

**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**

di  
Vincenzo De Michele

**INDICE**

**1. L'impervio percorso della tutela dei diritti fondamentali dei precari pubblici nella giurisprudenza Ue fino alla sentenza "integrata" Mascolo-Fiamingo**

**2. La disciplina del contratto a tempo determinato alle dipendenze di datori di lavoro privati dal d.lgs. n.368/2001 all'art.1344 c.c. e alla legge n.230/1962: le sentenze "combinata" della Corte di giustizia e della Cassazione sul lavoro marittimo e l'annullamento del Jobs act n.1 (Decreto Poletti)**

- a) Le ordinanze di rinvio della Cassazione sul lavoro marittimo
- b) Misure "preventive" processuali dell'avvocatura del libero foro a difesa della posizione della Cassazione sulla causalità dal 1° contratto nella causa Fiamingo
- c) Pregi pro labour e pasticci pro Jobs act n.1 della sentenza Fiamingo
- d) Pregi pro labour delle ordinanze di rinvio della Cassazione e della sentenza Fiamingo sul lavoro marittimo
- e) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: l'invasione del campo interpretativo della Cassazione
- f) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: l'errore di fatto e di diritto sull'unico contratto a tempo determinato
- g) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: la "nuova" nozione di contratti successivi di favore ferroviario contra Adeneler
- h) L'ordinanza di rettifica di "errore materiale" della sentenza Fiamingo e l'interpello di "favore materiale" del Ministero del lavoro
- i) La Cassazione sul lavoro marittimo e la scelta necessaria al bivio tra rispetto della nomofilachia e accettazione degli errori della Corte di giustizia e delle imposizioni del legislatore
- l) La scelta della Cassazione di non applicare al lavoro marittimo il D.lgs. n.368/2001 per .....inutilità da sopravvenuta decozione
- m) La scelta della Cassazione di applicare al lavoro marittimo le norme del codice della navigazione, in via condizionale
- n) La sentenza della Cassazione sul lavoro marittimo e la nozione "onnicomprensiva" di contratto in frode alla legge ai sensi dell'art.1344 c.c.: la fine del "nuovo" D.lgs. n.368/2001 e del Jobs act n.1. La dottrina italiana sul caso Küçük

**3. L'evoluzione della normativa interna dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art.97, comma 3, Cost. fino all'art.117, comma 1, Cost. nella giurisprudenza comunitaria fino alla sentenza Mascolo.**

- a) La stabilizzazione del precariato pubblico già nella sentenza “integrata” *Carratù-Mascolo*
- b) La Cassazione nega la rilevanza della sentenza *Carratù-Papalia* ai fini della stabilizzazione del precariato pubblico, richiamando l'art.97, comma 3, Cost.
- c) L'evoluzione caotica della disciplina del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego italiano scolastico e non scolastico fino alla sentenza *Mascolo*
- d) La Corte costituzionale e la manipolazione interpretativa dell'art.97, comma 3, Cost. tra controlimiti e dialogo con la Corte di giustizia
- e) La sentenza *Valenza* e l'ordinanza *Bertazzi* della Corte di giustizia interpretano (e applicano) correttamente gli artt.97, comma 3, e 3 Cost nei confronti degli *ex* precari delle Autorità indipendenti
- f) La 1ª ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Genova sul precariato pubblico sanitario
- g) La provvisoria risposta della Corte di giustizia alle ordinanze del Tribunale di Genova nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*
- h) L'interrogazione della parlamentare europea *Rita Borsellino* sul precariato pubblico scolastico e la risposta della Commissione europea e del Governo italiano sull'applicazione “integrale” dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001
- i) L'ordinanza pregiudiziale *Affatato* del Tribunale di Rossano sulla mancanza di misure preventive antiabusive per tutto il precariato pubblico
- l) La giurisprudenza della Cassazione sul precariato pubblico del 2012
- m) Il *punctum dolens* della *querelle*: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria?
- n) L'ordinanza di rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia
- o) Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele
- p) L'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia ricostruisce la nomofilachia europea sulla direttiva 1999/70/CE in materia di tutela del precariato pubblico
- q) La nozione di organismo statale degli Enti pubblici “economici” e l'applicazione della disciplina privatistica: la sentenza “fantasma” *Carratù* della Cgue

**4. La sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia sul precariato pubblico, l'art.117, comma 1, della Costituzione, l'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001 e il principio di leale cooperazione dello Stato italiano con le Istituzioni europee**

- a) La quasi scontata sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia e la normativa interna applicabile ai precari pubblici: l'art.117, comma 1, Cost.

- b) Il principio di leale cooperazione tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali nella sentenza Mascolo**
- c) La misura “energica” adeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti a termine nel pubblico impiego: l’art.5, comma 4 bis, D.lgs. 368/2001**
- d) L’art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001, l’ordinanza Affatato e l’obbligo di leale cooperazione della Cassazione**

**5. Conclusioni: la responsabilità etica, sociale e civile della Curia italiana tra interpretazione conforme, disapplicazione, risarcimento del danno per mancata o parziale, sopravvenuta o genetica, attuazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutti (o solo di parte) dei lavoratori a tempo determinato in particolare e con rapporto flessibile in generale**

- a) La mancata o parziale, sopravvenuta o genetica, attuazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutti (o solo di parte) dei lavoratori con rapporto temporaneo**
- b) La mancata o parziale attuazione della direttiva comunitaria nel caso dei medici specializzandi e il risarcimento del danno per violazione degli obblighi di recepimento**
- c) Le soluzioni giudiziarie tra interpretazione conforme, disapplicazione delle norme sopravvenute e risarcimento del danno specifico per violazione della normativa comunitaria**

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

## 1. L'impervio percorso della tutela dei diritti fondamentali dei precari pubblici nella giurisprudenza Ue fino alla sentenza "integrata" Mascolo-Fiamingo

1. E' un rivoluzione copernicana? No, non mi riferisco al *Jobs act* e ai due schemi di decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti e sugli ammortizzatori sociali approvati dal Governo come frettolosa strenna prenatalizia in attuazione della legge delega n.183/2014, e ancora in via di "ridefinizione". **Sto parlando della sentenza Mascolo<sup>1</sup>** della Corte di giustizia dell'Unione europea, che va letta in combinato disposto con la **sentenza Fiamingo<sup>2</sup>** della stessa Corte di Lussemburgo con lo stesso Collegio a 5 Giudici - richiamata ben 19 volte nella sentenza *Mascolo* -, mentre la sentenza *Fiamingo* va a sua volta letta ed "interpretata" alla luce delle fondamentali e recentissime sentenze della **Cassazione sul lavoro marittimo<sup>3</sup>**, rese in sede di riassunzione dopo il rinvio pregiudiziale.

2. Anzi, per essere più precisi, con la decisione *Mascolo* della Corte di giustizia del 26 novembre 2014 **su tutto il precariato pubblico italiano<sup>4</sup>**, in combinato disposto con la sentenza *Fiamingo* della CGUE e le sentenze della Cassazione dell'8 gennaio 2015 **su tutto il precariato privato dopo il decreto Poletti** (D.L. n.34/2014, c.d. *Jobs act* n.1) si sono realizzati contestualmente tre obiettivi, un tempo inimmaginabili nella loro anche singola maturazione:

- una **rivoluzione copernicana** nella **giurisprudenza della Corte di giustizia**, che per la prima volta si "sporca le mani" negli affari interni di uno Stato membro, con una decisione che ha già avuto, anche prima della sua pubblicazione, riflessi strutturali positivi sull'ordinamento interno;
- una **rivoluzione copernicana** nella **gerarchia giudiziaria tra Giudici di merito e Alte Corti nazionali di ultima** (Cassazione e Consiglio di Stato) e di "quasi" ultima (Corte costituzionale) **istanza**, con una netta valorizzazione e responsabilizzazione operativa della nomofilachia autentica della Cassazione e una radicale svalutazione del giudizio incidentale di costituzionalità, quando si controverta di diritti fondamentali che entrano nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea;
- la prima vera  **riforma costituzionale "a Costituzione invariata"**, che riguarda quantomeno i seguenti articoli della Carta fondamentale, poco valorizzati o costantemente travisati dalla giurisprudenza costituzionale dal 2000 all'attualità: **1, 3, 4, 24, 81, 97, commi 1 e 3, 111 e 117, comma 1.**

3. D'altra parte, deve necessariamente essere **strategica e di "sistema" una sentenza**, come quella **"integrata" Mascolo-Fiamingo**, che si occupa della situazione di precarietà lavorativa di centinaia di migliaia di persone che operano sia nel "pubblico" impiego italiano che alle dipendenze di datori di lavoro privato, la cui normativa applicabile (più volte compulsivamente modificata) è già stata oggetto direttamente di numerosissime "pronunzie" della Corte di giustizia che, in ordine cronologico esaustivo e, si spera, definitivo, sono:

- la sentenza *Viscido*<sup>5</sup> del 7 maggio 1998 sulla 1<sup>a</sup> norma di favore erariale (art. 9, comma 21, D.L. n.510/1996) relativa ai contratti a termine di Poste italiane;
- la sentenza *Vitari*<sup>6</sup> del 9 giugno 2000 sull'applicazione della legge n.230/1962 anche agli agenti contrattuali della Commissione CE in Italia;
- la sentenza sui *lettori universitari*<sup>7</sup> del 26 giugno 2001;
- la sentenza *sulla discriminazione dei lavoratori comunitari nei concorsi per l'assunzione di personale docente*<sup>8</sup> del 12 maggio 2005;
- le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*<sup>9</sup> del 7 settembre 2006 sul precariato pubblico italiano nell'apparente cono d'ombra dell'art.97, comma 3, 1<sup>a</sup> parte, Cost.;
- la sentenza sulla *discriminazione dell'anzianità professionale dei lavoratori comunitari nell'assunzione nel pubblico impiego scolastico*<sup>10</sup> del 26 ottobre 2006;
- la sentenza *Sorge*<sup>11</sup> del 24 giugno 2010 sul "sostitutivo Poste" e la clausola generale dell'art.1, comma 1, D.lgs. n.368/2001, cioè la 2<sup>a</sup> norma di favore sui contratti a termine dell'impresa pubblica;
- l'ordinanza *Affatato*<sup>12</sup> del 1<sup>o</sup> ottobre 2010 sul precariato pubblico italiano (sanità, scuola, Iu, Poste italiane) totalmente privo di tutele effettive e con l'unica sanzione antiabusiva adeguata dell'art. 5, comma 4 *bis*, D.lgs. n.368/2001;
- la 1<sup>a</sup> ordinanza *Vino*<sup>13</sup> dell'11 novembre 2010 sulla causale "finanziaria Poste" dell'art.2, comma 1 *bis*, D.lgs. n.368/2001, cioè la 3<sup>a</sup> norma di favore sui contratti a termine dell'impresa pubblica;
- la 2<sup>a</sup> ordinanza *Vino*<sup>14</sup> del 22 giugno 2011, sempre sull'art.2, comma 1 *bis*, D.lgs. n.368/2001;
- la sentenza *Sibilio*<sup>15</sup> del 15 marzo 2012, sulla tutela effettiva dei lavoratori socialmente utili;
- la sentenza *Valenza*<sup>16</sup> del 18 ottobre 2012, sull'erronea interpretazione del Consiglio di Stato dell'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e la presunta discriminazione indiretta in favore dei raccomandati *ex* precari dell'AGCM;
- la 1<sup>a</sup> ordinanza *Bertazzi*<sup>17</sup> del 7 marzo 2013, sull'erronea interpretazione del Consiglio di Stato dell'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e la presunta discriminazione indiretta in favore dei raccomandati *ex* precari dell'AEEG;
- la sentenza *Della Rocca*<sup>18</sup> dell'11 aprile 2013, sul contratto di somministrazione a tempo determinato e la mancanza di disciplina sanzionatoria nei confronti delle agenzie interinali;
- la sentenza *Carratù*<sup>19</sup> del 12 dicembre 2013, sull'art.32, commi 5, 6 e 7, legge n.183/2010, cioè la 4<sup>a</sup> norma di favore sui contratti a termine di Poste italiane;
- l'ordinanza *Papalia*<sup>20</sup> del 12 dicembre 2013, sull'erronea interpretazione della Cassazione (sentenza n.392/2012) dell'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e la mancanza di effettività sanzionatoria dell'art.36, comma 5, D.lgs. n.165/2001;
- l'ordinanza *D'Aniello*<sup>21</sup> del 30 aprile 2014, sempre sull'art.32, commi 5, 6 e 7, legge n.183/2010 e sulla norma interpretativa dell'art.1, comma 13, legge 92/2012;
- la sentenza *Fiamingo* del 3 luglio 2014, sulla tutela effettiva dei lavoratori marittimi a tempo determinato;
- la 2<sup>a</sup> ordinanza *Bertazzi*<sup>22</sup> del 4 settembre 2014, sulla presunta discriminazione indiretta in favore dei raccomandati *ex* precari dell'AEEG;
- infine, la sentenza *Mascolo* in commento, che, sinteticamente, verte sull'erronea interpretazione della Corte costituzionale (ordinanza n.207/13) dell'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e della Corte di cassazione (sentenza n.10127/12) delle sentenze *Angelidaki*<sup>23</sup> e *Küciük*<sup>24</sup> della Corte di Lussemburgo, affermando invece la correttezza e la "lealtà" dell'interpretazione dell'ordinanza *Affatato* da parte della stessa Corte

costituzionale (ordinanza n.206/2013) e, ovviamente, del Tribunale di Napoli nelle quattro ordinanze di rinvio.

**4.** Sono sicuramente **troppi ventuno provvedimenti** riguardanti la riqualificazione del **precariato pubblico in Italia**, comprese le otto cause dell'impresa pubblica Poste italiane (le sentenze *Viscido*, *Sorge*, *Della Rocca* e *Carratù*, le due ordinanze *Vino* e le ordinanze *Affatato in parte qua* e *D'Aniello*), le tre cause riunite dell'impresa pubblica Rete Ferroviaria italiana (la sentenza *Fiamingo*) e la sentenza *Sibilio* sui lavoratori socialmente utili, laddove cioè il rapporto di lavoro è comunque alle "dipendenze" di una pubblica amministrazione o di un organismo di diritto pubblico, quanto meno sotto il profilo dell'applicazione della previdenza del pubblico impiego (come accade, appunto, per i dipendenti di Poste italiane e, almeno per l'indennità di disoccupazione fino al 1° gennaio 2009, per i dipendenti di Rete Ferroviaria italiana). Solo tre provvedimenti (le sentenze *Viscido* e *Vitari* e quella sui lettori universitari) riguardano fattispecie che entrano nel campo di applicazione dell'abrogata legge n.230/1962. **Quattro decisioni** riguardano specificamente il carattere discriminatorio subito dai **supplenti della scuola pubblica statale**, cioè le sentenze del 12 maggio 2005 e del 26 ottobre 2006, la sentenza *Mascolo* e l'ordinanza *Affatato* sui quesiti che riguardano la scuola statale). **Sette decisioni** riguardano, invece, il sistema sanzionatorio effettivo in materia di **precariato pubblico non scolastico statale**, cioè le sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, le ordinanze *Affatato* e *Papalia*, le sentenze *Sibilio*, *Carratù* e *Mascolo* (sull'ordinanza *Russo* nella causa C-63/13), di cui tre attengono al precariato sanitario e tre al precariato degli Enti locali.

**5.** Si potrebbe, allora, ragionevolmente sperare in una fase non transitoria di **pacificazione interpretativa attraverso il dialogo interattivo tra la Corte comunitaria e i Giudici nazionali** sulla **disciplina interna preventiva e sanzionatoria** applicabile ai lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in caso di **abusivo utilizzo?**

**6.** **Tutti gli interpreti nazionali**, avvocati, giudici e accademici, hanno la responsabilità giuridica **di orientarsi per trovare soluzioni positive di consolidamento ermeneutico della tutela dei lavoratori flessibili**, dal momento che dalla lettura sistematica, logica, analitica e letterale della sentenza *Mascolo* e di tutta la giurisprudenza comunitaria in materia di interpretazione delle clausole 1, 2, 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva 1999/70/CE non è possibile ricavare un argomento serio e rigoroso, sul piano giuridico-etico, per escludere che anche in Italia **si debba riqualificare i rapporti di lavoro precario alle dipendenze della pubblica amministrazione** (oltre che dei datori di lavoro privati) alle condizioni fissate dalla legislazione interna, come ricostruita dalla giurisprudenza nei suoi principi civilistici, intendendo per **riqualificazione** non soltanto il riconoscimento dei diritti economici, normativi e previdenziali nella misura prevista all'interno del rapporto per i lavoratori subordinati a tempo indeterminato comparabili, ma anche la **stabilità "in uscita"**.

\*\*\*\*\*

**2. La disciplina del contratto a tempo determinato alle dipendenze di datori di lavoro privati dal d.lgs. n.368/2001 all'art.1344 c.c. e alla legge n.230/1962:**

## **le sentenze “combinate” della Corte di giustizia e della Cassazione sul lavoro marittimo e l’annullamento del Jobs act n.1 (Decreto Poletti)**

7. Come è ormai notorio, il D.lgs. n. 368/2001 dall’entrata in vigore all’attualità è stato progressivamente svuotato del suo campo di applicazione, con norme che sono state inserite quasi tutte nel corpo del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE come reazione del legislatore a pronunce ritenute “favorevoli” o “sfavorevoli” nei confronti delle pubbliche amministrazioni, **escludendo** dalle misure preventive della clausola 5 dell’accordo quadro comunitario **le seguenti categorie di lavoratori o i seguenti settori:**

- **gli operai agricoli a tempo determinato** (art. 10, co. 2, già nel testo originario), pur essendo già privi di qualsiasi strumento di tutela nella riassunzione sia per la soppressione del collocamento agricolo sia per l’abrogazione del diritto di precedenza legale in caso di lavoro stagionale;
- **i rapporti** instaurati con le **aziende** che esercitano il **commercio di esportazione, importazione ed all’ingrosso di prodotti ortofrutticoli** (art. 10, co. 5, già nel testo originario);
- **i dirigenti** con contratto a tempo determinato fino ad un massimo di 5 anni (art. 10, co. 4, nel testo originario);
- **l’assunzione diretta di manodopera per l’esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni nei settori del turismo e dei pubblici esercizi** (art. 10, co. 3, nel testo originario);
- **gli addetti al recapito e alla logistica di Poste italiane** (art. 2, comma *1 bis*, norma inserita dalla legge finanziaria 266/2005 con decorrenza dal 1° gennaio 2006, dopo la sentenza *Mangold*<sup>25</sup>);
- **i richiami in servizio del personale volontario** del Corpo nazionale dei **vigili del fuoco** (art. 10, co. 1, lett. *c-bis*, aggiunto dalla L. n. 183/2011 a seguito del contenzioso instaurato per l’utilizzo abusivo dei contratti a termine);
- **i lavoratori assunti a termine per la durata massima di un anno**, in quanto iscritti nelle **liste di mobilità** ai sensi dell’art. 8, co. 2, L.223/1991 (art. 10, co. 1, lett. *c-ter*, aggiunto dal D.L. n. 76/2013, ma già nel testo originario);
- **il personale educativo e scolastico a tempo determinato delle scuole pubbliche gestite dagli Enti locali** (art. 10, co. *4 bis*, 2ª parte, aggiunto dal D.L. 101/2013 come reazione del legislatore all’ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli in causa C-63/13 tra l’insegnante Russo e il Comune di Napoli);
- **il personale docente e ata supplente delle scuole comunali** (art. 10, co. *4 bis*, aggiunto dal D.L. 70/2011 come reazione del legislatore all’ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2010-2124 della Commissione europea sul precariato scolastico);
- **il personale a tempo determinato**, compreso quello con qualifica dirigenziale, alle dipendenze del **Servizio sanitario nazionale** (art. 10, co. *4-ter*, aggiunto dal D.L. 76/2013 come reazione del legislatore all’ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2124-2010 della Commissione europea sul precariato scolastico 1);
- **tutto il personale a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni** (art. 36, commi *5 ter* e *5 quater*, D.lgs. n. 165/2001, introdotti dal D.L. 101/2013 dopo l’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico).

### a) Le ordinanze di rinvio della Cassazione sul lavoro marittimo

**8.** La più efficace descrizione di quanto è accaduto in Italia nel 2001 con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 368/2001 e di quanto si è riproposto con il decreto-legge Poletti n.34/2014 è contenuta nelle tre identiche ordinanze della Suprema Corte di cassazione<sup>26</sup> sull'applicazione dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato alla gente di mare.

**9.** Sostiene la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale che con il D.lgs. n. 368/2001 l'uso del contratto a termine è stato liberalizzato, nel senso che non costituisce più un fatto eccezionale rispetto all'ordinaria assunzione con contratto a tempo indeterminato, essendo tuttavia richiesta sempre la sussistenza e la specificazione delle ragioni giustificative e risultando demandata ai contratti collettivi la previsione di limiti quantitativi. Tuttavia, con la nuova disciplina, secondo il Collegio di legittimità, per poter ritenere che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale, si dovrebbe dimostrare che tale esito risulti compatibile con la portata letterale dell'art. 1 del decreto legislativo attuativo dell'accordo-quadro e la norma risulti isolabile dal contesto europeo, assumendo l'interpretazione "comunitaria" valenza anche costituzionale *ex artt.* 76 e 117, comma 1, Cost.

**10.** Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Suprema Corte nazionale sul lavoro marittimo hanno offerto, allora, alla Corte di giustizia la visione della nomofilachia del *giudice* di ultima istanza rispetto all'assetto normativo di recepimento interno della direttiva 1999/70/CE, con specifico riferimento alla misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee, ricorrendo all'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 1, commi 1 e 2, D.lgs. n. 368/2001, cioè della clausola generale ed astratta (e della sanzione "formale" in caso di mancata specificazione) costruita per sanare "definitivamente" il contenzioso dello Stato-postale sui contratti a tempo determinato, iniziato nel 1995 con la sedicente "privatizzazione" dell'amministrazione pubblica che gestiva e gestisce il servizio postale universale, ma riversatosi copiosamente nelle aule di giustizia della Corte di Lussemburgo con le otto citate decisioni, di cui una nel 1997 e le altre sette in meno di 4 anni da giugno 2010 ad aprile 2014.

**11.** Viene riconosciuto dalla Cassazione il contrasto con la normativa europea del contratto a termine a-causale<sup>27</sup> (che, per comodità espositiva, potremmo definire contratto "postale") o, meglio, trascrivendo i corrispondenti punti di diritto enunciati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Adeneler*<sup>28</sup>, *Del Cerro*<sup>29</sup>, *Angelidaki*, e l'ordinanza *Vassilakis*<sup>30</sup>, di una disposizione generale, in assenza di alcuna relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, che non consentirebbe di stabilire criteri oggettivi e trasparenti, idonei a verificare se la clausola di durata corrisponda ad un'esigenza reale e sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario a tale effetto, così come appare egualmente incompatibile con tali finalità che le esigenze cui rispondono i contratti a termine abbiano di fatto un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, "permanente e durevole".

**12.** Come chiarisce la Suprema Corte nel giudizio di rinvio sul lavoro marittimo, il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art. 1, comma 1 (nel



testo vigente prima della riforma del D.L. n. 34/2014), permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino due *species* indifferenti dello stesso *genus*, il contratto di lavoro subordinato.

**13.** Viceversa, secondo i giudici di legittimità, l'asserita "a-causalità" del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo introdotto dall'originario D.lgs. n. 368/2001, si porrebbe in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato la Cassazione e lo stesso *giudice delle leggi*, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto: così C. cost. n. 214/2009<sup>31</sup>, Cass. n. 12985/2008<sup>32</sup> e Cass. n. 2279/2010<sup>33</sup>.

**14.** Il problema, secondo il *giudice* di ultima istanza, è, allora, quello della verifica dell'applicabilità della direttiva 1999/70/CE – punto di snodo per l'applicazione e corretta interpretazione del D.lgs. n. 368/2001 – anche al lavoro marittimo. E, infatti, laddove si ritenesse la suddetta applicabilità generale e la non conformità delle disposizioni del codice della navigazione ai principi di cui alla direttiva stessa non potrebbe che derivare, specie quanto alla clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro che l'adempimento all'obbligo di prevedere misure idonee ad evitare abusi attuato dal legislatore nazionale con la normativa attuativa del 2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni dell'art. 1, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 368/2001 anche ai rapporti di lavoro della "gente di mare".

#### **b) Misure "preventive" processuali dell'avvocatura del libero foro a difesa della posizione della Cassazione sulla causalità dal 1° contratto nella causa Fiamingo**

**15.** Prevedendo che l'insistenza della Cassazione nelle ordinanze di rinvio sulla causalità necessaria sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato avrebbe irritato la Corte di giustizia dopo l'ennesima discussione sul punto all'udienza del 5 giugno 2013 nella causa *Carratù*<sup>34</sup>, i difensori dei lavoratori marittimi hanno differenziato le posizioni processuali, presentando osservazioni scritte soltanto in una delle tre cause pregiudiziali con un difensore diverso da quello che ha assistito i lavoratori marittimi nei giudizi principali, obbligando così la Cancelleria della Corte comunitaria a trasmettere le osservazioni scritte delle parti anche al difensore dei marittimi che non aveva presentato osservazioni scritte.

**16.** Alla richiesta motivata dell'unico difensore che aveva presentato osservazioni scritte di fissazione di udienza di trattazione orale in data 10 marzo 2014 è seguita la risposta della Corte di giustizia del 18 marzo 2014 (quindi "contestualmente" all'entrata in vigore del D.L. n. 34/2014) che le cause pregiudiziali riunite sarebbero state decise dalla III Sezione senza trattazione orale e senza conclusioni dell'Avvocato generale. Immediatamente, in data 19 marzo 2014 il difensore dei lavoratori marittimi nei giudizi principali ha presentato istanza di trattazione orale motivata anche dal fatto di non aver presentato osservazioni scritte, costringendo così la Corte di Lussemburgo, in base all'art. 76 del Regolamento di procedura, a revocare il precedente provvedimento.

17. Diversamente da quanto era accaduto nella causa *Vino*<sup>35</sup>, si è consentito così la effettiva discussione della controversia all'udienza del 7 maggio 2014 e ai due difensori dei lavoratori marittimi di poter chiarire alla Corte europea tutti gli aspetti controversi della complessa vertenza, nonostante l'assenza dell'avvocato generale in udienza (fatto inusuale, anche perchè è l'avvocato generale che decide, alla fine dell'udienza di trattazione orale, se presentare conclusioni scritte o orali) sottolineasse il fastidio del Collegio per la nuova discussione di una causa italiana con contratti unici a tempo determinato (seppure più volte reiterati).

18. D'altra parte, ci si attendeva la reazione "politica" del legislatore nazionale alle ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione, così come era avvenuto sei anni prima con la sentenza n.12985/2008 della Cassazione, cui sono seguite immediatamente la modifica dell'art.1, comma 1, e l'introduzione dell'art.4 *bis*, d.lgs. n.368/2001, con l'art.21 del d.l. n.112/2008, che nelle intenzioni del normopoietista d'urgenza avrebbero dovuto depotenziarne gli effetti positivi sulla tutela dei diritti dei lavoratori a tempo determinato.

19. Ci si attendeva una risposta "politica", inoltre, perché il legislatore nazionale aveva reagito all'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico con l'ordinanza n.207/2013 nella causa C-418/13, cancellando immediatamente con il d.l. 31 agosto 2013, n.101 tutte le possibilità di tutela effettiva in caso di abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, grazie all'aggiunta all'art.36 del d.lgs. n.165/2001 dei commi 5 *ter* e 5 *quater* e all'esclusione sia della conversione/trasformazione a tempo indeterminato (comma 5 *ter*) sia del risarcimento dei danni (comma 5 *quater*).

20. Era assolutamente scontata la reazione del legislatore nazionale con il nuovo Governo Renzi (il Governo Letta ben poco avrebbe potuto fare avendo già modificato alcune norme del d.lgs. n.368/2001 con l'art.7 del d.l. n.76/2013) e, quindi, si è tentato di prevenire, riuscendoci, la (meno scontata) fretta decisionale della Corte di giustizia *in subiecta materia*.

21. Infatti, come è noto, togliendo la specificazione della causale nel contratto a tempo determinato e consentendo ben cinque proroghe al contratto iniziale, il D.L. n. 34/2014, nel testo convertito, completa dunque per il lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati, come reazione alle "eversive" ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione, l'opera costante e infaticabile del legislatore nazionale di destrutturazione o, meglio, di riduzione fino all'annullamento dell'originario campo di applicazione del D.lgs. n. 368/2001 e, quindi, della direttiva 1999/70/CE come recepita nell'ordinamento interno.

### **c) Pregi pro labour e pasticci pro Jobs act n.1 della sentenza Fiamingo**

22. Il *giudice* relatore irlandese della sentenza *Fiamingo* del 3 luglio 2014 della Corte di giustizia sulle pregiudiziali sollevate dalla Corte di cassazione in materia di lavoro marittimo è lo stesso "estensore" delle sentenze *Angelidaki*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, *Küçük*, *Huet*, *Malgorzata Nierodzik*, *Márquez Samohano* e delle ordinanze *Vassilakis*, *Koukou*, *Vino*, *Affatato*, *Montoya Medina*, *Lorenzo Martinez* e *Papalia* della Corte europea. Si tratta, dunque, di un profondo conoscitore della disciplina del contratto a

tempo determinato anche per quanto riguarda la regolamentazione interna in Italia, che sarà anche l'estensore della *Mascolo*.

23. Tuttavia, nella sentenza *Fiamingo* vi sono tre errori molto gravi e del tutto inusuali, il primo nella ricostruzione della fattispecie contrattuale, il secondo nella trascrizione della normativa interna utile ai fini della compatibilità comunitaria, l'ultimo sulla nozione e applicazione di una delle tre misure preventive indicate dalla clausola 5 dell'accordo-quadro.

**d) Pregi pro labour delle ordinanze di rinvio della Cassazione e della sentenza Fiamingo sul lavoro marittimo**

24. L'importanza delle ordinanze di rinvio pregiudiziale di questa Corte sul lavoro marittimo si coglie nella positiva reazione delle Istituzioni europee e, in particolare, della Commissione europea, che ha presentato la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai marittimi (2013/0390 COD) il 18.11.2013 (successivamente alle ordinanze interlocutorie della Cassazione, citata al punto 21 delle osservazioni del Regno di Norvegia), che modifica le direttive 2008/94/CE, 2009/38/CE, 2002/14/CE, 98/59/CE e 2001/23/CE, che ha ricevuto a marzo 2014 il parere positivo del Comitato economico e sociale europeo.

25. La proposta di direttiva mira a includere i marittimi nello scopo delle direttive 59/1998 (Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi), 23/2001 (Ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti), 14/2002 (Istituzione di un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori), 94/2008 (Tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro) e 38/2009 (Istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie).

26. Secondo la proposta della Commissione le **direttive dell'Unione in materia di diritto del lavoro** (ivi compresa la direttiva 1999/70) **sono in genere applicabili a tutti i settori di attività e a tutte le categorie di lavoratori**. La Commissione, seguendo l'analisi dell'evoluzione della giurisprudenza nazionale descritta dalla Cassazione nelle ordinanze di rinvio, auspica la completa equiparazione del lavoro marittimo al lavoro subordinato per tre fondamentali ragioni:

- 1) perché siano riconosciuti i diritti fondamentali della Carta (art 27 informazione e consultazione, art. 31 diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque),
- 2) perché sia garantita la parità delle condizioni di concorrenza del mercato,
- 3) perché sia favorita l'occupazione della marineria europea migliorando le condizioni di vita e di lavoro in modo coerente con la strategia Europa 2020 e con i suoi obiettivi.

27. Nella relazione si legge che le sei direttive che espressamente escludono i lavoratori marittimi: 59/1998 (licenziamenti collettivi), 23/2001 (mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese) 14/2002 (informazione e consultazione dei lavoratori), 94/2008 (Tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro) e 38/2009 (Istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per

l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie) possono avere ripercussioni negative su una serie di diritti riconosciuti dalla Carta.

**28.** La differente situazione negli Stati membri (otto Stati non hanno escluso i marittimi da nessuna delle suddette direttive mentre altri Stati ne hanno fatto differente richiamo) non garantisce, infatti, la parità di condizioni di concorrenza nel mercato e il costante calo del numero di marittimi di nazionalità UE (come risulta dalla relazione di luglio 2011 della *task force* istituita dalla commissione europea) perchè meno tutelati di altri lavoratori non promuove né garantisce i livelli di occupazione.

**29.** Ne consegue che sono risultate non pertinenti, alla luce della posizione interpretativa proposta dalla Cassazione e fatta propria dalla Commissione nella proposta di direttiva, le osservazioni scritte del Regno della Norvegia e della Polonia, che hanno espresso dubbi sull'applicabilità della direttiva 1999/70/CE ai lavoratori marittimi imbarcati su navi registrate in uno Stato membro e/o battenti bandiera di uno Stato membro, in particolare per quanto riguarda la navigazione di lungo corso anche in acque internazionali se si considera proprio la proposta di Direttiva (2013/0390COD) per una politica marittima integrata per l'Unione mediante il c.d. "*Libro Blu*".

