legge n.10/2010), in tema di successione di contratti a termine l'art.15, comma 5, ET è stato modificato, prevedendo, che, in caso di svolgimento di

²⁰ La 15^a disposizione aggiuntiva allo Statuto dei lavoratori è stata introdotta dall'art. 1, c. 6, Ley 17 settembre 2010, n. 35, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro, ed è riprodotta al punto 13 della sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*.

qualsiasi mansione il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato se ha superato ventiquattro mesi in un periodo di riferimento pari a trenta mesi (dalla stipulazione del primo contratto). Inoltre, in riferimento al contratto di “opera o servizio”, il legislatore ha previsto una durata massima di tre anni, prorogabile per dodici mesi dalla contrattazione collettiva, trascorso il quale il lavoratore ottiene il diritto alla riqualificazione del rapporto a tempo indeterminato.

La normativa sui contratti successivi non si estende ai contratti di «*interinidad*» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto, concluso per sostituire un lavoratore dell’impresa che ha diritto a conservare il suo posto di lavoro in forza di una disposizione normativa, di un contratto collettivo o di un accordo individuale, con indicazione del lavoratore sostituito e della ragione della sostituzione, ai sensi dell’art.4, par.2, Regio Decreto 2720/1998), la cui durata corrisponde all’assenza del lavoratore sostituito che ha diritto a conservare il suo posto di lavoro sia nell’impiego privato che nel lavoro pubblico: la successione di contratti di *interinidad* non configura alcun abuso (sentenza *de Diego Porras*, punti 11-12).

L’art. 49, par. 1, lett. c), dello Statuto dei lavoratori prevede che, quando cessa un contratto di lavoro, **ad eccezione dei casi di contratti di «interinidad» e di contratti di formazione**, il lavoratore ha il diritto di percepire un’indennità di importo pari alla quota proporzionale dell’importo corrispondente a dodici giorni di retribuzione per ogni anno di servizio. Ai sensi dell’art.53, par.1, lett. b), ET la cessazione di un contratto di lavoro per cause oggettive comporta «*il versamento al lavoratore, contemporaneamente alla notifica scritta, di un’indennità pari a venti giorni di retribuzione per anno di servizio, indennità che sarà calcolata pro rata temporis in ragione del numero di mesi per i periodi inferiori a un anno, e per un massimo di dodici mensilità*» (sentenza *de Diego Porras*, punti 13-14).

In conclusione, in Spagna, dunque, non vi è un’espressa previsione che vieti, in caso di violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni per i contratti a tempo determinato **in regime di diritto pubblico** (cioè «temporanei non di ruolo» e «occasional»), né è previsto alcun risarcimento danni in caso di illegittimo ricorso ai contratti strutturali nella pubblica amministrazione.

Come nell’ordinamento italiano nel caso di mancata attuazione delle direttive europee e dell’azione di risarcimento dei danni da esperire direttamente nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell’Unione europea, **l’unica possibilità di tutela effettiva al precario pubblico spagnolo in regime «di diritto pubblico» ai fini dell’equiparazione delle condizioni di lavoro con il lavoratore a tempo determinato in regime di diritto privato sembrerebbe garantita dal sistema di giustizia costituzionale nazionale, che si caratterizza per la presenza del ricorso di amparo costituzionale**, un ricorso individuale diretto, che permette al cittadino – in determinate circostanze e situazioni e allo scopo di tutelare i diritti fondamentali indicati in Costituzione, tra cui anche il rispetto dei Trattati internazionali come parte integrante dell’ordinamento interno, ai sensi dell’art.96 Cost. – di adire direttamente il Giudice costituzionale.

Tale ricorso è dato contro gli atti dei pubblici poteri: anche le pronunce dell’autorità giudiziaria sono impugnabili in *amparo* innanzi al Tribunale Costituzionale²¹. L’eco lontana di questo rimedio eccezionale la troveremo nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*.

²¹ Sul ricorso *amparo* alla Corte costituzionale spagnola v. C. Nasi, *Il ricorso di amparo elettorale in Spagna: il Tribunale costituzionale fra garanzia dei diritti e garanzia dell’esercizio non arbitrario della funzione giurisdizionale*, 20 febbraio 2013, su www.federalismi.it.

Tuttavia, nonostante questa grave carenza di tutela giudiziaria contro gli abusi delle pubbliche amministrazioni nell'utilizzo dei contratti successivi, molto simile a quella italiana (in cui manca anche la possibilità di ricorso diretto alla Corte costituzionale secondo il sistema *amparo*) le pur numerose questioni pregiudiziali sollevate dai Giudici nazionali spagnoli non hanno riguardato la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, ma soltanto l'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4 della normativa europea, almeno fino all'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana n.207/2013 sul precariato scolastico «**a tempo indeterminato non permanente fino all'immissione in ruolo**» (secondo quanto sostanzialmente dedotto dalla Cassazione nella sentenza n.10127/2012²²), cui ha fatto quasi immediatamente seguito l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale del lavoro di Cordoba nella causa C-86/14 *León Medialdea* sulla "riqualificazione" in contratto a tempo determinato del contratto «**a tempo indeterminato non permanente fino alla copertura stabile con selezione pubblica**».

Infatti, la descritta prassi giudiziaria (tradotta nel 2010 in disciplina legislativa) di convertire nel pubblico impiego il contratto a termine invalido per mancanza di causale temporanea in un contratto "*indefinido no fijo de plantilla*", cioè in un rapporto a tempo indefinito fino all'espletamento della procedura selettiva per l'assunzione di ruolo a tempo indeterminato (che, in moltissimi casi come nella fattispecie della Sig.ra Del Cerro nella causa C-307/05, ha visto attribuire il posto vacante allo stesso precario pubblico "da stabilizzare"), ha tutelato, evidentemente, in modo indiretto ma efficace il lavoratore pubblico spagnolo dagli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni nazionali o regionali.

3. L'ordinanza León Medialdea della CGUE sulla relación laboral por tiempo indefinido no fijo e sull'applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro

Alla fine, come nel caso italiano, la mancata stabilizzazione "effettiva" di moltissimi precari pubblici ha provocato la reazione della giurisprudenza di merito spagnola sia contro la Cassazione del lavoro sulla "reale" qualificazione del contratto a tempo indeterminato non permanente sia nei confronti della Corte di giustizia per la declaratoria di incompetenza nell'ordinanza *Rivas Montes*.

Nell'ordinanza *León Medialdea*, sul rinvio pregiudiziale del Giudice del lavoro di Granada, la Corte di Lussemburgo evidenzia il tentativo fraudolento del legislatore iberico di trasformare i contratti a tempo determinato successivi abusivi nel pubblico impiego in contratti di lavoro a tempo indeterminato non permanente (*relación laboral por tiempo indefinido no fijo*).

In relazione a tale fattispecie di causa, per una dipendente comunale in servizio quasi ininterrottamente per 11 anni con due contratti a tempo determinato successivi riqualificati, come unica sanzione, in un «**contratto a tempo indeterminato non permanente**» fino alla soppressione per motivi economici del posto di lavoro e la estinzione del rapporto contrattuale, la Corte europea

²² Cfr. Cassazione, S.L., sentenza 20 giugno 2012, n.10127, su *Lav.giur.*, n.8-9, 2012, p.777 ss., con nota critica di V. De Michele, *Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, e con giudizio negativo di L. Menghini, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav.giur.*, 2011, 12, p. 1239; nonché di F. Buffa, *Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza*, Relazione n.190 del 24 ottobre 2012 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione. Le argomentazioni della sentenza della Suprema Corte sono state invece condivise da L. Fiorillo, *I conferimenti degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la normativa europea sul contratto a termine*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, 883 ss., nonché da A. Vallebona, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, *Mass.giur.lav.*, 2012, 305 ss. Sulla problematica del reclutamento scolastico e dei contratti successivi del personale docente supplente, v. A. Allamprese, *I precari della scuola tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, su *Lav.pubbl.amm.*, 2011, 2, pp. 254-271.

ha dichiarato il contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della normativa interna in regime di *relación laboral por tiempo indefinido no fijo*.

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

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

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

Secondo la Corte, quindi, spetta al giudice del rinvio interpretare le pertinenti disposizioni di diritto nazionale – legislazione e accordi e/o prassi collettivi -, quando l'abuso di contratti di lavoro a tempo determinato successivi ha avuto luogo, in modo tale da applicare una misura efficace a sanzionare e punire debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (ordinanza *León Medialdea*, punti 56 e 57).

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

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

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

4. L'ordinanza Rivas Montes e la sentenza Regojo Dans della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di non discriminazione e della clausola 4 dell'accordo quadro

Prima dell'ordinanza *León Medialdea*, con l'ordinanza *Rivas Montes*²³ la Corte di giustizia aveva dichiarato di non essere competente a pronunciarsi sulla conformità di disposizione spagnola della contrattazione pubblica alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

In tale ordinanza, la Corte era stata chiamata ad occuparsi della disposizione spagnola che prevedeva, con riferimento ai dipendenti di ruolo, la considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, di tutti i periodi anteriori di servizio, a prescindere dall'amministrazione nella quale essi erano stati svolti. L'art.36 del contratto collettivo del personale IDMECO prevedeva, per contro, con riferimento agli agenti assunti con contratto a tempo determinato, la valutazione dei soli periodi di servizio svolti nella stessa amministrazione, con esclusione di quelli che, per il lungo lasso temporale tra un contratto a tempo determinato e quello "successivo", dovessero essere considerati al di fuori della nozione "unitaria" del rapporto di lavoro. Per questo motivo, alla Sig.ra Rivas Montes non erano stati riconosciuti n.292 giorni di anzianità di servizio presso la IDMECO per i periodi dall'8 maggio 1998 al 13 settembre 1998 e tra il 14 aprile e 23 settembre 1999.

La declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia nell'ordinanza Rivas Montes è identica nelle giustificazioni a quella resa nelle due ordinanze *Vino* (espressamente richiamate) dalla Corte europea sull'applicazione del principio di uguaglianza e non discriminazione invocato dal Tribunale di Trani rispetto ai contratti a tempo determinato stipulati da Poste italiane s.p.a. ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, D.Lgs. n.368/2001 nella comparazione con la misura di tutela antiabusiva prevista invece per gli altri contratti a tempo determinato stipulati (anche da Poste italiane) ai sensi dell'art.1, comma 1, dello stesso D.Lgs. n.368/2001.