**30.** Contestualmente alla proposta di direttiva, infatti, nelle cause pregiudiziali *Fiamingo* ed altri la Commissione europea, dopo aver ricevuto il parere positivo della Confederazione europea dei sindacati (CES o ETUC) quale organizzazione firmataria dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ha depositato le osservazioni scritte in cui ha proposto alla Corte di giustizia di considerare applicabile al lavoro marittimo anche la direttiva 1999/70/CE.

**31.** La posizione della Commissione europea non era scontata, perché nell'Allegato 1 della comunicazione del 6 aprile 2001 della stessa Istituzione comunitaria, contenente l'elenco delle normative europee applicabili all'epoca al lavoro dei marittimi, non era stata inserita la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

**32.** Infatti, per risolvere la prima (e unica) vera questione pregiudiziale, la Corte europea al punto 29 della sentenza *Fiamingo* evidenzia che la definizione della nozione di "lavoratore a tempo determinato" ai sensi dell'accordo-quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale (sentenza *Angelidaki* e a., punto 166, che fa riferimento, sul punto, a "contratti d'opera" nel pubblico impiego).

**33.** Afferma la Corte di giustizia, allora, che lavoratori che si trovino nella posizione dei ricorrenti nei procedimenti principali, i quali hanno la qualità di marittimi occupati in forza di contratti di lavoro a tempo determinato su traghetti che effettuano un tragitto marittimo tra due porti collocati nel medesimo Stato membro, rientrano nella sfera d'applicazione dell'accordo-quadro, dato che quest'ultimo non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione (punto 38). Questa conclusione, secondo la Corte europea, è corroborata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro, dalla quale si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo-quadro nonché ai

punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nel quadro dell'attuazione di detto accordo-quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o a categorie specifiche di lavoratori (punto 39).

**e) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: l'invasione del campo interpretativo della Cassazione**

**34.** Risolta così, impeccabilmente, nonostante la forte resistenza dei Governi italiano e norvegese oltre che di RFI, la problematica dell'estensione dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato al lavoro marittimo, la Corte di giustizia avrebbe potuto anche non rispondere agli altri tre quesiti, effettivamente superflui e in qualche misura "antagonisti" rispetto ad una parte della giurisprudenza comunitaria, sollevati dal *giudice* del rinvio, riguardanti la compatibilità delle norme del codice della navigazione con le clausole 3 e 5 della direttiva 1999/70/CE.

**35.** Si trattava, infatti, di richiesta di chiarimenti sovrabbondante e ultronea (una «forzatura», per usare l'espressione di Cass. 62/2015) perché la stessa Corte di cassazione si era dilungata sulla circostanza che il legislatore italiano aveva adempiuto, mediante il D.lgs. n. 368/2001 all'obbligo sancito dalla clausola 5 dell'accordo-quadro, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, e che da ciò derivava che le disposizioni di tale decreto avrebbero dovuto applicarsi anche ai rapporti di lavoro nel settore marittimo (sentenza *Fiamingo*, punto 24).

**36.** Apoditticamente, allora, al punto 15 la Corte di giustizia afferma che in Italia i contratti di lavoro dei marittimi sono disciplinati dalle norme del codice della navigazione, il quale, conformemente al suo art. 1, si applica prioritariamente e prevale sulla disciplina generale applicabile ai contratti di lavoro. Questi contratti, pertanto – continua ineffabilmente la Corte di giustizia – non sono disciplinati dal D.lgs. n. 368/2001, che infatti non viene trascritto come normativa applicabile nonostante la Corte di cassazione ne avesse fatto oggetto di specifica indicazione, in particolare per quanto riguarda l'art. 1 sull'unica misura preventiva effettivamente assicurata dal legislatore italiano, quella delle ragioni oggettive temporanee e specificate nel contratto sin dal primo ed eventualmente unico rapporto di lavoro a tempo determinato.

**37.** Secondo il *Giudice* del rinvio, invece, è il contrario, come è evidente al punto 8 delle tre ordinanze pregiudiziali: *«Il problema è, allora, quello della verifica dell'applicabilità della Direttiva comunitaria 1999/70/CE - punto di snodo per l'applicazione e corretta interpretazione del Decreto Legislativo n. 368 del 2001 - anche al lavoro marittimo. E, infatti, laddove si ritenesse la suddetta applicabilità generale e la non conformità delle disposizioni del codice della navigazione ai principi di cui alla Direttiva stessa non potrebbe che derivare, specie quanto alla clausola 5, punto 1, che l'adempimento all'obbligo di prevedere misure idonee ad evitare abusi attuato dal legislatore nazionale con il Decreto Legislativo n. 368 del 2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni in quest'ultimo contenute anche ai rapporti di lavoro marittimo. Quale sia l'interpretazione da dare al suddetto atto normativo di origine europea è, dunque,*

*rilevante per il presente giudizio al fine di determinare quale sia la legge sostanziale da applicare al merito della controversia e per decidere la stessa.».*

**38.** Infatti, al punto 24 della sentenza impugnata la posizione della Cassazione viene correttamente descritta in contrasto con il punto 15<sup>36</sup>. D'altra parte, la Corte di cassazione si è particolarmente dilungata al punto 6 nelle ordinanze di rinvio sulla circostanza che il legislatore italiano aveva adempiuto, mediante il decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, all'obbligo sancito dalla clausola 5 di tale accordo, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in particolare per quanto riguarda l'art. 1, commi 1 e 2, sull'unica misura preventiva effettivamente assicurata dal legislatore italiano, quella delle ragioni oggettive temporanee e specificate nel contratto sin dal primo ed eventualmente unico rapporto di lavoro a tempo determinato.

**39.** Quindi, secondo la Cassazione da ciò derivava che le disposizioni dell'art. 1, commi 1 e 2, (sentenza *Sorge*, punto 14; sentenza *Carratù*, punto 5; sentenza *Marrosu-Sardino*, punti 9-10; ordinanza *Affatato*, punto 10) e degli artt. 10 e 11 (sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 14) del D.lgs. n. 368/2001, in attuazione dell'art. 117, comma 1, Cost. (conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nelle cause pregiudiziali riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 Mascolo ed altri, punto 10) e della direttiva 1999/70/CE, avrebbero dovuto applicarsi anche ai rapporti di lavoro di causa (sentenza *Fiamingo*, punto 24, 3° capoverso, cit.), nel caso in cui, come è accaduto, la Corte avesse dato risposta positiva al primo e fondamentale quesito dell'ordinanza di rinvio, cioè l'applicazione dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato anche al lavoro marittimo.

**40.** Giova evidenziare, inoltre, che l'inadeguatezza, secondo la Cassazione, delle norme del codice della navigazione come disposizioni idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti a termine, con particolare riferimento all'art. 326 del codice della navigazione, rispetto sia alla direttiva 1999/70/CE (ove applicabile) sia al D.lgs. n. 368/2001, non costituisce una condizione per l'applicazione del D.lgs. n. 368/2001, che si applicherebbe comunque alle fattispecie di causa, come precisato al punto 9 delle ordinanze di rinvio: «9. *La soluzione delle questioni poste a questa Corte dipende dall'adesione all'una ovvero all'altra soluzione interpretativa potendo risultare le modalità di arruolamento a termine per cui è causa (come specificate al punto sub 7) non conformi alle prescrizioni di cui alla Direttiva 1999/70/CE (ove ritenuta applicabile) ed al Decreto Legislativo n. 368 del 2001, che a quest'ultima ha dato attuazione (irrilevante essendo il riferimento operato dal ricorrente alla Direttiva 2009/13 che non è ancora entrata in vigore).».*

**41.** In buona sostanza, manca nella sentenza *Fiamingo* la descrizione della normativa interna applicabile alla fattispecie di causa, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, cioè gli artt.1, commi 1 e 2, e 11 D.lgs. n. 368/2001, espressamente richiamati nelle ordinanze di rinvio e ritenuti applicabili, avendo invece la Corte di giustizia al punto 15 erroneamente affermato sia la prevalenza delle norme speciali del codice della navigazione sul D.lgs. n. 368/2001 (mentre l'art. 11 D.lgs. n. 368/2001 abroga tutte le norme incompatibili) sia la non applicabilità del D.lgs. n. 368/2001, che invece la Cassazione afferma essere applicabile specificamente, nel caso operi anche per il settore marittimo la direttiva 1999/70/CE, come normativa interna che recepisce obblighi

comunitari e quindi di rango sub-costituzionale (art. 117, comma 1, Cost.) e non normativa “comune” o “generale”.

**42.** Peraltro, è fatto notorio che la Corte di giustizia nelle cause pregiudiziali non ha competenza a stabilire quali siano le norme interne applicabili nel giudizio principale, compito che spetta esclusivamente al *Giudice* nazionale, in questo caso concidente con l’organo giurisdizionale della nomofilachia autentica delle leggi nazionali, come del resto ammette correttamente (e contraddittoriamente rispetto al punto 15) la Corte di giustizia ai punti 66-67 della sentenza.

**43.** Inoltre, dopo che la Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo* ha negato che vi sia una specialità del diritto della navigazione che possa giustificare una specifica disciplina comunitaria idonea ad intervenire in materia di non discriminazione e di misure preventive contro l’utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato, diversa da quella contenuta nell’accordo quadro comunitario, rappresenta un’affermazione non coerente quella di sostenere l’ultrattività di disposizioni nazionali, quali quelle del codice della navigazione del 1942 (di cui la Cassazione ha già negato il valore di “norme equivalenti”), che si giustificavano come disciplina speciale di garanzia per i lavoratori in assenza di misure di tutela generali di cui, sessant’anni dopo, la direttiva comunitaria sul lavoro a termine ha imposto l’adozione agli Stati membri in favore di tutti i lavoratori a tempo determinato, senza distinzione di settori o categorie professionali.

**44.** E ancora, l’art. 374 del codice della navigazione, trascritto al punto 19 della sentenza *Fiamingo*, prevede quanto segue: «*Le disposizioni dell’articolo 326 (...) possono essere derogate dalle norme corporative; non possono essere derogate dal contratto individuale se non a favore dell’arruolato. Tuttavia, neppure con le norme corporative si può aumentare il termine previsto dal primo e dal secondo comma dell’art. 326, né si può diminuire il termine previsto dal terzo comma dello stesso articolo*». In buona sostanza, anche nella legislazione speciale del codice della navigazione non esiste alcuna condizione di “specialità” normativa che possa far prevalere l’art. 326 del codice della navigazione rispetto alla disciplina “generale” del diritto civile sia rispetto alle norme corporative, abrogate con l’entrata in vigore della Costituzione, sia (e a maggior ragione) rispetto alle norme introdotte dal D.lgs. n. 368/2001 in attuazione di obblighi comunitari e dell’art. 117, comma 1, Cost., quando siano disposizioni più favorevoli al lavoratore (per analogia, sentenza Carratù, punto 48) come nel caso di specie.

**45.** In effetti, nelle sue contorsioni meta-giuridiche e contraddittoriamente, la Corte di giustizia ai punti 63 e 64 richiama quanto già precisato nella sentenza *Angelidaki* (punti 159 e 160) e nelle ordinanze *Affatato* (punti 46 e 47) e *Papalia* (punti 21 e 22), cioè che le modalità di applicazione delle norme di tutela spettano all’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell’autonomia processuale di questi ultimi (e non alla Corte di giustizia), e che esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione (principio di effettività). Da ciò discende che, quando sia avvenuto un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, dev’essere possibile applicare una misura dotata di garanzie

effettive ed equivalenti di protezione dei lavoratori per punire debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione.

**46.** In conseguenza, trattandosi di tanti unici contratti a tempo determinato e non di contratti “successivi” perché di intervallo temporale inferiore a 60 giorni, era compito precipuo della Corte di giustizia in quanto specificamente richiesto dalla Cassazione ««*esaminare se una normativa nazionale, quale quella prevista dall'articolo 326 del codice della navigazione, adottata prima dell'entrata in vigore della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro, preveda una «ragione obiettiva» ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro*»» (punto 69, primo capoverso, della sentenza impugnata), mentre la Corte europea afferma erroneamente che non occorre esaminare l'unico punto interpretativo su cui la Cassazione aveva chiesto di esprimersi.

**47.** Assolutamente fuori del contesto fattuale delle cause principali, inoltre, e del tutto fantasiosa è l'affermazione al secondo capoverso del punto 71, in base alla quale alla Corte europea sembra difficile, per un datore di lavoro, che abbia esigenze permanenti e durature, aggirare la tutela concessa dell'accordo-quadro contro gli abusi facendo decorrere, alla fine di ciascun contratto di lavoro a tempo determinato, un termine di circa 2 mesi: esattamente il contrario rispetto a quanto emergeva (ed era incontestato, ed è stato ribadito all'udienza di discussione) negli atti processuali, in cui i lavoratori marittimi sono stati utilizzati “a rotazione” per 3 mesi ogni anno solare su posti vacanti in organico, salvo beneficiare della disoccupazione con requisiti ridotti il cui finanziamento è stato interamente posto a carico delle imprese private, e non di RFI.

**48.** Pare che il Collegio della III Sezione abbia avuto un'amnesia totale sul punto, dimenticando anche quanto era emerso in sede di discussione della causa *Carratù* sull'abuso ripetuto e costante durante tutto l'anno del ricorso di Poste italiane a contratti a tempo determinato di durata mediamente trimestrale (come i contratti di 78 giorni max di RFI) per generiche ragioni sostitutive, ma in realtà finalizzati a sopperire a carenze strutturali di organico<sup>37</sup>, prima dell'introduzione del “surrogato” della clausola generale dell'art. 1, comma 1, D.lgs. n. 368/2001 con la causale finanziaria dell'art. 2, comma *1 bis*, dello stesso decreto, la cui legittimità interna è stata giustificata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 per la necessità di espletamento del servizio postale universale in regime di monopolio fino al 31 dicembre 2010, poi sostituita dal contratto dichiaratamente acausale dell'art. 1, comma *1 bis*, D.lgs. n. 368/2001 introdotto dalla riforma Fornero, infine sostituita dalla nuova formulazione “silenziosamente” acausale del novello art. 1, comma 1, nel testo modificato dal D.L. n. 34/2014.

**49.** Infine, la Cassazione aveva anche escluso espressamente l'applicazione dell'art. 326 del codice della navigazione alle fattispecie di causa, al punto 7: «Si tratta di contratti in relazione ai quali, come accertato dal *giudice* di merito, non è invocabile la misura prevista dall'articolo 326 codice navale, per non avere gli arruolati prestato ininterrottamente servizio per un tempo superiore ad un anno (comma 2) e per non essere intercorso tra la cessazione di un contratto e la stipula di quello successivo un periodo di tempo non superiore a sessanta giorni (comma 3).».

**50.** È stata, in tutta evidenza, **una inusuale invasione di campo da parte della Corte di giustizia, che nelle cause pregiudiziali non ha alcuna competenza a stabilire quali**



siano le norme interne applicabili nel giudizio principale, compito che spetta esclusivamente al *giudice nazionale*, in questo caso addirittura coincidente con l'organo giurisdizionale della nomofilachia autentica delle leggi nazionali, come del resto ammette contraddittoriamente la stessa Corte di giustizia al punto 66 della sentenza.

**f) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: l'errore di fatto e di diritto sull'unico contratto a tempo determinato**

**51.** Le ragioni di questo (altrimenti) inspiegabile *error in procedendo*, che provoca un evidente giudizio *ultra vires*, vanno ricollegate all'altro grave errore commesso dalla Corte di Lussemburgo sulla ricostruzione della fattispecie contrattuale, completamente sbagliata come già evidenziato.

**52.** Infatti, **al punto 20** la Corte di giustizia afferma che i ricorrenti nei procedimenti principali sono marittimi iscritti nei registri della gente di mare. Essi sono stati arruolati dalla RFI mediante una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, conclusi posteriormente al 2001, per uno o più viaggi e per 78 giorni al massimo, al fine di essere imbarcati su traghetti per il tragitto Messina-Villa San Giovanni e Messina-Reggio Calabria. Dalle decisioni di rinvio, secondo la Corte, si evincerebbe che detti ricorrenti hanno lavorato, nell'ambito di tali contratti, al servizio del loro datore di lavoro per un tempo inferiore ad un anno e che è trascorso **un periodo inferiore a 60 giorni tra la cessazione di un contratto di lavoro e la conclusione del contratto successivo**. Non è vero, evidentemente, e la Corte di giustizia ne era perfettamente consapevole in base agli atti processuali, sempre oggetto di attentissima lettura.

**53.** È stato rappresentato alla Corte di giustizia, anche attraverso l'esibizione degli estratti dei conti individuali assicurativi Inps oltre che ampiamente illustrato nelle osservazioni scritte, che ogni ricorrente ha svolto presso RFI contratti successivi complessivamente di durata ben superiore ad un anno, ma senza possibilità di applicare la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato prevista dall'art. 326 del codice della navigazione perché tra un contratto successivo a-causale e l'altro l'intervallo di tempo era ben superiore a 60 giorni; la Cassazione nelle ordinanze pregiudiziali, infatti, aveva chiarito che lo stesso art. 326 non era applicabile alla fattispecie.

**54.** Inoltre, il servizio di collegamento sulla tratta marittima Villa San Giovanni-Messina è assicurato giornalmente, costantemente e per tutto l'anno, con numerose corse indifferenti al numero dei passeggeri e/o dei mezzi e/o dei treni che transitano sulle navi, e quindi incomprensibile e del tutto fuori contesto è l'esempio di abuso contrattuale ipotizzato nella parte finale del punto 73 sulla scarsa frequenza dei traghetti.

**55.** Si trattava, insomma, di tanti "unici" contratti a tempo determinato a-causali, in relazione ai quali la Cassazione ha chiesto alla Corte di giustizia, richiamando propri precedenti "anti-Mangold" e "pro-Adeneler" (sentenze n. 12985/2008 e n. 2279/2010) e decisioni della Corte costituzionale (sentenza n. 214/2009, cui *adde* sentenza n. 107/2013<sup>38</sup>), di verificare la compatibilità della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro con una norma interna contenente una previsione generale ed astratta e non ragioni obiettive temporanee idonee a giustificare il ricorso ad ogni singolo contratto a termine.

**56.** Sicuramente la Corte europea ha subito o mal tollerato questa implicita invasione interpretativa o comunque questa sostanziale censura rispetto alla prima sentenza della Grande Sezione *in subiecta materia*, di cui la Cassazione chiedeva in tutta evidenza il definitivo superamento, ed ha reagito invadendo, a sua volta, l'esclusivo campo interpretativo altrui, trasformando, attraverso gli errori nella ricostruzione fattuale, i singoli contratti a tempo determinato "abusivi" stipulati per esigenze permanenti a distanza di 7-8 mesi l'uno rispetto alla cessazione dell'altro, in contratti "successivi" perché intervallati da un arco temporale "immaginato" inferiore a 60 giorni, evitando così di rispondere al quesito specifico sollecitato dal *giudice* del rinvio in relazione alla mancanza di ragioni oggettive e di ogni altra misura preventiva nelle norme speciali del codice della navigazione.

**57.** Questa ricostruzione paradossale e volutamente confusa e contraddittoria dei fatti processuali ha, dunque, permesso alla Corte di giustizia di evitare di confrontarsi con l'art. 1, commi 1 e 2, del D.lgs. n. 368/2001 (normativa interna già delibata e richiamata al punto 14 della sentenza *Sorge* e al punto 5 della sentenza *Carratù*), nel testo antecedente l'attuale riforma, addirittura escludendone l'applicazione, ma ha anche consentito al Collegio europeo da un lato di riaffermare al punto 57 la posizione interpretativa della sentenza *Mangold* (mai citata) e delle due ordinanze *Vino* (citate) sul primo e unico contratto a tempo determinato che non entra nel campo di applicazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, dimenticando le sentenze *Sorge* (non citata), *Carratù* (non citata) e l'ordinanza *D'Aniello* (non citata) che hanno affermato sostanzialmente il contrario; dall'altro, di evitare la declaratoria di "irricevibilità" della questione, trattandosi di "contratti successivi" e non di un unico contratto a tempo determinato.

**g) Pasticci pro Jobs act n.1 nella sentenza Fiamingo: la "nuova" nozione di contratti successivi di favore ferroviario contra Adeneler**

**58.** In effetti, a completare l'inaspettato *default* interpretativo la Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo* ritiene che, inventata in fatto una successione di contratti di durata complessiva inferiore ad un anno, l'art. 326 del codice della navigazione sia norma equivalente idonea a prevenire gli abusi (punti 69-70) perché coinciderebbe con la misura preventiva prevista dalla clausola 5, n. 1, lett. *b*, dell'accordo-quadro sulla durata massima totale dei contratti o rapporti successivi, rimandando per analogia a quanto evidenziato al punto 160 della sentenza *Angelidaki* (punto 70), che però fa riferimento all'art. 11 del d.P.R. n. 164/2004 che effettivamente prevede, come l'art. 5, comma *4 bis*, del D.lgs. n. 368/2001, una "**durata massima totale**" dei contratti successivi e non una mera durata massima di ogni singolo rapporto a termine, come nel caso dell'art. 326 del codice della navigazione.

**59.** Insomma, **la nozione comunitaria di contratti successivi della sentenza Adeneler, per cui tutti i contratti a tempo determinato stipulati con lo stesso datore di lavoro si intendono "successivi"** (v. i "contratti controversi" descritti al punto 24 della sentenza *Adeneler*, che è citata 6 volte nella sentenza *Fiamingo*) a prescindere dal lasso temporale minimo tra un rapporto e l'altro quando non siano giustificati da ragioni oggettive ma da una clausola generale ed astratta (art. 326 cod. nav.) o siano dichiaratamente acausali (art. 14, n. 2, TzBfG), in conseguenza dell'errore "materiale" di cui al punto 20 della sentenza **non appare la stessa "applicata" ai lavoratori marittimi nella sentenza Fiamingo,**

anche per l'erroneo richiamo attraverso l'interpretazione analogica della sentenza *Angelidaki* e dell'ordinanza *Vassilakis* su norme interne che definivano i contratti successivi e la durata massima del pubblico impiego greco, come gli artt.5 e 6 d.P.R. n. 164/2004 in combinato disposto.

**60.** In particolare, l'art. 5, n. 1, d.P.R. n. 164/2004 vieta i contratti successivi con lo stesso datore di lavoro stipulati ed eseguiti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore nell'ambito dello stesso settore o di un settore simile, con condizioni di lavoro identiche o simili, qualora tra questi contratti intercorra un lasso temporale inferiore a tre mesi. Nel successivo art. 6, n. 1, dello stesso decreto presidenziale i contratti successivi "legittimi" (cioè non in violazione dell'intervallo minimo di 3 mesi di cui all'art. 5, n. 1, cioè con un intervallo superiore o giustificati da ragioni oggettive secondo la previsione dell'art. 5, n. 2) stipulati ed eseguiti tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore con le stesse o simili mansioni e con condizioni di lavoro identiche o simili non possono superare i ventiquattro mesi nel periodo complessivo dell'attività lavorativa, indipendentemente dal fatto che siano stipulati in applicazione dell'articolo precedente o in applicazione di altre disposizioni della legislazione vigente. Quindi, **nella normativa greca la durata massima totale come misura preventiva riguarda tutti i contratti "successivi"** (come nell'art. 5, comma 4 bis, D.lgs.n. 368/2001), **e non solo quelli per i quali sia previsto un intervallo minimo.**

**61.** Infatti, si è subito evidenziato in dottrina<sup>39</sup> che «*In definitiva, lasciando intercorrere più di 60 giorni tra un contratto e l'altro, i rinnovi potrebbero essere reiterati all'infinito, senza che ciò possa destare particolari preoccupazioni, visto che, pragmaticamente, alla Corte sembra difficile che un datore di lavoro, a fronte di «esigenze permanenti e durature» possa (avere interesse a) «aggirare la tutela concessa dall'accordo quadro contro gli abusi facendo decorrere, alla fine di ciascun contratto di lavoro a tempo determinato, un termine di circa due mesi» (punto 71).*»».

**62.** Tre così gravi "studiati" errori argomentativi e/o fattuali e/o della nomofilachia comunitaria nella motivazione della sentenza *Fiamingo* sono troppi per attribuirli ad un mera reazione alle critiche indirette rivolte alla sentenza *Mangold* sia dalla Cassazione, sia dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 107/2013, in cui il giudice delle leggi rileva che con la sentenza *Sorge* la Corte di giustizia «ha riaffermato il principio che anche il primo ed unico contratto a termine rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro ad essa allegato».

#### **h) L'ordinanza di rettifica di "errore materiale" della sentenza Fiamingo e l'interpello di "favore materiale" del Ministero del lavoro**

**63.** Il pasticcio comunitario, tuttavia, non si esaurisce qui. La sentenza del 3 luglio 2014 è stata trasmessa ai difensori immediatamente in lingua italiana (nel testo allegato in sede di riassunzione) in cui al punto 20 era precisato che si trattava di contratti successivi con un intervallo temporale con "periodo inferiore" a 60 giorni.

**64.** La traduzione di «**periodo inferiore**» risulta identica anche nella versione in lingua francese («*période inférieure*», in allegato 9), in inglese («*period of less than*», reperibile su [www.curia.eu](http://www.curia.eu)), in spagnolo («*período inferior*»), in polacco («*upływał okres krótszy niż*»),

in estone («vähem kui 60- päevane ajavahemik»), in olandese («minder dan 60 dagen»); mentre non appare corretta nelle altre lingue ufficiali, dove la parte del punto 20 della sentenza risulta la traduzione dalla lingua italiana di «**periodo superiore**», come ad esempio in lingua tedesca («ein Zeitraum von mehr als»), in greco («ότι έχει μεσολαβήσει διάστημα μεγαλύτερο») e in portoghese («período superior»).

**65.** Viceversa, nel comunicato stampa del 3 luglio 2014 relativo alla sentenza *Fiamingo* (che sembra uno spot pubblicitario “ritardato” al D.L. n. 34/2014 e la promozione dell’inizio del semestre italiano di Presidenza Ue) in tutte le lingue ufficiali in cui è stato tradotto il comunicato si fa riferimento al «periodo inferiore», con l’aggettivo «inferiore» riportato in carattere corsivo, compresa la versione in lingua tedesca<sup>40</sup> («ein Zeitraum von weniger als»), in greco («ότι διάστημα μικρότερο των») e in portoghese.

**66.** Il dispositivo della sentenza *Fiamingo* è stato pubblicato in data 8 agosto 2014 sulla GUUE.

**67.** Ebbene, dopo le immediate censure in dottrina<sup>41</sup> sui gravissimi errori e sulle evidenti contraddizioni della sentenza - forse temendo un’altra azione di revocazione o un altro ricorso alla Corte EDU come nella causa *Vino* prima della discussione in Cassazione dei giudizi principali riassunti dopo la pregiudiziale (udienza tempestivamente fissata il **6 novembre 2014** dalla Suprema Corte -, **con ordinanza presidenziale del 17 settembre 2014**, notificata per il tramite di e-Curia in data 23 settembre 2014 nella versione in lingua italiana e in quella in lingua francese, nelle cause pregiudiziali riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 il Presidente della III Sezione della Corte di giustizia comunicava che la sentenza del 3 luglio 2014, «**contiene, nella sua versione in lingua italiana, un errore materiale che occorre rettificare, su domanda della Rete Ferroviaria Italiana SpA, ai sensi dell’articolo 103, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte**», provvedendo così a correggere, **soltanto nella versione italiana**, il punto 20 della sentenza e a **sostituire il “periodo inferiore” con il “periodo superiore”**.

**68.** Non sembra un caso che la richiesta (non datata, perché evidentemente inoltrata ben oltre la pubblicazione della sentenza e quindi oltre le due settimane dalla decisione da rettificare, in violazione dell’art. 103 del Regolamento di procedura) di correzione di errore materiale della sentenza *Fiamingo* da parte di RFI, è stata accompagnata dal contestuale interpello n. 24/2014 del 15 settembre 2014 sulla «disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato di cui al D.lgs. n. 368/2001 ai contratti di arruolamento a tempo determinato ed “a viaggio”», con cui il Ministero del lavoro ha richiamato la sentenza del 3 luglio 2014 della Corte di giustizia.

**69.** La Fedarlinea ha avanzato strumentale istanza di interpello (non datata dal Ministero del lavoro) per conoscere il parere della Direzione generale per l’attività ispettiva (e non quello della competente Direzione generale delle Relazioni Industriali e dei Rapporti di Lavoro) in ordine alla possibile applicazione della disciplina sul contratto di lavoro a termine di cui al D.lgs. n. 368/2001 ai contratti di arruolamento a tempo determinato ed “a viaggio”.

**70.** L’istanza era strumentale rispetto alla pendenza delle cause in Cassazione all’udienza del 6 novembre 2014, perché, in tutta evidenza, **la totale assenza di misure antiabusive**

**nell'attuale testo del d.l. n.34/2014 per i contratti di arruolamento a tempo determinato ed "a viaggio" stipulati a decorrere dal 21 marzo 2014 avrebbe reso di assoluto favore per le aziende associate a Fedarlinea l'applicazione della nuova versione del d.lgs. n.368/2001 rispetto alle norme del codice della navigazione, che una qualche forma di tutela antiabusiva comunque ancora assicurano.**

**71.** Infatti, con spiccato senso dell'ironia e con nessun rispetto istituzionale per questa Suprema Corte che è in procinto di decidere le questioni già sottoposte al rinvio pregiudiziale, l'interpello ministeriale afferma, **correggendo in parte il punto 15 della sentenza *Fiamingo* sulla non applicabilità *tout court* del d.lgs. n.368/2001:** *«Alla luce del quadro regolatorio sopra delineato, appare quindi ragionevole affermare come il Codice della Navigazione, pur non prevedendo le medesime misure stabilite dal D.lgs. n. 368/2001 circa i limiti percentuali e il numero massimo delle proroghe, realizza un altrettanto efficace sistema di garanzie in favore dei lavoratori a termine; ciò anche in considerazione delle peculiarità dell'organizzazione del lavoro in tale ambito che giustificano un utilizzo di questa tipologia contrattuale in misura strutturalmente maggiore rispetto ai limiti di contingentamento previsti in linea generale dal D.lgs. n. 368/2001. Pertanto, in considerazione delle osservazioni sopra svolte e attesa la discrezionalità degli Stati membri in merito alla realizzazione degli obiettivi fissati dall'ordinamento comunitario, si ritiene che possa trovare applicazione la disciplina contemplata in materia di contratto a termine dal Codice della Navigazione, da intendersi come disciplina speciale per il settore del lavoro marittimo.».*

**72.** Tornando ad occuparci degli aspetti più seri della vicenda processuale rispetto a questi imbarazzanti e inammissibili tentativi di condizionare la giurisprudenza della Suprema Corte, con la correzione del punto 20 della sentenza *Fiamingo* anche i plurimi contratti a tempo determinato delle fattispecie di causa, con intervallo temporale ben superiore a 60 giorni (7/8 mesi l'uno dall'altro) continuano ad essere qualificati come "successivi", confermando così che **soltanto la durata massima totale o complessiva di contratti o rapporti successivi a tempo determinato e non la semplice durata massima di un singolo contratto a tempo determinato** (così considerato anche nel caso di contratti a termine successivi di durata inferiore a 60 giorni) **consente di soddisfare le condizioni di adeguatezza come misura preventiva della clausola 5, n. 1, lettera b), dell'accordo quadro**, come già evidenziato dalla Cassazione nelle ordinanze di rinvio.

**73. Lo straordinario errore plurimo o ad effetto plurimo della Corte europea** - che non è un errore materiale per il semplice fatto che anche in francese, in inglese, in spagnolo, in polacco, in estone, in olandese la sentenza è stata tradotta mantenendo l'intervallo temporale "inferiore" a 60 giorni tra un contratto a tempo determinato e quello "successivo" (quindi sono circolate due versioni "ufficiali" della stessa sentenza) – **impone una riflessione finale, vista la gravità processuale dei "travisamenti" e la loro intenzionalità**, ammessi con l'ordinanza di rettifica che costituisce anch'essa un *unicum* nel panorama vasto della giurisprudenza comunitaria.

**74.** Ci si deve chiedere, in definitiva, se, come appare, la Corte di giustizia abbia voluto soltanto bruscamente interrompere il dialogo con la Cassazione sull'interpretazione della direttiva 1999/70/CE su cui troppe volte è intervenuta nei casi italiani, oppure se, nonostante gli errori clamorosi e documentati del Collegio lussemburghese, si possono

trovare tracce nella sentenza *Fiamingo* di indicazioni positive e utili alla soluzione delle controversie principali nelle quali sono state sollevate le ordinanze di rinvio pregiudiziale, oltre al fondamentale riconoscimento dell'applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo.