Secondo la Corte di giustizia sia nelle due ordinanze *Vino* sia nell'ordinanza Rivas Montes non sarebbe possibile applicare il principio di uguaglianza e non discriminazione comunitario, pure protetto dagli artt.20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, al di fuori della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato in mancanza del *tertium comparationis*, cioè di lavoratori a tempo indeterminato comparabili, perché «*il principio ipotizzato dal giudice del rinvio è contrassegnato da un grado di specificità che necessita di un'elaborazione*

²³ Il Tribunale del lavoro di Cordoba aveva sollevato le seguenti pregiudiziali nella causa *Rivas Montes* C-178/12: «*Se sia conforme al principio comunitario di uguaglianza (nei termini in cui è stato definito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea) che una data amministrazione pubblica (nel caso presente, l'IMDECO), ai fini del calcolo dell'indennità di anzianità dei suoi dipendenti, si basi esclusivamente sulla natura del rapporto giuridico che la lega a questi ultimi, a seconda che si tratti di un rapporto di pubblico impiego oppure contrattuale, e che, di conseguenza, nel primo caso (dipendenti a tempo indeterminato), in applicazione della legge statale per i dipendenti pubblici attualmente in vigore, computi indistintamente tutti i servizi effettivi e in precedenza prestati in un qualsiasi settore della pubblica amministrazione in generale (ossia, tanto per la detta amministrazione pubblica in particolare - l'IMDECO -, quanto per qualsiasi altro organismo dell'amministrazione pubblica) mentre, nel secondo caso (dipendenti con contratto a tempo determinato) in applicazione della legge statale sul diritto del lavoro attualmente in vigore nonché della giurisprudenza che l'ha interpretata, computi solo i servizi effettivi e pregressi prestati presso la detta amministrazione pubblica particolare (IMDECO), e ciò, tuttavia, purché nella catena contrattuale che ha disciplinato la prestazione di tali servizi effettivi non esista un'interruzione temporale che permette di considerare interrotta l'unità essenziale del rapporto giuridico di lavoro giacché, in tale caso, non si terrebbe conto dei giorni di lavoro effettuati e immediatamente precedenti a tale interruzione. In caso di risposta negativa alla prima questione (ossia, qualora la Corte di giustizia considerasse tale comportamento da parte di un'amministrazione pubblica - nel caso presente, l'IMDECO - contrario al principio comunitario di uguaglianza) se il ripristino del principio di uguaglianza comporterebbe, nel caso presente, l'applicazione della stessa legge statale per i dipendenti pubblici ai dipendenti con contratto a tempo determinato.».*

legislativa la quale, a livello dell'Unione, viene realizzata mediante un atto di diritto derivato dell'Unione» (v. 2^a ordinanza *Vino* in causa C-161/11), che nel caso di specie mancherebbe.

In modo particolarmente confuso, nell'ordinanza *Rivas Montes* la Corte di giustizia sostiene, seppure implicitamente più che esplicitamente, che non poteva essere effettuata la comparazione con il personale di ruolo ai fini dell'applicazione dell'anzianità di servizio integrale, perché i lavoratori a tempo determinato nel pubblico impiego spagnolo, in base alla legge e alla giurisprudenza del Tribunale Supremo, potevano essere equiparati, come *tertium comparationis*, soltanto con i lavoratori «a tempo indeterminato non permanente» e non con i lavoratori a tempo indeterminato di ruolo di diritto pubblico.

L'Avvocato generale italiano Mengozzi nelle conclusioni scritte della causa *Regojo Dans* critica l'ordinanza *Rivas Montes* nella lunghissima nota 73.

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

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

Infine, l'Avvocato Mengozzi ha evidenziato che nell'ordinanza *Vino*, sulla quale si fonda il giudizio di incompetenza della Corte europea nell'ordinanza *Rivas Montes*, nessun lavoratore a tempo indeterminato poteva beneficiare del vantaggio rivendicato dal ricorrente, in quanto un siffatto vantaggio consisteva nell'indicazione obbligatoria, nel contratto di lavoro a tempo determinato, della ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato (posto che l'omissione di una siffatta indicazione comportava la riqualificazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato), cioè che si era effettivamente in presenza di una disparità di trattamento fra taluni lavoratori a tempo determinato (quelli al servizio, come il ricorrente, delle Poste italiane, la cui normativa prevedeva che il contratto non doveva menzionare la ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato) e altri lavoratori a tempo determinato (quelli che beneficiavano delle disposizioni di diritto comune, ossia il cui contratto doveva menzionare la ragione per la quale esso era a tempo determinato).

Nella causa *Regojo Dans* si controverteva, ancora una volta, sulla nota questione del riconoscimento del diritto agli scatti triennali di anzianità nei confronti di una lavoratrice spagnola (in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE), reclutata "occasionalmente" (cioè sulla base di un contratto di natura fiduciaria e legato alla durata del servizio di chi aveva conferito l'incarico occasionale) presso il Consiglio di Stato, dove prestava servizio dal 1° marzo 1996 fino al 25 gennaio 2012 come capo della segreteria del presidente della II sezione, avendo comunque espletato attività di lavoro temporaneo presso le pubbliche amministrazioni (anche presso la Corte costituzionale) per 31 anni e mezzo.

La Corte di giustizia nella sentenza *Regojo Dans* ha confermato integralmente le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi, ribadendo il precedente orientamento già espresso nelle sentenze *Del Cerro* e *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, e, sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale Supremo spagnolo, rivedendo il precedente orientamento dell'ordinanza *Rivas Montes*, ha precisato che la nozione di «**lavoratore a tempo determinato**», ai sensi della clausola 3, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che si applica a un lavoratore "occasionale" quale la ricorrente nel procedimento principale e ha dichiarato che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, la quale esclude, prescindendo da qualsiasi giustificazione per ragioni oggettive, il personale reclutato occasionalmente dal diritto di percepire una maggiorazione corrispondente allo scatto triennale di anzianità accordata, segnatamente, ai dipendenti di ruolo, quando, relativamente alla percezione della maggiorazione di cui trattasi, le due summenzionate categorie di lavoratori si trovano in situazioni comparabili.

5. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di giustizia sull'equiparazione sanzionatoria tra lavoro pubblico e impiego privato in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato da parte delle pp.aa.

Rispetto al quadro giurisprudenziale innanzi delineato la Corte di giustizia, dopo la sentenza *Regojo Dans* e dopo l'ordinanza *León Medialdea*, non aveva lasciato alcuno spazio di ulteriore interpretazione della direttiva 1999/70/CE anche rispetto alla normativa spagnola, correggendo gli errori fatti (*Mangold*, *Vino I* e *Vino II*, *Rivas Montes*) e potendo così procedere per le ulteriori risposte pregiudiziali con la forma dell'ordinanza e non della sentenza, avendo già copiosamente deliberato su tutti i punti controversi dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Invece, dopo la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale e dopo l'evidente totale adesione del Giudice delle leggi italiane (molto più delle Corti costituzionali di Germania, Francia e Spagna) al dialogo integrato e diretto con la Corte di giustizia, il Collegio di Lussemburgo fa uscire dal limbo le tre cause pregiudiziali sul precariato pubblico spagnolo in cui erano state consegnate per troppo tempo (rispetto ai tempi della giustizia europea) e le ha decise contestualmente con tre sentenze, il cui contenuto interpretativo in combinato disposto costituisce la *summa* della nomofilachia autentica della Corte europea sulla direttiva 1999/70/CE, le cui difficoltà attuative, come è noto, hanno riguardato quasi esclusivamente il precariato pubblico in Francia, Germania, Gran Bretagna, Grecia, Italia, Irlanda e Spagna, cioè in tutti i principali Stati membri UE (prima della Brexit).

La principale decisione del trittico del 14 settembre 2016 della Corte di giustizia, che ricorda il trittico della sentenza n.187/2016 e delle ordinanze nn.194-195/2016 del 20 luglio 2016 della Corte costituzionale, con il lasciapassare comunitario alla stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e, quindi, in Europa, è sicuramente la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*,.

Chiarissime le conclusioni della sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* sull'equiparazione sanzionatoria tra pubblico e privato:

«1) La clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, siglato il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che 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, il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro è accordato alle persone assunte

dall'amministrazione mediante un contratto di lavoro soggetto a normativa del lavoro di natura privatistica, ma non è riconosciuto, in generale, al personale assunto da tale amministrazione in regime di diritto pubblico, a meno che non esista un'altra misura efficace nell'ordinamento giuridico nazionale per sanzionare tali abusi nei confronti dei lavoratori, circostanza che spetta al giudice nazionale verificare.

2) Le disposizioni dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla direttiva 1999/70, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a norme processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione per la determinazione della sanzione adeguata, quando un'autorità giudiziaria abbia accertato un ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, in quanto ciò comporterebbe per tale lavoratore inconvenienti processuali, in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.».

E' importante, come al solito, partire dai "fatti processuali" esaminati dalla Corte di giustizia relativamente alle due fattispecie di lavoro precario pubblico deliberate nei due giudizi principali riuniti dalla Corte in sede pregiudiziale, la prima concernente contratti successivi a tempo determinato nella sanità pubblica, la seconda l'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato nelle amministrazioni locali.

Nella causa C-184/15 risulta che la sig.ra Martínez Andrés è stata assunta, a decorrere dal 1° febbraio 2010, dal Servicio Vasco de Salud (organismo incaricato della gestione del servizio sanitario pubblico nei Paesi Baschi, Spagna) come «assistente amministrativa» tra il personale reclutato occasionalmente in regime di diritto pubblico a tempo determinato ai fini della prestazione di servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria. Tale nomina è stata prorogata tredici volte consecutive, senza che nessuno degli atti di proroga contenesse una motivazione specifica, fatto salvo un generico richiamo ad «esigenze di servizio». La nomina della sig.ra Martínez Andrés è cessata il 1° ottobre 2012.

La Sig.ra Martínez Andrés ha impugnato la cessazione definitiva del contratto a tempo determinato di tipo "occasionale" durato 32 mesi e ha chiesto al Tribunale amministrativo l'applicazione della sanzione prevista per i lavoratori in regime di diritto privato dall'art.15, par.5, ET (Statuto dei lavoratori), cioè la trasformazione in contratto a tempo indeterminato "permanente" («lavoratori permanenti») al superamento dei 24 mesi di servizio anche non continuativo nell'arco di trenta mesi, per occupare lo stesso o un diverso posto di lavoro presso la medesima impresa o gruppo d'impresе, mediante almeno due contratti temporanei, alle stesse o a diverse condizioni contrattuali a tempo determinato; oppure, in subordine, di riconoscere lo status di lavoratore a tempo determinato "ad interim" (che equivale al "contratto a tempo indeterminato non permanente" inventato dal Tribunale Supremo), previsto dall'art.9, par.3, dello statuto quadro del personale di ruolo dei servizi sanitari.

Dopo aver perso in primo grado, ha impugnato la decisione avversa davanti al Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi – Sezione amministrativa, che ha sollevato le questioni pregiudiziali decise dalla Corte europea.

Nella causa C-197/15 risulta che il sig. Castrejana López ha stipulato con il Comune di Vittoria il 1° dicembre 1993 un contratto di lavoro a tempo determinato per prestare servizi in qualità di architetto. Tale contratto si risolveva il 30 novembre 1994. Il 1° dicembre 1995, le parti hanno concluso un nuovo contratto di lavoro a tempo determinato, sempre per la prestazione di servizi di architetto, ma avente questa volta ad oggetto l'attuazione di una convenzione relativa a un

programma di sviluppo urbano, firmato il 22 novembre 1995 tra il Comune di Vittoria e l'Istituto regionale del benessere sociale, diretto alla rimozione delle barriere urbanistiche e architettoniche nonché a rendere le aree urbane accessibili alle persone con mobilità ridotta.

Con decisione del 22 gennaio 1998 il Comune di Vittoria ha modificato lo status giuridico del sig. Castrejana López nominandolo dipendente pubblico temporaneo per l'attuazione di detta convenzione; il termine di tale rapporto di lavoro era previsto in coincidenza con la data di completamento del suddetto programma di sviluppo urbano. Il 10 novembre 1998, il Comune di Vittoria ha adottato una nuova decisione che ha messo fine al suddetto rapporto di lavoro con effetto dal 31 dicembre 1998, in ragione del completamento del medesimo programma di sviluppo urbano. Tuttavia, l'11 gennaio 1999, la decisione del 10 novembre 1998 è stata revocata in quanto il programma di sviluppo urbano in questione era stato prolungato.

Il rapporto di lavoro tra il sig. Castrejana López e il Comune di Vittoria è stato definitivamente interrotto con la decisione del 10 dicembre 2012, con effetto dal 31 dicembre 2012, con la motivazione che tale programma era stato integralmente realizzato e che l'attuale contesto di crisi imponeva una riduzione delle spese delle pubbliche amministrazioni.

Anche in questo caso, il sig. Castrejana López ha impugnato la risoluzione definitiva del rapporto di lavoro a tempo determinato con l'amministrazione comunale, durato ininterrottamente dal 1° dicembre 1995 al 31 dicembre 2012 (oltre 17 anni, non un record per la giustizia comunitaria visto il caso dei quasi trent'anni di precariato ininterrotto del sig. Papalia, capo della banda musicale del Comune di Aosta, esaminato dalla Corte di giustizia nella causa C-50/13) e ha proposto appello avverso la decisione del Tribunale amministrativo di rigetto dell'istanza di reintegrazione dinanzi al Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi sottolineando, in particolare, che il giudice di primo grado non si era pronunciato sulla natura privatistica o pubblicistica del suo rapporto di lavoro con il Comune di Vittoria.

Il Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi, giudice del rinvio, ha sottolineato in tutte e due le cause pregiudiziali l'esistenza di utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, ma l'incertezza delle conseguenze sanzionatorie previste dalla normativa interna e dalla giurisprudenza del Tribunale Supremo, soprattutto nell'elaborazione da parte della sezione lavoro del Tribunale Supremo della nozione di «lavoratori a tempo indeterminato non permanenti» per i casi di contratti a tempo determinato conclusi in violazione della legge da parte delle pubbliche amministrazioni, in quanto la durata indeterminata del contratto comporterebbe che quest'ultimo non sia soggetto a un termine, anche se, sottolinea il giudice del rinvio, un tale lavoratore potrebbe acquisire un posto permanente solo dopo aver superato il procedimento di selezione conformemente alle normative applicabili alla selezione del personale permanente presso le pubbliche amministrazioni, e quindi, esisterebbe un motivo lecito di estinzione del contratto di lavoro non permanente quando la procedura di selezione o di soppressione del suddetto posto termina regolarmente.

In ogni caso, sottolinea il Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi – sezione amministrativa nelle ordinanze di rinvio, «*manca una giurisprudenza uniforme rispetto al personale in regime di diritto pubblico a tempo determinato, o ai dipendenti pubblici non di ruolo. Se taluni giudici, infatti, negano, in linea di principio, la possibilità di equiparare il personale in regime di diritto pubblico a tempo determinato, o i dipendenti pubblici non di ruolo, ai lavoratori a tempo indeterminato non permanenti, esisterebbero altri casi nei quali gli effetti della risoluzione di un tale rapporto di lavoro hanno potuto essere equiparati a quelli risultanti dalla risoluzione di un contratto a tempo indeterminato non permanente, segnatamente, per quanto riguarda l'obbligo di reintegrazione.*» (punto 27).

Pertanto, ignorando quanto già deciso dalla Corte di giustizia con l'ordinanza *León Medialdea* sulla natura di contratto a tempo determinato del “contratto a tempo indeterminato non permanente”, il giudice del rinvio ha sollevato la questione della compatibilità con la direttiva 1999/70/CE di una normativa nazionale, ossia di una pratica dei giudici nazionali, la quale non riconosce né al personale reclutato occasionalmente in regime di diritto pubblico a tempo determinato né ai dipendenti pubblici non di ruolo il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro, quando tale diritto è invece riconosciuto ai lavoratori a tempo indeterminato non permanenti (punto 28). Il Giudice di appello dei Paesi Baschi ha evidenziato che la situazione del sig. Castrejana López è particolarmente sconcertante, in quanto, se il rapporto di natura privatistica iniziale con il Comune di Vittoria fosse stato mantenuto, egli avrebbe beneficiato di disposizioni di tutela relative al termine di un rapporto di lavoro, beneficio che è gli è stato tuttavia negato, tanto dalla legislazione nazionale quanto dalla relativa giurisprudenza, in ragione della sua qualità di dipendente pubblico non di ruolo (punto 29).

In particolare, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte di giustizia se, rispetto al principio di equivalenza, le prestazioni di servizio rese da diverse categorie di personale (a tempo indeterminato non permanente “*ad interim*”, occasionale o temporaneo per ragioni sostitutive) siano equiparabili ai fini dell'applicazione della clausola 5, paragrafo 1, dell'accordo quadro, o se esistano delle differenze tra queste, quali la natura privatistica del rapporto in un caso e la natura pubblicistica nell'altro, o principi quali il potere dell'amministrazione di autoorganizzarsi, che permettano di ritenere che non si tratti di situazioni analoghe e tali da giustificare quindi una differenza degli effetti derivanti dall'accertamento di un utilizzo irregolare dei contratti a tempo determinato da parte dell'amministrazione (punto 30).

Inoltre, il giudice del rinvio ha chiesto alla Corte europea se, in virtù del principio di effettività, la sanzione adeguata debba essere determinata nell'ambito del procedimento principale o se tale principio non osti al rinvio delle parti a un nuovo procedimento amministrativo (punto 31).

La Corte di giustizia ha risposto ai quesiti del giudice del rinvio con conclusioni che non danno adito a dubbi interpretativi, citando tutte le pertinenti sentenze nei casi “italiani”, Marrosu-Sardino (5 volte), Vassallo (7 volte), Fiamingo²⁴ (8 volte) e Mascolo (2 volte), ma anche le più importanti decisioni della Corte di giustizia nei casi greci con le sentenze Adeneler (5 volte) e Angelidaki (10 volte), oltre all'ordinanza León Medialdea sul contratto a tempo indeterminato non permanente spagnolo (5 volte), di cui il giudice del rinvio aveva ignorato l'esistenza e su cui non aveva preso posizione per evitare il presunto errore commesso dal Tribunale di Trani nella causa *Vino I C-20/10* e *Vino II C-161/11* dell'equiparazione ai fini dell'equivalenza della tutela sanzionatoria tra categorie di lavoratori a tempo determinato appartenenti allo stesso datore di lavoro pubblico (Poste italiane), su cui la Corte di giustizia si era dichiarata incompetente perché non rientrante il primo e unico contratto a tempo determinato nel campo di applicazione della clausola 5 dell'accordo quadro

²⁴ Corte giust. UE, III Sez., sentenza 3 luglio 2014, in cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altri* contro *Rete ferroviaria italiana*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 291 ss., con nota di E.Ales, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*. In dottrina v. L. Menghini, *Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto europolitano: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia* *Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu, 2015; A.Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *Guida dir.*, 1° settembre 2014; V. De Michele, *L'interpretazione “autentica” della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela “energica” del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, op.cit.; A. Charbonneau, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Application de la directive CDD aux marins*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2014, 555-556; A. Von Medem, *Sozialpolitik: Befristete Arbeitsverträge*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2015, 243-247.

sul lavoro a tempo determinato, nonostante già le sentenze Angelidaki e Sorge²⁵ avessero sconfessato sul punto la finta sentenza Mangold, con un orientamento che verrà consolidato dalla sentenza Carratù²⁶.

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

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).

²⁵ Corte giust. UE, III Sez., sentenza 24 giugno 2010, in causa C-98/09 *Sorge* contro *Poste italiane*. Sulla sentenza *Sorge* v. A. Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, 633 ss.; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2010, II, 1050 ss.; A.M. Perrino, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *Foro it.*, 2010, IV, 550 ss.; V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *Lav.giur.*, 2010, 865 ss.; T. Vettor, *Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza Sorge, tra orientamenti comunitari e applicazioni interne*, su *Riv.giur.lav.*, 2010, 341 ss.

²⁶ Corte giust. UE, III Sez., sentenza 12 dicembre 2013, in causa C-361/12 *Carratù* contro *Poste italiane*. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. De Michele, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act n. 1: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine*, in *Lav.prev.oggi*, 2014, 372 ss., nonché *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo*, in *I quaderni europei - Scienze giuridiche*, 2014, n.60, 1-228; L. Menghini, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav.giur.*, 2014, 463-465 ss.; P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in WP CSDLE, n. 198; 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.; M. Lughezzani, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 487 ss.; S. Guadagno, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg.dir.lav.*, 2014, 682 ss.; S.L. Gentile, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 479 ss.

Tuttavia, come già ampiamente affermato sia nei casi “italiani” Marrosu-Sardino e Vassallo sia nelle (più importanti e sistematiche) sentenze “greche” Adeneler e Angelidaki, nella decisione *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte di giustizia è costretta a ribadire 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).

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 determinato (punto 43), la Corte di Lussemburgo, ancora una volta, si riserva la facoltà, che esercita nella fattispecie di fronte alla confusione dei giudici spagnoli (e italiani), 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 invano (secondo la generalità dei giudici del lavoro, ma non secondo il Tribunale di Napoli) la costituzione di un rapporto stabile alle dipendenze del datore di lavoro pubblico, la Corte di giustizia evidenzia 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 e dalla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni per il precariato pubblico non scolastico, in quest'ultimo caso che per la convinzione ossessiva-compulsiva della Suprema Corte che la disposizione dell'art.36, comma 5, D.Lgs. n.165/2001, nonostante la definitiva censura di incompatibilità Ue dell'ordinanza *Papalia*²⁷ della Corte europea, dovesse

²⁷ Corte giust. Ue, VI Sez., ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C-50/13, *Papalia* contro *Comune di Aosta*, 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

mantenere il suo presidio imperituro a difesa del principio costituzionale del pubblico concorso, salvo la smentita della Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016 e nelle due ordinanze nn.194 e 195 del 2016.

La Corte di giustizia, 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), 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.

Ovviamente, la Corte di giustizia 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, e già applicato ai punti 59-61 della sentenza Mascolo.

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 esistente, potrebbe pertanto costituire una misura idonea a sanzionare**

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.

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 ha 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.

Inoltre, nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* la Corte ha accolto le critiche espresse dall'Avvocato generale Mengozzi nella nota 73 delle conclusioni della causa *Regojo Dans* e ha operato l'auspicata estensione del principio di uguaglianza e non discriminazione nelle due direzioni della comparazione "in orizzontale" tra contratti a tempo determinato (ordinanza *Vino* dei contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art.1, comma 1, o dell'art.2, comma 1-bis, D.Lgs. n.368/2001, in cui i contratti acausali vengono discriminati ai fini della tutela antiabusiva) e della comparazione "in verticale" rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili (ordinanza *Rivas Montes*, in cui i dipendenti di ruolo di diritto pubblico non erano stati considerati *tertium comparationis*, dovendo operarsi la comparazione ai fini della clausola 4 dell'accordo quadro solo con i lavoratori a tempo indeterminato non permanente di diritto privato, che non godono di nessuna tutela in uscita al momento della cessazione del rapporto).