75. Vi è un dato incontrovertibile, nel fatto che l'ordinanza di rettifica del 17 settembre 2014 è stata trasmessa anche nella lingua ufficiale degli atti della Corte di giustizia, il francese, ma la correzione del punto 20 riguarda soltanto la versione italiana, mentre l'errore del "periodo inferiore" è anche in francese, che il Presidente del Collegio europeo non ha corretto con i poteri d'ufficio, così come non corregge le altre versioni sbagliate in inglese, spagnolo, polacco, estone e olandese.

76. Non equivoco pare il segnale della Corte di giustizia al *Giudice* nazionale: **il problema delle ragioni oggettive sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato e delle norme interne che applicano almeno una delle misure preventive della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario è un problema esclusivamente italiano**, che devono risolvere i Giudici italiani, e innanzitutto la Corte di cassazione (punti 66 e 67 della sentenza *Fiamingo*, che sconfessano o depotenziano il punto 15 della stessa sentenza, soprattutto nella versione in lingua francese).

77. E' emerso, infatti, in sede di udienza di trattazione orale il 7 maggio 2014 a Lussemburgo, che la normativa interna del d.lgs. n. 368/2001 non sarebbe stata modificata in base ai suggerimenti (secondo il **modello irlandese** del primo contratto a-causale) inseriti nel testo originario del d.l. n. 34/2014, ma che, oltre al primo contratto "a-causale" o senza obbligo di motivazione, in sede di conversione (contestuale alla discussione in sede europea), tutte le proroghe o rinnovi sarebbero stati privati delle ragioni oggettive, con l'abrogazione dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, eliminando così dalla disciplina interna ogni misura di tutela preventiva effettiva. Secondo la mistificazione governativa e parlamentare, ciò è avvenuto seguendo il **modello tedesco**, che invece è fondato prevalentemente sulle ragioni oggettive sin dal primo contratto a tempo determinato, avendo seguito l'originario **modello italiano** della legge n.230/1962.

78. Infatti, il *giudice* Toader, già relatrice della sentenza *Carratù* e dell'ordinanza *D'Aniello*, ha preteso in udienza, parlando in italiano, che i difensori dei lavoratori ripetessero all'agente della Commissione europea i punti critici rispetto alla corretta applicazione della direttiva 1999/70/CE dell'ennesima riforma del d.lgs. n.368/2001, in guisa tale da consentire all'Istituzione comunitaria di verificare immediatamente i presupposti di una procedura di infrazione anche per il lavoro alle dipendenze di datori di lavoro privati, oltre a quella già aperta n.2010/2124 sul lavoro a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (non solo scolastiche) che verrà definita indirettamente dalla sentenza *Mascolo* ed altri del 26 novembre 2014. E, a scanso di equivoci, il *giudice* Ilešič, Presidente del Collegio, sempre parlando in italiano (lingua ufficiale del processo nella quale leggerà anche il dispositivo della sentenza *Mascolo* il 26 novembre 2014), alla fine dell'udienza del 7 maggio 2014 ha ringraziato le parti per la discussione (che la Corte originariamente non voleva far svolgere) e per la serietà e completezza degli interventi e delle risposte.

79. E i ringraziamenti sono parsi assolutamente sinceri e gli strafalcioni giuridici e fattuali della sentenza del 3 luglio 2014 non possono inficiare o screditare, anzi indirettamente potenziano, l'importanza e l'effettività del dialogo tra Corte di cassazione e Corte di giustizia nel risolvere una complessa questione pregiudiziale, con il conseguente rafforzamento, grazie al positivo intervento della Commissione europea sia nelle osservazioni scritte e orali sia nella proposta di direttiva, della tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori operanti nel settore del trasporto marittimo anche internazionale, oltre che interno. I segni del rafforzamento del dialogo "paritario" tra la Corte sovranazionale e il *Giudice* di ultima istanza saranno tutti evidenziati dalle sentenze dell'8 gennaio 2015 sul lavoro marittimo.

**i) La Cassazione sul lavoro marittimo e la scelta necessaria al bivio tra rispetto della nomofilachia e accettazione degli errori della Corte di giustizia e delle imposizioni del legislatore**

80. In sede di riassunzione delle cause pregiudiziali sul lavoro marittimo decise dalla sentenza *Fiamingo*, la Cassazione all'udienza del 6 novembre 2014 si è trovata di fronte ad un bivio: o rispettare le indicazioni della decisione della Corte di giustizia ed applicare l'art.326 del codice della navigazione con il conseguente rigetto dei ricorsi dei lavoratori, accettando le indicazioni del legislatore d'urgenza sulla eliminazione della causalità dal contratto a tempo determinato come reazione alle ordinanze di rinvio pregiudiziale, di cui così avrebbe sconfessato il contenuto nomofilattico; oppure, applicare il D.lgs. n.368/2001 per l'ultima volta su fattispecie antecedenti alle modifiche del Decreto Poletti e accogliere i ricorsi dei marittimi, ponendosi in contrasto con la Corte di giustizia e con il legislatore fraudolento del Jobs act e difendendo così la posizione ermeneutica espressa dal Collegio in sede di rinvio.

81. Non sembrava vi fossero alternative alle due soluzioni: nel primo caso la Cassazione avrebbe abdicato alla funzione nomofilattica spiegandosi alla ragion di Stato e alla necessità di non far interrompere il dialogo con la Corte di giustizia che come *Giudice* di ultima istanza aveva promosso; nel secondo caso, avrebbe confermato la linea interpretativa della Cassazione sul primo e unico contratto causale a tempo determinato dalla sentenza n.12985/2008 fino alle ordinanze di rinvio, come l'ultimo dei Mohicani, rompendo con la Corte europea per dare una (inutile) lezione di diritto ad un legislatore bulimico e delegittimato dalla Corte costituzionale (sentenza n.1/2014), sempre in grado però di "vomitare" ulteriori sciocchezze normative.

82. La strada era strettissima per l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 al lavoro marittimo, nonostante la conoscenza della Cassazione di tutti gli atti processuali dei giudizi pregiudiziali, compreso il pasticcio della Corte di giustizia con l'ordinanza di rettifica di errore materiale, che ne sconfessava tutta la motivazione sui contratti successivi e non sulla causalità. Anche se sembrava l'unica soluzione di diritto "pesante", di vera nomofilachia, essendo l'altra ipotesi una vera *abdication potestatis*, un autentico atto di sottomissione rispetto a decisioni politiche prese al di fuori dell'agone giudiziario.

**l) La scelta della Cassazione di non applicare al lavoro marittimo il D.lgs. n.368/2001 per .....inutilità da sopravvenuta decozione**

83. Senza dubbio, sul piano astratto, è compito esclusivo del *Giudice* nazionale e, in particolare, della Cassazione individuare le norme interne da applicare alla fattispecie di causa che, ovviamente, non possono che essere **i commi 1 e 2 dell'art.1 del d.lgs. n.368/2001**, nel testo applicabile *ratione temporis* prima delle modifiche introdotte dal d.l. n.34/2014. E' quanto aveva precisato il *Giudice* di ultima istanza nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale e non vi erano motivi giuridici nè ragioni imperiose di carattere generale che potessero indurre il Collegio a discostarsi dalla posizione nomofilattica già espresso.

84. D'altra parte, come è noto, **l'art.10 del D.lgs. n.368/2001**, dal titolo "Esclusioni e discipline specifiche", delinea il campo di applicazione del decreto legislativo di recepimento della direttiva 1999/70/CE.

85. **In base all'art.10 del D.lgs. n.368/2001 il lavoro a tempo determinato dei marittimi**, dunque, **non è escluso dal campo di applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE.**

86. **L'art.11 D.lgs. n.368/2001**, dal titolo "Abrogazioni e disciplina transitoria", individua le norme abrogate espressamente o implicitamente per incompatibilità con la nuova disciplina: *«1. Dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo sono abrogate la legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni, l'articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, l'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, nonchè tutte le disposizioni di legge che sono comunque incompatibili e non sono espressamente richiamate nel presente decreto legislativo.....».*

87. Pare evidente, dunque, soprattutto alla luce del giudizio comunitario appena concluso e della scelta legislativa di eliminare ogni forma di tutela preventiva in caso di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato, che **le norme del codice di navigazione** (artt.326, 332 e 374), siano **compatibili** con l'obbligo di tutti i datori di lavoro e per tutti i contratti a tempo determinato di specificare le ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine sin dal primo (ed eventualmente unico) contratto di cui all'art.1, commi 1 e 2, D.lgs. n.368/2001, nel testo previgente alle modifiche del d.l. n.34/2014.

88. D'altra parte, ribadito che l'art.326 cod.nav. non si applicava alle fattispecie di causa di lavoratori marittimi che avevano fatto complessivamente ben più di un anno di servizio alle dipendenze di RFI, ma con singoli contratti a tempo determinato che hanno un intervallo temporale superiore a 60 giorni e non determinano le condizioni di applicazione della sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato, va evidenziato che lo stesso art.374 cod.nav. prevede la possibilità di **derogare alle disposizioni dell'art. 326 cod.nav.** soltanto come **condizioni di maggior favore per il lavoratore**, da parte delle norme corporative e del contratto individuale.

89. Sarebbe veramente singolare, allora, che il D.lgs. n.368/2001, attuativo ai sensi dell'art.117, comma 1, Cost. della direttiva 1999/70/CE e di obblighi comunitari, possa essere considerato di rango inferiore rispetto alle norme corporative di maggior favore per il lavoratore "abrogate" dalla Costituzione nazionale. **Il rapporto di specialità delle norme di recepimento di obblighi comunitari e la dignità "costituzionale" dell'originario d.lgs. n.368/2001**, rafforzato dall'affermazione di abrogazione implicita delle norme incompatibili con il decreto attuativo dell'accordo quadro comunitario sul



lavoro a tempo determinato (art.11 d.lgs. n.368/2001), **escludono tassativamente che si possa accettare la “prevalenza” di norme previgenti al d.lgs. n.368/2001 al di fuori del rapporto di compatibilità e, quindi, di coesistenza “pacifica”.**

**90.** In buona sostanza, come l’art.326 cod.nav. (rimasta l’unica norma di tutela dopo il d.l. n.34/2014), il contratto di arruolamento a viaggio o a viaggi di cui all’art.332 cod.nav. non era incompatibile con l’art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 (nel testo previgente), ma il viaggio o i viaggi, cioè l’oggetto della prestazione, non può/possono coincidere con le ragioni oggettive temporanee, la cui specificazione è pretesa dall’art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 e dalla giurisprudenza adeguatrice della Cassazione, specificazione delle ragioni oggettive che manca nelle fattispecie di causa in cui le parti ricorrenti erano state impiegate per un certo numero di giorni per sopperire ad esigenze permanenti di personale in relazione ad un servizio marittimo costante e giornaliero.

**91.** Sul contratto a viaggio ha affermato molto recentemente la Cassazione nella **sentenza n.19494/2014** su fattispecie analoga a quella dei lavoratori marittimi delle cause pregiudiziali *Fiamingo*: *«Invero, premesso che la norma di cui all’articolo 332 codice navale prescrive che il contratto deve contenere, oltre la data di inizio della prestazione, anche il viaggio o i viaggi da compiere o la durata del rapporto e che, in difetto, si applicano le norme sul contratto a tempo indeterminato, va subito detto che questa Corte (Cass. Sez. Lav. n. 7368 dell’11/4/2005) ha avuto occasione di statuire che “in tema di contratto di arruolamento marittimo, la mancata precisazione del viaggio o del termine finale priva il contratto a viaggio o il contratto a termine di un elemento essenziale ai fini della effettiva configurazione degli stessi come tali e, quindi, non può essere messa sullo stesso piano di qualsiasi altra omissione nel contratto degli elementi specificati nell’articolo 332 codice navale, comma 1 (omissione non necessariamente incidente sulla validità del contratto), così come l’ipotesi non può essere equiparata a quella del contratto a termine di diritto comune nullo per difetto di forma o di uno dei presupposti sostanziali, ma pur sempre caratterizzato dalla apposizione di un termine al rapporto. Per altro verso, l’articolo 332 codice navale, comma 2, ha inteso assicurare la conservazione del contratto a tempo indeterminato in riferimento anche a vizi meramente formali del contratto a termine o a viaggio, mentre non ha inteso affermare che la astratta denominazione del contratto come contratto a termine o a viaggio sia sufficiente all’effettiva qualificazione dello stesso in tal senso, anche in mancanza della effettiva specificazione del termine o del viaggio (in senso conf. v. anche Cass. Sez. lav. n. 3869 del 17.3.2001).».*

**92.** Peraltro, vi è un dato testuale da cui ricavare l’applicazione del D.lgs. n.368/2001 anche a **tutto il personale già disciplinato dal codice della navigazione. L’art.2, comma 1, D.lgs. n.368/2001** (dal titolo “**Disciplina aggiuntiva per il trasporto aereo ed i servizi aeroportuali**”), nel testo in vigore dall’ottobre 2001 cioè dal momento dell’entrata in vigore del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE introduce dei limiti di contingentamento per l’utilizzo del personale “navigante dell’aria”, cioè per il **personale a termine addetto al trasporto aereo** (cui si applica ai sensi dell’art.1 R.D. 327/1942 l’intero codice della navigazione).

**93.** Se si applica al personale assunto a termine nel settore del trasporto aereo il D.lgs. n.368/2001, non si vede quali motivi dovrebbero ostacolare se non una previsione specifica

di legge, che non c'è, all'applicazione della stessa norma anche al personale assunto a tempo determinato e addetto al trasporto marittimo.

**94.** Inoltre, l'**art.19 CCNL delle attività ferroviarie del 16 aprile 2003**, dal titolo "Contratto a tempo determinato", applicabile a tutti i lavoratori del gruppo Ferrovie dello Stato compresi – *ratione temporis* - i dipendenti RFI come parte ricorrente, richiama testualmente l'applicazione della direttiva 1999/70/CE (comma 1) e i limiti di contingentamento fissati dall'art.10, comma 7, D.lgs. n.368/2001 (comma 2) nella misura del 10%, specificando anche la tipologia di ragioni oggettive temporanee per il ricorso al contratto a tempo determinato: *«1. Le parti stipulanti si richiamano all'accordo europeo UNICE-CEEP-CES 18 marzo 1999 dove, nel riconoscere che i contratti di lavoro a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro, si afferma che i contratti a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni ed attività, atta a soddisfare le esigenze sia delle aziende che dei lavoratori.....».*

**95.** Sul punto del rapporto tra il lavoro marittimo e la contrattazione collettiva che rimanda alla normativa speciale-generale (scusate l'apparente contraddizione nell'uso congiunto dei due aggettivi) del contratto a termine, nella vigenza della legge n.230/1962 e applicando l'art.374 cod.nav. è intervenuta la Cassazione con la sentenza n.13723/2006 sempre su fattispecie di contratti di arruolamento a tempo determinato di Rete ferroviaria italiana: *«Sono invece fondate le censure formulate riguardo alla esclusione da parte del giudice di appello della rilevanza del riferimento, nei contratti di arruolamento, all'art. 3 della legge n. 56 del 1987. Lo stesso giudice, infatti, rileva che tale riferimento implicava l'inserimento delle assunzioni a termine nel novero dei contratti a termine previsti dai contratti collettivi in base all'esercizio della facoltà, attribuita a determinate organizzazioni sindacali, dall'art.23 della legge citata, di prevedere ulteriori ipotesi di ricorso al contratto a termine, oltre a quelle previste dalla legge n. 230/1962 e dall'art. 8 bis del d.l. n. 17/1983 (convertito con modificazioni nella legge n. 79/1983). In questo quadro di espresso riferimento alla normativa legale che disciplina il contratto di lavoro a termine per i normali rapporti di lavoro (cioè per il lavoro non nautico) -normativa caratterizzata dall'inserimento delle disposizioni di cui all'art. 23 della legge n. 56/1987 nel sistema delineato dalla legge n. 230/1962 (cfr., ex multis, Cass. n. 8352/2003, 8366/2003, 4862/2005, 9899/2005) - risulta apodittica e illogica l'esclusione che tali riferimenti implicassero una volontà delle parti di assoggettare i contratti alla disciplina di diritto comune dei contratti a termine. Né al riguardo è decisivo il rilievo che, nel sistema delle fonti del diritto della navigazione, il diritto comune costituisce una fonte secondaria, a cui fare ricorso solo in mancanza di una speciale regolamentazione, in quanto il riferimento su base volontaria ad una diversa disciplina è consentita alla luce dell'art. 374 c.n., secondo cui l'art. 326, contenente la disciplina del contratto a tempo determinato e di quello per più viaggi, può essere derogato "dalle norme corporative", e anche dai contratti individuali a favore dell'arruolato.».*

**96.** Ebbene, nonostante la chiarezza del quadro normativo e giurisprudenziale in senso favorevole all'applicazione del D.lgs. n.368/2001, la Cassazione nelle sentenze dell'8 gennaio 2015 esclude questa soluzione e quindi pare rispettare le indicazioni della Corte di giustizia sull'applicazione dell'art.326 cod.nav., premettendo però soltanto «la nota

vincolatività delle norme comunitarie come interpretate dalla CGUE» (punto 2.1 della sentenza).

**97.** Per sconfessare l'originaria posizione assunta nelle ordinanze di rinvio con una geniale bugia ne scarica la responsabilità sulla difesa dei lavoratori marittimi, per aver fatto «una forzatura nell'interpretazione delle ordinanze» (bel ringraziamento per aver difeso la Cassazione in Corte di giustizia anche contro il legislatore fraudolento!) quando ha sostenuto nella memoria *ex art.378 c.p.c.* «*che l'applicabilità al lavoro nautico del cit. d.lgs. n. 368/01 sarebbe stata affermata da questa Corte nelle ordinanze con cui è stata sollevata la questione pregiudiziale innanzi alla CGUE*» (punto 3.4 della sentenza).

**98.** Con grande classe, precisa la Corte sulla «forzatura interpretativa» con argomento *a contrario*, «*l'assunto è però smentito dall'oggettivo rilievo che tale questione pregiudiziale è stata sollevata proprio per verificare la compatibilità delle norme sul lavoro a termine, contenute nel codice della navigazione, con la direttiva 1999/70/CE, quesito che non sarebbe stato rilevante se, invece, questa S.C. avesse ritenuto – a monte – applicabile direttamente il d.lgs. n. 368/2001; invero, quest'ultimo sarebbe stato sufficiente a risolvere il contenzioso perché, nel testo in vigore all'epoca dei contratti in oggetto, prevedeva (v. art. 1 co. 2°) l'indispensabile esplicitazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine.*» (punto 3.4 della sentenza).

**99.** Tuttavia, per sgombrare il dubbio sulle responsabilità della «forzatura» di aver proposto quesiti pregiudiziali ultronei rispetto all'unico necessario, quello sull'applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo, la Cassazione aggiunge al punto 3.5 della sentenza: «*Inoltre – e ciò è dirimente – trattandosi di ordinanze interlocutorie, esse non hanno alcun valore (neppure parzialmente) decisivo nella presente controversia.*».

**100.** Insomma, dice la Corte, prendiamo atto che le ordinanze di rinvio sono andate *ultra petita* e hanno provocato la doppia reazione della Corte di giustizia (indispettita dalle critiche alla sentenza *Mangold*) e del legislatore, evidenziando però che il fulcro del D.lgs. n.368/2001 nella sua originaria formulazione, come interpretato dalla giurisprudenza di legittimità, cioè la specificazione delle ragioni oggettive di cui all'art.1, comma 2, non esiste più, ma ciò non significa che i contratti a tempo determinato anche nella nuova disciplina siano “acausali” o privi di ragioni oggettive, anche se si applicasse semplicemente il codice della navigazione, che «*prevede un'apposita disciplina del contratto a tempo determinato e dei suoi limiti, il che esclude spazi residui di applicazione del d.lgs. n.368/2001.*» (punto 3.3 della sentenza).

#### **m) La scelta della Cassazione di applicare al lavoro marittimo le norme del codice della navigazione, in via condizionale**

**101.** In effetti, parendo aderire alle indicazioni della Corte di giustizia, la Cassazione ai punti 3.1 e 3.2 della sentenza osserva che «*gli artt. 325, 326 e 332 cod. nav. non prevedono l'esplicitazione d'una specifica causale del contratto di arruolamento a tempo determinato e che l'applicabilità anche al lavoro nautico dell'accordo quadro allegato alla citata direttiva 1999/70/CE (sancita dalla sopra ricordata sentenza 3.7.14 della CGUE) non implica di per sé pure l'applicabilità della normativa nazionale (ossia del d.*

*lgs. n. 368/01) che ne abbia dato esecuzione; né il principio di specialità sancito dall'art. 1 cod. nav. consente di seguire la normativa di diritto comune, fra cui – appunto – quella del d.lgs. n. 368/2001. D'altronde, sin dalla sentenza n. 41/1991 la giurisprudenza della Corte cost. ha acconsentito a che la disciplina del lavoro nautico costituisca un subsistema incentrato sul principio di specialità di cui all'art. 1 cod. nav., che regola le fonti del diritto della navigazione. In tale settore l'operatività del diritto comune presuppone, salvo che sia diversamente disposto, la mancanza di norme poste in via diretta o ricavabili per analogia dalla disciplina speciale.».*

**102.** Tuttavia, pur non facendo alcun cenno all'ordinanza di correzione di errore materiale della Corte di giustizia del punto 20 della sentenza *Fiamingo*, la Cassazione si sostituisce alla Corte europea prendendo atto dell'errore di motivazione e al punto 3.8 ripropone il test di compatibilità tra la normativa interna (326 cod. nav.) e quella comunitaria (clausola 5 dell'accordo quadro, trascritta al punto 3.9 della sentenza): «*Resta da verificare se l'art. 326 cod. nav., nella parte in cui prevede la trasformazione di contratti di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nel caso in cui il lavoratore interessato sia stato occupato, presso lo stesso datore di lavoro, ininterrottamente in forza di contratti del genere per una durata superiore ad un anno (tenendo presente che il rapporto di lavoro va considerato ininterrotto quando i contratti di lavoro a tempo determinato sono separati da un intervallo inferiore o pari a 60 giorni), costituisca una misura adeguata ad assicurare l'effettività della clausola 5 dell'accordo quadro, vale a dire adeguata a prevenire e punire l'abusivo ricorso ad una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.*».

**103.** Infatti, alla luce della sentenza *Fiamingo* spetta al giudice del rinvio verificare che i presupposti per l'applicazione e l'effettiva attuazione della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato costituiscano una misura adeguata al fine di prevenire e punire l'abusivo ricorso ad una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (punto 3.10 della sentenza).

**104.** Quindi la Cassazione, riproducendo sostanzialmente quanto già enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo* ai punti 69-71, osserva che «*l'art.326 ult. co. Cod. nav., nel prevedere che la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai sessanta giorni, costituisce – in via generale e astratta – una misura adeguata e idonea a prevenire abusi nel susseguirsi di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, giacchè la necessità di un intervallo di tempo superiore ai sessanta giorni fra un'assunzione a termine e quella successiva è tale, in linea di massima, da ostacolare una preordinata volontà di aggirare quanto previsto dalla citata fonte comunitaria: infatti, interruzioni superiori ai 60 giorni, non consentendo al datore di lavoro una valida programmazione dell'attività, disincentivando la frantumazione d'un unico reale rapporto di lavoro a tempo indeterminato in plurimi apparenti rapporti a termine.*».

**n) La sentenza della Cassazione sul lavoro marittimo e la nozione “onnicomprensiva” di contratto in frode alla legge ai sensi dell'art.1344 c.c.: la fine del “nuovo” D.lgs. n.368/2001 e del Jobs act n.1. La dottrina italiana sul caso Küçük**

**105.** Sin qui la Cassazione ha rispettato le indicazioni della sentenza *Fiamingo* sulla idoneità “astratta” dell’art. 326 cod.nav. a costituire norma adeguata a prevenire gli abusi, ai sensi della clausola 5, n.1, lettera b), dell’accordo quadro.

**106.** E tuttavia, richiamando implicitamente la nozione di “contratti successivi” estesa a tutti i rapporti a tempo determinato con lo stesso datore di lavoro enunciata dalla sentenza *Adeneler* in presenza di clausola generale ed astratta di apposizione del termine contrattuale, la Cassazione compie un vero gioiello di ingegneria giuridica e di brillante ricostruzione nomofilattica dei principi fondamentali dell’ordinamento interno, ripescando l’ipotesi del contratto in frode alla legge ai sensi dell’art.1344 c.c., applicato anche ai contratti a termine (non solo) nel lavoro nautico.

**107.** Infatti, la Corte ai punti 3.12 e 3.13 di questa bellissima<sup>42</sup> sentenza sul lavoro nautico chiarisce al legislatore d’urgenza e agli interpreti (non solo italiani) che cosa significa *Giudice* della nomofilachia autentica delle leggi nazionali: «*Nondimeno, anche la presenza di una normativa astrattamente idonea a prevenire abusi non esclude che, in concreto, ricorra un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato tale da integrare frode alla legge sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che per sua natura non può che essere esaminata caso per caso, con apprezzamento del numero dei contratti di lavoro a tempo determinato, dell’arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e di ogni altra circostanza fattuale emersa in atti, apprezzamento riservato al giudice del merito. In proposito si tenga presente che l’art. 1 cpv. cod. nav. non osta all’applicazione del generale principio civilistico previsto dall’art. 1344 c.c. (non esistendo nel codice della navigazione norme che regolino il fenomeno della frode alla legge) e che il disposto dell’art. 326 ult. co. cod. nav. – secondo il quale la prestazione del servizio è considerata ininterrotta quando fra la cessazione di un contratto e la stipulazione del contratto successivo intercorre un periodo non superiore ai sessanta giorni – di per sé non implica anche una statuizione reciproca che, al contrario, ammetta sempre e comunque, a prescindere da eventuali intenti fraudolenti, la legittimità della successione della successione di contratti a termine purchè separati da intervalli superiori ai sessanta giorni.*».

**108.** In conseguenza, la Cassazione ha cassato la sentenza della Corte di appello di Messina con rinvio ad altra Corte di appello (Palermo), che «*dovrà limitarsi ad accertare se nel caso di specie, malgrado il formale rispetto dell’intervallo di tempo superiore ai 60 giorni fra un’assunzione a termine e quella successiva, la reiterazione dei contratti a tempo determinato sia stata utilizzata al fine di eludere l’applicazione delle norme sul contratto a tempo indeterminato previste dallo stesso codice della navigazione*», cioè ad accertare l’assenza di quell’intento fraudolento dei contratti a termine stipulati da RFI che era stato addebitato dai lavoratori nei ricorsi e che non era stato delibato dal *Giudice* di merito.

**109.** Si torna, dunque, ai principi civilistici degli artt.1344 e 1419, comma 2, c.c. in combinato disposto, su cui era fondata anche la “conversione” a tempo indeterminato del primo e unico contratto a tempo determinato oltre che della successione dei contratti nella vigenza della legge n.230/1962, per mancanza della temporaneità che caratterizza causalmente il contratto a termine e lo differenzia dal normotipo della regola del rapporto di lavoro stabile e/o per frode oggettiva nel ricorso ad una pluralità di contratti “legittimi”.

**110.** Nel commentare la sentenza *Küçük* della Corte di giustizia la più autorevole dottrina<sup>43</sup> evidenziava che «la Corte suggerisce di usare lo stesso criterio che i giudici italiani impiegavano per verificare se la successione di contratti era da considerarsi fraudolenta ai sensi dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 2 della legge n. 230/1962: bisognava guardare al numero dei contratti, all'arco temporale in cui si erano succeduti e dalla durata dell'utilizzo complessivo del lavoratore in base ai contratti stessi. Si parlava, allora, di frode oggettiva: i singoli contratti, come quelli considerati dalla Corte, erano legittimi in quanto diretti, singolarmente presi, a soddisfare esigenze temporanee (quali tipizzate dell'elenco dell'art. 1 di quella legge), ma il loro ripetuto utilizzo per periodi consistenti in un ampio arco di tempo dimostrava che di fatto le prestazioni richieste soddisfacevano esigenze permanenti di lavoro. Questa conclusione riveste grande importanza nel nostro diritto interno, proprio in relazione alle reiterate assunzioni a termine nella scuola. La Corte lo aveva già detto nei confronti del diritto greco con la sentenza *Adeneler*, ma ora ripete che per evitare una successione di assunzioni abusiva non basta che ciascuna di esse sia giustificata dal diritto interno né che soddisfi esigenze oggettive o temporanee, quali l'esigenza di sostituire personale assente: il giudice nazionale deve sempre verificare che tali assunzioni, pur legittime se singolarmente considerate, non evidenzino, nel loro complesso, l'uso abusivo di contratti a termine in luogo di un unico contratto a tempo indeterminato.»

**111.** E' quello che ha fatto la Cassazione italiana nella sentenza sul lavoro nautico, rilevando la sequenza annuale di contratti a tempo determinato stipulati con lo stesso personale qualificato per soli 78 giorni (tre mesi) per il tramite del collocamento speciale della gente di mare (l'unica forma di collocamento pubblico ancora funzionante) ogni anno da Rete ferroviaria italiana, su posti vacanti e per esigenze permanenti legate ad un servizio pubblico marittimo con numerosi viaggi giornalieri (h.24), approfittando del particolare regime di indennità di disoccupazione con requisiti ridotti posta a totale carico del sistema di finanziamento Inps e senza contribuzione dell'impresa pubblica fino al 31 dicembre 2008.

**112.** Una vera e propria frode oggettiva e, mi si consenta, "soggettiva", perché è sempre e solo lo Stato che froda così, con le stesse tecniche normative e di gestione del personale flessibile che hanno caratterizzato massivamente altre imprese pubbliche come Alitalia e Poste italiane, con la causale area e postale dell'art. 2, commi 1 e *1 bis*, D.lgs. n.368/2001, su cui, evidentemente, la Cassazione dovrà fare una ulteriore<sup>44</sup> riflessione dopo le sentenze dell'8 gennaio 2015.

**113.** Così come si dovranno convincere i datori di lavoro privati che l'utilizzazione dei contratti a tempo determinato privi di ragioni oggettive temporanee nella vigenza della nuova disciplina introdotta dal decreto Poletti, con un contratto iniziale e cinque possibile proroghe per la durata complessiva non superiore a tre anni, non ne garantisce la non impugnabilità per mancanza del requisito della temporaneità come causale ontologica per ricorso al contratto flessibile, a fronte di un contratto a tempo indeterminato che costituisce la forma comune dei rapporti di lavoro (art.1, comma 01, D.lgs. n.368/2001).

**114.** Stessa operazione di riconversione “culturale” dovrà essere operata nei confronti delle imprese utilizzatrici per i contratti di somministrazione a tempo determinato, sempre alla luce della nuova disciplina dell’art.20 D.lgs. n.276/2003 introdotta dal D.L. n.34/2014 senza più il riferimento alle ragioni oggettive, perché l’Avvocato generale Szpunar (lo stesso della causa *Mascolo*) nelle conclusioni presentate il 20 novembre 2014 nella causa C-533/13 in materia di divieti e restrizioni imposti dalla contrattazione collettiva finlandese al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale (Direttiva 2008/104/CE) ha utilizzato la stessa nozione di “abuso contrattuale” o di frode oggettiva per giustificare le limitazioni all’impiego di manodopera interinale, ai punti 120-121<sup>45</sup>.

**115.** Infine, brevi considerazioni sul caso *Kücüük* appena evocato, proprio in relazione alla fattispecie concreta della lavoratrice pubblica tedesca. Era stata sollevata dalla Cassazione tedesca come *Giudice* di ultima istanza nel giudizio principale proposto dalla lavoratrice, dopo che il Tribunale di 1° grado, prima, e il Tribunale distrettuale di 2° grado di Colonia, successivamente, avevano rigettato in due anni dal momento della proposizione del ricorso (18 gennaio 2008), la domanda giudiziale di riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine sulla base dell’illegittimità dell’ultimo contratto di lavoro, stipulato il 12 dicembre 2006 e che scadeva il 31 dicembre 2007.

**116.** La sig.ra Küçük, infatti, aveva lavorato come dipendente presso il Land dal 2 luglio 1996 al 31 dicembre 2007, in forza di tredici contratti di lavoro a tempo determinato. La lavoratrice occupava un posto di assistente di cancelleria presso il segretariato della Sezione delle cause civili dell’Amtsgericht Köln. **Questi contratti a tempo determinato erano conclusi a fronte di congedi temporanei, compresi i congedi parentali di educazione, e di congedi speciali fruiti da un unico assistente assunto a tempo indeterminato.** Ogni singolo contratto di lavoro a tempo determinato, era stato stipulato, come quelli precedenti, ai sensi del combinato disposto dell’art. 14, n.1, punto n. 3 del TzBfG - che corrisponde alle ragioni “sostitutive” generali dell’ordinamento italiano di cui all’art.1, comma 1, D.lgs. n.368/2001 nel testo previgente, già art.1, comma 2, lettera b, della legge n.230/1962 - e dell’art. 21, par. 1, della legge sull’indennità e sul congedo parentale (che può essere confrontato con l’art. 4, comma 1, D.lgs. n. 151/2001).

**117.** Ebbene, la Cassazione del lavoro tedesca, in sede di riassunzione della causa pregiudiziale definita dalla sentenza *Kücüük* (richiamata tre volte nella sentenza *Fiamingo* e ben dodici volte nella sentenza *Mascolo*), con sentenza del 18 luglio 2012, n.7 ha individuato in questa fattispecie di causa, pur a fronte di contratti a tempo determinato formalmente legittimi (in Italia sarebbe stato sufficiente un unico contratto a tempo determinato per la sostituzione di lavoratore assente per congedo parentale con durata temporale fino al rientro della titolare del posto stabile), un **abuso contrattuale secondo il diritto germanico**, cassando con rinvio al Tribunale distrettuale di Colonia per la riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine abusivi per frode oggettiva.

**118.** Meno di un mese prima, la Cassazione del lavoro italiana con sentenza del 20 giugno 2012 n.10127/2012<sup>46</sup> era intervenuta sul precariato scolastico, negando al personale docente precario sia la riqualificazione del rapporto sia il diritto al risarcimento dei danni, in nome delle esigenze del bilancio dello Stato, manipolando l’interpretazione comunitaria della stessa sentenza *Kücüük* (oltre che della *Angelidaki*), trovando ispirazione nella precedente “strana” sentenza<sup>47</sup>, con cui la commissariata (*ad interim*) Sezione lavoro della

Corte di Appello di Milano nega al precariato scolastico ogni tutela anche sull'anzianità di servizio, sempre richiamando a sproposito la "famosa" sentenza *Kücük*.

**119.** Ci sarà una "Black" *Kücük* sul sito della Corte europea, evidentemente. Ma nel portale della giurisprudenza comunitaria non risulta nulla, c'è solo Bianca *Kücük* e la funzionaria pubblica precaria tedesca è riuscita a convincere la Cassazione teutonica, dopo la sentenza della Corte di giustizia, che i suoi 14 contratti consecutivi per ragioni sostitutive effettive e oggettive abbiano fatto maturare, comunque, il diritto alla stabilità lavorativa, rilevando e sanzionando la "frode oggettiva" già applicata dalla giurisprudenza della Cassazione italiana nel regime della legge n.230/1962, in epoca in cui lo *spread* avrebbe potuto al massimo indicare un prodotto *spray* contro le zanzare e mai sarebbe riuscito a terrorizzare i maestri del diritto universale, al punto da far perdere i fondamentali riferimenti costitutivi del diritto, dell'equità e dell'etica istituzionale.

**120.** A distanza di due anni e mezzo da due decisioni così contrastanti delle Supreme Corti di cassazione di Italia e Germania sugli effetti applicativi della stessa sentenza della Corte di giustizia e dopo la sentenza *Mascolo* che ha sconfessato l'impianto argomentativo della sentenza n.10127/2012 della Cassazione nazionale, piace pensare, con le decisioni della nostra Corte di legittimità sul lavoro nautico, che esista ancora **l'abuso contrattuale secondo il diritto italiano** e che le ragioni del diritto e della tutela dei diritti fondamentali debbano prevalere - quando è possibile perché non vi sono ragioni imperiose di interesse generale - sulle esigenze dell'economia e sui privilegi e le rendite finanziarie di burocrati e di giuristi troppo "interessati".

**121.** Sotto questo profilo mi sembra vengano meno i presupposti della sacrosanta richiesta di procedura di infrazione UE proposta il 15 luglio 2014 dalla Cgil in relazione alle gravissime violazioni della direttiva 1999/70/CE commesse dal legislatore della riforma urgente del decreto Poletti. La Commissione, infatti, evidenzierà che nella normativa interna "sopravvissuta" (art.1, comma 01, e art. 5, commi 2, 3, 4 e 4 *bis*) e nella giurisprudenza della Cassazione sul lavoro nautico dopo la sentenza *Fiamingo* si individuano tutti gli elementi per ritenere che l'ordinamento interno si è adeguato alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, seppure *praeter legem* o al di là delle intenzioni fraudolente del legislatore.

**122.** Come aveva già affermato la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale sul lavoro marittimo sulla "liberalizzazione" del ricorso al contratto a tempo determinato nelle intenzioni del legislatore delegato del 368. Ah no, scusatemi, ma quest'ultima frase è meglio non scriverla: non vorrei che la Suprema Corte mi accusasse per la seconda volta di "forzatura" interpretativa.

**123.** Certamente, è paradossale (ma è giusto) che il lavoratore dei marittimi sia oggi molto più tutelato del lavoro a tempo determinato alle dipendenze degli altri datori di lavoro privati, potendo invocare non solo le norme del codice della navigazione compresa la causalità dei contratti a viaggio (come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità) e la misura della durata massima di un anno alle dipendenze dello stesso armatore prima della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi, ma anche delle condizioni di maggior favore della contrattazione collettiva. Pare che possa essere vero, come nel



messaggio evangelico, che gli ultimi, qualche volta, possano essere i primi. Come per i precari pubblici che andiamo ad esaminare.

\*\*\*\*\*

### **3. L'evoluzione della normativa interna dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dall'art.97, comma 3, Cost. fino all'art.117, comma 1, Cost. nella giurisprudenza comunitaria fino alla sentenza Mascolo**

#### **a) La stabilizzazione del precariato pubblico già nella sentenza "integrata" Carratù-Mascolo**

**124.** Ho sostenuto in vari scritti (richiamati in nota 34) che la sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia su tutto il precariato pubblico sarebbe stata una decisione scontata, perché la Corte europea si era già espressa nella sentenza "integrata" *Carratù-Papalia* in direzione della stabilizzazione di tutti i precari pubblici.

**125.** Mi pare che la previsione, abbastanza semplice da elaborare per la conoscenza personale di tutti gli atti processuali delle varie cause pregiudiziali italiane che hanno riguardato la complessa problematica, si sia realizzata, anche se la Corte di Lussemburgo nella sentenza del 26 novembre 2014 ha poi affermato qualcosa in più e di più "definitivo" sul piano sanzionatorio per lo Stato italiano, sotto il profilo del **principio di leale cooperazione** tra l'Unione europea e gli Stati membri, ai sensi dell'art.4, punto 3, del Trattato UE.

**126.** Il **principio di leale cooperazione** tra la Corte di giustizia e gli Stati membri, peraltro, appare centrale nel recentissimo **parere n.2/13 dell'adunanza plenaria<sup>48</sup> del 18 dicembre 2014**, con cui la **Corte di giustizia** ha precisato - inaspettatamente per molti osservatori soprattutto dopo la favorevole presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott del 13 giugno 2014 - che «*l'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non è compatibile con l'articolo 6, paragrafo 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*».

**127.** Condivido la **posizione della Corte di giustizia nel parere "anti-adesione" alla Cedu sulla necessità di valorizzare il principio "interno" al sistema comunitario della leale cooperazione degli Stati**, prima di provare un sistema ancor più integrato di tutela con troppe Corti sovranazionali e nazionali in competizione, proprio alla luce della sentenza *Mascolo* e della macroproduzione interpretativa sul precariato pubblico italiano e delle vicende giudiziarie incredibili che hanno caratterizzato l'altro caso clinico del personale ata trasferito dagli Enti locali allo Stato con i contrasti "dialogici" tra Cassazione, Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte EDU<sup>49</sup>.

**128.** In realtà, già la sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Cgue sembravano il risultato di un'azione integrata della giurisprudenza della Corte costituzionale, della

Cassazione, della Corte di giustizia dell'Unione europea, della Corte europea dei diritti dell'uomo, per creare le condizioni di una palingenesi del diritto eurounitario<sup>50</sup> o, come sembra ancora preferibile definirlo, del (*droit*) *acquis communautaire*, di un sistema condiviso ed integrato dalla giurisprudenza delle Corti di valori, principi e regole di diritto costituzionale europeo a tutela dei diritti fondamentali delle persone, delle imprese e dei lavoratori sul territorio della “vecchia” Europa, compresa la “nuova” Italia.

**129.** La sentenza *Carratù* e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013 nascevano da molti rivoli e presupponevano le diverse problematiche dell'ordinamento interno, della giurisprudenza nazionale e dei processi comunitari già svolti, ma sembravano chiarire tutti i dubbi sollevati da Giudici nazionali con differente approccio interpretativo e culturale dal vulcanico Tribunale di Napoli<sup>51</sup> nella causa C-361/12 sull'art.32, commi da 5 a 7<sup>52</sup>, della legge n.183/2010 e dal prudente Tribunale di Aosta<sup>53</sup> nella causa C-50/13 sull'art.36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, convergenti però sull'unico obiettivo di assicurare una tutela effettiva ai precari pubblici o “equiparabili” rispetto alle continue ingerenze del legislatore nazionale nel modificare le regole processuali e sostanziali a protezione degli interessi abusivi dello Stato.

**130.** Le coordinate risposte fornite ai due Giudici nazionali dalla Corte di giustizia con i due distinti e contestuali provvedimenti della sentenza *Carratù* e dell'ordinanza *Papalia* costituivano un *revirement* (sentenza *Mangold*, ordinanze *Vino*, sentenza *Viscido*), una revisione-integrazione (sentenza *Scattolon*) o una integrazione-correzione (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza *Affatato*) di precedenti decisioni della Corte di Lussemburgo su casi che riguardavano direttamente o indirettamente problematiche della disciplina italiana sul lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego e di norme retroattive peggiorative della tutela riconosciuta a rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni. Avevo così schematizzato queste risposte nella loro (apparente) straordinaria valenza interpretativa ed applicativa:

- il primo e unico contratto a tempo determinato entra nel campo di applicazione delle clausole 4, punto 1, e 5, punto 1, lettera a) e punto 2, lettera b) dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato anche per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie in caso di utilizzo illecito (sentenza *Carratù*, punti 22-24);
- l'art.32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/2010 ricade nell'ambito della direttiva 1999/70, anche se le disposizioni controverse sono state emanate per finalità e scopi diversi rispetto alla necessità di attuazione della direttiva (sentenza *Carratù*, punti 25-26);
- Poste italiane è organismo statale, è lo Stato italiano che opera in settori economici totalmente aperti alla concorrenza, e non è una impresa privata (sentenza *Carratù*, punti 27-31);
- a Poste italiane, in quanto organismo statale, e a tutte le pubbliche amministrazioni si applica direttamente il decreto legislativo n.368/2001 e la misura preventiva e sanzionatoria effettiva dell'art.1, commi 1 e 2, dell'unica normativa interna attuativa della direttiva 1999/70/CE delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 5, 22 e 24);
- per l'effetto, a tutte le pubbliche amministrazioni non si applica (né è stato mai applicabile) l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 in quanto misura inidonea a sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego (ordinanza *Papalia*, conclusioni) sia che si tratti di un unico contratto a termine (sentenza *Carratù*) sia

che si tratti di una pluralità di contratti successivi (ordinanza *Papalia*, conclusioni) e il *Giudice* nazionale, in questo caso, è tenuto a dare effettività alla tutela dei lavoratori pubblici a tempo determinato applicando le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, cioè gli artt.1, commi 1 e 2, 4 e 5, commi 2, 3, 4 e 4 *bis*, d.lgs. n.368/2001 come richiamati dall'art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001 (ordinanza *Papalia*, punti 7 e 35);

- anche le conseguenze sanzionatorie in caso di illecito utilizzo del contratto a tempo determinato (anche del primo e unico rapporto a termine) entrano nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4, n.1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 32-38);
- le situazioni dell'utilizzo illecito di un contratto a tempo determinato e del licenziamento ingiustificato da un contratto a tempo indeterminato sono differenti e, dunque, normalmente non rientrano nei parametri di comparabilità previsti dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo comunitario sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Carratù*, punti 42-45);
- tuttavia, poiché il legislatore nazionale ha introdotto disposizioni più favorevoli ai lavoratori a tempo determinato, cioè ha equiparato la tutela civilistica/speciale prevista dall'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001 (caso della lavoratrice *Carratù*) o dall'art.5, commi 3, 4 e 4 *bis*, dello stesso decreto 368 (caso del lavoratore *Papalia*) in caso di assunzione illecita *ex tunc o ex nunc* a tempo determinato con la tutela prevista per il licenziamento ingiustificato nel campo di applicazione dell'art.18 della legge n.300/1970 (nella formulazione antecedente le modifiche della legge n. 92/2012), il combinato disposto della clausola 4, punto 1, e della clausola 8, punto 1, dell'accordo quadro impone la rimozione o non applicazione di tutte le disposizioni di legge successive al d.lgs. n. 368/2001 che impediscono l'applicazione diretta (anche a Poste italiane e a tutte le pubbliche amministrazioni) del principio di uguaglianza e non discriminazione di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro (sentenza *Carratù*, punto 28 e punti 46-48);
- infine, non è necessario risolvere le questioni interpretative sul giusto processo e l'applicazione diretta dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, perché l'applicazione diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro comunitario non rende necessaria la cogenza della norma primaria del Trattato UE (sentenza *Carratù*, punto 49).

**b) La Cassazione nega la rilevanza della sentenza Carratù-Papalia ai fini della stabilizzazione del precariato pubblico, richiamando l'art.97, comma 3, Cost.**

**131.** Questa “personale” interpretazione della sentenza “integrata” *Carratù-Papalia* non è stata affatto condivisa né dalla Cassazione con le sentenze nn. 7685 e 12696 del 2014 sul contenzioso postale né dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 155/2014<sup>54</sup>, che hanno depotenziato e minimizzato le indicazioni che la Corte di giustizia aveva fornito agli interpreti nazionali con la sentenza *Carratù*, fino all'inaccettabile oblio del *giudice delle leggi* nella sentenza n. 226/2014<sup>55</sup> e ai conseguenti segnalati “errori” della sentenza *Fiamingo* della stessa Corte di giustizia sul lavoro marittimo.

**132.** Sul precariato pubblico non postale, poi, parte della Cassazione (e anche di autorevole giurisprudenza di merito) ha cominciato una incredibile corsa all'estensione del “noto”

principio di ordine pubblico internazionale (cfr. Cass., sentenza n.10070/2013), cioè divieto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego dei contratti a termine successivi e abusivi anche ai lettori universitari (v. Cass., sentenza n.21831/2014), agli Enti pubblici economici (*ex multis*, Cass., ordinanza interlocutoria n. 4456/2014, discussa davanti alle Sezioni unite all'udienza del 16 dicembre 2014) e, addirittura, le società di capitale a totale o maggioritaria partecipazione pubblica locale (cfr. Corte di appello di Genova, sentenza n.392 del 29 novembre 2014), con l'evidente obiettivo, dopo la sentenza *Carratù*, di estenderlo anche alle partecipazioni statali che operano sul piano nazionale (Poste italiane e Trenitalia o RFI, tra le tante), sempre all'ombra motivazionale della ragion di Stato, delle ragioni finanziarie della spesa pubblica, della *spending review*.

**133.** Con l'amico e collega Sergio Galleano abbiamo provato a far riflettere "ulteriormente" la Suprema Corte all'udienza del 25 novembre 2014 sul precariato pubblico regionale (caso *Papalia*) su fattispecie di contratti successivi (tutti legittimamente stipulati o con concorso pubblico o con accesso *ex art.16* della legge n.56/1987) che avevano abbondantemente superato i trentasei mesi di servizio in guisa tale da consentire l'applicazione dell'art. 5, comma 4 *bis*, D.lgs. n.368/2001, invitando il Collegio a rinviare la causa in attesa di leggere le motivazioni della sentenza *Mascolo*, che sarebbe stata pubblicata il giorno dopo, e formulando, *ad adiuvandum* di una più approfondita analisi la seguente istanza pregiudiziale: « *Se a) la clausola 5, nn. 1 e 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato stipulato il 18 marzo 1999, figurante nell'allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, anche alla luce della clausola 4 dello stesso accordo quadro e del principio di uguaglianza e non discriminazione del diritto dell'Unione europea, come costantemente interpretate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nelle sentenze Adeneler, Marrosu-Sardino e Vassallo, Angelidaki, Küçük, Huet, Valenza, Carratù, nonché "de iure condendo" Mascolo e nelle ordinanze Vassilakis, Koukou, Lagoudakis, Affatato e Papalia, devono essere interpretate nel senso che tali disposizioni ostano all'adozione, da parte di uno Stato membro, di una normativa nazionale, quale l'attuale articolo 36, commi 5, 5 ter e 5 quater del Decreto legislativo n.165/2001, che, nell'interpretazione della pubblica amministrazione e della Cassazione nelle sentenze nn.392/2012, 10127/2012, 10070/2013, 9385/2014, 14169/2014 ed altre dello stesso tenore, differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti a termine stipulati con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di "applicazione" delle regole interne di recepimento della Direttiva 1999/70/CE emanate in attuazione dell'art.117, comma 1, della Costituzione sulla successione dei contratti a termine e sul principio di non discriminazione [artt.1, commi 1 e 2, e 5 D.lgs. n.368/2001 e, in particolare, il comma 4 bis, per quanto riguarda la clausola 5, n.1, lettera b), e n.2, dell'accordo quadro comunitario] senza prevedere alcuna sanzione effettiva, proporzionale, preventiva, dissuasiva, neanche sotto il profilo del risarcimento del danno.»*

**134.** Niente da fare, nessun rinvio (la fretta è sempre cattivissima consigliera). Con una sentenza molto articolata e sicuramente di pregevole fattura argomentativa depositata il 30 dicembre 2014 n. **27481/2014** (cit. in nota 2), la Cassazione ha giustificato il mancato rinvio richiamando a sproposito (per negarne l'incidenza sulla fattispecie delibata dal Supremo Collegio) la sentenza *Mascolo* senza poterne esaminare il contenuto effettivo che

riguarda anche (direi, soprattutto) il pubblico impiego non scolastico, per escludere la “conversione” o trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi e anche la sanzione “equivalente” delle venti mensilità di risarcimento del danno (art. 18, commi 4 e 5, legge n.300/1970 in combinato disposto, nel testo antecedente la riforla Fornero). La sentenza della Suprema Corte afferma, invece, “*ultra vires*” **l’applicazione analogica della sanzione del “danno comunitario” (così qualificato!) della tutela obbligatoria prevista dall’art.8 della legge n.604/1966 da 2,5 a 6 mensilità di retribuzione** (tetto massimo elevabile a 10 per contratti a tempo indeterminato di durata superiore a 10 anni e a 14 per rapporti di durata superiore a 20 anni), **sembrerebbe per ogni fattispecie contrattuale “abusiva”** dal momento che si considera riduttiva l’applicazione della sanzione onnicomprensiva dell’art.32, comma 5, della legge n.183/2010.

**135.** Mi pare una evidente creazione giurisprudenziale non necessaria e che, se pur con il generoso obiettivo di superare le criticità della sentenza n.392/2012 della Cassazione sull’onere della prova del risarcimento a carico del lavoratore dopo la specifica censura della Corte di giustizia con l’ordinanza *Papalia*, potrebbe non servire a rafforzare la tutela dei lavoratori precari in caso di abusivo utilizzo e ingenerare, invece, una confusione maggiore tra gli operatori.

**136.** Anche perché con sentenza n. **27363/2014**<sup>56</sup> del 23 dicembre 2014, che appare chiaramente in linea con la decisione *Mascolo* della Corte di giustizia (non citata) e che richiama l’ordinanza *Papalia*, di cui trascrive integralmente il dispositivo, con *obiter dictum* la Cassazione esprime il principio di diritto su questione della massima rilevanza ai sensi dell’art.384 c.p.c. (disposizione richiamata in motivazione), affermando che **l’unica sanzione adeguata** in caso di abusivo utilizzo dei contratti a termine nel pubblico impiego è **l’art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001**.

**137.** Mi pare evidente, a questo punto, che non possiamo attendere altre decisioni della Corte di giustizia che interpretino autenticamente la sentenza *Mascolo*, come è successo con l’ordinanza *Affatato* che la Corte di Lussemburgo è stata costretta ad interpretare autenticamente per ben sei volte, dopo le mistificatorie interpretazioni del Consiglio di Stato sui raccomandati *ex precari* delle Autorità indipendenti (sentenza *Valenza* e le due ordinanze *Bertazzi*), della Cassazione con la sentenza n.392/2012 (sentenza *Carratù* e ordinanza *Papalia*) e della Corte costituzionale con l’ordinanza n.207/2013 (sentenza *Mascolo*, appunto).

**138.** Sarebbe piuttosto irritante e squalificante per la dignità dell’ordinamento interno procedere ad ulteriori rinvii pregiudiziali Ue di “chiarimento” su un quadro interpretativo della normativa comunitaria da parte della Corte di giustizia ormai “eccessivamente” completo ed esaurito. Di qui la necessità di **un’interpretazione “autentica” della sentenza Mascolo della Corte di giustizia**, partendo innanzitutto dalle regole (se ci sono) che disciplinavano o disciplinano la materia del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego.

**c) L’evoluzione caotica della disciplina del contratto a tempo determinato nel pubblico impiego italiano scolastico e non scolastico fino alla sentenza Mascolo**

**139.** La **disciplina italiana** sul contratto a termine **nel lavoro privato** di cui alla legge n.230/1962 (nel testo integrato dall'art.23 della legge n.56/1987 e modificato dall'art.10 della legge n.196/1997) è stata **estesa al lavoro pubblico** solo a decorrere dal 23 aprile 1998 con la modifica dell'art.36, comma 7, D.lgs. n.29/1993 (introdotta dall'art.22 D.lgs. n.80/1998), qualche mese prima che la competenza sulle controversie in materia di pubblico impiego contrattualizzato passasse, compresa quella in materia di assunzione a tempo indeterminato, alla competenza della magistratura ordinaria specializzata.

**140.** In mancanza di altre misure di tutela antiabusive, la normativa del 1962 prevedeva all'art.2, comma 1, un regime eccezionale anche per la "proroga" e, al successivo comma 2 (modificato dall'art.12 della legge n.196/1997), l'intera **disciplina dei "contratti successivi"**, che verrà integralmente traslata nei commi da 1 a 4 dell'art.5 del D.lgs. n.368/2001.

**141.** La disciplina del contratto a termine prima del recepimento della Direttiva 1999/70/CE **non si applicava alle amministrazioni statali e alle aziende autonome dello Stato**, perché il d.P.R. di adeguamento previsto dall'art.10 della legge n.230/1962 non è stato mai emanato.

**142.** E' pur vero che il comma 7 dell'art.36 D.lgs. n.29/1993, prima dell'entrata in vigore del testo unico sul pubblico impiego di cui al D.lgs. n.165/2001, prevedeva l'applicazione "mediata" dalla contrattazione collettiva della legge n.230/1962, ma la possibilità per i datori di lavoro pubblici di ricorrere legittimamente a contratti a termine era comunque legata al rispetto della disciplina sul reclutamento attraverso procedure selettive o l'avviamento degli iscritti al collocamento *ex art.16* della legge n.56/1987, non essendo consentita, in caso di violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori (art.36, comma 8, D.lgs. n.29/1993), la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, salvo un formale ma non sostanziale diritto del lavoratore al risarcimento dei danni da rapporto di lavoro "nullo", con applicazione del solo art.2126 c.c., norma di garanzia "interna" all'obbligazione contrattuale ormai cessata.

**143.** Come è noto, la legge delega comunitaria n.422/2000 ha seguito le indicazioni già maturate nell'ordinamento tedesco con il TzBfG di recepire anche in Italia l'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, nonostante le indicazioni della Corte costituzionale nella sentenza n.41/2000 sulla adeguatezza della normativa interna (legge n.230/1962) rispetto alla disciplina europea.

**144.** Prima dell'emanazione del D.lgs. n.368/2001, in ottemperanza all'art.11, comma 4, lett.a), del D.lgs. n.59/1997 e alla Direttiva 91/533/CE relativa all'obbligo del datore di lavoro (compreso quello pubblico) di informare il lavoratore sulle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro, il D.lgs. n.165/2001 ha confermato nel testo unico sul pubblico impiego la possibilità di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro flessibile, compresi i contratti a termine ai sensi della legge n.230/1962.

**145.** Tuttavia, il D.lgs. n.165/2001 ha scisso le ipotesi di reclutamento per l'assunzione a

tempo indeterminato con i conseguenti obblighi di rispetto delle procedure selettive, comprese quelle di assunzione attraverso le graduatorie del collocamento *ex art.16* della legge n.56/1987 (art.35), rispetto alle ipotesi di forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale (art.36, comma 1), in relazione alle quali, rimanendo privo di “contenuto” normativo il riferimento al “rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti” (commi scomparsi con la scissione dell’originario art.36 D.lgs. n.29/1993 in due distinti articoli), **le pubbliche amministrazioni sono state di fatto autorizzate a non fare ricorso a procedure selettive per l’assunzione con rapporti flessibili, senza conseguenze invalidanti o responsabilità dirigenziali, fatta eccezione per le assunzioni di personale a termine nel comparto scuola.**

**146.** Infatti, l’art.4 della legge 3 maggio 1999, n.124 (“Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico”) ha ripristinato un sistema derogatorio (rispetto alla legge n.230/1962) per il reclutamento a tempo determinato sia dei docenti sia del personale tecnico, ausiliario ed amministrativo (ata), sulla base di graduatorie permanenti derivanti da procedure concorsuali già espletate e utilizzabili anche per le assunzioni a tempo indeterminato (*ex artt.401 ss. D.lgs.n.297/1994*), con tre tipologie:

- supplenze annuali di dodici mesi che coprono l’intero anno scolastico fino al 31 agosto (comma 1), per la copertura delle cattedre e dei posti di insegnamento e di lavoro amministrativo (per il personale ata), che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre e che rimangano prevedibilmente tali per l’intero anno scolastico, qualora non sia possibile provvedere con il personale docente di ruolo delle dotazioni organiche provinciali o mediante l’utilizzazione del personale in soprannumero, e semprechè ai posti medesimi non sia stato già assegnato a qualsiasi titolo personale di ruolo;
- supplenze “temporanee” di dieci mesi fino al termine delle attività didattiche, cioè fino al 30 giugno (comma 2), per la copertura di posti di lavoro non vacanti che si rendano di fatto disponibili entro la data del 31 dicembre;
- supplenze “effettivamente” temporanee (comma 3, per sostituzione di personale assente per malattia, maternità, ecc.), nelle altre ipotesi diverse dai commi 1 e 2.

**147.** La natura derogatoria del sistema di reclutamento della scuola, rispetto alla sostanziale liberalizzazione prevista dall’art.36, comma 1, D.lgs. n.165/2001, è stata salvaguardata dall’art.70, comma 8, 3° periodo, D.lgs. n.165/2001, che **al 1° periodo dello stesso comma ha previsto e prevede l’applicabilità dell’intero T.U.P.I. al personale della scuola**, compreso dunque l’art.36 del Testo unico sul pubblico impiego, più volte modificato, come vedremo.

**148.** In questo contesto normativo, al comma 2 dell’art.36 D.lgs. n.165/2001 il legislatore del testo unico sul pubblico impiego ha riprodotto la stessa norma-sbarramento dell’art.36, comma 8<sup>57</sup>, D.lgs. n.29/1993, apparentemente depotenziata dalla mancanza di disposizioni imperative “interne” all’articolo in questione da rispettare in materia di reclutamento “flessibile”. Anche tale disposizione, evidentemente, era ed è (attualmente collocata nel comma 5 nelle varie modifiche dell’art.36<sup>58</sup>) applicabile al personale della scuola, nel momento in cui nell’assegnazione della supplenza a tempo “strutturato” o breve siano state violate le procedure di reclutamento speciale<sup>59</sup>.

**149.** Successivamente all’entrata in vigore del D.lgs. n.165/2001, il D.lgs. 6 settembre

2001, n.368 ha dato attuazione all'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato sia per i datori di lavoro privati che per le pubbliche amministrazioni, che, infatti, non rientrano tra i "settori" esclusi dal campo di applicazione del decreto.

**150.** Per ovviare alle ingestibili rigidità della nuova disciplina dell'art.36 D.lgs. n.165/2001, il legislatore d'urgenza è nuovamente intervenuto con l'art.49 D.L. n.112/2008, ancora una volta integralmente modificando lo stesso art.36 D.lgs. n.165/2001 e consentendo nuovamente un ragionevole ricorso alla flessibilità nelle pubbliche amministrazioni per esigenze temporanee, **con espressa applicazione, questa volta**, (non più della legge n.230/1962 e successive modifiche ed integrazioni, ma) **del D.lgs. n.368/2001 ai nuovi commi 1 e 2**, con decorrenza dal 25 giugno 2008 e fino all'attualità.

**151.** Infatti, nella formulazione del testo attualmente in vigore del citato art.36, al comma 2, «*i contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato.....in applicazione di quanto previsto dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*», laddove il precedente testo normativo dello stesso comma fino al 31 dicembre 2007 faceva ancora riferimento alla legge n.230/1962 (e successive modifiche ed integrazioni).

**152.** Contestualmente, il personale assunto a termine senza concorso prima del 2006 alle dipendenze delle Autorità indipendenti, con retribuzioni *extra ordinem* molto superiori rispetto a profili professionali del pubblico impiego omogenei, sono stati stabilizzati - senza neanche la procedura selettiva prevista dall'art. 1, comma 519, della legge n.296/2006 - eccezionalmente nel 2008 con norma d'urgenza (art. 75, comma 2, dello stesso D.L. n. 112/2008), di cui non è stata disposta neanche la conversione nella legge n.133/2008.

**153.** Un anno dopo la sentenza *Del Cerro Alonso* della Corte di giustizia sul riconoscimento degli scatti di anzianità ai dipendenti pubblici a tempo determinato, il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con lettera circolare del 25 settembre 2008, sulla base del parere dell'Ufficio legislativo dello stesso Ministero di cui alla nota del 9 settembre 2008, ha dovuto ammettere che il D.lgs. n.368/2001 si applicava integralmente anche al personale della scuola, ma si è rifiutato di riconoscere l'anzianità di servizio ai supplenti, invocando la specialità delle procedure di reclutamento e la differenza "ontologica" dei contratti a termine della scuola rispetto agli altri rapporti a tempo determinato.

**154.** Qualche mese dopo la circolare del Miur il legislatore d'urgenza con l'art.1 D.L. n.134/2009, dichiarando di dare applicazione alla sentenza *Del Cerro* indicata nel preambolo del decreto legge, per le supplenze del personale scolastico aggiungeva all'art.4 della legge n.124/1999 il comma *14 bis*<sup>60</sup>, tentava in realtà di impedire sul piano interpretativo con efficacia retroattiva gli effetti della decisione della CGUE già verificatisi alla data di entrata in vigore della norma - 25 settembre 2009 -, perchè, nel testo originario<sup>61</sup>, escludeva anche gli scatti di anzianità e la progressione di carriera.

**155.** Immediatamente dopo, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione (proc. n. 2010/2045) nei confronti della Repubblica italiana sul computo dei lavoratori a



tempo determinato (art.8 D.lgs. n.368/2001), con l'invio il 30 settembre 2009 di una lettera di messa in mora per la non corretta trasposizione della direttiva 1999/70/CE.

**156.** L'avvio della procedura di infrazione ha provocato un rapido ripensamento del legislatore, in sede di conversione del D.L. n.134/2009. L'allegato alla legge di conversione n.167/2009 ha modificato il testo originario dell'art.1, comma 1, D.L. 134/2009, per cui il vigente testo (dal 25 novembre 2009) dell'art.4, comma 14 *bis*, della legge n.124/1999, ha escluso ogni intervento sull'anzianità di servizio per evitare ulteriori censure da parte della Commissione europea per l'uso strumentale del richiamo a sentenze della Corte di giustizia.

**157.** Con l'art.9, comma 18, D.L. 20 maggio 2011, n.70 il legislatore d'urgenza sulla scuola pubblica ha aggiunto l'art.10 del D.Lgs n.368/2001 il comma 4 *bis*, con uno spettro di azione più ampio di quella precedente dell'art.4, comma 14 *bis*, della legge n.124/1999, ancora in vigore, in quanto sono esclusi dall'applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, e, in ogni caso è prevista non si applica l'articolo 5, comma 4 *bis*, del decreto.

**158.** Con l'art. 10, co. 1, lett. *c-bis*, D.lgs. n.368/2001, aggiunto dalla L. n. 183/2011, i richiami in servizio del **personale volontario** del Corpo nazionale dei **vigili del fuoco** sono stati esclusi dalla nozione di rapporti di lavoro subordinato a seguito del contenzioso instaurato per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine, e la norma è stata incredibilmente avallata dalla Corte costituzionale con la sentenza n.267/2013.

**159.** Con l'art. 10, co. 4-*ter*, D.lgs. n.368/2001, aggiunto dal D.L. 76/2013 **il personale a tempo determinato**, compreso quello con qualifica dirigenziale, alle dipendenze del **Servizio sanitario nazionale**, come il personale della scuola statale, è stato escluso dal campo di applicazione del D.lgs. n.368/2001 come reazione del legislatore all'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2124-2010 della Commissione europea sul precariato scolastico 1.