Quali riflessi può avere la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* sull'ordinamento giuridico italiano? Evidenti e dirimenti rispetto alla tutela effettiva del precariato pubblico.

A differenza dell'ordinamento giuridico spagnolo, dove la Cassazione del lavoro ha inventato la figura contrattuale del contratto a tempo indeterminato non permanente già demolita dall'*ordinanza León Medialdea* con la "riqualificazione" a tempo determinato ed ora utilizzata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* come *tertium comparationis* per la sanzione della reintegrazione, nell'ordinamento giuridico italiano le "sanzioni" per il ricorso abusivo al contratto a tempo determinato nel pubblico impiego erano le stesse previste per il lavoro privato dal D.Lgs. n.368/2001 fino al momento della sua abrogazione, cioè le ipotesi di cui agli artt.1, commi 1 e 2, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4-bis.

Ma la magistratura del lavoro e, in particolare, la Cassazione dalla sentenza n.14350/2010²⁸ della Sezione lavoro fino alla sentenza n.5072/2016 si è ostinata a non dare "priorità" applicativa alla normativa di recepimento della direttiva 1999/70/CE, disciplina a copertura costituzionale "rafforzata" dall'art.117, comma 1, Cost., derubricandola a disciplina generale rispetto alla

²⁸ Cass., Sez.lav., Pres. Sciarelli, Est. Curzio, sentenza 15 giugno 2010, n.14350.

disciplina “speciale” dell’art.36, comma 5, D.Lgs. n.165/2001, contenente, a giudizio della Suprema Corte, il divieto di conversione nel pubblico impiego in assenza di concorso pubblico a tempo indeterminato.

Prima dell’ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia, che ha dichiarato “definitivamente” incompatibile con la direttiva 1999/70/CE l’art.36, comma 5, D.Lgs. n.165/2001, la Suprema Corte nella sentenza n.10033/2016, in verità, afferma anche principi condivisibili ma di scarso contenuto pratico in merito alla sanzione risarcitoria e alla motivazione costituzionale del divieto di conversione nel pubblico impiego: «*L'impossibilità (“non può”) di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è volta a tutelare le amministrazioni pubbliche sul piano finanziario (la tutela risarcitoria, in conformità alla giurisprudenza europea, dovrà essere incisiva, anche perché, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, essa non costituisce un mero completamento della tutela prioritaria di natura reintegratoria). Ciò che si tutela mediante lo strumento del concorso pubblico sono invece i valori costituzionali della imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione, nonché il diritto di “tutti” i cittadini ad accedere al lavoro pubblico, partecipando a selezioni basate sul merito.*».

I valori costituzionali della imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione, dopo la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale e dopo la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* della Corte di giustizia, sono oggi meglio presidiati dalla sanzione della stabilizzazione dei lavoratori pubblici precari, che assume ormai una dignità costituzionale oltre che comunitaria come unica misura idonea a rimuovere definitivamente l’illecito Ue.

Al di fuori della stabilizzazione vi è una prassi giudiziaria di non leale cooperazione della giurisdizione con la Corte di giustizia in violazione dell’art.4, comma 3, TUE, e con la Corte costituzionale in relazione ai principi da essa fissati rispetto all’osservanza degli obblighi comunitari, così come emerge il disprezzo per la volontà del popolo italiano e dei servitori precari dello Stato e delle pubbliche amministrazioni, che chiedono l’applicazione di quelle norme dell’ordinamento interno, della Costituzione nazionale e della disciplina sovranazionale Ue che ostinatamente la Suprema Corte si rifiuta di rispettare.

Peraltro, la Corte di giustizia nella sentenza *Torresi e Torresi*²⁹ sugli avvocati “stabiliti” ha risposto molto duramente a quanto evidenziato dal “giudice” del rinvio pregiudiziale (il Consiglio Nazionale Forense), che riteneva che l’art.3 della direttiva 98/5/CEE, consentendo ai cittadini italiani che ottengano il loro titolo professionale di avvocato in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana di esercitare la loro professione nella Repubblica italiana, avesse l’effetto di aggirare l’art.33, comma 5, Cost., che subordina l’accesso alla professione di avvocato al superamento di un esame di Stato e che, in conseguenza, tale disposizione del diritto derivato dell’Unione, dal momento che consentirebbe di aggirare una normativa che faceva parte dell’identità nazionale italiana, violerebbe l’art.4, comma 2, TUE e dovrebbe pertanto essere considerata invalida (punto 55).

La Corte, per censurare la qualificazione da parte del CNF del titolo abilitante alla professione di avvocato come principio fondamentale dell’ordinamento interno di rango costituzionale, utilizza la “confessione” del Governo italiano all’udienza pubblica dell’11 febbraio 2014, **in cui l’Avvocatura generale dello Stato ha ammesso che l’art.3 della direttiva 98/5/CEE, consentendo ai cittadini di uno Stato membro che ottengano il loro titolo professionale di avvocato in un altro Stato membro di esercitare la professione di avvocato nello Stato di cui sono cittadini con il titolo**

²⁹ Corte giust. UE, Grande Sez., sentenza 17 luglio 2014, in causa riunite C-58/13 e C-59/13 *Torresi e Torresi* contro *Consiglio Nazionale Forense*. Le conclusioni scritte sono state redatte dall’Avvocato generale Wahl.

professionale ottenuto nello Stato membro di origine, non sia comunque tale da incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'art.4, comma 2, TUE.

Quindi, l'art.97, comma 3 (ora comma 4), Cost. del pubblico concorso come modalità esclusiva di accesso all'impiego pubblico non è mai stato, nell'opinione della giurisprudenza comunitaria, principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale italiano in guisa tale da caratterizzarne la struttura fondamentale e politica e le funzioni essenziali dello Stato nazionale, come già aveva avuto modo di precisare la Corte di giustizia nella sentenza Valenza quando aveva accertato che i precari delle Autorità indipendenti assunti a tempo determinato senza concorso erano stati stabilizzati senza concorso con norma d'urgenza non convertita in legge.

E, dopo la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, la differenza tra lavoro privato e lavoro pubblico per quanto riguarda l'equivalenza sanzionatoria in caso di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato non ha più nessun senso e costituisce la risposta anticipata all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Trapani del 5 settembre 2016 nella causa C-494/16³⁰, con la conseguenza che l'ostinazione da parte dei giudici nazionali di applicare ai precari pubblici la fantasiosa soluzione dell'indennizzo dell'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, partorita dalla infelice sentenza n.5072/2016³¹ delle Sezioni unite, costituisce flagrante e intenzionale violazione del diritto dell'Unione europea.

Anche perché il diritto alla trasformazione a tempo indeterminato nel pubblico impiego dei contratti a tempo determinato illeciti o irregolari 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.,

³⁰ Il Tribunale di Trapani con ordinanza del 5 settembre 2016, 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: «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 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 li 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.*».

³¹ Cass., SS.UU., Pres. Rovelli, Est. Amoroso, sentenza 15 marzo 2016, n.5072, pubblicata su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, p.590-607, con breve nota adesiva di A. Vallebona, *Contratti a termine illegittimi nella p.a.: divieto di conversione e misura del danno*, p.589-590; nonché con più ampia e condivisibile nota critica di F. Putaturo Donati, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, *ibidem*, p.603-614; sulla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite v. in dottrina, M. De Luca, *Alla ricerca del giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine ai contratti di lavoro privatizzati alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (non solo) della scuola*, in corso di pubblicazione su *Lav.giur.*, 2016, n.12; P. Coppola, *Corte di cassazione, Ss.Uu., sentenza n.5072/2016. Incertezze, dubbi, perplessità*, su www.europeanrights.eu, 1 maggio 2016; S. Galleano, *La sentenza 5072/2016 sul risarcimento del danno per abuso del precariato nel settore pubblico – Le Sezioni unite della Cassazione nel paese delle meraviglie* del 2 maggio 2016, in www.studiogalleano.it; C. Cordella, *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime «generale» del pubblico impiego privatizzato*, in *Lav.pp.aa.*, 2016, 667 ss.; M. Miscione, *Nomofilachia, Sezioni Unite, "diritto vivente (leggendo la relazione 2016 del Primo Presidente della Cassazione)*, su *Lav.giur.*, 2016, IV, 329-332; A. Paolitto, *Il precariato scolastico tra "la buona scuola" e il dialogo "multilevel" delle Corti: l'occasione per un bilancio*, op. cit.

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'**uscieri 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.9555/2010³² della Cassazione;
- ai **dipendenti precari degli Enti pubblici economici**, assunti ai sensi del D.Lgs. n.368/2001, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato e con contribuzione Inps, a cui si applicano le tutele sanzionatorie previste dalla normativa privatistica secondo quanto precisato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.4685/2015 (punto 14);
- ai **dipendenti precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche quali gli Enti pubblici non economici**, assunti ai sensi del D.Lgs. n.368/2001, con rapporto sia formalmente sia contributivamente assoggettato alle regole del pubblico impiego "privatizzato", come riconosciuto dalla recente sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale e dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione;
- al **personale infermieristico precario** del Servizio sanitario nazionale, a cui la sentenza n.27363/2014 della Cassazione, seppure con un *obiter dictum* ignorato dalla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite (che del resto ha ignorato tutta la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'ordinanza Affatato alla sentenza Mascolo), ha riconosciuto come unica misura adeguata a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato la costituzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro al superamento dei 36 mesi di servizio a termine anche non continuativi, ai sensi dell'art.5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n.368/2001.

Diversamente dalla Spagna, in Italia vi sono molti *tertia comparationis* per dare effettività ed equivalenza di tutela ai lavoratori pubblici precari, compresa la disciplina legale, che, non si capisce per quale motivo, la Suprema Corte di cassazione si ostina a non applicare, creando il caos giudiziario e la svalutazione del ruolo nomofilattico.

6. La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* e il principio di effettività della tutela a garanzia del giusto processo

La sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, infine, si caratterizza per la dura censura nei confronti della Spagna (e, quindi, dell'Italia) rispetto alle gravi difficoltà di trovare tutela effettiva nell'ordinamento interno per i lavoratori pubblici che hanno subito l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, rispondendo al quesito sull'applicazione dei principi del giusto processo di cui all'art.47 della Carta dei diritti fondamentali e all'art.6 della CEDU, richiesto dal Tribunale di Napoli sia nell'ordinanza di rinvio della causa Carratù e sia nell'ordinanza di rinvio della causa Mascolo, su cui la Corte di giustizia si era rifiutata di rispondere avendo già risposto in senso affermativo al quesito principale dell'incompatibilità comunitaria della normativa interna ostativa in parte (sentenza Carratù) o in tutto alla tutela sanzionatoria antiabusiva.

In questo caso, condividendo le censure del Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi – sezione amministrativa, la Corte di giustizia ritiene che le disposizioni dell'accordo quadro, lette in combinato disposto con il principio di effettività, devono essere interpretate nel senso che esse ostano a regole processuali nazionali che obbligano il lavoratore a tempo determinato a intentare una nuova azione ai fini della determinazione della sanzione adeguata quando sia stato accertato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, invece di potere chiedere un

³² Cass., S.L., Pres. Vidiri, Est. Stile, sentenza 22 aprile 2010, n.9555, su *Lav.giur.*, 2010, n.11, p.1107 ss., con nota di V. De Michele, *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico*.

risarcimento del danno subito mediante procedimento incidentale nel corso del procedimento per l'accertamento di detto abuso.