**160.** L'art. 10, co. 4 *bis*, 2<sup>a</sup> parte, D.lgs. n.368/2001, aggiunto dal D.L. 101/2013 ha escluso anche il **personale educativo e scolastico a tempo determinato delle scuole pubbliche gestite dagli Enti locali** dal campo di applicazione del D.lgs. n.368/2001, come reazione del legislatore all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli in causa C-63/13 tra l'insegnante Russo e il Comune di Napoli.

**161.** Infine, con l'art. 36, commi 5 *ter* e 5 *quater*, D.lgs. n. 165/2001, introdotti con decorrenza 1° settembre 2013 dal D.L. 101/2013 dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico, **tutto il personale a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni** è stato escluso da ogni forma di tutela in caso di abusi nella successione dei contratti a termine sia per quanto riguarda la trasformazione a tempo indeterminato (comma 5 *ter*) sia per quanto attiene il risarcimento dei danni (comma 5 *quater*, con nullità del contratto), pur stabilendo il legislatore fraudolento l'applicazione del D.lgs. n.368/2001 a tutte le pubbliche amministrazioni (comma 5 *ter*), duplicando così il richiamo del 368 contenuto nel comma 2 dello stesso articolo.

**162.** Come è possibile apprezzare, un quadro desolante e caotico di produzione normativa tutta finalizzata a negare ogni forma di tutela effettiva ai precari pubblici e, soprattutto, tutta presa in considerazione dalla giurisprudenza comunitaria fino alla sentenza *Mascolo*.

**d) La Corte costituzionale e la manipolazione interpretativa dell'art.97, comma 3, Cost. tra controlimiti e dialogo con la Corte di giustizia**

**163.** Pare abbastanza chiaro che l'ultimo muro di "Roma capitale" della ostinata difesa del principio di ordine pubblico internazionale<sup>62</sup> - che comprende, credo, oltre l'Italia, solo la Repubblica di San Marino, perché lo Stato Città del Vaticano da qualche anno si rifiuta di applicare le regole di diritto del lavoro italiano se non previo giudizio di compatibilità con le norme interne, molto più razionali - del divieto di conversione nel pubblico impiego sia ormai il mitico **art.97, comma 3, della Costituzione**, che così innocuamente recita nella trascrizione che ne fa la Corte di giustizia, nelle uniche due volte in cui ne tratta: «**Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge**» (sentenza *Valenza*, punto 13; 1<sup>a</sup> ordinanza *Bertazzi*, punto 11).

**164.** Il motivo per cui la Corte di giustizia non ha mai dato alcun rilievo alla norma costituzionale in questione nel senso di trovarvi il fondamento di un principio così inderogabile risiede, probabilmente, sia nella lettura integrale della disposizione, che stranamente viene letta solo nella prima parte, sia, soprattutto, nella conoscenza della giurisprudenza costituzionale che ha applicato l'art.97, commi 1 e 3, Cost. nella sua corretta interpretazione.

**165.** Infatti, con la **sentenza n.81/1983**<sup>63</sup> **la Corte costituzionale** ha affermato «*che non può negarsi al legislatore un'ampia discrezionalità nello scegliere i sistemi e le procedure per la costituzione del rapporto di pubblico impiego e per la progressione in carriera; il limite a questa discrezionalità è dato essenzialmente dall'art. 97, primo comma, Cost., dal quale discende la necessità che le norme siano tali da garantire il buon andamento della P.A.; il che, per quanto attiene al momento della costituzione del rapporto d'impiego, consiste nel far sì che nella P.A. siano immessi soggetti i quali dimostrino convenientemente la loro generica attitudine a svolgere le funzioni che vengono affidate a chi deve agire per la P.A. e, per quanto attiene alla progressione, consiste nel valutare congruamente e razionalmente la attività pregressa del dipendente, sì da trarne utili elementi per ritenere che egli possa bene svolgere anche le funzioni superiori. A tal fine lo stesso art. 97, terzo comma, ritiene che il sistema preferibile per la prima ammissione in carriera, e cioè per l'accertamento della predetta generica attitudine sia quello del pubblico concorso: ma non lo eleva a regola assoluta, lasciando libero il legislatore di adottare sistemi diversi, purché anch'essi congrui e ragionevoli in rapporto al fine da raggiungere ed all'interesse da soddisfare.*».

**166.** Questi principi, come è noto, saranno ribaditi anche nella sentenza n.1/1999 del *Giudice delle leggi*, nel momento in cui la contrattualizzazione o "privatizzazione" del pubblico impiego era già operativa, nonostante la declaratoria di illegittimità costituzionale del doppio salto di inquadramento (da V a VII qualifica funzionale) della norma di promozione interna.

**167.** Tali principi, cioè della **lettura sistematica dell'art.97 Cost.**, sono stati ribaditi dalla Consulta anche nel 2002. Il Tribunale di Torino<sup>64</sup> nel gennaio 2001 aveva investito il *Giudice delle leggi* della questione di costituzionalità dell'art.36, comma 8, D.lgs. n.29/1993 (come modificato dall'art. 22 D.lgs. n.80/1998), in riferimento all'art.3 della Costituzione, nella parte in cui la norma impugnata escludeva che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni potesse comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, precludendo l'accoglimento delle domande proposte nel giudizio principale dai ricorrenti, i quali - **insegnanti di scuola secondaria**, in forza di successivi contratti di lavoro di durata annuale - agivano nei confronti dell'Amministrazione scolastica perché fosse dichiarato il loro diritto ad essere considerati dipendenti a tempo indeterminato, ai sensi degli artt. 1 e 2 della legge n. 230/1962.

**168. Ebbene**, con l'**ordinanza n.251/2002**<sup>65</sup> la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art.36, comma 8, D.lgs. n.29/1993, utilizzando argomentazioni esattamente antitetiche rispetto a quelle che saranno proposte – su identica fattispecie – nella sentenza n.89/2003, in cui ha dichiarato infondata la pregiudiziale costituzionale dell'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001, norma identica a quella delibata nel precedente giudizio. La Corte contesta, infatti, al *Giudice* del rinvio di aver apoditticamente affermato che i rapporti di lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione siano, a seguito della intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, disciplinati esclusivamente dalla legge n. 230 del 1962, facendo *«discendere, da un lato, la (pur implicita) qualificazione dei contratti a termine stipulati dall'amministrazione con i ricorrenti come contratti contra legem e, dall'altro, la valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma denunciata in quanto preclusiva, per i soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni, della possibilità di trasformazione dei rapporti a termine stipulati in violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 230 del 1962 in rapporti di lavoro a tempo indeterminato»*, **senza farsi carico dell'esistenza di una articolata disciplina speciale delle supplenze annuali e temporanee nella scuola, contenuta nell'art.4 della legge n.124/1999, e omettendo qualsiasi riferimento alla citata disciplina e al rapporto in cui la stessa si porrebbe con la legge n. 230/1962, ritenuta applicabile nel giudizio a quo.**

**169.** Qualche mese dopo, con la sentenza n.89/2003<sup>66</sup> (stesso **Estensore**, identico Collegio tranne il precedente Presidente cessato dalle funzioni) ai **collaboratori scolastici** per contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dello stesso art.4 della legge n.124/1999 la Corte costituzionale negherà ogni tipo di tutela (non si parla neanche di risarcimento dei danni), perché non potevano pretendere un posto stabile nella pubblica amministrazione senza aver superato un concorso che, diversamente dal personale docente, non erano tenuti neanche a fare; mentre le legittime supplenze (argomento *ex* ordinanza n.251/2002 della Consulta), improvvisamente, si trasformano in contratti *contra legem* per il fatto stesso di aver chiesto la tutela giudiziale e di aver preteso la “conversione” dei rapporti a termine.

**170.** La Corte costituzionale dalla sentenza n.89/2003 in poi (fino alle due ordinanze “gemelle” n.206 e 207 del 2013, v. *infra*), dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, si è attestata sulla posizione granitica della salvaguardia del principio del

pubblico concorso *ex art.97*, comma 3, 1<sup>a</sup> parte Cost. come modalità principale e prevalente di accesso al reclutamento stabile nel pubblico impiego, ribadendo la legittimità del divieto di conversione dei contratti flessibili enunciato dall'art.36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n.165/2001, in caso di violazione di norme imperative di legge in materia di reclutamento e di impiego.

**171.** L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Pisa sui collaboratori scolastici (che richiama proprio, a sostegno della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'art.97, comma 1, Cost. e l'esigenza che i rapporti di lavoro siano stabili perché l'amministrazione pubblica sia efficiente), come quella del Tribunale di Torino sui docenti precari, interviene in un momento in cui la Direttiva 1999/70/CE era stata già recepita dal D.lgs. n. 368/2001, anche se la regolamentazione normativa dei contratti a termine era ancora quella della previgente disciplina interna.

**172.** La Corte costituzionale, evidentemente, ripudiando la lettura in precedenza fatta dell'art.97 Cost. senza citarne il più autorevole precedente, **ha ignorato il fatto che le norme sottoposte al vaglio di legittimità costituzionale rientravano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario** e, con la sentenza 89/2003, ha dichiarato la legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 2, D.lgs. n. 165/2001, affermando del tutto fuori tema (*decidendi*) che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 3, Cost.

**173.** In effetti, non solo il principio del pubblico concorso non aveva valenza né teorica né pratica (e quindi la sentenza è sbagliata "in fatto"), ma la Consulta ha invaso anche il campo interpretativo della Corte di giustizia, mettendo in discussione delicati equilibri istituzionali e costituzionali (era già intervenuta anche la modifica dell'art. 117 Cost., con la legge costituzionale 3/2001).

**174.** Come spiegare un così evidente *revirement* o, meglio, una così evidente manipolazione della norma costituzionale, almeno rispetto alla sentenza di venti anni prima a Costituzione "invariata" e, anzi, rafforzata dalla necessità per il legislatore statale, non solo di godere della ragionevole discrezionalità nel disporre assunzioni stabili nella pubblica amministrazione (non solo per i raccomandati precari delle Autorità indipendenti), ma anche di poterlo fare in ottemperanza agli obblighi comunitari della direttiva 1999/70/CE e della normativa interna di attuazione?

**175.** Non lo so. Quello che mi pare evidente, oltre agli errori macroscopici in fatto e in diritto della Corte costituzionale nella sentenza n.89/2003 e al fatto che ponga una specie di "controlimite" anticostituzionale rispetto agli obblighi comunitari da recepire, è che, nelle more delle due predette decisioni antitetiche n.251/2002 e n.89/2003 sulla stessa materia del *giudice delle leggi*, il 14 novembre 2002 viene nominato Ministro della funzione pubblica l'Avvocato generale dello Stato Mazzella, che sarà nominato dal Parlamento nel 2005 *Giudice* della Corte costituzionale, giurando presso la Consulta il 27 giugno 2005, pur non possedendo, mi pare, come Avvocato dello Stato, le condizioni per essere eletto o nominato *Giudice* della Consulta, secondo le precise indicazioni dell'art.135 Cost.<sup>67</sup>

**176.** Inoltre, il 21 dicembre 2002 con il D.D.L. n.3200-*bis*-B viene presentato al Senato per la prima volta il testo, poi approvato, dell'art.37<sup>68</sup> (dal titolo “*Retribuzione dei giudici della Corte costituzionale*”) della legge finanziaria 27 dicembre 2002, n.289, con un ingiustificato aumento nella misura della metà della retribuzione spettante a ciascun *Giudice* della Consulta rispetto all'originaria formulazione della norma, che la perequava allo stipendio del 1° Presidente della Cassazione.

**177.** Da allora, mi pare, la funzione nomofilattica della Cassazione è stata svilita e massacrata dalla Corte costituzionale tutte le volte in cui il *Giudice* di ultima istanza ha sollevato questioni di legittimità costituzionale su norme retroattive o con efficacia retroattiva relativamente a fattispecie su cui era intervenuto un orientamento consolidato della Cassazione a favore dei lavoratori, che veniva così stravolto e cancellato, come nel notissimo caso del **personale ata** e nell'altrettanto noto caso delle **pensioni svizzere**, l'uno e l'altro con dure censure della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dell'operato della Consulta contro la nomofilachia della Cassazione.

**178.** Il “bestiario” interpretativo della giurisprudenza costituzionale contro la tutela dei diritti fondamentali dalla sentenza n.89/2003 in poi si è fermato soltanto con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale sul precariato scolastico, senza, e questo è incredibile, che si sia fatta una riflessione seria in dottrina sull'abbandono da parte della Corte costituzionale della linea Maginot del divieto di conversione.

**179.** Infatti, la **Corte costituzionale** con l'**ordinanza n.206/2013** ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Trento con sei ordinanze, perché i docenti supplenti avevano insistito anche nel giudizio davanti al *Giudice delle leggi* nel sostenere **l'applicabilità della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001** e la Consulta ha messo in evidenza<sup>69</sup> che **sul piano teorico non avrebbe potuto accogliere le istanze dei lavoratori**, perché non erano state sottoposte a scrutinio di costituzionalità le due norme del 2009 e del 2011 (art.10, comma 4 bis, d.lgs. 368/2001), che impedivano l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 e dell'art. 5, comma 4 bis in particolare.

**e) La sentenza Valenza e l'ordinanza Bertazzi della Corte di giustizia interpretano (e applicano) correttamente gli artt.97, comma 3, e 3 Cost nei confronti degli ex precari delle Autorità indipendenti**

**180.** Ma la dottrina giuslavoristica come ha affrontato il problema della tutela effettiva dei precari pubblici alla luce del feticcio del divieto di conversione e della giurisprudenza comunitaria fino alla ordinanza *Papalia* e alla sentenza *Mascolo*?

**181.** Tra le poche voci a favore del riconoscimento del diritto alla stabilità lavorativa anche per i contratti successivi nel pubblico impiego sicuramente la più autorevole è quella del prof. Menghini<sup>70</sup> che, nel 2012, dopo la sentenza *Küçük* e prima della sentenza *Valenza*, ha affermato in chiusura del suo saggio sulle supplenze scolastiche a commento critico della sentenza n.10127/2012 della Cassazione, valorizzando il principio di uguaglianza e non discriminazione che aveva indotto il Tribunale di Siena a stabilizzare il precariato scolastico: «*Le norme interne che legittimano i contratti a tempo determinato pur in*

*presenza di occasioni di lavoro palesemente stabili pongono i lavoratori in una situazione, per quanto concerne la stabilità (sempre relativa) del rapporto di lavoro, ingiustificatamente peggiore di quella in cui sono posti i dipendenti con contratto a tempo indeterminato. Questi ultimi godono della disciplina limitativa dei licenziamenti, che, nel lavoro alle dipendenze della p.a., almeno sino a oggi, comprende sempre il sistema della reintegra. Per parificare le due situazioni e applicare il principio europeo di uguaglianza e non discriminazione, il giudice interno, di fronte al ripetuto utilizzo di contratti a termine in presenza di occasioni stabili di lavoro e magari di posti previsti in organico, ma scoperti, deve convertire i rapporti a termine in un rapporto a tempo indeterminato, con conseguente applicazione a tutti della medesima disciplina dei licenziamenti. D'altra parte, anche se ci potessero essere indicazioni ermeneutiche in senso contrario, l'interpretazione qui proposta va preferita perché è l'unica coerente con le clausole 4 e 5 dell'Accordo quadro. E se i precari della scuola entrano in ruolo anche senza «vero» concorso, lo stesso principio deve valere anche per gli altri precari pubblici: l'art. 97 non fa più paura.»*

**182.** Sicuramente **gli artt. 3 e 97 Cost.** non hanno fatto paura alla Corte di giustizia che li ha citati e trascritti entrambi ai punti 12 e 13, applicandoli, nella sentenza *Valenza* del 18 ottobre 2012, che sarà confermata dalle due ordinanze *Bertazzi*, l'ultima delle quali del 4 settembre 2014 contiene una durissima risposta al Consiglio di Stato, che aveva insistito su un quesito a cui la CGUE aveva ormai risposto due volte.

**183.** La fattispecie esaminata era relativa ad una normativa di favore – art.75, comma 2, D.L. n.112/2008, non convertito in legge - che aveva consentito ai raccomandati (dal legislatore d'urgenza) precari delle Autorità indipendenti, con stipendi ben superiori a quelli di altri dipendenti pubblici con mansioni equivalenti in base all'autonomia finanziaria e regolamentare dell'Ente pubblico a cui si aggiungevano ulteriori assegni *ad personam* di "cortesia" (€ 1.574,10 mensili per la ricorrente *Valenza*, come precisato dal Consiglio di Stato nella sentenza n.5287/2013), di essere stabilizzati d'urgenza sulla base di un'applicazione "estensiva" dell'art.1, comma 519, della legge n.296/2006 (1ª legge di stabilizzazione dei precari pubblici con almeno tre anni di servizio e un concorso pubblico per l'accesso a tempo determinato o una procedura selettiva "finale" prima dell'assunzione a tempo indeterminato) senza né concorso pubblico di accesso né procedura selettiva di stabilizzazione, rinunciando all'anzianità di servizio maturata per i periodi a tempo determinato e mantenendo però l'assegno *ad personam* riassorbibile.

**184.** E' abbastanza evidente che la Corte di giustizia, riproducendo gli artt.3 e 97, comma 3, Cost., abbia stigmatizzato lo Stato italiano sin dalle cause *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* per aver sempre insistito sulla necessità del concorso pubblico per l'accesso stabile al pubblico impiego, presentandosi poi con una decretazione d'urgenza, senza neanche la dignità della conversione in legge, che aveva provveduto a stabilizzare senza alcuna procedura selettiva personale precario "favorito" discrezionalmente rispetto ad altri dipendenti a tempo determinato stabilizzati tramite selezione.

**185.** La Corte di giustizia smentisce l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale e confermata dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 392/2012, in ordine al presunto divieto di conversione nel pubblico impiego nazionale come principio addirittura di rango "comunitario", che sarebbe stato confermato

dall'ordinanza *Affatato*, che, invece, nella lettura "corretta" (cfr. Cass., sentenza n.27393/2014, cit.) conduce alla applicazione diretta della sanzione dell'art. 5, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 368/2001 e all'obbligo anche per le pubbliche amministrazioni di riqualificare in contratti a tempo indeterminato i rapporti di lavoro a tempo determinato che abbiano complessivamente superato la durata di trentasei mesi di servizio lavorativo svolto con mansioni equivalenti.

**186.** La Corte europea evidenzia che, secondo il Consiglio di Stato, la normativa nazionale in questione nei procedimenti principali ha consentito l'assunzione diretta di lavoratori precari in deroga alla regola del pubblico concorso per l'accesso al pubblico impiego, ma con inquadramento in ruolo nel livello iniziale della categoria retributiva, senza conservazione dell'anzianità maturata durante il rapporto a termine (punto 23 della sentenza).

**186.** Sempre secondo il Consiglio di Stato, inoltre, nel pubblico impiego vige la regola del divieto di conversione di un contratto di lavoro a tempo determinato in un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Orbene, nell'ordinanza del 1° ottobre 2010, *Affatato* (C-3/10), la Corte avrebbe riconosciuto la legittimità di tale divieto (punto 24 della sentenza: nel corpo della sentenza è l'unico punto in cui è citata l'ordinanza *Affatato*, con un condizionale che riferisce dell'opinione del Consiglio di Stato, opinione implicitamente smentita nel corpo della decisione).

**187.** Secondo la Corte di giustizia al punto 34 il semplice fatto che le ricorrenti nei procedimenti principali abbiano acquisito la qualità di lavoratrici a tempo indeterminato non esclude la possibilità per loro di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro (v. sentenza *Rosado Santana*, cit., punto 41, nonché, in tal senso, sentenza dell'8 marzo 2012, *Huet*, C-251/11, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 37).

**188.** Precisa la Corte di giustizia al punto 35, smentendo il collegamento proposto dal Consiglio di Stato tra le clausole 4 e 5 dell'accordo quadro comunitario, che, nei procedimenti principali, le ricorrenti mirano essenzialmente, nella loro qualità di lavoratrici a tempo indeterminato, a mettere in discussione una differenza di trattamento applicata nel valutare l'anzianità e l'esperienza professionale pregresse ai fini di una procedura di assunzione al termine della quale esse sono divenute dipendenti di ruolo.

**189.** In particolare al punto 69 la Corte di giustizia smentisce l'interpretazione proposta dal Consiglio di Stato sulla ordinanza *Affatato* della CGUE, dato che la clausola 5 dell'accordo quadro è priva di rilevanza al riguardo, e che inoltre le ordinanze di rinvio non forniscono alcuna informazione concreta e precisa in merito ad un eventuale utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non vi è luogo – così come sostenuto dalle ricorrenti nei procedimenti principali – per pronunciarsi in merito all'interpretazione della clausola suddetta.

**190.** L'Avvocatura dello Stato ha così commentato la sentenza *Valenza*<sup>71</sup>: «*La questione controversa riguarda il riconoscimento dell'anzianità maturata nel corso del rapporto a tempo determinato a favore del personale che - per un insperato beneficio di legge - è stato "stabilizzato" nei ruoli della P.A.. Con lunghe argomentazioni apparentemente*

*logiche (ma forse paradossali), la Corte di giustizia U.E. (in contrasto con precedenti sentenze del Consiglio di Stato e dei giudici ordinari), ha ritenuto che tale personale abbia diritto al riconoscimento dell'anzianità pregressa perché, altrimenti, si registrerebbe una discriminazione tra personale a tempo determinato e personale a tempo indeterminato, in contrasto con le direttive comunitarie emanate in materia. 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».*

**191.** Verrebbe da chiedersi come mai l'Avvocatura dello Stato aveva già ben compreso la giurisprudenza della Corte di giustizia in merito al valore del concorso pubblico come modalità di accesso non esclusiva nel pubblico impiego italiano, in presenza di scelte legislative discrezionali, mentre la giurisprudenza della Cassazione non si è mai mossa dalle sue granitiche posizioni ancorate ad una sentenza sbagliatissima come quella n.89/2003 della Corte costituzionale. Forse perché anche la giurisprudenza comunitaria è cambiata sul pubblico concorso? Non mi pare, come andiamo a verificare, partendo dalla 1<sup>a</sup> critica giurisprudenziale alla sentenza n.89/2003 con la causa pregiudiziale *Marrosu*.

**f) La 1<sup>a</sup> ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Tribunale di Genova sul precariato pubblico sanitario**

**192.** In risposta alla sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale e per superarne le incongruenze e inesattezze interpretative e normative, il Tribunale di Genova con la ordinanza del 21 gennaio 2004 nella causa C-53/04 *Marrosu-Sardino* (cui seguirà la ordinanza *Vassallo* nella causa C-180/04) ha sollevato la 1<sup>a</sup> questione pregiudiziale comunitaria sul pubblico impiego nella vigenza della normativa interna di recepimento della Direttiva 1999/70/CE, alla luce del D.lgs. n. 368/2001, di cui afferma (o, meglio, sospetta) la prevalenza rispetto all'art. 36, comma 2, D.lgs. n. 165/2001, nonostante le opposte indicazioni della Consulta.

**193.** Tra le due ordinanze di rinvio del Tribunale di Genova in causa C-53/04 *Marrosu-Sardino*<sup>72</sup> e C-180/04 *Vassallo* vi era già una diversità di impostazione della problematica.



Infatti, come ha precisato l'Avvocato generale Poiars Maduro al punto 12 delle conclusioni depositate il 20 settembre 2005 nelle cause C-53/04 e C-180/04, «*dalle ordinanze di rinvio emerge un dissenso tra i giudici del Tribunale di Genova riguardo allo stato del diritto applicabile. Il giudice incaricato della causa Marrosu e Sardino sembra ritenere che il decreto n. 368 recante attuazione della direttiva 1999/70 prevalga in ogni caso sulle disposizioni previgenti del decreto n.165. Il giudice della causa Vassallo sembra invece escludere che, allo stato del diritto italiano in vigore al momento della causa principale, la direttiva sia stata applicata ai rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione. A sostegno delle rispettive posizioni, essi invocano motivi diversi: mentre il primo fa riferimento al principio del primato del diritto comunitario, ai sensi del quale deve disapplicarsi qualsiasi norma nazionale contraria alle disposizioni della direttiva 1999/70, il secondo si basa sulla giurisprudenza costituzionale la quale sancisce la validità di una regola speciale che deroga alla normativa generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.*».

**194.** La questione potrebbe essere così sintetizzata: prevale l'applicazione integrale del D.lgs. n.368/2001 al pubblico impiego, come normativa speciale di recepimento della Direttiva 70/1999/Ce in attuazione degli obblighi comunitari di cui all'art.117, comma 1, della Costituzione; oppure il primato del diritto europeo non ha una dignità anche costituzionale "forte" e la normativa interna che recepisce disposizioni comunitarie ha lo stesso valore "orizzontale" delle altre leggi ordinarie, per cui l'applicazione delle norme va affrontata secondo i consueti rapporti di specialità o generalità e/o, all'interno della natura di legge speciale o di legge generale, la legge posteriore prevale sulla legge anteriore.

**g) La provvisoria risposta della Corte di giustizia alle ordinanze del Tribunale di Genova nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo**

**195.** Con le due sentenze del 7 settembre 2006 nelle cause C-54/04 *Marrosu-Sardino* e C-180/04 *Vassallo* la Corte di giustizia (II Sezione) ha accolto le conclusioni dell'Avvocato generale Poiars Maduro, e ha utilizzato una formula di compatibilità *prima facie* o condizionata dell'art. 36, comma 2, D.lgs. n. 165/2001 del risarcimento dei danni in luogo della riqualificazione del rapporto di lavoro. Nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo dal punto 10 al punto 14 è trascritta la normativa nazionale rilevante ai fini della questione pregiudiziale e del giudizio principale, cioè gli artt.1, 4, 5, 10 e 11 del D.lgs. n.368/2001, oltre ai primi due commi dell'art.36 D.lgs. n.165/2001.

**196.** L'affidamento al *Giudice* nazionale della "effettività" della sanzione scelta, cioè della quantificazione del risarcimento subito dal lavoratore pubblico a termine per la perdita definitiva del posto di lavoro, rappresenta comunque un'indicazione chiara da parte della Corte di giustizia della necessità di porre rimedio alla situazione del precariato pubblico nazionale. Tuttavia, facendo prevalere la norma speciale antecedente al recepimento della direttiva 1999/70/CE (art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001) in quanto "norma equivalente" (cioè misura preventiva e sanzionatoria degli abusi), rispetto alla vera normativa di attuazione dell'accordo quadro comunitario (il D.lgs. n.368/2001 e, in particolare, gli artt.1, 4 e 5), la Corte di giustizia con le due sentenze "italiane" ha offerto un'interpretazione di favore nei confronti dello Stato italiano per consentire i processi di stabilizzazione del precariato pubblico, con le leggi finanziarie n. 296/2006 e n. 244/2007 imposti dalle sentenze italiane della Cgue.

**h) L'interrogazione della parlamentare europea Rita Borsellino sul precariato pubblico scolastico e la risposta della Commissione europea e del Governo italiano sull'applicazione "integrale" dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001**

**197.** Con ordinanza del 14 dicembre 2009 il Tribunale di Rossano nella causa *Affatato* C-3/10 ha sollevato alla Corte di giustizia numerose questioni di pregiudizialità comunitaria tutte legate al precariato pubblico, in cui ricomprende come discipline speciali rispetto al D.lgs. n.368/2001 anche i rapporti di lavoro a termine del personale della scuola, ai punti 4), 5) e 6).

**198.** Le questioni hanno un unico comune denominatore: non vi è tutela effettiva antiabusiva nell'ordinamento interno per i rapporti a tempo determinato nel settore pubblico, nonostante le indicazioni della Corte di giustizia nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo e nonostante i processi di stabilizzazione del precariato, avviati dopo le decisioni della CGUE.

**199.** Il 16 aprile 2010 è stata presentata alla Commissione Ue l'interrogazione scritta n.E-2354/10 della parlamentare europea Rita Borsellino, che segnalava che - all'epoca - in Italia esistevano più di 70.000 ausiliari tecnici amministrativi (personale ATA) che si occupavano a diverso titolo del funzionamento della scuola pubblica e che operavano da diversi anni con contratti a tempo determinato, reiterati negli anni, dando vita a una forma di precariato di lunga durata, senza che venissero riconosciuti a questa fascia di lavoratori gli stessi diritti derivanti dall'assunzione a tempo indeterminato.

**200.** L'Avvocatura generale dello Stato nelle osservazioni scritte depositate il 7 maggio 2010 nella causa *Affatato* C-3/10, prendendo posizione anche sulle questioni di pregiudizialità sollevate dal Tribunale di Rossano sul precariato scolastico ai nn.4), 5), e 6), ha ammesso l'applicazione integrale del D.lgs. n.368/2001 a tutti i dipendenti pubblici a tempo determinato, compreso il personale della scuola.

**201.** Va puntualizzato che nella causa *Affatato* l'Avvocatura dello Stato nelle osservazioni scritte dal punto 28 al punto 34 ha trascritto come normativa nazionale utile ai fini della soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano gli artt.1, 4, 5, 6, 10 e 11 del D.lgs. n.368/2001, nei testi modificati dall'art.21 D.L. n.112/2008 e dall'art.1, commi 40-43, della legge n.247/2007, sottolineando (al punto 67) come le modifiche apportate dalla legge n.247/2007 con i commi 4 bis, 4-ter, 4-quinquies e 4-sexies aggiunti all'art.5 del D.lgs. n.368/2001 avessero rafforzato le tutele.

**202.** Qualche giorno dopo il deposito delle osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Affatato*, la Commissione europea, nel rispondere il 10 maggio 2010 all'interrogazione scritta, ne recepisce le indicazioni, **confermando l'applicazione dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001 e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine "successivi" di durata superiore a trentasei mesi con lo stesso datore di lavoro anche pubblico.** Tuttavia, prudentemente l'Istituzione Ue si è riservata di scrivere «alle autorità italiane per ottenere informazioni e chiarimenti sull'applicazione della normativa italiana agli ausiliari tecnici amministrativi delle scuole pubbliche».

**203.** Le informazioni nazionali non sono state positive sul rispetto degli obblighi comunitari nei confronti dei precari pubblici, perché subito la Commissione ha aperto la procedura di infrazione n.2124/2010 prima nei confronti del solo personale ata, estendendola nel 2012 anche a tutto il personale docente, infine allargandola, come vedremo, nel 2013 a tutto il precariato pubblico.

**i) L'ordinanza pregiudiziale *Affatato* del Tribunale di Rossano sulla mancanza di misure preventive antiabusive per tutto il precariato pubblico**

**204.** Nell'ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010, sentito l'Avvocato generale Jääskinen senza le sue conclusioni scritte, la Corte di giustizia, dopo aver trascritto al punto 10 come normativa nazionale rilevante ai fini della questione pregiudiziale e del giudizio principale il solo art.1, commi 1 e 2, D.lgs. n.368/2001, oltre ai commi 1, 2 (trascritto senza lo specifico richiamo all'applicazione del D.lgs. n.368/2001, sostituito da puntini utilizzati come "omissis") e 5 del nuovo testo (nella versione riportata nell'ordinanza di rinvio quale modificata dall'art.49 del D.L. n.112/2008) dell'art.36 D.lgs. n.165/2001, ha dichiarato irricevibili i primi 12 quesiti proposti dal Tribunale di Rossano.

**205.** L'Avvocato generale Jääskinen spiegherà al punto 48 delle conclusioni scritte della causa *Jansen* che la Corte di giustizia al punto 48 della sentenza *Marrosu* ha ammesso un trattamento differenziato in termini di prescrizioni di tutela tra i contratti a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e altri organismi del settore pubblico e quelli conclusi con i datori di lavoro appartenenti al settore privato, ma senza indicare i motivi che giustificano una siffatta differenziazione tra i settori privato e pubblico. Giustificazione che, a giudizio di Jääskinen, non sussiste neanche in relazione al concorso pubblico, come invece aveva opinato l'Avvocato generale Poireres Maduro nelle conclusioni delle cause *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* per rispettare la sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale, cercando di conciliarla con il rispetto dei requisiti minimi di tutela imposti dalla Direttiva comunitaria così distrattamente recepita dal legislatore nazionale. I rilievi critici dell'Avvocato generale Jääskinen saranno accolti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* (v. *infra*).

**206.** La Corte di giustizia nell'ordinanza *Affatato* ha preferito non rispondere al quesito n.12 dichiarandolo irricevibile, per evitare di utilizzare nuovamente una giustificazione implicita (il concorso pubblico) che è stata utilizzata soltanto per l'Italia e per il precariato pubblico italiano e che contrastava, peraltro, con le due sentenze della II Sezione della CGUE sulla discriminazione dei lavoratori comunitari nei concorsi per l'assunzione di personale docente in Italia del 12 maggio 2005 in causa C-278/03 e sulla discriminazione dell'anzianità professionale dei lavoratori comunitari nell'assunzione nel pubblico impiego italiano del 26 ottobre 2006 in causa C-371/04.

**207.** Ai punti 48-49 dell'ordinanza *Affatato* la Corte di giustizia già anticipa la possibilità di applicare come sanzione adeguata una disposizione in materia di contratti successivi – i trentasei mesi di servizio per mansioni equivalenti dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001, che **consente la trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato nel pubblico impiego: «A tale proposito, nelle sue osservazioni scritte il governo italiano ha sottolineato, in particolare, che l'art. 5 del d. lgs. n. 368/2001, quale modificato nel 2007, al fine di evitare il ricorso abusivo ai**

*contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico, ha aggiunto una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e ha introdotto, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo indeterminato..... una disciplina nazionale siffatta potrebbe soddisfare i requisiti ricordati nei punti 45-47 della presente ordinanza.».*

**208.** Infatti, dopo l'ordinanza *Affatato*, il legislatore d'urgenza con il D.L. 70/2011 è stato costretto a riavviare le procedure di stabilizzazione del personale scolastico già previste nella legge n.296/2006, e poi bloccate nel 2008.

**209.** La Commissione europea, peraltro, come anticipato, sicuramente avvalendosi delle informazioni fornite dal Tribunale di Rossano nella ordinanza di rinvio *Affatato* sul precariato scolastico (nelle osservazioni scritte l'Istituzione comunitaria ha affermato pilatescamente di non avere informazioni precise sulla effettività delle sanzioni contro gli abusi del precariato pubblico), aveva già aperto, con l'invio di una lettera di messa in mora il 14 marzo 2011, una procedura di infrazione (proc. 2010/2124) nei confronti dell'Italia per il non corretto recepimento della direttiva 1999/70/CE. In particolare, la Commissione ha ritenuto che la prassi di impiegare personale ausiliario tecnico amministrativo nella scuola pubblica per mezzo di una successione di contratti a tempo determinato, senza misure atte a prevenirne l'abuso, non rispettava gli obblighi della clausola 5 dell'Accordo quadro comunitario.

### **l) La giurisprudenza della Cassazione sul precariato pubblico del 2012**

**210.** La Suprema Corte con la sentenza n.392/2012 del 13 gennaio 2012 - su un solo e unico contratto a termine di un centralinista assunto ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987 senza però ragioni oggettive temporanee - ha fissato addirittura un principio di divieto quasi assoluto di ogni tutela anche sui danni, oltre che sulla conversione del rapporto, citando l'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia a (non giustificato) sostegno delle proprie argomentazioni e fissando i seguenti principi di diritto, pur limitandosi a rigettare il ricorso: «*il D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 36, nel riconoscere il ricorso al contratto a termine e ad altre forme negoziali flessibili nel rapporto di lavoro pubblico, ha valorizzato il ruolo della contrattazione collettiva con l'attribuire alla stessa una più accentuata rilevanza rispetto al passato, ma nello stesso tempo ha rimarcato l'innegabile differenza esistente tra forme contrattuali nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato ed in quella del lavoro privato. Ne consegue che la suddetta norma si configura come speciale in ragione di un proprio e specifico regime sanzionatorio, che - per escludere la conversione in un contratto a tempo indeterminato e con il risultare funzionalizzato a responsabilizzare la dirigenza pubblica nel rispetto delle norme imperative in materia nonchè a risarcire i danni che il lavoratore dimostri di avere subito per la violazione delle suddette norme - risulta alternativo a quello disciplinato dal D.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 5, escludendone in ogni caso l'applicazione. La giurisprudenza costante della Corte di giustizia europea - di recente ribadita da una ulteriore pronuncia (Corte giust. 1 ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*) - porta ad escludere nell'area del pubblico impiego seppure privatizzato l'applicazione del D.lgs. 30 marzo 2001, n. 368, art. 5, dal momento che nel nostro assetto ordinamentale si rinviene, con le disposizioni di cui al D.lgs. 5 settembre 2001, n. 165, art. 36, un sistema*

*sanzionatorio capace - in ragione di una più accentuata responsabilizzazione dei dirigenti pubblici e del riconoscimento del diritto al risarcimento di tutti i danni in concreto subiti dal lavoratore - di prevenire, dapprima, e sanzionare, poi, in forma adeguata l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato.».*

**211.** Con la sentenza n.10127/2012 la Cassazione è intervenuta sul precariato scolastico, negando al personale docente precario sia la riqualificazione del rapporto sia il diritto al risarcimento dei danni, sulla base delle seguenti argomentazioni:

- l'art. 70, comma 8, D.lgs. n.165/2001 riconosce la specialità del sistema di reclutamento del personale della scuola, rispetto alle assunzioni a tempo indeterminato o flessibili nelle altre pubbliche amministrazioni;
- in conseguenza, il D.lgs. n.368/2001 si applica anche a tutte le pubbliche amministrazioni, ma non al personale scolastico;
- le due norme, l'art.1 D.L. n.134/2009 (convertito con modificazioni dalla legge n.167/2009) e l'art.9, comma 18, D.L. n.70/2011 (convertito con modificazioni dalla legge n.106/2011), che escludono l'applicazione del D.lgs. n.368/2001 ai supplenti della scuola, confermano la specialità della disciplina del reclutamento e della regolamentazione dei rapporti di lavoro del personale precario in questo settore del pubblico impiego;
- non si verte in materia di violazione di norme imperative sul reclutamento e, quindi, non si applica l'art. 36, comma 5, D.lgs. n.165/2001, perchè le procedure selettive sono rispettate, anzi costituiscono la condizione di legittimità del reclutamento e delle assunzioni a termine, richiamando sul punto la sentenza n.41/2011 della Corte costituzionale;
- infine, la Cassazione, richiamando a conforto erroneamente la sentenza *Kücüik* della Corte di giustizia, ha ritenuto compatibile l'art.4 della legge n.124/1999 con la Direttiva europea, ricostruendo le nozioni comunitarie delle ragioni oggettive [clausola 5, n.1, lett.a), dell'accordo quadro] e della norma equivalente [clausola 5, n.1, 1<sup>a</sup> parte dell'accordo quadro], in contrasto con le corrispondenti nozioni già individuate dalla Corte europea rispettivamente nelle due fondamentali sentenze *Adeneler* e *Angelidaki*.

**212.** Contestualmente alla sentenza n.10127/2012 della Suprema Corte, in sede di approvazione della riforma Fornero, nel parere del 20 giugno 2012 della XIV Commissione permanente parlamentare per i rapporti con l'Unione europea viene segnalata la pendenza delle citate procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea, che considera l'art.9, comma 18, D.L. n.70/2011 (diversamente dalla Cassazione) norma incompatibile con l'ordinamento comunitario in materia di tutela degli abusi. Anzi, la stessa Commissione UE ha proposto al collegio dei Commissari, nel corso del mese di giugno 2012, l'adozione di una lettera di messa in mora complementare rispetto a quella del 14 marzo 2011, ritenendo il problema della mancanza di tutele antiabusive non più circoscritto al solo personale ausiliario tecnico-amministrativo, ma da estendere a tutto il personale della scuola, compreso il docente cui la Suprema Corte ha negato ogni tutela.

**213.** Del resto, con la **sentenza del 1° agosto 2012, n.13796** le Sezioni unite della Cassazione hanno sconfessato esplicitamente le decisioni nn.392/2012 e 10127/2012 della Sezione lavoro sulla non riqualificabilità in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, cassando con rinvio la

sentenza della Corte di appello di Bologna che aveva annullato, dichiarando il difetto di giurisdizione, la sentenza del 4 giugno 2007 del Tribunale di Reggio Emilia, che aveva accolto la domanda di riqualificazione a tempo indeterminato del contratto di formazione e lavoro della durata di 24 mesi di un lavoratore che, dopo aver superato una pubblica selezione, aveva stipulato il 15 novembre 2001 con l'Inail, come altri 454 candidati (nell'ambito dei progetti speciali previsti dall'art. 18 della legge n.88/1989), il contratto di c.f.l., successivamente prorogato per altri due anni, con inquadramento in posizione B2 con profilo relativo alle attività amministrative (siamo, dunque, in fattispecie diversa da quella delibata dalla Cassazione con la sentenza n.9555/2010, che aveva riqualificato il rapporto di lavoro di un usciere Inail assunto per il tramite del collocamento ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987).

**214.** La Cassazione a Sezioni unite non si è limitata a dichiarare la giurisdizione del *giudice* ordinario, perchè le argomentazioni proposte attestano una scelta di merito nel senso che la domanda di riqualificazione è non solo di competenza "letterale" del *giudice* del lavoro ai sensi dell'art.63, comma 1, D.lgs. n.165/2001, ma anche ammissibile e fondata (altrimenti, la Corte avrebbe dovuto decidere nel merito con il rigetto ai sensi dell'art.111 Cost.): *«deve rilevarsi che L.C.G. ha promosso nel presente giudizio una duplice domanda: a) di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato di ruolo; b) di essere ammesso a partecipare alle prove selettive indette dall'INAIL per il passaggio dalla posizione ordinamentale di ruolo B alla posizione C. La prima domanda, che appare in rapporto di pregiudizialità rispetto alla seconda, pregiudicata, trova la sua causa petendi in un vero e proprio diritto soggettivo all'assunzione in ruolo, ipotizzato dall'istante come discendente direttamente dalla disciplina di legge italiana e di quella comunitaria, relative al contratto di formazione e lavoro o al contratto di lavoro a tempo determinato (che prevedono tale trasformazione in caso di proroga unilaterale), nel quadro di un rapporto in cui l'INAIL ha i poteri e gli obblighi di un normale datore di lavoro privato. La relativa controversia si iscrive pertanto a pieno titolo tra quelle inerenti la materia del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, in uno sviluppo successivo alle procedure di costituzione del rapporto, sviluppo ipotizzato come indipendente dalla partecipazione a procedure selettive e direttamente conseguente all'applicazione di norme imperative di legge.»*

**215.** In effetti, coerentemente con quanto enunciato dalla sentenza delle Sezioni unite n.13796/2012 l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n.190/2012<sup>73</sup> del 24 ottobre 2012 ha concluso in modo diametralmente difforme rispetto alla sentenza n.10127/2012 della Suprema Corte sul precariato scolastico:

*«La normativa generale del d.lgs. n. 368 del 2001 e la direttiva sono applicabili anche al lavoro pubblico a termine ed anche, salvo esclusioni espresse, ai lavoratori a termine della scuola: in tal senso, le assunzioni con violazione di norme imperative non possono dar luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze della pubblica amministrazione (ex art. 36 del d.lgs. 165 del 2001).... La reiterazione oltre 36 mesi del rapporto di lavoro del personale non di ruolo assunto in relazione alla posizione nelle graduatorie permanenti è connaturata al sistema nazionale e, formalmente, è legale, ma non sembra in linea con la disciplina comunitaria, sicché occorre risolvere il conflitto fra ordinamenti secondo i principi generali come evidenziati dalle indicazioni derivanti in materia dalla giurisprudenza comunitaria. Al di là della portata della clausola 5 dell'accordo quadro (che è applicabile verticalmente, verso lo*

*Stato e gli organi statali), la conversione del rapporto non è un rimedio - comunitariamente necessario- all'abuso del termine, potendo essere adottati dallo Stato, per il raggiungimento dello scopo assegnato dalla direttiva comunitaria, anche altri strumenti tecnico giuridici, sempreché tuttavia questi siano specifici strumenti effettivi volti a prevenire l'abuso e a sanzionarlo. Nella fattispecie in disamina, se non si ammette la conversione del rapporto, l'abuso del termine non avrebbe di fatto alcuna sanzione in quanto il risarcimento del danno, peraltro concretamente difficilmente configurabile e dimostrabile, non riguarderebbe la mancata prosecuzione del rapporto per la scadenza del termine, ma solo il diverso danno eventualmente subito nel passato (difficilmente configurabile se non per i periodi tra un contratto e l'altro, trattandosi di personale regolarmente retribuito), né potrebbe avere carattere sanzionatorio (essendo esclusi i punitive damages nel nostro sistema): va dunque registrato che la clausola 5 è applicabile allo Stato verticalmente e che la conversione del rapporto è l'unico rimedio effettivo che consente di prevenire e sanzionare l'abuso del termine da parte della pubblica amministrazione. A tale conversione non sembra d'ostacolo l'art. 36 t.u.p.i. su richiamato, nelle ipotesi in cui l'assunzione (pur a termine) è stata legalmente effettuata sulla base delle graduatorie permanenti, atteso che da queste stesse graduatorie secondo la legge (cui rimanda l'art. 97, co. 3, Cost.) si attinge (in parte ovvero, in caso di mancanza di concorsi, in tutto) per le immissioni in ruolo. Nell'ordinamento scolastico, peraltro, sono state introdotte altre norme speciali che ostacolano (a decorrere dalla loro efficacia, naturalmente) la conversione. L'art. 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999, introdotto dalla riforma del 2009, secondo un'interpretazione letterale sembra essere ostativa della conversione; la norma, peraltro, potrebbe essere oggetto (ove la relativa operazione ermeneutica non sembri forzata) di interpretazione comunitariamente conforme, venendo ad essere letta come norma escludente -solo- le immissioni in ruolo che non siano realizzate attingendo dalle graduatorie permanenti (restando così ammessa l'immissione in ruolo per effetto di conversione di rapporti sorti sulla base delle dette graduatorie permanenti). In ogni caso, vi è anche altra norma speciale (art. 9 comma 18 d.l. 13 maggio 2011, n. 70 conv. in legge 12 luglio 2011, n. 106, che ha introdotto l'art. 10 comma 4 bis del d.lgs. 368/2001) che esclude l'applicazione dell'art. 5 co. 4 bis del d.lgs. 368 del 2001 (e la conversione in rapporto a tempo indeterminato del rapporto a termine protratto oltre i 36 mesi) -assicurando in sostanza al lavoratore a termine una posizione di "precario a vita"-; tale norma -il cui tenore letterale appare insuperabile e non sembra poter consentire alcuna interpretazione conforme- contrasta con la disciplina dettata dalla direttiva comunitaria, direttamente applicabile allo Stato (ed in relazione alla quale situazione pendono due procedure di infrazione attivate dalla Commissione europea contro l'Italia), e tuttavia, poiché la clausola 5 non contiene norme incondizionate direttamente applicabili che possano prevalere sulla norma interna (o su entrambe le norme interne suddette, ove si acceda all'altra interpretazione richiamata del comma 14 bis), la conversione del rapporto non può ammettersi (nei rapporti nei quali la norma in discorso è, razione temporis, applicabile) se non previa rimozione della norma nazionale confligente con quella comunitaria, attraverso il giudizio di legittimità costituzionale della norma interna. Allo stato è pendente questione di legittimità dell'art. 4, comma 1, della legge n. 124 del 1999, ma non anche -per contrasto con l'art. 11 e 177 Cost. -, in relazione all'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, quale parametro interposto- dell'art. 10, comma 4 bis, del d.lgs. 368/2001, né dell'art. 4, comma 14 bis, della legge n. 124/1999, norme che sembrano (in particolare la prima, come si è pocanzi prospettato) le sole che impediscono, per i*

*rapporti soggetti temporalmente al loro ambito di applicazione, la conversione del rapporto e realizzano il contrasto con la disciplina europea. Infine, va ricordato che il principio di parità di trattamento, che ha effetto diretto, importa -in favore del lavoratore a tempo determinato che non ottenga la conversione del rapporto- la garanzia in ogni caso di pari condizioni retributive (rispetto al lavoratore a tempo indeterminato) ed il riconoscimento degli scatti anzianità, senza la limitazione della norma interna, che dovrà essere disapplicata, in quanto contrastante con il detto principio.».*

**m) Il punctum dolens della querelle: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore nazionale nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria?**

**216.** Come conseguenza dell'ordinanza n.251/2002 e della sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale sul precariato scolastico, il vaglio di compatibilità comunitaria della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/Ce per quanto riguarda i contratti a tempo determinato successivi dei lavoratori pubblici è stato lungo e travagliato, a partire dalle due non dirimenti sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, che però hanno costretto il legislatore nazionale ad avviare il processo di stabilizzazione del precariato pubblico con la legge finanziaria n.296/2006.

**217.** Peraltro, l'ordinanza di pregiudizialità Ue della Corte costituzionale va "letta" in combinato disposto con quanto precisato dalla stessa Consulta nella contestuale ordinanza n.206/2013, con cui il *Giudice delle leggi*, in apparente contraddizione con l'ordinanza n.207/2013 (richiamata nell'ordinanza interlocutoria), ha dichiarato inammissibili per difetto di rilevanza le sei ordinanze del Tribunale di Trento<sup>74</sup> sui precari della scuola, che erano sostanzialmente identiche a quelle ammesse dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme.

**218.** La diversità di trattamento "decisorio" tra ordinanze simili discusse tutte alla stessa udienza del 27 marzo 2013, nonostante la motivazione di inammissibilità, è nella differenza dell'impostazione difensiva dei lavoratori in Corte costituzionale, laddove nelle cause provenienti dal Tribunale di Trento (le uniche in cui i docenti erano costituiti) si è concluso in memoria *«nel senso che la trasformazione del contratto di lavoro a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato può essere raggiunta disapplicando la normativa interna che vieta tale possibilità per il solo personale della scuola, in tal modo entrando in contrasto con la disciplina comunitaria».*

**219.** Pertanto, come ha perfettamente evidenziato nelle conclusioni l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione del 24 ottobre 2012, n. 190, le due norme interne (che nelle more sono diventate tre, aggiungendosi ora il comma 5 *ter* dell'art.36 del D.lgs. n.165/2001) che non consentono l'applicazione dell'art.5 comma 4 *bis* d.lgs. n.368/2001 al personale della scuola sono: l'art. 1 comma 1 d.l. n. 134/2009 (convertito con modificazioni dalla l. n. 167/2009) e, soprattutto, l'art. 9 comma 18 d.l. n. 70/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011), che ha aggiunto l'art. 10 comma 4 *bis* d.lgs. n. 368/2001, che espressamente esclude dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva 1999/70/Ce *«i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di*



*assenza temporanea del personale docente ed ata con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato».*

**220.** Anche se, sul piano formale, la Corte costituzionale nell'ordinanza n.206/2013 contesta al Tribunale di Trento il mancato rilievo<sup>75</sup> all'art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e alla previsione generale ivi prevista di divieto di conversione dei rapporti flessibili in caso di violazione di normativa imperativa di legge, in realtà l'inammissibilità e il difetto di rilevanza delle ordinanze di rinvio sono motivate sul "difetto di interesse" delle parti ricorrenti: il non aver sottoposto allo scrutinio di costituzionalità le due citate norme ostative all'applicazione dell'art.5 comma 4 bis d.lgs. n. 368/2001, secondo il *Giudice delle leggi* «*comporta un'incompletezza della ricostruzione del quadro normativo ed una conseguente inefficacia dell'ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale concretamente posta al Tribunale di Trento*».

**221.** Se tale affermazione appare contraddittoria, alla luce della circostanza che anche i ricorrenti (non costituiti innanzi alla Corte costituzionale) nei giudizi principali delle ordinanze di rinvio (dichiarate ammissibili) dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme hanno chiesto la riqualificazione o conversione dei rapporti di lavoro, non lo è ove si pensi che questo abile *escamotage* ha consentito al *Giudice delle leggi* di lasciare spazio alla Corte di giustizia, sulla soluzione dei molti dubbi sollevati sul punto della possibile conversione dei rapporti a termine nel pubblico impiego in applicazione dell'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n. 368/2001 proprio dell'ordinanza *Affatato* della Cgue, due volte richiamata dal *Giudice delle leggi* nell'ordinanza n.206/2013.

**222.** L'ordinanza *Affatato*, infatti, è citata dal *Giudice delle leggi* la prima volta nella parte in cui, secondo la difesa dei docenti, la Corte europea ammetterebbe la riqualificazione dei rapporti a termine; un seconda volta nella parte in cui escluderebbe la conversione in rapporto a tempo indeterminato, per rispetto del principio costituzionale del concorso pubblico ex art. 97 Cost., finendo poi la Consulta per evidenziare nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale in causa *Napolitano* C-418/13 il punto 51 della ordinanza *Affatato*, in cui «**la Corte di giustizia ha affermato che la medesima non è in contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, quando siano previste, nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione**».

**223.** In buona sostanza, secondo la Corte costituzionale anche la Corte di giustizia avrebbe dato indicazioni non esaustive ed equivoche agli interpreti nazionali sulla sanzione effettiva in caso di abusi nella successione dei contratti nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e nell'ordinanza *Affatato* (ma per colpa esclusiva della Corte costituzionale che ha insistito troppo sul divieto di conversione) e la Consulta scarica le responsabilità sul legislatore (e questo è giusto), invitandolo ad adottare i provvedimenti opportuni per sanare il rilevato contrasto con la disciplina comunitaria, su cui non possono esservi dubbi di sorta anche rispetto all'art.36, comma 5, D.lgs. n.165/2001, la norma interna che, *prima facie*, la Corte di giustizia nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* aveva ritenuto compatibile con la direttiva comunitaria e la clausola 5 dell'accordo quadro, prevedendo un risarcimento del danno di cui è oggi, anche sul piano legislativo all'interno dello stesso articolo (art.36, comma 5 *quater*, D.lgs. n.165/2001), certificata la impossibile quantificazione e la ineffettività come sanzione.

**224.** Dapprima l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia del 12 dicembre 2013, infine con esaustiva chiarezza la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014 risolveranno la *querelle*, riaffermando definitivamente e con chiarezza la primazia del diritto dell'Unione europea attraverso la normativa interna attuativa (d.lgs. n.368/2001), che diventa così disciplina speciale a copertura costituzionale e comunitaria, ai sensi dell'art.117, comma 1, della Costituzione e dell'art.97, comma 3, 2<sup>a</sup> parte, della Costituzione.

**n) L'ordinanza di rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno e l'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia**

**225.** Infatti, la Corte di giustizia con ordinanza del 12 dicembre 2013 (contestualmente alla sentenza *Carratù*) ha deciso la questione pregiudiziale Ue sollevata dal Tribunale di Aosta con l'ordinanza *Papalia* C-50/13 sulla sanzione risarcitoria adeguata nel caso di abusivo utilizzo a termine per quasi trenta anni di precariato "senza soluzione di continuità" di un maestro della banda musicale del Comune aostano.

**226.** Nell'ordinanza di rinvio il Tribunale aostano, rispettoso del divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego enunciato dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza n.89/2003, ha precisato alla Corte di giustizia di aver già liquidato in precedenti cause il risarcimento dei danni nella misura forfetizzata di venti mensilità, in applicazione analogica dell'art.18, commi 4 e 5, della legge n.300/1970.

**227.** La Corte di appello di Torino, dopo la sentenza n.392/2012 della Cassazione e applicandone i principi, ha riformato le decisioni del *Giudice* del rinvio pregiudiziale, perché i lavoratori pubblici precari non avevano fornito prova rigorosa dei danni effettivamente subiti per l'abusivo utilizzo in contratti a termine successivi.

**228.** Nella causa *Papalia* C-50/13 la **Commissione europea** ha concluso nelle osservazioni scritte depositate il 29 aprile 2013 che l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 è norma inefficace e inadeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti nel pubblico impiego e, in conseguenza, l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato «*deve essere interpretato nel senso che si oppone ad un regime nazionale che subordini a condizioni di prova discriminatorie rispetto ad altre analoghe fattispecie di diritto interno o, comunque, eccessivamente onerose il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine tramite il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato, ove il risarcimento del danno sia la sola misura prevista dall'ordinamento interno per prevenire e reprimere tale abuso*».

**229.** La posizione della Commissione europea nella causa *Papalia* C-50/13 è molto diversa da quella assunta nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* C-3/10, in cui sostenne di non essere in grado di valutare, alla luce dell'incertezza delle pronunce giurisprudenziali di merito che comunque in molti casi avevano riconosciuto un danno effettivo, se era vero quanto argomentato dal Tribunale di Rossano nell'ordinanza di rinvio sul fatto che non esisteva alcuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a termine di tutto il pubblico impiego, e, specificamente, che la misura del risarcimento del danno prevista dall'art.36, comma 5, D.lgs. n.165/2001 non aveva alcuna effettività.

**230.** In effetti, la Commissione europea ha dovuto prendere atto, alla luce dell'ormai consolidato orientamento della Cassazione con le sentenze nn.392/2012 e 10127/2012, che le argomentazioni del Tribunale di Rossano e ora di quello di Aosta erano e sono fondate sulla mancanza di tutela effettiva.

**231.** Dal canto suo, secondo la convenienza del momento, l'*Avvocatura* dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Papalia C-50/13* si è difesa richiamando soltanto l'art.1 d.lgs. n.368/2001, mentre ha fatto solo generica menzione dell'art. 5 dello stesso decreto legislativo, e in particolare non ha richiamato il comma *4 bis* di detto articolo: il lavoratore ricorrente nel giudizio principale aveva svolto poco meno di 30 anni di servizio alle dipendenze del Comune di Aosta con rapporti a tempo determinato successivi e senza soluzione di continuità e, quindi, non casualmente lo Stato italiano ha dimenticato di segnalare alla Corte di giustizia quella misura preventiva e sanzionatoria interna che il Collegio lussemburghese nell'ordinanza *Affatato* al punto 48 aveva ritenuto idonea a soddisfare le condizioni di compatibilità con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario, accogliendo proprio le osservazioni scritte dello Stato italiano al punto 67, depositate il 7 maggio 2010 presso la Cancelleria della Cgue.

**o) Il rinvio pregiudiziale Ue del Tribunale di Napoli in materia di precariato scolastico sulla leale collaborazione dello Stato e sull'assenza di tutele**

**232.** In effetti, l'*Avvocatura* dello Stato nelle osservazioni scritte della causa *Affatato C-3/10* sull'ordinanza pregiudiziale del Tribunale di Rossano - che, ribadendo il divieto assoluto di conversione dei contratti a termine nel pubblico in mancanza di procedure concorsuali di reclutamento, aveva appunto denunciato l'ineffettività della sanzione del risarcimento dei danni prevista dall'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 - ha sostenuto l'applicabilità diretta dell'*art.5, comma 4 bis*, d.lgs. n.368/2001 anche ai contratti a tempo determinato successivi nel pubblico impiego e anche per il settore scolastico, con conseguente trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine che abbiano avuto durata complessivamente superiore a 36 mesi. Nel caso trattato dal Tribunale di Rossano si trattava di contratti a tempo determinato successivi nel settore della sanità pubblica che non superavano complessivamente i trentasei mesi di rapporti a termine con la Azienda sanitaria locale di Cosenza.

**233.** In particolare, il Tribunale di Napoli, inizialmente, sulla base dell'orientamento già espresso dalla Corte di giustizia nell'ordinanza *Affatato* del 1° ottobre 2010 sulle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Rossano, aveva orientato le proprie decisioni nel senso dell'applicabilità diretta dell'art. 5, comma *4 bis*, D.lgs. n. 368/2001 anche ai contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, riqualificando cioè quei rapporti che avevano superato i trentasei mesi anche non continuativi con mansioni equivalenti alle dipendenze di uno stesso datore di lavoro pubblico, trovando adesione a questa soluzione in parte della dottrina e della giurisprudenza di merito.

**234.** Tuttavia, la "diversa" (opposta) lettura dell'ordinanza *Affatato* espressa dalla Corte di Cassazione, che ha rigettato sia le domande di risarcimento del danno subito, per asserita mancanza del «*presupposto stesso della tecnica risarcitoria, che è quello di ripristinare, attraverso la restaurazione dell'ordine giuridico violato, la situazione soggettiva che, garantita da una norma giuridica, venga in concreto a subire una lesione*»<sup>76</sup>, sia la

domanda di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato per aver superato il limite dei 36 mesi<sup>77</sup>, ha indotto il Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo* e a. a chiedere alla Corte di giustizia di chiarire se i dipendenti legati a Pubbliche Amministrazioni con rapporti di diritto “*privato*” hanno diritto alla trasformazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine in forza del principio di leale collaborazione e della posizione assunta dallo Stato italiano nell’ordinanza *Affatato* o in applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato, previsto dall’accordo quadro comunitario e recepito dall’art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (che, in base all’articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha il medesimo valore giuridico dei Trattati).

**235.** Secondo il Tribunale partenopeo la giurisprudenza comunitaria prevede che la nozione di “condizioni di impiego” di cui alla clausola 4, punto 1, dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, comprende tutti i vantaggi, in contanti o in natura, attuali o futuri, purché siano pagati, sia pure indirettamente, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell’impiego di quest’ultimo, ivi compreso l’indennizzo concesso dal datore di lavoro per il licenziamento intimato senza giustificato motivo.

**236.** Ne conseguirebbe, per il *Giudice* del rinvio, la disapplicazione del divieto di conversione del rapporto di impiego sancito nell’art. 36 del D.lgs. n. 165/2001, e, in ogni caso, la necessità di quesito pregiudiziale sul fatto che la mancata applicazione del comma 4 *bis* dell’art. 5 del D.lgs. n. 368/2001 ai rapporti di pubblico impiego “privatizzati” possa ritenersi giustificata dalle «esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori», contemplate nella clausola 5 dell’accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, nelle ipotesi, come quella di docenti scolastici (o educatori delle Scuole dell’infanzia nella causa *Russo c. Comune di Napoli* C-62/13), in cui l’attività di docente (o educatore) è rinvenibile sia nell’ambito privato che nel “settore” pubblico.

**237.** Come peraltro già anticipato dal Tribunale di Torino nell’ordinanza di rinvio dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n.251/2002, l’art. 3 D.lgs. n. 165/2001 ha, infatti, sancito che rimangono sottoposti al regime di diritto pubblico e, conseguentemente, alla giurisdizione esclusiva dei Giudici amministrativi, solo i dipendenti il cui rapporto di impiego implica l’esercizio di potestà o prerogative pubbliche, cioè il pubblico impiego non contrattualizzato (tra cui anche gli *ex* precari delle Autorità indipendenti, graziati con la stabilizzazione d’urgenza nella causa *Valenza*), sottratto al regime “privatistico” in ragione della peculiarità delle funzioni svolte dai dipendenti, implicanti l’esercizio di pubblici poteri, o dell’esigenza di garantire agli enti deputati al controllo di legalità, a tutela di interessi pubblici, una piena autonomia nell’esercizio dei loro compiti.

**238.** Viceversa, i rapporti di tutti gli altri dipendenti delle pubbliche amministrazioni - ivi compresi, per quanto di interesse, i docenti e i collaboratori scolastici delle scuole pubbliche, operano in regime di “diritto privato”, ossia con rapporti regolamentati dalle medesime disposizioni disciplinanti il rapporto di lavoro prestatore alle dipendenze dei datori di lavoro privato e sottoposti alla giurisdizione del *Giudice* ordinario<sup>78</sup>.

**239.** In buona sostanza, diversamente dalle precedenti cause pregiudiziali “interne” sul precariato pubblico in Corte di giustizia (sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, ordinanza

*Affatato*), nelle ordinanze del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale non era più in discussione la misura repressiva applicabile - ossia conversione o riqualificazione dei contratti a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni italiane, o il risarcimento dei danni -, bensì la possibilità di escludere con un atto normativo in via generale a tutti i supplenti della scuola pubblica e a tutto il pubblico impiego in generale (causa *Russo* C-63/13) l'applicazione di tutte le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

**240.** E' stata, dunque, la "naturale" ambiguità del comportamento dello Stato italiano nella rappresentazione del quadro normativo interno a indurre il Tribunale di Napoli a sollevare specifica questione pregiudiziale nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 *Mascolo* e a. sul principio di leale cooperazione<sup>79</sup> degli Stati nei confronti dell'Unione europea e delle sue Istituzioni, facendo espresso riferimento a quanto precisato dallo Stato italiano nelle osservazioni scritte della causa *Affatato* sull'applicabilità dell'*art.5, comma 4 bis*, d.lgs. n.368/2001 anche alle pubbliche amministrazioni, affermata davanti alla Corte di giustizia e puntualmente smentita nei giudizi nazionali, comprese le due sentenze n.392 e n.10127/2012 della Cassazione, espressamente richiamate nelle ordinanze di rinvio e a cui il *Giudice* del rinvio ha precisato di essere tenuto a dare "applicazione" come espressione della nomofilachia autentica del *Giudice* di ultima istanza.

**241.** Nelle sue osservazioni scritte depositate il 22 maggio 2013 la Commissione europea ha risposto ai quesiti pregiudiziali sostanzialmente condividendo sui punti controversi principali i dubbi interpretativi sollevati dal Tribunale di Napoli rispetto alla (in)compatibilità della normativa interna rispetto alla disciplina europea.

**242.** L'Avvocatura dello Stato, invece, - nelle osservazioni scritte depositate il 14 maggio 2013 a pag. 30 ai punti 52-54<sup>80</sup> - si è limitata ad affermazioni infantili di carattere chiaramente intimidatorio nei confronti del *Giudice* del rinvio, colpevole di aver sollevato il problema della leale cooperazione dello Stato davanti alla Corte di giustizia.