L'identica situazione di grave pregiudizio della tutela effettiva è attualmente riscontrabile in Italia, dopo l'invenzione delle Sezioni unite dell'applicazione della sola sanzione risarcitoria dell'abrogato art.32, comma 5, della legge n.183/2010, che costringe i lavoratori precari pubblici insoddisfatti della misura o ad iniziare azioni di risarcimento dei danni subiti dallo Stato italiano per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE anche attraverso la manifesta violazione del diritto dell'Unione europea commessa dal Giudice di ultima istanza o, addirittura e sugli stessi presupposti, a promuovere azione diretta alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione anche della normativa convenzionale (artt.6 e 14 CEDU; art.1 del 1° Protocollo addizionale alla Convenzione).

La Corte di giustizia ribadisce i principi già enunciati nella sentenza *Impact*³³ e nella sentenza *Angelidaki* e ripresi dalla successiva giurisprudenza comunitaria, per cui, **in virtù della clausola 8, n.5, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, la prevenzione nonché la soluzione delle controversie e delle vertenze scaturite dall'applicazione del suddetto accordo dovranno procedere in conformità con le leggi, i contratti collettivi e le prassi nazionali** (punto 56), in quanto, in mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione (punto 57) e, dunque, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate al fine di garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro, secondo modalità di applicazione conformi ai principi di equivalenza e di effettività (punto 58).

In particolare, le esigenze di equivalenza e di effettività, espresse attraverso l'obbligo generale per gli Stati membri di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza del diritto dell'Unione, valgono anche quanto alla designazione dei giudici competenti a conoscere delle azioni fondate su tale diritto. Il mancato rispetto delle suddette esigenze sotto tale profilo è, infatti, al pari di un inadempimento delle medesime sotto il profilo della definizione delle modalità procedurali, tale da ledere il principio di tutela giurisdizionale effettiva (punto 59), anche se spetta al giudice del rinvio, e non alla Corte di giustizia, verificare se lo Stato membro abbia adottato tutte le misure necessarie che gli consentano di assicurare il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza (punto 60).

Per quanto riguarda, in particolare, il principio di effettività, secondo la Corte di giustizia si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali

³³ Corte giust. CE, Grande Sez., sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06 *Impact* contro *Minister for Agriculture and Food ed altri*, in *Dir. relaz. Ind.*, 2008, 3, 854 con nota di R. Cosio. Le conclusioni (integralmente accolte) sono state precisate all'udienza del 9 gennaio 2008 dall'Avvocato generale J. Kokott. In dottrina sulla sentenza *Impact v. V. De Michele*, *Contratto a termine e precariato*, op.cit., p.87-92; C. O'Mara, *Réglementation sur le recours aux contrats de travail à durée déterminée*, in *Europe 2008 Juin Comm.*, n° 190, p.21; L. Driguez, *Nederlandse jurisprudentie, Uitspraken in burgerlijke en strafzaken*, 2008, n°390; M.R. Mok, *Epitheorisis Ergatikou Dikaiou*, 2008, p.801-822; D. Dermizaki, *Impact v Minister for Agriculture and Food & Others (Case C-268/06)*, *Grand Chamber, April 15, 2008*, in *Irish Employment Law Journal*, 2008, Vol.5, n.3, p.99-100; K. Turner, *Verpflichtung nationaler Gerichte zur rückwirkenden Anwendung einer Richtlinie auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Frist zur Umsetzung der Richtlinie, wenn das nationale Recht die Rückwirkung ermöglicht*, in *European Law Reporter*, 2009, p.9-15; C. Schweighofer, *Die Befristung von Arbeitsverträgen in der Rechtsprechung des EuGH*, in *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2009, p.5-13; S.E. De Groot e C. Rolfs, *Die Grundlage richtlinienkonformer Rechtsfortbildung im Zivilrecht*, in *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht – EWS*, 2009, p.358-363; C. Sperber, in *Unmittelbare Anwendbarkeit und inhaltliche Reichweite der Richtlinie über befristete Arbeitsverträge*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2009, p.534-546.

la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (punto 61).

Nel caso spagnolo esaminato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, il Tribunale superiore di giustizia dei Paesi Baschi – Sezione amministrativa si dichiara non in grado, in base alle norme processuali nazionali applicabili, di statuire su un'eventuale domanda di risarcimento danni dei lavoratori pubblici "occasionalisti" per il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato, di competenza del Giudice del lavoro nel caso in cui si dovesse constatare l'applicabilità della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro riconosciuta in caso di recesso immotivato dal contratto a tempo indeterminato non permanente di diritto privato (punto 62).

La Corte di giustizia risponde al giudice del rinvio, stigmatizzando come **in contrasto con le disposizioni "complessive" dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nonché con il principio di effettività, l'obbligo che incombe al lavoratore a tempo determinato di intentare una nuova azione, eventualmente dinanzi ad un'autorità differente, ai fini della determinazione della sanzione adeguata quando il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato successivi è stato accertato da un'autorità giudiziaria, poiché esso necessariamente comporta per tale lavoratore inconvenienti processuali in termini, segnatamente, di costo, durata e regole di rappresentanza, tali da rendere eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che gli sono conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione** (punto 63).

Quindi, la Corte di giustizia ha invitato il giudice del rinvio spagnolo, cioè la sezione amministrativa del Tribunale superiore di giustizia dei Paesi baschi, a dare effettività e unicità di tutela ai lavoratori pubblici precari "occasionalisti", applicando la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro che avrebbe dovuto essere affidata ad altro giudice specializzato (giudice del lavoro) ma piuttosto recalcitrante nel suo Tribunale Supremo, come in Italia per la Cassazione, ad applicare pienamente i diritti derivanti dalla direttiva 1999/70/CE, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

E' un invito, ovviamente, che vale per tutti i giudici nazionali anche degli altri Stati membri, in particolare per i giudici italiani.

7. La sentenza *de Diego Porras* della Corte di giustizia e l'equiparazione delle condizioni di impiego al momento del recesso tra lavoratori pubblici a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato "comparabili", ai sensi della clausola 4 dell'accordo quadro

Perfettamente coordinandosi con la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, con la contestuale sentenza *de Diego Porras* la Corte di giustizia coglie l'occasione per ribadire la costante giurisprudenza sull'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nell'equiparazione delle condizioni di lavoro tra lavoratori precari pubblici e lavoratori a tempo indeterminato "comparabili", con particolare riferimento alle condizioni di lavoro al momento del recesso del contratto a tempo determinato, su cui erano già intervenute la sentenza *Carratù* (citata due volte) sull'equiparazione (in combinato disposto con la clausola 8, n.1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) della sanzione della reintegrazione "piena" con la ricostruzione integrale del rapporto di lavoro tra lavoratori a termine di Poste italiane/Stato con recesso illecito per violazione dell'art.1, comma 2, D.Lgs. n.368/2001 e lavoratori a tempo indeterminato "comparabili" di Poste italiane/Stato illegittimamente licenziati con applicazione dell'art.18 della legge n.300/1970 nella formulazione antecedente le modifiche della legge

n.92/2012, nonché la sentenza *Nierodzik*³⁴ (citata 7 volte e che, a sua volta, citava due volte la sentenza Carratù, in particolare al punto 26³⁵) sull'indennità di preavviso e

Chiarissime le risposte della Corte di giustizia nella sentenza *de Diego Porras* alle quattro istanze pregiudiziali sollevate dal Tribunale Superiore di giustizia di Madrid – Sezione lavoro:

«1) La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di impiego» include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa della cessazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato.

2) La clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato che figura in allegato alla direttiva 1999/70 deve essere interpretata nel senso che essa si oppone ad una normativa nazionale, come quella in discussione nel procedimento principale, che nega qualsiasi indennità di cessazione del contratto di lavoro al lavoratore assunto mediante un contratto di lavoro di «interinidad» (contratto a termine per la copertura temporanea di un posto) mentre consente l'attribuzione di una tale indennità, in particolare, ai lavoratori assunti a tempo indeterminato comparabili. La sola circostanza che tale lavoratore abbia svolto il suo lavoro sulla base di un contratto di lavoro di «interinidad» non può costituire una ragione oggettiva che consente di giustificare il rifiuto di far beneficiare il suddetto lavoratore della menzionata indennità.»

La fattispecie di causa riguarda appunto il diverso trattamento retributivo riservato dall'ordinamento spagnolo al contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive (contratto di lavoro di «interinidad») di diritto pubblico, a cui sono negate le indennità di cessazione del contratto di lavoro [art.49, comma 1, lett.c), ET] rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato “comparabili”, in questo caso individuati (dal giudice del rinvio) nei lavoratori a tempo indeterminato “permanenti” comparabili di diritto privato, che, al momento della legittima cessazione del rapporto di lavoro per ragioni oggettive, percepiscono un'indennità pari a venti giorni di retribuzione per anno di servizio, indennità che sarà calcolata pro rata temporis in ragione del numero di mesi per i periodi inferiori a un anno, e per un massimo di dodici mensilità, ai sensi dell'art.53, comma 1, lett.b), dello Statuto dei lavoratori.

Dalla sentenza *de Diego Porras* della Corte di giustizia risulta che la lavoratrice ricorrente nel giudizio principale era stata assunta, dal mese di febbraio 2003, mediante molteplici contratti di lavoro di «interinidad», in qualità di segretaria in differenti sotto-direzioni del Ministero della Difesa. L'ultimo contratto di lavoro di «interinidad», dal 17 agosto 2005 ininterrottamente fino al 30 settembre 2012 (cioè per oltre sette anni), era stato stipulato per sostituire la sig.ra Mayoral Fernández, dispensata a tempo pieno dalle sue obbligazioni professionali per l'esercizio di un mandato sindacale, ed era cessato per consentire il rientro della sostituita nel suo posto di lavoro dal 1° ottobre 2012. Complessivamente, i rapporti contrattuali della ricorrente dedotti nel procedimento principale si erano prolungati per un periodo superiore a dieci anni, esattamente come era accaduto nella causa *Kücüik*.

³⁴ Corte giust. UE, VIII Sez., sentenza 13 marzo 2014, in causa C-38/13 *Małgorzata Nierodzik* contro *Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczy*.

³⁵ Così precisa la sentenza *Nierodzik* della Corte di giustizia al punto 26: «La Corte ha già ritenuto in proposito che rientrano nella nozione di «condizioni di impiego», ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, le indennità triennali di anzianità di servizio (v., in tal senso, citate sentenze *Del Cerro Alonso*, punto 47; *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, punti da 50 a 58, nonché ordinanza del 18 marzo 2011, *Montoya Medina*, C-273/10, punti da 32 a 34) e l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro (sentenza *Carratù*, cit., punto 38).».