**243.** Peraltro, leggendo le numerose altre questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Napoli risulta evidente che sul precariato scolastico la sostanza dei dubbi interpretativi non era diversa da quella enunciata dal *Giudice delle leggi* nell'ordinanza *Napolitano*, rendendole complementari e integrabili proprio a causa della diversità e del dissenso sui numeri dei supplenti docenti interessati alla tutela antiabusiva e sulla legittimità o meno della *ratio* o delle ragioni oggettive, che per la Consulta giustificerebbero le modalità di assunzione a tempo determinato *sine die* per assicurare la continuità del servizio, mentre sarebbero in contrasto con la nozione comunitaria di ragioni oggettive per il *Giudice* partenopeo.

**p) L'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia ricostruisce la nomofilachia europea sulla direttiva 1999/70/CE in materia di tutela del precariato pubblico**

**244.** L'art.36, comma 5 (comma 2, nella versione applicabile alla fattispecie di causa), d.lgs. 165/2001 viene trascritto nell'**ordinanza *Papalia***, unitamente al comma 2 dello stesso articolo che rimanda all'applicazione della normativa di diritto civile e di diritto "speciale" applicabile ai contratti flessibili, tra cui il contratto a tempo determinato, con dei puntini inseriti tra due parentesi al posto del decreto legislativo n.368/2001 (come era già

avvenuto nella descrizione della normativa interna al punto 11 dell'ordinanza *Affatato*), come se qualcuno (il *Giudice*) dovesse riempire gli spazi vuoti: (...), cioè quelli in cui vi è il rimando all'applicazione del decreto legislativo n.368/2001.

**245.** Chiarissima l'indicazione alle due sentenze nn.392 e 10127/2012 di questa Ecc.ma Corte, che ha continuato a negare l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 ai rapporti a termine alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, nonostante tale normativa sia espressamente richiamata come applicabile nel corpo dell'art.36, comma 2, d.lgs. n.165/2001.

**246.** Viceversa, manca nell'ordinanza *Papalia* la trascrizione dell'ultima parte del comma 5 dell'art.36 d.lgs. n.165/2001, quella che la Cassazione nella sentenza n. 392/2012 aveva individuato come sanzione effettiva nella **responsabilizzazione del dirigente**.

**247.** D'altra parte, l'*incipit* dell'ordinanza *Papalia* non lascia alcuno spazio a dubbi sull'assurdità, per la Corte di giustizia, delle pronunce della Cassazione n.392 e n.10127 del 2012 che hanno non correttamente richiamato (come la sentenza impugnata) la giurisprudenza comunitaria (ordinanza *Affatato* e sentenza *Angelidaki*, in particolare), ai punti 8-11: «8. Il sig. *Papalia* ha lavorato alle dipendenze del Comune di Aosta, quale direttore della banda municipale, in base a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, stipulati ininterrottamente dal 1983. 9. Con lettera datata 17 luglio 2012, il Comune di Aosta ha informato il sig. *Papalia* del fatto che, a partire dal 30 giugno 2012, data di scadenza del suo ultimo contratto di lavoro a tempo determinato, esso intendeva porre termine al loro rapporto di lavoro. 10. Il sig. *Papalia* ha proposto ricorso avverso questa decisione dinanzi al Tribunale ordinario di Aosta chiedendo, oltre all'accertamento dell'illegalità del termine apposto al contratto di lavoro, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e, in subordine, il risarcimento del danno che egli ritiene di aver subito a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. 11 Il Tribunale ordinario di Aosta constata che un lavoratore, illegalmente assunto nel pubblico impiego in base a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non solo non ha diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in applicazione dell'articolo 36, quinto comma, del d. lgs. n. 165/2001, ma, in forza di una giurisprudenza consolidata della Corte suprema di cassazione italiana, può beneficiare del risarcimento del danno sofferto a causa di ciò solo qualora ne dimostri la concreta sussistenza. Una prova siffatta imporrebbe al ricorrente di essere in grado di dimostrare che egli abbia dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego.».

**248.** La Corte di giustizia, anche dopo le informazioni acquisite nelle cause *Mascolo e a., Napolitano e a., Fiamingo e a.* sulle ordinanze pregiudiziali del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale sul precariato scolastico e della Cassazione sul lavoro marittimo, dà credito soltanto alla posizione del *giudice* del rinvio sull'impossibilità di applicare la sanzione del risarcimento di danno senza trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi.

**249.** E' questo il motivo per cui, rispondendo dopo dieci anni ora per allora al Tribunale di Genova del primo rinvio pregiudiziale sulla direttiva 1999/70/CE, con l'ordinanza *Papalia* la Corte di giustizia ha precisato che considera il decreto legislativo n.368/2001

**l'unica normativa interna attuativa dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato e che tale disciplina "speciale"** (anche ai sensi dell'art.97, comma 3, ultima parte Cost.) **attua gli obblighi comunitari richiamati dall'art.117, comma 1, Cost.** (che non trascrive nell'ordinanza *Papalia*, mentre lo farà, come vedremo, nella sentenza *Mascolo*).

**250.** Se poi qualche *Giudice* nazionale si volesse ancora cimentare con il solo risarcimento del danno, la Corte di giustizia al punto 33 dell'ordinanza *Papalia* fornisce chiare indicazioni metodologiche: *«Spetta al giudice nazionale procedere alle verifiche del caso. In tale cornice, è suo compito anche esaminare in che misura, ammesso che risultino provate, le affermazioni del governo italiano, richiamate nel punto 27<sup>81</sup> della presente ordinanza, possano agevolare quest'onere della prova e, di conseguenza, incidere sull'analisi concernente il rispetto del principio di effettività in una controversia quale quella di cui al procedimento principale.»*.

**251.** Insomma, il *giudice* nazionale dovrebbe (o deve?) interrogare l'Avvocatura dello Stato sulla prova dell'esistenza delle presunzioni sulla prova del risarcimento del danno rappresentate alla Corte di giustizia nelle osservazioni scritte del Governo italiano. Si tratta di "inversione diabolica" dell'onere della "prova impossibile". Tuttavia, la Cassazione in una settimana dal 23 al 30 dicembre 2014 sarà in grado di esprimere due posizioni interpretative opposte rispetto al modo di "applicare" l'ordinanza *Papalia*, la prima che porta alla stabilizzazione lavorativa alle condizioni previste dall'art.5, comma 4 *bis*, D.lgs. n.368/2001 (Cass., sentenza n.27393/2014, cit.), la seconda che esclude la "conversione" e si inventa una sanzione *ex lege* mai applicata in 13 anni dall'entrata in vigore del D.lgs. n.368/2001, cioè l'art.8 della legge n.604/1966 (Cass., sentenza n.27481/2014, cit.)

**q) La nozione di organismo statale degli Enti pubblici "economici" e l'applicazione della disciplina privatistica: la sentenza "fantasma" Carratù della Cgue**

**252.** La Cassazione, con le citate recenti citate decisioni anche interlocutorie del 2014, sta tentando di assoggettare la disciplina di accesso al lavoro degli Enti pubblici economici a quella "pubblicistica" del divieto di conversione, riprendendo sostanzialmente le argomentazioni proposte dalla dottrina postale nella causa *Carratù* C-361/12 per negare la "convenienza" della lavoratrice a vedere riconoscere nel giudizio pregiudiziale la natura di organismo pubblico, sospettata dal Tribunale di Napoli come settima e ultima questione.

**253.** Ecco cosa sostiene **Poste italiane ai punti 117-122 delle sue difese nella causa Carratù**: *«117 Una ultima considerazione appare necessaria sotto un profilo di carattere sistematico. 118 L'ordinamento nazionale, relativamente alle conseguenze sanzionatorie derivanti dall'uso illegittimo del contratto a termine, prevede due distinte tecniche di tutela del lavoratore, una valevole per il lavoro privato ed una per quello pubblico. Per i rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze della Pubblica Amministrazione opera l'art. 36 del D.lgs. 165 del 2001, per il quale la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori con contratto a termine non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato, ma determina unicamente il diritto del lavoratore a vedersi corrispondere un risarcimento del danno. La diversità di regolamentazione della materia, che ha superato ampiamente il vaglio della Corte costituzionale, trova le sue ragioni sostanziali nella tutela della finanza pubblica,*

*che viene affrancata dal rischio di vedersi depauperata da un inopinato e non preventivamente quantificabile ampliamento dell'organico dei pubblici dipendenti. Detta disciplina è stata avallata da Codesta Ecc.ma Corte in più di una occasione (cfr. Corte Giustizia Europea 7 settembre 2006, cause C-53/04, Marrosu e C-180/04, Vassallo; Corte Giustizia Europea 4 luglio 2006, causa C-212/04, Adeneler; Corte Giustizia Europea ordinanza 1° ottobre 2010, causa C-3/10, Affatato). 119. Ciò premesso, ove si volesse accogliere la tesi prospettata dal Giudice remittente nel quesito in esame, Poste Italiane S.p.a., quale "organismo statale", sarebbe destinataria di un trattamento di peggior favore rispetto a quello previsto per le Amministrazioni Pubbliche che, come rilevato, proprio al fine di tutelare il bilancio statale, in caso di utilizzo di contratti a termine illegittimi, non sono tenute alla loro conversione, ma solo ad erogare un risarcimento. 120. Sempre seguendo la tesi del Tribunale remittente si potrebbe allora sostenere che Poste Italiane S.p.a., quale organismo statale, sia tenuta, in caso di uso illegittimo dello strumento del contratto a termine, ad applicare l'art. 36 sopra citato, e, quindi, a non convertire i contratti dichiarati illegittimi limitandosi a risarcire il danno. Sarebbe infatti irrazionale pretendere l'assimilazione della detta Società ad un organismo statale al fine di "ampliare" le conseguenze risarcitorie della illegittimità del termine per assimilarla nel contempo ad una Società privata al fine di onerarla anche della conversione del contratto dichiarato illegittimo. 121. Inoltre, la tesi sostenuta dal Tribunale remittente, secondo cui l'art. 32 del Collegato Lavoro deve ritenersi non conforme alla normativa comunitaria perché avente un effetto vantaggioso sulla finanza pubblica, contrasterebbe irrimediabilmente con il dettato dell'art. 36 citato, che, come detto, ha la – legittima – finalità di impedire che il bilancio statale venga eccessivamente gravato da un imprevedibile ampliamento dell'organico. 122. Quanto esposto evidenzia lo stravolgimento di ordine sistemico che l'eventuale accoglimento del settimo quesito formulato dal Giudice remittente comporterebbe nell'ordinamento interno dello Stato membro, così avvalorando l'inconsistenza e l'illogicità della tesi prospettata dal Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rimessione.».*

**254.** Questa volta il divieto di conversione previsto dall'art.36, comma 5, TUIPI non è stato collegato al concorso pubblico (che Poste italiane dalla privatizzazione del novembre 1994 ad oggi non ha mai bandito, così come concorsi pubblici non sono mai stati banditi nella Regione Sicilia dal 1958 ad oggi per l'accesso stabile al pubblico impiego regionale, compresi gli Enti collegati), ma alla salvaguardia del bilancio dello Stato e delle finanze pubbliche, cioè allo stesso argomento (*spending review*) che viene sollevato nell'ordinanza interlocutoria sul piano politico e metagiuridico.

**255.** L'impresa pubblica, che opera in mercati ormai apertissimi alla concorrenza sul piano legislativo e regolatorio nazionale ed europeo anche per quanto riguarda il servizio postale universale, si permette di affermare nelle osservazioni scritte che il riconoscimento della natura di ente o organismo pubblico non rientrava nelle convenienze della lavoratrice, perché in questo caso avrebbe avuto diritto soltanto al risarcimento del danno e non alla conversione in contratto a tempo indeterminato, applicandosi l'art.36, comma 5, D.lgs. n. 165/2001 e il famoso e accertato (così è stato definito in udienza) divieto di conversione contrattuale per violazione dell'art.97, comma 3, della Costituzione, previsto per le pubbliche amministrazioni.



**256.** Viceversa, la decisione inaspettata e più dirompente della Corte di giustizia nella sentenza *Carratù* è proprio quella sulla settima questione sollevata dal Tribunale di Napoli sulla natura pubblica di Poste italiane, che addirittura «occorre esaminare in primo luogo» per il Collegio della *Carratù*, nonostante il *giudice* del rinvio ne avesse chiesto una risposta subordinata a quella (eventualmente) negativa rispetto alle prime sei.

**257.** Durissima e sintetica, infatti, è la risposta della Corte di giustizia con la sentenza *Carratù* ai punti 30-31: «30 Nella fattispecie in esame, dalla domanda di pronuncia pregiudiziale e dalle osservazioni presentate alla Corte risulta che, come rilevato dall'avvocato generale nei paragrafi 106 e seguenti delle sue conclusioni, Poste Italiane è interamente posseduta dallo Stato italiano mediante il suo azionista unico, il Ministero dell'Economia e delle Finanze. Inoltre, essa è posta sotto il controllo dello Stato e della Corte dei Conti, un membro della quale siede nel consiglio di amministrazione. 31 Di conseguenza, si deve rispondere alla settima questione dichiarando che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che può essere fatta valere direttamente nei confronti di un ente pubblico, quale Poste Italiane.».

**258.** Rispetto, poi, all'eccezione proposta nelle osservazioni scritte da Poste italiane sull'applicabilità dell'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 la sentenza *Carratù* si limita a trascrivere la normativa interna applicabile alla fattispecie, cioè l'art. 1, commi 1 e 2, D.lgs. n.368/2001 e non vi è traccia della specifica “norma sanzionatoria” che punirebbe gli abusi delle pubbliche amministrazioni.

**259.** L'interpretazione della Corte di giustizia nella sentenza “fantasma” (perchè ignorata sia dalla Cassazione che dalla Corte costituzionale, come già precisato) è chiara e non più modificabile, soprattutto alla luce della sentenza *Mascolo*: **il decreto legislativo n.368 del 2001 si applica a tutti i datori di lavoro pubblici e privati come normativa unica di recepimento della direttiva 1999/70/CE.**

**260.** Cadono nel dimenticatoio delle interpretazioni non più possibili le ambigue sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*, e anche l'ordinanza *Affatato*, che avevano tentato di risolvere il modo non traumatico la complessa problematica del precariato pubblico, dando indicazioni che il legislatore distratto ha accolto solo in parte con le stabilizzazioni delle leggi finanziarie n.296/2006 e 244/2007.

**261. Di concorso pubblico la Corte di giustizia parlerà soltanto nella sentenza Mascolo, da un lato per ribadire la (indiscutibile) legittimità della scelta dello Stato italiano di utilizzare in via prioritaria questa modalità di accesso al pubblico impiego anche scolastico, dall'altro per constatare che i concorsi pubblici sono stati bloccati per troppi anni per il personale docente supplente della scuola pubblica, come affermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, e che pertanto lo Stato non può precarizzare senza limiti i propri dipendenti in attesa dell'espletamento di concorsi che non vengono banditi.**

**262.** L'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 non c'è più sia nella sentenza *Carratù* sia nell'ordinanza *Papalia* (come verrà confermato anche nella sentenza *Mascolo*), **era una norma senza sanzione** (o meglio con sanzione risarcitoria dichiarata ma non effettiva), la

Corte di giustizia finalmente dichiara “OSTA” (implicitamente nella sentenza *Carratù*, esplicitamente nell’ordinanza *Papalia*) e così i dubbi sono definitivamente dissipati.

**263.** Erano già chiare le indicazioni fornite dalle sentenze del 6 settembre 2006 della Corte di giustizia sul precariato sanitario ligure: **si applicano a tutti i datori di lavoro pubblici e privati gli artt. 1, 4 e 5 d.lgs. n. 368/2001, norme integralmente trascritte nelle decisioni della Corte europea perché** «l’art. 10 del d.lgs. n. 368/2001 contiene una lista di casi in cui è esclusa l’applicazione della nuova regolamentazione relativa ai contratti a durata determinata. Nessuno di tali casi riguarda l’amministrazione pubblica.» (sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 13).

**264.** La compatibilità *prima facie* dell’art.36, comma 2 (nel testo originario), d.lgs. n.165/2001 era soltanto una indicazione molto precisa al legislatore nazionale di accelerare i processi di stabilizzazione del precariato pubblico.

**265.** La Corte di giustizia ha sempre perfettamente compreso quale era il senso della sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale di inventarsi un divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego che nella disciplina di recepimento della normativa comunitaria sul lavoro a tempo determinato non era previsto, e ha cercato di evitare censure e risposte dirette che potevano creare il (presunto) collasso del sistema finanziario in considerazione della chiara indicazione del legislatore nazionale con il primo testo dell’art.36, comma 1, d.lgs. n.165/2001 di creare tutti i presupposti giuridici per le assunzioni clientelari e dirette senza concorso a tempo determinato nella pubblica amministrazione.

**266.** Al punto 10 della sentenza *Marrosu-Sardino*, infatti, è riprodotta la norma “permissiva” dell’art.36, comma 1, Tupi nella versione originaria (che è quella applicabile alla fattispecie di causa), in cui vi era ancora il richiamo alla legge n.230/1962, che viene sapientemente occultato dietro l’*omissis* creativo “(...)”, che avrebbe dovuto consentire ai Giudici nazionali di individuare – riempiendo gli spazi vuoti - la disciplina interna da applicare nel caso (scontato per la Corte di giustizia) non si riuscisse a provare l’effettività della non-sanzione dell’art.36, comma 2 o 6 o 5, d.lgs. n.165/2001: «*1. Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa. I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (...).*».

**267.** La Corte di giustizia dà totale credito a quanto affermato dal lavoratore *Papalia* e dal Tribunale di Aosta nella causa principale al punto 23 e ai punti 28-32 sulla natura totalmente ostativa della Giurisprudenza di legittimità nella sentenza n.392/2012 rispetto all’attuazione delle misure di tutela imposte dalla direttiva 1999/70/CE.

**268.** E’ ben chiaro che l’eccezione nelle osservazioni scritte di Poste italiane dell’applicazione, nel caso di riconoscimento della sua natura pubblica, dell’art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 e il divieto di conversione nel pubblico impiego ribadito anche in udienza deve aver avuto un ruolo fondamentale nella reazione stizzita della Corte nel

rispondere innanzitutto positivamente alla settima questione pregiudiziale della causa *Carratù* (e all'unico quesito della causa *Papalia*), affermando che il (solo) decreto legislativo n.368/2001 è normativa attuativa della direttiva 1999/70/CE per tutti i datori di lavoro pubblici e privati, costringendo il legislatore d'urgenza a togliere la specificazione della causale sin dal primo contratto a tempo determinato.

**269.** Peraltro, la Corte di giustizia nell'ordinanza *Papalia* e poi nella sentenza *Mascolo* recepisce la critica dell'Avvocato Jääskinen nelle conclusioni della causa *Jansen C-313/10* sul fatto che nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* non fosse stato espresso alcun motivo sulla differenziazione di trattamento sanzionatorio tra datori di lavoro pubblici e imprese private. Anzi, **lo stesso Avvocato generale al punto 58 ha affermato che le ragioni "finanziarie" per giustificare l'apposizione di un termine contrattuale al lavoro pubblico potrebbero vanificare il principio guida secondo il quale i contratti a tempo indeterminato devono predominare e mettere a repentaglio l'equilibrio tra gli interessi in gioco quale concepito dal diritto dell'Unione, in quanto tali disposizioni concederebbero ai datori di lavoro del settore pubblico una troppo grande facilità di accesso ad una successione di contratti a tempo determinato, considerando che mansioni perfettamente identiche possono essere espletate dai dipendenti del settore pubblico e da quelli che lavorano nel settore privato (punto 59) e che circostanze economiche analoghe a quelle previste dalla norma interna non siano riconosciute come ragioni obiettive relativamente a datori di lavoro appartenenti al settore privato.** Si provoca, così, un livello di tutela dei lavoratori abbastanza variabile tra gli Stati membri, tenuto conto delle differenze esistenti per quanto riguarda segnatamente il ruolo rispettivo dei soggetti pubblici e dei soggetti privati nella prestazione di servizi di interesse generale (punto 60).

\*\*\*\*\*

#### **4. La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico, l'art.117, comma 1, della Costituzione, l'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001 e il principio di leale cooperazione dello Stato italiano con le Istituzioni europee**

##### **a) La quasi scontata sentenza Mascolo della Corte di giustizia e la normativa interna applicabile ai precari pubblici: l'art.117, comma 1, Cost.**

**270.** Nella sentenza *Mascolo* la Corte di giustizia ribadisce, approfondisce e rafforza, condividendo le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar depositate il 17 luglio 2014, tutto quanto già argomentato nella sentenza *Carratù* e nella ordinanza *Papalia* sul precariato pubblico.

**271.** Ancora una volta, come nelle sentenze *Marrosu-Sardino*, *Vassallo*, *Valenza* e *Carratù* e come nelle ordinanze *Affatato* e *Papalia*, è la ricostruzione della normativa interna la parte più importante della sentenza europea per comprendere il contesto logico-motivazionale delle conclusioni della Corte di giustizia.

**272.** La Corte europea, come nelle conclusioni dell'Avvocato generale (punto 10), trascrive quale **prima** normativa nazionale utile ai fini della decisione delle cause pregiudiziali l'art. 117, comma 1, Cost. (punto 11) e non cita mai l'art. 97, comma 3, della

Carta fondamentale sul concorso pubblico, citato sia nelle decisioni di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli, sia nell'ordinanza n.207/2013 della Corte costituzionale.

**273.** Inoltre, come già anticipato al punto 13<sup>82</sup> delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar, la Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* al punto 14 afferma che, sia **per il Tribunale di Napoli che per la Corte costituzionale**, «secondo le ordinanze di rinvio, il lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione è altresì soggetto al decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES...». In tutta evidenza, tale precisazione sconfessa le sentenze di questa Ecc.ma Corte n.392/2012 e n.10127/2012, che avevano esplicitamente negato l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 a tutto il pubblico impiego.

**274.** E l'art.36 d.lgs. n.165/2001? Sul divieto di conversione, le conclusioni dell'Avvocato generale e la sentenza *Mascolo* presentano differenze significative sul piano quantitativo della norma interna da "applicare". Infatti, l'Avvocato generale trascrive al punto 12 l'art.36 d.lgs. n.165/2001 (nella versione modificata dalla legge n.78/2009, applicabile *ratione temporis* alle fattispecie di causa) nei commi 1 (integralmente), 2 (parzialmente come nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo* e nelle ordinanze *Affatato* e *Papalia*, cioè sostituendo con i puntini dell'omissis il riferimento al d.lgs. n.368/2001 contenuto nella norma), 3 (integralmente) e 5 (parzialmente, senza la parte sulla responsabilità dei dirigenti che, secondo Cass. n.392/2012, costituiva la vera – e unica – sanzione contro gli abusi nella successione dei contratti).

**275.** Tuttavia, al punto 11 delle conclusioni l'Avvocato generale Szpunar chiarisce, diversamente dalle precedenti pronunce della Corte di giustizia sul precariato pubblico italiano, che l'art. 36 d.lgs. n.165/2001 si limita a disciplinare la «**stipulazione di contratti a tempo determinato nel settore pubblico**», cioè **il momento genetico del sinallagma contrattuale**, non quello funzionale.

**276.** Secondo Szpunar lo Stato italiano ha utilizzato i supplenti scolastici per soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli e non temporanei di personale, prassi più volte censurata perché priva di ragioni oggettive nella giurisprudenza comunitaria, dalla sentenza *Adeneler* alla sentenza *Kücüik*, decisione quest'ultima espressamente richiamata con specifica censura della contraria interpretazione proposta dalla Cassazione nella sentenza n. 10127/2012, aderendo alle critiche mosse dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio (punto 64).

**277.** L'Avvocato generale evidenzia che tale sistema di reclutamento a tempo determinato non prevede né misure preventive (clausola 5, n. 1, dell'accordo comunitario) né sanzioni effettive (clausola 5, n. 2, lett. b) che, nella fattispecie, era stata indicata dallo stesso legislatore del 2007 nella riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine successivi che abbiano superato i 36 mesi (art. 5, comma 4 *bis*, D.lgs. n. 368/2001, trascritto al punto 14 delle conclusioni), salvo poi vanificarne l'operatività per la scuola pubblica nel 2009 con l'art. 4, comma 14 *bis*, della L. n. 124/1999 (trascritto al punto 17 delle conclusioni) e nel 2011 con l'art. 10, comma 4 *bis*, del D.lgs. n. 368/2001 (trascritto al punto 15 delle conclusioni), che hanno escluso la immissione in ruolo e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti successivi nella scuola.

**278. Né ragioni finanziarie possono giustificare l'abusivo utilizzo dei contratti a termine (punti 79-80 delle conclusioni)**, come peraltro è emerso anche in sede di discussione all'udienza del 27 marzo 2014, dove con i dati della Ragioneria dello Stato è stato dimostrato che il sistema delle supplenze costituisce un costo del lavoro maggiore rispetto alla stabilità dei rapporti lavorativi.

**279.** Poiché la giurisprudenza della Cassazione (sentenza n.10127/2012) esclude anche il risarcimento dei danni trattandosi di contratti a termine tutti legittimamente stipulati (punto 83 e nota 43), secondo Szpunar il contrasto tra la direttiva 1999/70/CE e la normativa interna va risolto dai giudici del rinvio, dichiarando illegittime sul piano costituzionale tutte le disposizioni che impediscono la tutela effettiva già riconosciuta dall'ordinamento interno (Corte costituzionale) oppure disapplicandole o non applicandole (Tribunale di Napoli).

**280.** Significativo, infatti, è il richiamo (punto 89 e nota 48) alla sentenza *Scattolon* e alla sentenza “fantasma” *Carratù* da parte dell'Avvocato generale, per giustificare la mancata risposta ai chiarimenti alla settima questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli con l'ordinanza *Racca* sull'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali: come la Corte di giustizia ha fatto in queste decisioni, una volta evidenziato il contrasto tra diritto comunitario derivato e diritto interno, non vi è bisogno anche di evidenziare l'illegittimo ricorso alle norme retroattive, che i giudici nazionali sono in grado di rimuovere “direttamente”.

**281.** L'Avvocato generale ha individuato nel rispetto del processo di stabilizzazione dei supplenti della scuola di cui al D.L. n. 104/2013 (nota 47) e **nell'assunzione a tempo indeterminato l'unica sanzione adeguata**, sgombrando con nitidezza inusuale rispetto alle precedenti cause pregiudiziali sul precariato pubblico italiano ogni ombra di dubbio sul percorso che il Governo prima e, in mancanza, i giudici poi dovranno effettuare per sanare il conclamato abuso della flessibilità nel pubblico impiego, non solo in quello scolastico.

**282.** Non è un caso, infatti, che il Ministro dell'istruzione il 19 luglio 2014, 2 giorni dopo le conclusioni dell'avvocato generale, abbia preannunciato il piano di immissioni in ruolo di 32.500 docenti e personale ATA a decorrere dal 1° settembre 2014.

**283.** Del resto, le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar sono state espressamente richiamate a pag. 36 delle linee guida alla riforma della scuola dal titolo “La buona scuola” presentate dal Governo il 3 settembre 2014, quale *occasio* della necessità di procedere all'assunzione straordinaria in ruolo dal 1° settembre 2015 di quasi 150.000 docenti precari, riconoscendo finalmente (e lealmente, per la prima volta) lo Stato italiano il rilevato contrasto della normativa interna di cui all'art. 4, commi 1 e 2, della legge n.124/1999 con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario e presentando alle Istituzioni comunitarie il 16 ottobre 2014, addirittura, la stabilizzazione dei supplenti nel disegno della legge di stabilità con un costo previsto di un miliardo di euro (sul punto rimane la divergenza rispetto ai dati contabili offerti dall'avvocatura alla Corte di giustizia, in cui si parla di risparmio di spesa pubblica).

## **b) Il principio di leale cooperazione tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali nella sentenza Mascolo**

**284.** La sentenza *Mascolo* ha confermato integralmente le conclusioni dell'Avvocato generale, rafforzando l'effettività della censura nei confronti della Cassazione per la mancata attuazione del d.lgs. n.368/2001, ricorrendo ad un articolato e raffinato ragionamento sulla questione del principio di leale cooperazione dello Stato italiano nei confronti delle Istituzioni europee e, in particolare, nei confronti della Corte di giustizia, su cui l'Avvocato generale aveva proposto che la Corte di giustizia si dichiarasse incompetente o dichiarasse irrilevante la questione, al punto 42: *«Ricordo che, nell'ambito della ripartizione delle funzioni tra la Corte e i giudici nazionali che governa il procedimento di rinvio pregiudiziale, la Corte non è competente a pronunciarsi sul comportamento di uno Stato membro né sull'interpretazione delle norme di diritto nazionale. Spetta ai soli giudici nazionali, e non alla Corte, interpretare il diritto nazionale e, pertanto, dirimere le controversie legate a tale interpretazione.»*

**285.** Innanzitutto, al punto 12 la Corte di giustizia, come l'Avvocato generale, rileva che il d.lgs. n.165/2001 disciplina solo il "ricorso", cioè il momento genetico, a contratti a tempo determinato nel settore pubblico e trascrive del testo unico sul pubblico impiego, a differenza dell'Avvocato generale, soltanto il **5° comma dell'art.36**, sempre nella formulazione "monca" del richiamo alla responsabilità dei dirigenti, a sottolineare con la mancata trascrizione dell'art.36, commi 1 e 2, d.lgs. n.165/2001 l'assoluta mancanza di vincoli legislativi legati al concorso pubblico per l'assunzione con contratti flessibili.

**286.** D'altra parte, è stato ampiamente sottolineato nelle osservazioni scritte dei difensori dei lavoratori in Corte di giustizia nella causa Napolitano C-418/13 che il legislatore d'urgenza con il d.l. n.101/2013 aveva ulteriormente modificato l'art.36 d.lgs. n.165/2001, dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, inserendo **due nuovi commi**, il **comma 5 ter** (sull'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 a tutte le pubbliche amministrazioni, compresa quella scolastica, senza trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine successivi, duplicando il richiamo del comma 2 dello stesso articolo) e il **comma 5 quater** (sulla nullità di diritto del contratto a tempo determinato impugnato giudizialmente per mancanza della temporaneità ed eccezionalità delle ragioni oggettive, salvo il solito presunto richiamo alla responsabilità del dirigente "abusante" che, palesemente, non opera quando non vi è danno da risarcire), **facendo scomparire così ogni forma sanzionatoria degli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego.**

**287.** Dopo aver fatto scomparire dalla ricostruzione normativa interna applicabile alle fattispecie di causa tutto l'art.36 d.lgs. n.165/2001, ad eccezione del comma 5, la Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* cancella anche quest'ultima norma al punto 114: *«114 Per quanto riguarda l'esistenza di misure dirette a sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve rilevare, innanzitutto, che dalle ordinanze di rinvio risulta che, come espressamente indicato dalla Corte costituzionale nella sua seconda questione pregiudiziale nella causa C-418/13, la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali esclude qualsivoglia diritto al risarcimento del danno subito a causa del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore dell'insegnamento. In*

*particolare, è pacifico che il regime previsto dall'articolo 36, comma 5, del decreto legislativo n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali.».*

**288.** In buona sostanza, se la procedura di reclutamento a tempo determinato è stata legittima e conforme alle disposizioni di legge (che non prevedono il concorso pubblico), come nella scuola pubblica o negli asili comunali (per i quali non è prevista neanche la graduatoria ad esaurimento), non si può applicare l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 che prevede, appunto, la violazione della normativa di accesso legittimo al pubblico impiego.

**289.** E sulla normativa “sanzionatoria” da applicare in caso di abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego? Innanzitutto, per la scuola pubblica statale, la Corte di giustizia afferma al punto 115 che «è altresì incontrovertito che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali non consenta neanche la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratto o rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo esclusa l'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 alla scuola statale», come confermato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza n.206/2013 in relazione alle due norme ostative alla tutela del 2009 (art.4, comma 14 bis, legge n.124/1999, trascritto al punto 18 della sentenza) e del 2011 (art.10, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001, trascritto al punto 16 della sentenza) su cui il Tribunale di Trento non aveva proposto scrutinio di legittimità costituzionale.

**290.** Tuttavia, seguendo le indicazioni fornite dall'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n.190/2012 (allegata agli atti delle cause pregiudiziali) e dello stesso Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio, la Corte di giustizia ai punti 28, 84 e 115 limita la non applicazione dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001 alle fattispecie contrattuali stipulate successivamente all'entrata in vigore dell'art.10, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001 (cioè a decorrere dal 20 maggio 2011).