Il ricorso presentato dalla lavoratrice al Tribunale del lavoro di Madrid, volto a contestare tanto la legittimità del suo contratto di lavoro quanto le condizioni di cessazione del medesimo, era fondato sul fatto che i contratti di lavoro di «interinidad», nel cui quadro era stata assunta, sarebbero stati conclusi in frode alla legge e che occorreva riqualificarli quali «contratto di lavoro a tempo indeterminato», con le conseguenti tutele previste dalla normativa per i lavoratori in regime di diritto privato. Il ricorso era stato integralmente rigettato in 1° grado.

Il Tribunale Superiore di giustizia di Madrid, giudice del lavoro di appello, ha ritenuto preliminarmente (a differenza del Bundesarbeitsgericht nel caso della lavoratrice pubblica precaria *Kücüik*) che l'assunzione della sig.ra de Diego Porras mediante un contratto di lavoro di «interinidad» sia conforme ai requisiti che risultano dalle disposizioni nazionali in vigore e che la cessazione di tale contratto di lavoro è basata su una causa oggettiva. Quindi, diversamente dalla Cassazione federale del lavoro tedesca nella sentenza n.7/2012 (e come, invece, la Cassazione italiana nella sentenza n.10127/2012) il giudice spagnolo di appello non ritiene applicabile alla fattispecie contrattuale la sanzione della frode alla legge, con conseguente riqualificazione a tempo indeterminato, sanzione pure prevista dall'art.15, comma 3, ET.

Tuttavia, il giudice del rinvio si è interrogato sul diritto della lavoratrice precaria di rivendicare il versamento di un'indennità a causa della cessazione del suo contratto di lavoro, evidenziando che nel diritto spagnolo sussiste una differenza di trattamento tra lavoratori a tempo indeterminato (in regime di diritto privato) e lavoratori a tempo determinato (sia in regime di diritto privato che di diritto pubblico) per quanto riguarda le condizioni di lavoro, dal momento che l'indennità versata in caso di cessazione legale del contratto di lavoro è pari a 20 giorni di retribuzione per anno di anzianità per i primi, mentre è pari solo a 12 giorni di retribuzione per anno di servizio per i secondi. Tale disuguaglianza è ancora più accentuata per quanto riguarda i lavoratori assunti mediante un contratto di lavoro di «interinidad», ai quali la legislazione nazionale non riconosce nessuna indennità quando il contratto in questione si estingue legalmente.

Quindi, per quanto riguarda le condizioni di lavoro al momento della cessazione del rapporto e la loro riconducibilità alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (oggetto della 1ª questione pregiudiziale), la Corte di giustizia nella sentenza *de Diego Porras* si limita a confermare quanto già precisato nella sentenza *Carratù* sull'«*indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore a causa dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro*» (sentenza *Carratù*, punto 38) e nella sentenza *Nierodzik* sull'indennità di preavviso (sentenza *Nierodzik*, conclusioni), cioè che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che la nozione di «condizioni di impiego» include l'indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare ad un lavoratore in considerazione della cessazione del suo contratto di lavoro a tempo determinato.

Per quanto riguarda le altre tre questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio, la Corte di giustizia le riunisce in un'unica risposta, che evidenzia il contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato di una disciplina interna che esclude il diritto del lavoratore pubblico con legittimo contratto di lavoro di «interinidad» di percepire la stessa indennità corrisposta al lavoratore a tempo indeterminato “permanente” di diritto privato al momento della cessazione del rapporto di lavoro per ragioni oggettive.

Come si può notare, la natura pubblica o privata del rapporto di lavoro è assolutamente indifferente alla Corte di giustizia, che utilizza, per risolvere il contrasto con il principio di non discriminazione consacrato nella direttiva 1999/70/CE attraverso la clausola 4 dell'accordo quadro e le medesime condizioni di lavoro riconosciute ai lavoratori a tempo indeterminato “comparabili”, l'interpretazione “estensiva” del principio di uguaglianza che l'Avvocato generale Mengozzi aveva chiesto di applicare nella citata nota 73 delle conclusioni della causa *Regojo Dans* per superare gli

errori commessi nell'ordinanza *Rivas Montes*, in cui la Corte si era dichiarata incredibilmente incompetente perché si era rifiutata di comparare i lavoratori pubblici a tempo determinato in regime di diritto pubblico con i lavoratori di ruolo di diritto pubblico.

Richiamando la costante giurisprudenza comunitaria nei casi spagnoli (sentenze *Del Cerro Alonso*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, *Rosado Santana*³⁶) e nel caso italiano dei raccomandati AGCM assunti senza concorso (sentenza *Valenza*³⁷), la Corte di giustizia nella sentenza *de Diego Porras* ribadisce che la nozione di «ragioni oggettive», ai sensi della clausola 4, punti 1 e/o 4, dell'accordo quadro dev'essere quindi intesa nel senso che essa non consente di giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che tale differenza sia prevista da una norma nazionale generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo (punto 46) e che non può essere accolta la difesa del Governo spagnolo sulla sussistenza di ragioni oggettive per discriminare legate alla differenza tra i due tipi di contratti (contratto di lavoro di «interinidad» di diritto pubblico da un lato, contratto a tempo indeterminato permanente di diritto privato dall'altro) quanto alla loro durata nonché all'aspettativa della stabilità del rapporto di lavoro (punto 48). Infatti, né la natura temporanea del rapporto di lavoro né l'assenza di qualsiasi disposizione nella normativa nazionale relativa alla concessione di un'indennità di cessazione di un contratto di lavoro di «interinidad» sono idonee a costituire, di per sé sole, siffatte ragioni oggettive (punto 50).

Infine, la Corte di giustizia nella sentenza *de Diego Porras* completa in modo raffinato il processo di sgretolamento della cattiva interpretazione della direttiva 1999/70/CE e della mancata applicazione in orizzontale del principio di uguaglianza e non discriminazione operato dalle due ordinanze *Vino*, nel momento in cui la Corte di Lussemburgo evidenzia al punto 51 che, *ad abundantiam*, l'argomento vertente sulla prevedibilità della fine del contratto di lavoro di «interinidad» non si basa su criteri oggettivi e trasparenti, allorché non solo, nei fatti, tale contratto di lavoro di «interinidad» può perdurare, analogamente a quanto è accaduto nel caso della ricorrente nel procedimento principale i cui rapporti contrattuali si sono prolungati per un periodo superiore a dieci anni, ma **anche perché, in situazioni comparabili, la normativa nazionale**

³⁶ Corte giust. UE, II sez., sentenza 8 settembre 2011, in causa C-177/10 *Francisco Javier Rosado Santana c. Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*.

³⁷ Corte giust. UE, VI sez., sentenza 18 ottobre 2012, in cause riunite da C-302/11 a C-305/11 *Valenza ed altri* contro *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Consiglio di Stato (Pres. Coraggio, Est. De Nictolis), presieduto dall'Estensore della sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale. 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.Av. Stato*, 4, pp. 33-34, in cui l'Autore precisa: «Secondo la Corte di Giustizia U.E., non avrebbe nessun rilievo il fatto che il personale a tempo indeterminato (a differenza di quello a tempo determinato) fosse stato assunto con regolare concorso, perché la legge di stabilizzazione ha comunque equiparato il personale appartenente alle due categorie; inoltre, la diversità di trattamento non potrebbe essere giustificata in base al diverso status delle due categorie di personale, ma solo dall'analisi oggettiva delle mansioni di fatto esercitate dai dipendenti che ad esse afferiscono; infine, la Corte non ritiene necessaria nessuna indagine sui profili inerenti alla legittimità del termine apposto ai singoli contratti a tempo determinato. Mi sembra che l'iter argomentativo contenga queste premesse implicite e conduca alle seguenti conseguenze: a) il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono sostanzialmente la stessa cosa; b) le regole del concorso pubblico possono essere ordinariamente alterate da una scelta legislativa che trasformi i rapporti precari in rapporti di ruolo; c) nel caso di trasformazione di un rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, la ricongiunzione dei servizi prestati ed il riconoscimento dell'anzianità pregressa spettano in ogni caso, a prescindere dalla legittimità o dall'illegittimità dell'apposizione del termine; d) i dipendenti a tempo determinato "stabilizzati" non ricevono un gratuito beneficio, ma sono piuttosto discriminati, nel caso in cui non conseguano anche il riconoscimento dell'anzianità pregressa. Si tratta di verità alle quali bisogna adeguarsi; ma personalmente continuo a nutrire qualche dubbio sulla loro fondatezza.».

pertinente prevede che un'indennità di cessazione del contratto di lavoro sia concessa ad altre categorie di lavoratori a tempo determinato.

E' abbastanza evidente, quindi, che la Corte di giustizia con le contestuali sentenze *Martínez Andrés e Castrejana López e de Diego Porras* sia ritornata sui propri passi, ripudiando gli errori interpretativi "di incompetenza politico-istituzionale" commessi con le due ordinanze *Vino* (e con la sentenza *Mangold*) e con l'ordinanza *Rivas Montes*, estendendo la comparazione delle situazioni contrattuali e applicando il principio di uguaglianza e non discriminazione anche in orizzontale tra varie tipologie di contratti a tempo determinato, nell'ambito "generale" di applicazione della direttiva 1999/70/CE che si estende anche all'unico contratto a tempo determinato di tipo occasionale e di breve durata³⁸ (così come era un unico contratto a tempo determinato di durata superiore a sette anni quello stipulato dalla sig.ra de Diego Porras per sostituire un'unica lavoratrice assente per ininterrotto congedo sindacale).

8. La sentenza *Pérez López* della Corte di giustizia sulla riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi illegittimi nel pubblico impiego sanitario, in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro

Il completamento della giurisprudenza comunitaria sulla direttiva 1999/70/CE e la tutela effettiva del precariato pubblico lo ritroviamo nella terza sentenza *Pérez López* del 14 settembre 2016 che, con sapiente scelta, è stata l'unica ad essere oggetto di analisi nel comunicato stampa da parte del servizio di cancelleria della Corte di giustizia (che cita le altre due in nota), pur essendo, sostanzialmente, la meno importante o la meno significativa delle tre decisioni contestuali, ad una delle quali espressamente rimanda al punto 67, cioè alla sentenza *de Diego Porras*.

Come in una delle due ordinanze di rinvio pregiudiziale riunite e decise dalla sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, il caso esaminato nel procedimento principale dal Tribunale amministrativo di Madrid riguarda il precariato pubblico sanitario spagnolo di lunga durata.

In particolare, risulta dalla sentenza *Pérez López* che la sig.ra María Elena Pérez López è stata assunta in qualità di infermiera all'ospedale universitario di Madrid con contratto di lavoro "occasionale" di diritto pubblico con un rapporto iniziale dal 5 febbraio al 31 luglio 2009, giustificato dalla «realizzazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria». L'iniziale contratto a tempo determinato è stato rinnovato sette volte, mediante contratti a tempo determinato redatti in modo identico, fino al 31 marzo 2013, per una durata complessiva ininterrotta di oltre quattro anni.

Durante l'ultimo dei sette rinnovi contrattuali, relativo al periodo dal 1° gennaio 2013 al 31 marzo 2013, il Ministero regionale dell'Economia e delle Finanze di Madrid ha emesso l'ordinanza del 28 gennaio 2013 che impone, al fine di ridurre la spesa pubblica, la cessazione del rapporto di lavoro del personale reclutato occasionalmente alla data di scadenza della nomina nonché la liquidazione dei pagamenti corrispondenti al periodo per il quale i servizi sono stati prestati, compresi i casi in cui sia già stata prevista, per il futuro, una nuova nomina a favore del medesimo lavoratore.

In applicazione della suddetta ordinanza la sig.ra Pérez López è stata informata, l'8 marzo 2013, della cessazione del rapporto di lavoro che la legava al servizio sanitario di Madrid, con effetto dal 31 marzo 2013. Il 21 marzo 2013, l'amministrazione le ha tuttavia comunicato la sua nuova nomina, identica alle precedenti e senza interruzione rispetto alle stesse, per il periodo dal 1° aprile al 30 giugno 2013.

³⁸ Cfr. sul punto, Corte giust. UE, I Sez., sentenza 22 aprile 2010, in causa C-486/08 *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirol*.

Il 30 aprile 2013 la sig.ra Pérez López ha presentato un ricorso gerarchico avverso tale ordinanza di cessazione del rapporto di lavoro nonché avverso la sua nuova nomina in qualità di personale con inquadramento statutario occasionale. Trascorso il periodo legale per poter considerare il ricorso gerarchico come respinto in ragione del silenzio dell'amministrazione competente, la lavoratrice ha presentato, il 13 settembre 2013, un ricorso giurisdizionale dinanzi al Tribunale amministrativo n.4 di Madrid (e non al Tribunale del lavoro, ritenuto evidentemente, non a torto, meno garantista), a sostegno del quale ha affermato, in sostanza, che le sue successive nomine non avevano quale scopo quello di rispondere ad un bisogno congiunturale o straordinario dei servizi sanitari, ma corrispondevano, in realtà, ad un'attività permanente. Pertanto, la successione di contratti a durata determinata conclusi con la medesima costituirebbe una frode alla legge e dovrebbe comportare una riqualficazione del suo rapporto di lavoro.

Secondo il Tribunale amministrativo giudice del rinvio, la legislazione nazionale in causa, e più in particolare l'art.9 dello statuto quadro del personale con inquadramento statutario dei servizi sanitari, non contiene misure che limitino in modo effettivo l'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, esattamente come avveniva in Italia per il settore sanitario con l'art.10, comma 4-ter, D.Lgs. n.368/2001 fino al 24 giugno 2015 e ora con l'art.29, comma 2, lett.c), del D.Lgs. n.81/2015 con decorrenza dal 25 giugno 2015.

Infatti, benché sia prevista una durata massima del rapporto di lavoro del personale reclutato occasionalmente, spetterebbe all'amministrazione valutare liberamente le ragioni che giustificano l'uso dei contratti a tempo determinato nonché l'opportunità di creare un posto permanente che risponda alle esigenze dei servizi sanitari. Nell'ipotesi in cui un tale posto fosse creato, la situazione di precarietà dei lavoratori permarrrebbe, dal momento che l'amministrazione avrebbe la possibilità di ricorrere ai suddetti posti per l'assunzione di personale a termine per copertura di posto, senza limitazioni circa la durata o il numero di rinnovi dei contratti di lavoro a tempo determinato di tali lavoratori.

La Corte di giustizia nella sentenza **Pérez López** ha così risposto al Tribunale amministrativo di Madrid dopo diciotto mesi di "gestazione" delle questioni pregiudiziali, senza trattazione orale e senza conclusioni scritte dell'Avvocato generale, e dopo il rigetto dell'istanza di giudizio accelerato proposta dal giudice del rinvio per l'elevato numero del contenzioso pendente sulla questione (esattamente come avvenne nelle cause *Affatato* C-3/10 e *Vino* C-20/10 sulle richieste di procedura pregiudiziale "d'urgenza" fatte rispettivamente dal Tribunale di Rossano sul precariato pubblico sanitario e dal Tribunale di Trani sul precariato pubblico di Poste italiane dei contratti acausali ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, D.Lgs. n.368/2001):

«1) La clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta a che una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, sia applicata dalle autorità dello Stato membro interessato in modo tale che: – il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, nel settore pubblico sanitario, sia considerato giustificato da «ragioni obiettive» ai sensi di tale clausola poiché detti contratti sono basati su disposizioni di legge che consentono il rinnovo per assicurare la prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria, mentre, in realtà, tali esigenze sono permanenti e durature; – non esista alcun obbligo per l'amministrazione competente di creare posti strutturali che mettano fine all'assunzione di personale con inquadramento statutario occasionale e che gli sia permesso di destinare i posti strutturali creati all'assunzione di personale «a termine», in modo tale che la situazione di

precarietà dei lavoratori perduri, mentre lo Stato interessato conosce un deficit strutturale di posti per il personale di ruolo in tale settore.

2) La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che compare in allegato alla direttiva 1999/70, deve essere interpretata nel senso che essa non si oppone, in via di principio, ad una normativa nazionale che impone che il rapporto contrattuale termini alla data prevista dal contratto a tempo determinato e che si proceda alla liquidazione di ogni pagamento, senza che ciò escluda un'eventuale nuova nomina, a condizione che detta normativa non sia di natura tale da rimettere in causa l'obiettivo o l'efficacia pratica di tale accordo quadro, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

3) La Corte di giustizia dell'Unione europea è manifestamente incompetente a rispondere alla quarta questione proposta dallo Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 4 de Madrid (tribunale amministrativo n. 4 di Madrid, Spagna).».

Per risolvere le questioni pregiudiziali la Corte di giustizia nella sentenza *Pérez López* si affida soprattutto alle sentenze "italiane" *Mascolo* (citata ben 17 volte) e *Fiamingo* (citata 12 volte), oltre alla sentenza "spagnola" *Márquez Samohano* (citata 7 volte) e alla sentenza "tedesca" *Küciük* (citata nove volte), nonché alle "storiche" sentenze "greche" *Adeneler* (citata 3 volte) e *Angelidaki* (citata 7 volte), con particolare riferimento, naturalmente, alla nozione di ragioni oggettive temporanee e non strutturali come condizione "immanente" di legittima apposizione del termine contrattuale al rapporto di lavoro, in mancanza delle altre due misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della clausola di durata e del numero massimo dei rinnovi.

Per quanto riguarda la controversia oggetto del procedimento principale, la Corte di Lussemburgo nella sentenza *Pérez López* al punto 41 rileva che la normativa nazionale pertinente determina in modo preciso le condizioni nelle quali contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi possono essere conclusi. Infatti, il ricorso a tali contratti è permesso, in forza dell'art.9, comma 3, dello statuto quadro del personale con inquadramento statutario dei servizi sanitari, secondo i casi, qualora si tratti di prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria, quando ciò sia necessario per garantire il funzionamento permanente e continuato di centri sanitari o qualora si tratti di fornire servizi complementari per compensare la riduzione del normale orario di lavoro.

Secondo la Corte, la suddetta disposizione precisa ulteriormente che, se sono effettuate più di due nomine per la prestazione dei medesimi servizi per un periodo complessivo pari o superiore a dodici mesi nell'arco di due anni, l'amministrazione competente deve studiare le cause di tali nomine e valuta l'opportunità di creare un ulteriore posto strutturale (sentenza *Pérez López*, punto 42).

Ne consegue che la normativa nazionale in causa nel procedimento principale non detta un'autorizzazione generale e astratta a ricorrere a successivi contratti di lavoro a tempo determinato, ma limita la conclusione di tali contratti al fine di soddisfare, in sostanza, esigenze provvisorie (sentenza *Pérez López*, punto 43), e quindi non è formalmente in contrasto con la clausola 5 dell'accordo quadro quando le ragioni oggettive sono rivolte alla sostituzione del personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Come già affermato nella sentenza *Mascolo* per la scuola pubblica italiana, in un'amministrazione, quale il settore della sanità pubblica, che dispone di un organico significativo, è inevitabile che si rendano necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficino di congedi per malattia, per maternità, parentali o altri. La sostituzione temporanea di dipendenti in tali circostanze può costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto

1, lettera a), dell'accordo quadro, che giustifica sia la durata determinata dei contratti conclusi con il personale sostitutivo, sia il rinnovo di tali contratti in funzione delle esigenze emergenti, fatto salvo il rispetto dei requisiti fissati al riguardo dall'accordo quadro (sentenza *Pérez López*, punto 45).

Tuttavia, secondo la Corte di giustizia **non si può ammettere che contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in modo permanente e duraturo, di compiti nel servizio sanitario che appartengono alla normale attività del servizio ospedaliero ordinario** (sentenza *Pérez López*, punto 47).

A tale riguardo, la Corte si affida alla situazione concreta rappresentata dal giudice del rinvio anche attraverso l'istanza di giudizio accelerato ed evidenzia che le successive nomine della sig.ra Pérez López al fine di garantire servizi sanitari ospedalieri non sembravano costituire mere esigenze provvisorie del datore di lavoro. Tale constatazione, secondo la Corte, è corroborata dalla valutazione del giudice del rinvio che qualifica la copertura di posti nel settore dei servizi sanitari mediante nomine di personale con inquadramento statutario a termine un «male endemico», e che stima che circa il 25% dei 50 000 posti della dotazione organica del personale medico e sanitario della regione madrileniana siano occupati da personale assunto con nomine di carattere occasionale di durata media da cinque a sei anni, ma che alcune di queste superano i quindici anni di prestazioni ininterrotte di servizi (sentenza *Pérez López*, punti 50-51).

Quindi, come già fatto nella sentenza *Márquez Samohano* e nella sentenza *Mascolo*, la Corte di giustizia valorizza le ragioni oggettive della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro rispetto alle altre due misure (e in assenza delle stesse) per rilevare il contrasto con la direttiva 1999/0/CE di una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, quando essa sia applicata dalle autorità dello Stato membro interessato in modo tale che il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, nel settore pubblico sanitario, sia considerato giustificato da «ragioni obiettive» poiché detti contratti sono basati su disposizioni di legge che consentono il rinnovo per assicurare la prestazione di specifici servizi di natura temporanea, congiunturale o straordinaria mentre, in realtà, tali esigenze sono permanenti e durature (sentenza *Pérez López*, punto 52).

Inoltre, **per quanto riguarda la discrezionalità dell'amministrazione quando si tratta di creare posti strutturali, la Corte ricorda che l'esistenza di una tale modalità, che permette di creare un posto fisso, analogamente a quella di convertire un contratto a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, è suscettibile di costituire un rimedio efficace contro l'uso abusivo dei contratti temporanei** (sentenza *Pérez López*, punto 53): questo passaggio argomentativo ricorda molto quello della sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale sulla “lungimiranza” del legislatore nazionale della legge n.107/2015 nel disporre la stabilizzazione di tutti i docenti precari nella scuola pubblica.

La parte più interessante e “innovativa” della sentenza *Pérez López* è, paradossalmente, quella in cui risolve con la declaratoria di incompetenza la quarta e ultima questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale amministrativo di Madrid, che domanda, in sostanza, se la clausola 4 dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che essa si oppone ad una normativa nazionale, quale quella in causa nel procedimento principale, che nega ogni indennità di risoluzione del contratto di lavoro del personale con inquadramento statutario occasionale di diritto pubblico, mentre una tale indennità è concessa ai lavoratori comparabili nell'ambito dei contratti di lavoro occasionali di diritto privato.

Il giudice del rinvio utilizza, dunque, come *tertium comparationis* per l'applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro ai lavoratori a tempo determinato non lavoratori a tempo indeterminato quali i lavoratori di ruolo della sanità pubblica di diritto pubblico (come nella causa *Rivas Montes*) o i

lavoratori a tempo indeterminato “permanententi” di diritto privato (come nella causa *de Diego Porras* e nella causa *Martínez Andrés e Castrejana López*), ma i lavoratori a tempo determinato occasionali di diritto privato.

A questi ultimi, in caso di abusivo utilizzo per superamento della clausola di durata (due anni) i rapporti a tempo determinato successivi si trasformano a tempo indeterminato, cioè in contratti a tempo indeterminato “permanententi” di diritto privato.

E’ la stessa modalità di comparazione che era stata utilizzata dal Tribunale di Trani nell’ordinanza di rinvio della causa *Vino*, senza però mai invocare la clausola 4 dell’accordo quadro ma il principio generale comunitario del divieto di discriminazione, che impone che situazioni analoghe non siano trattate in modo dissimile e che situazioni diverse non siano trattate nello stesso modo, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato (sentenza *Rosado Santana*, punto 65).

Nella causa *Vino* i lavoratori a tempo indeterminato “comparabili” ai sensi della clausola 4 dell’accordo quadro erano stati indicati, in sostanza, dal giudice del rinvio nei lavoratori a tempo determinato di Poste italiane assunti ai sensi dell’art.1, comma 1, D.Lgs. n.368/2001 e riqualificati a tempo indeterminato in sede giudiziale per mancanza di ragioni oggettive che giustificavano l’apposizione del termine. Si tratta della identica situazione giuridica della sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, in cui la Corte di giustizia ha utilizzato per *tertium comparationis* per la reintegrazione nel posto di lavoro il contratto a tempo indeterminato non permanente, cioè un contratto a tempo determinato riqualificato in via amministrativa o in via giudiziale come rapporto a tempo indeterminato “precario”, mentre la stessa giurisprudenza comunitaria nell’ordinanza *León Medialdea* lo qualifica più correttamente come contratto a tempo determinato.

La Corte di giustizia nella sentenza *Pérez López* non ritiene di dover sconfessare le ordinanze *Vino* e *Rivas Montes* (che cita entrambe) e così superare anche formalmente i problemi interpretativi causati dal rifiuto di entrare nella competenza giurisdizionale degli Stati membri per risolvere il precariato pubblico “seriale” di Poste italiane e delle PP.AA. spagnole, e ribadisce quanto precisato nelle due ordinanze che il divieto di discriminazione è stato attuato e concretizzato mediante l’accordo quadro unicamente per quanto riguarda le differenze di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato che si trovano in una situazione comparabile, e che un’eventuale differenza di trattamento tra alcune categorie di personale a tempo determinato, quale quella presentata dal Tribunale amministrativo di Madrid, che si basa non sulla durata determinata o indeterminata del rapporto di lavoro, ma sul suo carattere statutario o contrattuale, non rientra nel divieto di discriminazione consacrato da tale accordo quadro (sentenza *Pérez López*, punti 66-67).

Tuttavia, la Corte di giustizia nella sentenza *Pérez López*, pur dichiarandosi incompetente sulla quarta questione pregiudiziale, fornisce al giudice del rinvio delle precise indicazioni metodologiche per applicare correttamente il divieto di discriminazione come tutelato dalla direttiva 1999/70/CE nell’ipotesi in cui il Tribunale amministrativo constati che i lavoratori assunti in forza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato e che effettuano un lavoro comparabile percepiscono un’indennità di risoluzione del contratto di lavoro, mentre una tale indennità è rifiutata al personale con inquadramento statutario occasionale, tale differenza di trattamento è suscettibile di rientrare nel divieto di discriminazione consacrato alla clausola 4 dell’accordo quadro (punto 68).

All’uopo, **la Corte richiama espressamente in tal senso i punti 37 e 38 della contestuale sentenza *de Diego Porras*, ove i lavoratori a tempo indeterminato “comparabili” sono stati individuati in quelli “permanententi” di diritto privato, come nella sentenza *Carratù* i lavoratori a tempo indeterminato “comparabili” sono stati individuati nei dipendenti a tempo**

indeterminato di Poste italiane licenziati ingiustificatamente nel campo di applicazione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori ante riforma.

Non a caso la Corte di giustizia, per mantenere un delicato equilibrio ermeneutico che evitasse censure formali all'ordinanza *Vino*, non estende il parallelismo all'altra decisione del 14 settembre 2016, la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*, in cui invece il *tertium comparationis* è rappresentato da un vero e proprio contratto a tempo determinato, il contratto a tempo indeterminato non permanente di diritto privato, utilizzato sapientemente soltanto per il contenuto sanzionatorio della reintegrazione nel posto di lavoro previsto per i casi in cui il rapporto di lavoro cessava senza giusta causa.

Infatti, una volta risolto il problema di come il giudice del rinvio potrà comunque applicare la clausola 4 dell'accordo quadro nel tritico interpretativo che comprende anche le altre due decisioni del 14 settembre 2016, la Corte comunitaria agevolmente conclude che la differenza di trattamento oggetto della quarta questione posta dal giudice del rinvio non rientra nell'ambito della normativa dell'Unione, nella misura in cui nessun elemento del fascicolo del giudizio pregiudiziale fa emergere che, nel procedimento principale, sussista una differenza di trattamento tra il personale con inquadramento statutario occasionale e il personale a tempo indeterminato.

9. Conclusioni: il dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia ha rafforzato la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari. La centralità “nomofilattica” del Giudice delle leggi nell'ordinanza di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Foggia sul precariato sanitario.

La Corte costituzionale ha dato grande dimostrazione di saggezza, equilibrio, capacità di ascolto delle istanze dei lavoratori precari pubblici, salvaguardando le finanze erariali e ricostruendo in modo eccellente e inequivoco un sistema di garanzie eurounitario dei diritti fondamentali in un settore centrale della vita sociale ed economica del nostro Paese.

La sentenza n.187/2016 del Giudice delle leggi presuppone l'analisi del quadro disastroso degli interventi legislativi e amministrativi sul sistema di reclutamento scolastico “straordinario”, che è stata affrontata compiutamente in altra sede, a cui si rimanda³⁹.

Le tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 rappresentano un tritico di complessiva ed esaustiva sintesi della giurisprudenza comunitaria sulla direttiva 1999/70/CE, che ha riguardato prevalentemente se non esclusivamente, ad eccezione della disastrosa sentenza *Mangold* e della conseguente sentenza *Deutsche Lufthansa*⁴⁰ che ne superò le criticità sulla specifica norma interna tedesca, il precariato pubblico dei principali Stati membri.

Non è casuale che la Corte di Lussemburgo abbia riunito “cronologicamente” giudizi pregiudiziali diversi sul precariato pubblico spagnolo, con aspetti di grave criticità nel sistema di tutele antiabusive e del divieto di discriminazione del tutto simili a quelli causati dalla legislazione italiana sulla flessibilità lavorativa nel pubblico impiego, per deciderli ben oltre i tempi canonici della giustizia comunitaria con tre sentenze “contestuali”.

³⁹ V. De Michele e S. Galleano, *La sentenza “Mascolo” della Corte costituzionale sui precari della scuola*, op.cit., su www.europeanrights.eu.

⁴⁰ Corte giust. UE, II Sez., sentenza 10 marzo 2011, in causa C-126/99 *Deutsche Lufthansa AG* contro *Gertraud Kumpan*.

Infatti, la Corte europea ha atteso la decisione della Corte costituzionale sulla questione della scuola pubblica dopo la sentenza *Mascolo*, cioè ha atteso il superamento di quel divieto assoluto di “conversione” nel pubblico impiego che aveva espresso, peraltro su una vicenda marginale e limitata rispetto al valore generale che invece è stata ad essa assegnato, nella sentenza n.89/2003 del Giudice delle leggi, censurata dal Tribunale di Genova come in contrasto con la direttiva 1999/70/CE con l’ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa Marrosu-Sardino C-53/04.

Alla fine, hanno avuto ragione i Tribunali di Genova, Rossano Calabro, Trani, Napoli, Aosta e ora Trapani, e sicuramente ha avuto ragione la Consulta nella fondamentale ordinanza di rinvio pregiudiziale sulla scuola pubblica, uscendo trionfalmente dall’agone comunitario e dal dialogo diretto con la Corte di giustizia.

La sentenza “a valenza normativa” n.187/2016 della Corte costituzionale e le sentenze “di sostegno” istituzionale alla stabilità lavorativa *de Diego Porras, Martínez Andrés e Castrejana López, Pérez López* della Corte di giustizia costituiscono un combinato disposto che andrà applicato con decisione e con fermezza dai giudici nazionali italiani e spagnoli di merito e questo sarà il momento più difficile, perché chi non ha capito il prima, difficilmente sarà in grado di comprendere il dopo, con particolare riferimento alla sentenza n.5072/2016 Sezioni unite della Cassazione, che costituisce il trittico dei gravissimi errori di interpretazione della normativa europea, già censurati dall’ordinanza *Papalia* (per la sentenza n.392/2012) e dalla sentenza *Mascolo* (per la sentenza n.10127/2012) e ora cassati dalla Corte costituzionale, dal Tribunale di Trapani e dalla Corte di giustizia in meno di due mesi.

«Il primato del diritto comunitario e la esclusività della giurisdizione costituzionale nazionale, in un sistema accentrato di controllo di costituzionalità, impongono delicati equilibri» (cfr. Corte cost., sentenza n.187/2016), che potranno essere meglio raggiunti dal Giudice delle leggi quando dovrà occuparsi della sanzione effettiva (stabilizzazione) in materia di precariato pubblico sanitario, possibilmente prima che la Corte di giustizia si pronunci sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Trapani con l’ordinanza del 5 settembre 2016.

Infatti, questa ritrovata centralità della Corte costituzionale nel dialogo con le Corti sovranazionali è stata colta dal Tribunale di Foggia⁴¹ che, con la recentissima ordinanza del 26 ottobre 2016, ha sollevato la seguente complessa questione di legittimità costituzionale delle norme ostative alla riquilificazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine successivi dei lavoratori pubblici alle dipendenze di aziende sanitarie: *«Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt.10, comma 4-ter, del D.Lgs. 6 ottobre 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*

⁴¹ Est. De Simone.

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 ogni caso il dato è tratto, la stabilizzazione di tutti i precari pubblici è la meta da raggiungere, di danno comunitario o extracomunitario o di altre amenità di questo genere se ne parlerà sempre di meno, fino all’oblio che tali invenzioni “catacombali” o di necrologia giuridica meritano.

Purtroppo, dopo tanti (troppi) errori *in subiecta materia*, il ruolo della Cassazione come giudice della nomofilachia autentica delle leggi nazionali esce fortemente ridimensionato e svilito; speriamo che si tratti di un momento ermeneutico difficile “a tempo determinato” e per non ben chiare “ragioni organizzative” del contenzioso seriale nei confronti dello Stato.