**291.** Si legge, infatti, ai punti 27-28 della sentenza: «27 Investito di tale ricorso, il Tribunale di Napoli indica, in primo luogo, che la normativa nazionale di cui trattasi nei procedimenti principali, contrariamente a quanto dichiarato dalla Corte suprema di cassazione nella sentenza n. 10127/12, è contraria alla clausola 5 dell'accordo quadro. 28 Tale normativa, infatti, non contemplerebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera a), di detta clausola, poiché non consentirebbe di verificare concretamente, in modo obiettivo e trasparente, l'esistenza di un'esigenza reale di sostituzione temporanea e autorizzerebbe, come previsto esplicitamente dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 124/1999, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato a copertura di posti effettivamente vacanti. Orbene, tale normativa non contemplerebbe neppure misure di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera b), di detta clausola. Infatti, l'articolo 10, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 escluderebbe d'ora in avanti l'applicazione alle scuole statali dell'articolo 5, comma 4 bis, del suddetto decreto, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato di durata superiore a 36 mesi siano trasformati in contratti di lavoro a tempo indeterminato. Inoltre, tale normativa non

conterrebbe alcuna misura di prevenzione ai sensi del punto 1, lettera c), della medesima clausola.».

**c) La misura “energica” adeguata a sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti a termine nel pubblico impiego: l’art.5, comma 4 bis, D.lgs. 368/2001**

**292.** Viceversa, in mancanza di norme ostative alla tutela, **la Corte di giustizia afferma inequivocabilmente l’applicabilità dell’art. 5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001** (e quindi dell’intero d.lgs. n.368/2001 alle pubbliche amministrazioni: argomento *ex* punto 14 della sentenza) **al punto 55, quando si occupa dell’ordinanza Russo del Tribunale di Napoli nella causa C-63/13 sul pubblico impiego “non scolastico” degli Enti locali**, su cui l’Avvocato generale non ha preso posizione nelle sue conclusioni.

**293.** Infatti, sostiene la Corte al punto 77 quando, come nel caso di specie, il diritto dell’Unione non prevede sanzioni specifiche nell’ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente **energico** (termine utilizzato anche al punto 62 della sentenza *Fiamingo*, richiamata per ben 19 volte nella sentenza *Mascolo*) e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell’accordo quadro.

**294.** La misura “energica” e dissuasiva è sicuramente l’art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001, richiamato ben 13 volte nella sentenza *Mascolo* e, in particolare, al citato punto 55: *«55. Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C-63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, dell’applicazione dell’articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l’eliminazione definitiva delle conseguenze dell’abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell’Unione (v., in particolare, sentenza *Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata).*».*

**295.** E infatti la Corte di giustizia dichiara irrilevanti i tre quesiti<sup>83</sup> posti dal Tribunale di Napoli nella causa Russo C-63/13 sul precariato pubblico non scolastico, perché il *Giudice* del rinvio ha gli strumenti per accogliere la domanda di stabilità lavorativa della ricorrente (punto 56 della sentenza), ma non si limita a questo perché, diversamente dall’Avvocato generale, entra nel **merito** del quesito sull’obbligo di leale cooperazione dello Stato italiano nei confronti della Corte di giustizia nella causa *Affatato*, demolendo letteralmente le argomentazioni della Cassazione nelle sentenze n.392/2012 e n.10127/2012, che il Tribunale di Napoli aveva affermato di dover seguire in quanto espressione della nomofilachia autentica del *Giudice* di ultima istanza.



**d) L'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001, l'ordinanza Affatato e l'obbligo di leale cooperazione della Cassazione**

**296.** La trascrizione dei punti 59-61 della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia aiuta a comprendere oltre ogni ragionevole dubbio quale sia il rapporto di leale collaborazione che si deve instaurare, nel campo di applicazione della normativa europea, tra Stati membri Ue e Istituzioni sovranazionali, tra *Giudice* nazionale e Corte di giustizia: **«59 Il Comune di Napoli, il governo italiano e la Commissione europea, inoltre, mettono in discussione la ricevibilità della quarta questione nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13 nonché della terza questione nella causa C-63/13, per il motivo, sostanzialmente, che la risposta a tali questioni è, in tutto o in parte, irrilevante ai fini delle controversie di cui ai procedimenti principali. 60 Si deve osservare che tali questioni, la cui formulazione è identica, si fondano, come già constatato al punto 32 della presente sentenza, sulla premessa in forza della quale l'interpretazione del diritto nazionale apportata dal governo italiano nella causa che ha dato luogo all'ordinanza Affatato (EU:C:2010:574, punto 48), secondo cui l'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001 è applicabile al settore pubblico, è erronea e, pertanto, integra una violazione da parte dello Stato membro interessato del principio di leale cooperazione. 61 Tale interpretazione, come risulta dai punti 14 e 15 della presente sentenza, corrisponde tuttavia pienamente all'interpretazione apportata nel caso di specie dal Tribunale di Napoli, e alla luce della quale, secondo una giurisprudenza costante, la Corte deve effettuare l'esame dei presenti rinvii pregiudiziali (v., in particolare, sentenza Pontin, C-63/08, EU:C:2009:666, punto 38). Tale giudice indica, infatti esplicitamente nelle sue ordinanze di rinvio che, a suo avviso, il legislatore nazionale non ha inteso escludere l'applicazione di detto articolo 5, comma 4 bis, al settore pubblico.».**

**297.** Quindi, il Governo italiano è stato leale nei confronti della Corte di giustizia nella causa *Affatato* quando ha affermato l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 alle pubbliche amministrazioni (e, in particolare, l'art.5, comma 4 bis), perché tale posizione di leale collaborazione è stata riaffermata dal Tribunale di Napoli (Stato italiano) quando ha applicato l'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001 come sanzione adeguata (punto 55 della sentenza) e nella parte in cui, comunque, non ha escluso che il legislatore intendesse effettivamente applicare l'art. 5, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001 al settore pubblico.

**298.** Nella causa *Mascolo* sono state rappresentate dall'avvocatura del libero foro alla Corte di giustizia tutte le decisioni della Suprema Corte che hanno rafforzato e, in qualche caso, costruito il dialogo diretto e leale con la Corte europea: le sentenze nn.**12985/2008, 2279/2010 e 10033/2010**, le ordinanze pregiudiziali sul lavoro marittimo, la sentenza n.**23702/2013** sulle farmacie comunali, la sentenza n. **13796/2012** delle Sezioni unite e la **relazione n.190/2012 dell'Ufficio del Massimario**, che è stata integralmente **accolta nelle sue conclusioni dalla Corte di giustizia nella sentenza del 26 novembre 2014 sull'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 alle pubbliche amministrazioni e sugli strumenti utilizzabili per vanificare le norme successive che ostacolano o impediscono l'effettività della tutela.**

**299.** *A contrario*, appare evidente che al di fuori del quadro di leale cooperazione perfettamente delineato nella relazione n.190/2012 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, vi sia la slealtà nei confronti delle Istituzioni europee, cioè sia violato nello

specifico l'art.4, punto 3, del Trattato di Lisbona (TUE), la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, come interpretata dalla Corte di giustizia per il precariato pubblico italiano nelle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo, Valenza, Carratù, Mascolo* e nelle ordinanze *Affatato* e *Papalia*, dell'art.117, comma 1, della Costituzione, del d.lgs. n.368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE.

**300.** Comprendiamo bene tutti a quali conseguenze negative - per la tenuta dell'intero sistema giudiziario e della coesione sociale fondata sul rigoroso e imparziale espletamento della fondamentale funzione giurisdizionale - possa condurre l'ingiustificata situazione giurisdizionale di rifiuto della leale cooperazione con l'Ue, quale quella in cui pare muoversi - senza nessuna ragione oggettiva, né giuridica né finanziaria e neanche etica - una parte della giurisprudenza della Cassazione nell'insistere nel divieto di conversione fino ad inibire o vanificare anche la tutela risarcitoria.

\*\*\*\*\*

## **5. Conclusioni: la responsabilità etica, sociale e civile della Curia italiana tra interpretazione conforme, disapplicazione, risarcimento del danno per mancata o parziale, sopravvenuta o genetica, attuazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutti (o solo di parte) dei lavoratori a tempo determinato in particolare e con rapporto flessibile in generale**

### **a) La mancata o parziale, sopravvenuta o genetica, attuazione della direttiva 1999/70/CE nei confronti di tutti (o solo di parte) dei lavoratori con rapporto temporaneo**

**301.** La sentenza integrata *Mascolo-Fiamingo*, apparentemente, non ha dato risposte ad alcune importanti questioni sollevate dai due "principali" Giudici del rinvio, Cassazione e Tribunale di Napoli, anzi ha preferito formalmente non rispondere "avendo già risposto" o rimandando per la risposta ad altre decisioni della stessa Corte: a) sulla causalità sin dal primo ed unico contratto a tempo determinato come misura più adeguata a sanzionare gli abusi nella successione dei contratti (Cassazione); b) sull'applicazione dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali (e dell'art.6 della Cedu) rispetto a norme sopravvenute che riducono o annullano la tutela già riconosciuta (Tribunale di Napoli); c) la possibilità di differenziare la tutela antiabusiva tra settore pubblico e privato e la stessa nozione comunitaria di "settore" ai fini della direttiva 1999/70/CE (Tribunale di Napoli); d) la violazione della direttiva sull'informazione ai lavoratori delle condizioni di lavoro nel pubblico impiego (Tribunale di Napoli).

**302.** In realtà non è così. La III Sezione della Corte di giustizia, un grande Collegio di giuristi europei che parlano o conoscono anche la lingua italiana e soprattutto hanno mostrato una competenza eccezionale a orientarsi nel folle panorama legislativo nazionale, ha dato tutte le risposte ai qualche volta "petulanti"<sup>84</sup> Giudici del rinvio. Ha dato la risposta fondamentale: **sulla scuola statale e, a seguire, su tutto il pubblico impiego non scolastico statale il legislatore non ha attuato le misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi in caso di successione di contratti a termine imposte dalla clausola 5 dell'accordo quadro, estendendo tale inaudita situazione di inadempimento agli obblighi comunitari anche al lavoro privato con il D.L. n.34/2014.**

**303.** Soprattutto la sentenza *Mascolo* (ma anche la sentenza *Fiamingo* in cui il *Giudice* del rinvio afferma con “piglio” nomofilattico, seppure nella forma interlocutoria dell’ordinanza, che l’originaria intenzione del legislatore delegato del 368/2001 era quella di liberalizzare e togliere ogni tutela nel ricorso al contratto a tempo determinato) rappresenta una decisione ibrida tra un giudizio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TUEF e un ricorso per inadempimento ai sensi dell’art. 228 TUEF.

**304.** E il dispositivo della sentenza *Mascolo* per la scuola statale è una vera condanna per inadempimento, che presuppone una pesantissima condanna sanzionatoria se la Commissione europea proporrà, come è ora obbligata a fare visti gli esiti durissimi per lo Stato italiano della causa pregiudiziale. Infatti, dalle informazioni assunte mi risulta che il pellegrinaggio a Bruxelles dei dirigenti del Miur sia più costante e più intenso di quello al Santuario di Fatima, e la penitenza “energica” inflitta sia particolarmente rigida nei tempi e nei modi.

**305.** Quindi, entro il 1° settembre 2015 la gran parte della criticità del precariato pubblico scolastico statale dovrebbe giungere ad una soluzione adeguata con la stabilizzazione degli aventi diritto. Ma quali docenti e personale ata hanno diritto? Tutti quelli che sono inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (c.d. gae)? Solo quelli che hanno superato i 36 mesi di servizio, compresi o meno nelle gae? Solo quelli che hanno superato i 36 mesi di servizio e sono inseriti nelle gae? Solo quelli che hanno superato i 36 mesi di servizio con le supplenze annuali su posti vacanti e disponibili e sono inseriti nelle gae? Solo quelli che hanno superato i 36 mesi di servizio con le supplenze annuali su posti vacanti e disponibili anche se non sono inseriti nelle gae, con titolo abilitante tfa o pas? Solo quelli che hanno maturato almeno una supplenza annuale su posto vacante e disponibile e sono inseriti nelle gae? Solo quelli che hanno maturato almeno una supplenza annuale su posto vacante e disponibile anche se non sono inseriti nelle gae, con titolo abilitante tfa o pas? Solo quelli che hanno maturato almeno una supplenza fino al termine delle attività didattiche su posto non vacante ma dichiarato dall’amministrazione scolastica “di fatto” disponibile (fino al 30 giugno) e sono inseriti nelle gae? Solo quelli che hanno maturato almeno una supplenza fino al termine delle attività didattiche su posto non vacante ma dichiarato dall’amministrazione scolastica “di fatto” disponibile (fino al 30 giugno) anche se non sono inseriti nelle gae, con titolo abilitante tfa o pas?

**306.** Belle domande, ma le risposte le deve dare il Governo, che ha provocato questo autentico disastro di incapacità amministrativa, di inedia politica e di insania etica e istituzionale. Mi limito a evidenziare i punti “critici”, quali risultano dalla sentenza *Mascolo*.

**307.** Preliminarmente non punterei su una distinzione delle supplenze tra organico di diritto (fino al 31 agosto) e organico di fatto (fino al 30 giugno), come pare qualche scienziato che ha già provocato questa situazione come consulente durante la gestione Gelmini abbia incredibilmente suggerito.

**308.** La Corte costituzionale (non il Tribunale di Napoli) ha sicuramente puntato a limitare il problema del precariato scolastico alle supplenze annuali di cui all’art.4, comma 1, della legge n.124/1999, ma la Corte di giustizia è stata estremamente chiara sulle ragioni

oggettive che sono idonee a legittimare le supplenze ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, che sono (solo) le necessarie sostituzioni temporanee a causa, segnatamente, dell'indisponibilità di dipendenti che beneficiano di congedi per malattia, per maternità, parentali o altri (punto 92). Del resto, il legislatore della legge finanziaria n.244/2007 (coordinandosi con il Collegato lavoro della contestuale legge n.247/2007) aveva ben compreso la necessità di limitare il ricorso al contratto a tempo determinato nel pubblico impiego alle ragioni oggettive rigorosamente sostitutive nella formulazione dell'art.36, commi 1 e 2, D.lgs. n.165/2001, che però è durata meno di sei mesi dal 1° gennaio 2008 fino al 20 giugno 2008 prima dell'ennesima modifica liberalizzante del D.L. n.112/2008.

**309.** Quindi, se, come avviene nella stragrande maggioranza dei casi e come il Governo ha anche ammesso nelle linee guida della “Buona scuola”, le supplenze su organico di fatto rappresentano un mero *escamotage* per risparmiare sugli stipendi di luglio e agosto, non esistono ragioni “oggettive” per escludere chi ha lavorato anche soltanto con supplenze fino al termine delle attività di fatto ma su posti già vacanti e disponibili *ab origine* dal novero del personale destinatario del processo di stabilizzazione.

**310.** Non mi sembra neanche possibile discriminare, ai fini del processo di stabilizzazione, tra docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento e personale non inserito nelle gae ma in possesso di titolo abilitante all'insegnamento (naturalmente per il personale ata il problema non si pone, essendo in linea generale escluso il concorso pubblico per l'accesso alle graduatorie e non solo per i collaboratori scolastici). Anche sul punto la Corte di giustizia nella sentenza *Mascolo* è stata estremamente chiara quando ha evidenziato al punto 89 che nelle graduatorie permanenti (che non sono qualificate ad esaurimento, non senza motivo) figurano sia i docenti che hanno vinto un concorso pubblico senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, sia quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle scuole di specializzazione per l'insegnamento.

**311.** Quindi, una buona “mediazione” interpretativa potrebbe essere l'individuazione del personale destinatario del processo di stabilizzazione tra tutti quelli che hanno superato i 36 mesi di servizio o di insegnamento pubblico o privato (che è equiparato a quello pubblico ai fini della progressione nelle gae) in possesso di titolo abilitante all'insegnamento, a prescindere dall'inserimento nelle graduatorie permanenti (condizione, però, necessaria per chi ha svolto servizio alle dipendenze di scuole private riconosciute).

**312.** E per chi non ha maturato le condizioni per l'applicazione della sanzione “energica” dell'art.5, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001? Il problema sussiste, ma temo che possa essere risolto soltanto sul piano giudiziario, salvo diverse scelte discrezionali dell'amministrazione scolastica sull'assorbimento di tutti quelli inseriti nelle gae, a prescindere dal superamento dei trentasei mesi lavorativi.

**313.** Rilevo, soltanto, che da un punto di vista sistematico, in presenza di contratti a tempo determinato “legittimi” sotto il profilo del sistema di reclutamento, sotto il profilo strettamente giuridico non vi sono condizioni ostative per non estendere al personale della scuola statale anche le sanzioni previste dall'art.5, commi 2, 3 e 4, D.lgs. n. 368/2001 (con la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti successivi a tempo indeterminato) e,

addirittura, come prevista dall'art.1, comma 2, D.lgs. n.368/2001 nella formulazione ante D.L. n.34/2014.

**314.** Anche in quest'ultimo caso la Corte di giustizia è stata, infatti, estremamente chiara nel senso di precisare che, sul piano astratto, potevano esservi le condizioni di legittimazione sotto il profilo delle ragioni oggettive dell'attuale sistema di reclutamento scolastico per garantire la necessaria flessibilità di espletamento del servizio pubblico, se lo Stato italiano avesse fatto i concorsi pubblici con cadenza triennale. I concorsi pubblici non sono stati fatti dal 1999 al 2012 e, quindi, almeno nell'arco temporale dal 2003 (cioè dalla sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale) al 2012 non vi sono ragioni oggettive che possano impedire la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'amministrazione scolastica in mancanza della causalità imposta dall'art.1, commi 1 e 2, D.lgs. n.368/2001.

**315.** Stesso discorso, naturalmente, va fatto, a maggior ragione (punto 55 della sentenza *Mascolo*) per la tutela del pubblico impiego non scolastico "statale". Del resto non mi pare che vi siano alternative, se consideriamo il caso "omologo" dei medici specializzandi, molto meno grave di quello del precariato pubblico sia in termini quantitativi di personale interessato sia in termini qualitativi di problematiche da affrontare.

**b) La mancata o parziale attuazione della direttiva comunitaria nel caso dei medici specializzandi e il risarcimento del danno per violazione degli obblighi di recepimento**

**316.** Mi pare che le indicazioni fornite dalla Cassazione a Sezioni unite nella **sentenza del 17 aprile 2009, n.9147** per dare risposte alle questioni affrontate dalla magistratura nella nota vicenda dei medici "specializzandi" per mancata o parziale di direttiva comunitaria possano costituire un validissimo punto di riferimento per risolvere anche le enormi criticità del precariato pubblico, se e nella misura in cui i processi di stabilizzazione avviati dal Governo italiano soltanto sulla carta (D.L. n.104/2013 per la scuola; D.L. n.101/2013 per il pubblico impiego non scolastico) non dovessero portare agli auspicati risultati effettivi.

**317.** La Corte afferma che, per risultare adeguato al diritto comunitario, il diritto interno deve assicurare una congrua riparazione del pregiudizio subito dal singolo per il fatto di non aver acquistato la titolarità di un diritto in conseguenza della violazione dell'ordinamento comunitario.

**318.** I parametri per valutare la conformità del diritto interno ai risultati imposti dall'ordinamento comunitario, sono stati enunciati dalla Corte di giustizia Cee nella risoluzione delle questioni pregiudiziali concernenti: 1) l'ambito della responsabilità dello Stato per gli atti e le omissioni del legislatore nazionale contrari al diritto comunitario; 2) i presupposti della responsabilità; 3) la possibilità di subordinare il risarcimento all'esistenza di una colpa; 4) l'entità del risarcimento; 5) la delimitazione del periodo coperto dal risarcimento.

**319.** I detti parametri sono stati precisati dalle Sezioni unite secondo i seguenti principi:  
 • **a) anche l'inadempimento riconducibile al legislatore nazionale obbliga lo Stato a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario;**

- **b) il diritto al risarcimento deve essere riconosciuto allorchè la norma comunitaria, non dotata del carattere self-executing, sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia manifesta e grave e ricorra un nesso causale diretto tra tale violazione ed il danno subito dai singoli, fermo restando che è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare il danno, ma a condizioni non meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e comunque non tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento;**
- **c) il risarcimento del danno non può essere subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa;**
- **d) il risarcimento deve essere adeguato al danno subito, spettando all'ordinamento giuridico interno stabilire i criteri di liquidazione, che non possono essere meno favorevoli di quelli applicabili ad analoghi reclami di natura interna, o tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento; in ogni caso, non può essere escluso in via generale il risarcimento di componenti del danno, quale il lucro cessante;**
- **e) il risarcimento non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte di giustizia che accerti l'inadempimento.**

**320.** Sulla base del descritto complesso di principi e regole, secondo la Cassazione nel suo massimo Consesso, **i profili sostanziali della tutela apprestata dal diritto comunitario inducono a reperire gli strumenti utilizzabili nel diritto interno fuori dallo schema della responsabilità civile extracontrattuale e in quello dell'obbligazione ex lege dello Stato inadempiente**, di natura indennitaria per attività non antigiuridica, che il *giudice* deve determinare in base ai presupposti oggettivi sopra indicati, in modo che sia idonea a porre riparo effettivo ed adeguato al pregiudizio subito dal singolo.

**321.** La qualificazione in termini di obbligazione indennitaria, del resto, consente di assoggettare allo stesso regime giuridico sia il caso, come quello dei medici specializzandi e dei precari pubblici, di attuazione tardiva di una direttiva senza alcuna previsione di riparazione del pregiudizio per l'inadempimento (che, nel caso di specie, potremmo individuare nella normativa delle leggi nn.244 e 247 del 2007 per la disciplina del contratto a tempo determinato, e in particolare con l'introduzione dell'*art.5, comma 4 bis*, D.lgs. n.368/2001 e dell'*art.1, comma 01*, dello stesso decreto), sia quello dell'intervento legislativo specifico, preordinato alla disciplina dell'obbligazione risarcitoria.

**322.** E ciò in linea con il principio secondo cui la qualificazione della situazione soggettiva dei privati deve farsi con esclusivo riferimento ai criteri dell'ordinamento giuridico interno (cfr. Cass., sez. un., 27 luglio 1993, n. 8385), imponendo l'ordinamento comunitario soltanto il raggiungimento di un determinato risultato. Tale posizione delle Sezioni unite, dunque, porta ad escludere la correttezza ermeneutica del "danno comunitario" individuato dalla sentenza della Cassazione n.27481/2014.

**323.** In conclusione, secondo le Sezioni unite, per realizzare il risultato imposto dall'ordinamento comunitario con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, si deve riconoscere al danneggiato un credito alla riparazione del pregiudizio subito per effetto del c.d. fatto illecito del legislatore di natura indennitaria, rivolto, in presenza del requisito di gravità della violazione ma senza che operino i criteri di imputabilità per dolo o colpa, a

compensare l'avente diritto della perdita subita in conseguenza del ritardo oggettivamente apprezzabile e avente perciò natura di credito di valore, rappresentando il danaro soltanto l'espressione monetaria dell'utilità sottratta al patrimonio.

**324.** La pretesa risarcitoria, che nasce nel momento in cui il pregiudizio si è verificato, è assoggettata al termine di **prescrizione ordinaria** (decennale) perchè diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege* (di natura indennitaria), riconducibile come tale all'area della responsabilità contrattuale.

**325.** La Sezione lavoro della **Cassazione** ha chiarito, inoltre, con **sentenza n.1850/2012** che la prescrizione del diritto al risarcimento del violazione degli obblighi comunitari, introdotta dall'art.4 della legge n.183/2011 opera solo per l'avvenire e quindi unicamente per il mancato recepimento di una direttiva Ue successiva all'entrata in vigore della legge di stabilità: posto che la Suprema Corte a Sezioni unite ha già precisato che la prescrizione per queste azioni ha carattere decennale, ed atteso che il *dies a quo* decorre dal momento in cui il legislatore adotta il provvedimento di recepimento, è palese che se il provvedimento d'integrale recepimento non viene adottato (come sino ad oggi accaduto per tutto il pubblico impiego) il termine di prescrizione non opera e, di conseguenza, l'azione di risarcimento del danno patrimoniale subito a causa dell'inadempimento statale, **non si prescrive mai**.

**326.** Naturalmente, trattandosi “sostanzialmente” di applicazione di misura di adeguamento rispetto all'inadempimento dello Stato agli obblighi comunitari, **nessun rilievo potrà avere il doppio regime decadenziale di impugnativa in materia di contratti a tempo determinato, introdotto dall'art.32, commi da 1 a 3, della legge n.183/2010**, che peraltro già esclude dal campo di applicazione della disposizione limitativa dell'esercizio del diritto tutte le violazioni dell'art.5 d.lgs. n.368/2001.

**327.** Mi pare, dunque, che la Curia italiana (avvocati e giudici) abbia tutti gli strumenti per risolvere questa complessissima e drammatica vicenda che riguarda centinaia di migliaia di cittadini senza dover ricorrere ad altre estemporanee soluzioni.

**328.** Non dobbiamo mai dimenticare, naturalmente, **l'enorme ed esclusiva responsabilità del legislatore e del Governo nell'aver stravolto senza limiti il decreto legislativo n.368/2001 attuativo della direttiva 1999/70/CE, nonostante i forti vincoli temporali e causali fissati al Governo per apportare modifiche ed integrazioni alla decretazione legislativa attuativa di direttiva europea sia nella legge quadro comunitaria del 2005 (legge n.11/2005) sia in quella del 2012 (legge n.234/2012, art.31), fino al punto da poterne configurare una inefficacia delle modifiche ed integrazioni apportate senza il rispetto delle condizioni previste dalle due leggi quadro per la operatività delle modifiche** (argomento *ex lege* n.11/2005, art.21; *ex lege* n.234/2012, art.58).

**c) Le soluzioni giudiziarie tra interpretazione conforme, disapplicazione delle norme sopravvenute e risarcimento del danno specifico per violazione della normativa comunitaria**

**329.** Nel periodo successivo alla pubblicazione della sentenza *Mascolo* ci si è interrogati sul da farsi in sede giudiziaria per i processi in corso, se cioè i Giudici di merito e anche la

Cassazione dovessero attendere la decisione della Corte costituzionale, all'esito della decisione della causa pregiudiziale C-418/13 *Napolitano ed altri* promossa dalla stessa Consulta.

**330.** Non mi pare, dunque, che le questioni di legittimità costituzionale dell'art.4, comma 1, legge n.124/1999 sollevate dai Tribunali di Roma e di Lamezia Terme e già deliberate nell'ordinanza n.207/2013 della Corte costituzionale, nonché le nuove ordinanze nn.32-33-34/2014 proposte dal Tribunale di Trento sulla falsariga di quelle già dichiarate inammissibili consentano al *Giudice delle leggi* di poter intervenire efficacemente, per sanare la mancata attuazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato per tutti i supplenti della scuola statale, in conseguenza della incompatibilità con la predetta disposizione comunitaria dell'attuale sistema di reclutamento scolastico, accertata nel dispositivo della sentenza *Mascolo*<sup>85</sup>.

**331.** Ebbene, la Corte costituzionale può essere determinante, salvo che cambi completamente la posizione assunta con l'ordinanza n.206/2013, soltanto se un altro *Giudice* del lavoro della Repubblica italiana sia in grado di **proporre una questione di legittimità costituzionale** che, come aspirante interprete autentico della sentenza *Mascolo*, vado a formulare: «...*dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.4, commi 1, 2, 11 e 14 bis, della legge n.124/1999, dell'art.10, comma 4 bis, D.lgs. n.368/2001, dell'art.36, commi 2 ultimo periodo, 5 ter e 5 quater, D.lgs. n.165/2001, nella parte in cui tali norme consentono assunzioni a tempo determinato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni scolastiche sia di personale docente che di personale tecnico, ausiliario ed amministrativo, come nel caso della parte ricorrente, al di fuori dell'applicazione del D.lgs. n. 368/2001, e segnatamente della sanzione contenuta nell'art.5, comma 4 bis, ritenuta adeguata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea al punto 48 dell'ordinanza Affatato e al punto 55 della sentenza Mascolo e dalla Corte di cassazione nella sentenza n.27363/2014 in applicazione dell'ordinanza Papalia e della sentenza Carratù, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con gli artt.3, 4, 97, comma 3, seconda parte, 117, comma 1, Cost., in riferimento alla clausola 5, punti 1 e 2, nonché alle clausole 4 e 8, punto 1, in combinato disposto, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP su lavoro a tempo determinato, al quale ha dato attuazione la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28.6.1999, come interpretate nella fattispecie abusiva di causa specificamente dalla citata sentenza Mascolo, nonché dalle ordinanze Affatato e Papalia e dalla sentenza Carratù della Corte di Lussemburgo.*».

**332.** Certamente, il **Tribunale di Napoli** e la **Corte costituzionale**, in qualità di Giudici dei rispettivi rinvii pregiudiziali, sarebbero i migliori candidati al controllo "interno" della corretta applicazione nell'ordinamento nazionale dei principi e delle riflessioni enunciati nella sentenza in commento.

**333.** Per il *Giudice* del merito bisognerà attendere il 21 gennaio 2015 e le prevedibili reazioni non sempre positive e razionali all'eccesso di dialogo con la Corte di giustizia per eccesso di questioni pregiudiziali sollevate prima come *Giudice* del lavoro nella sede giudiziaria di Rossano Calabro (chiusa dopo il trasferimento a Napoli) e poi in quella



partenopea (che spero non venga soppressa a causa dell'attuale esito delle cause pregiudiziali).

**334.** Quanto alla **Corte costituzionale** i tempi sono più lunghi (aprile 2014) per la rifissazione dell'udienza pubblica delle questioni di legittimità sollevate dai Tribunali di Roma e di Lamezia Terme, in riassunzione d'ufficio (le parti dei giudizi principali non sono costituite nei giudizi incidentali davanti alla Consulta) della causa pregiudiziale definita con la sentenza *Mascolo*.

**335.** Tuttavia, temo che **neanche la Corte costituzionale possa essere risolutiva** sulla questione del precariato scolastico, in considerazione della identità della norma sottoposta al vaglio di legittimità costituzionale (art.4, comma 1, legge n.124/1999) nei giudizi incidentali dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme (ordinanza n.207/2013) rispetto a quella già dichiarata inammissibile nei sei giudizi incidentali sollevati dal Tribunale di Trento (ordinanza n.206/2013).

**336.** Potrebbero intervenire **le Sezioni unite della Cassazione a comporre il contrasto all'interno della Sezione lavoro sulla sanzione adeguata** e energica sugli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego dopo l'ordinanza *Papalia*, tra l'applicazione dell'*art.5, comma 4 bis*, d.lgs. n.368/2001 (Cass. n.27393/2014) o dell'*art.8* legge n.604/1966 (Cass. n.27481/2014)? Senza nessun dubbio sì, ma per fare che, dal momento che la sentenza *Mascolo*, successiva alle due sentenze in questione che hanno deciso sull'ordinanza *Papalia*, ha definitivamente chiarito che la sanzione adeguata è l'*art.5, comma 4 bis*, d.lgs. n.368/2001 soprattutto per il pubblico impiego non scolastico?

**337.** Che dovrebbero fare **le Sezioni unite**, rinviare nuovamente alla Corte di giustizia per chiarimenti? E se le Sezioni unite decidessero di dare ragione alla 1<sup>a</sup> sentenza della Cassazione sull'applicabilità dell'*art.5, comma 4 bis*, d.lgs. n.368/2001, senza disporre il rinvio pregiudiziale richiesto alla luce della 2<sup>a</sup> sentenza della Cassazione sull'*art.8* legge n.604/1966, su cui magari la difesa dei lavoratori ha insistito perché più conveniente il risarcimento del danno rispetto ad una stabilizzazione lavorativa già avvenuta (come nel caso di moltissimi *ex* precari della scuola statale e come nel caso dell'infermiera professionale nella sentenza n.27393/2014), che cosa potrebbe succedere? Potrebbe fare la parte lavoratrice "danneggiata" il ricorso alla Cedu contro la sentenza delle Sezioni unite, richiamando la sentenza Dhahbi della Corte europea dei diritti dell'uomo? Mi parrebbe, più che una «forzatura», una vera follia questa non solo ipotetica situazione.

**338.** Rimane inalterata, dunque, la facoltà dei Giudici nazionali specializzati, che vogliono rimuovere gli ostacoli frapposti dallo Stato al riconoscimento ai lavoratori pubblici precari dei diritti affermati nella direttiva 1999/70/CE e in particolare nelle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro, di ricorrere all'**interpretazione adeguatrice**, applicando la tutela già riconosciuta dall'ordinamento interno (art. 1, commi 1 e 2, e art.5, commi 2, 3, 4 e *4 bis*, D.lgs. n.368/2001), se necessario e ove occorra *ratione temporis* della **disapplicazione** delle troppe norme interne "ostative" al riconoscimento della tutela effettiva.

**339.** La sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia chiama, allora, la Curia italiana che si occupa di controversie del lavoro (avvocati e magistrati), con identiche pesanti

responsabilità etiche, sociali e civili (dirette per gli avvocati per infedele o erroneo patrocinio; indirette per i magistrati in caso di intenzionale mancata applicazione degli obblighi comunitari) alla leale cooperazione per assicurare unità e dignità di sistema alle poche regole comuni di tutela, che le parti sociali europee hanno individuato (e che sono state recepite dalla direttiva 1999/70/CE) per eliminare o attenuare la precarietà lavorativa, soprattutto nel lavoro pubblico.

**340.** Certamente, la sentenza *Torresi* del 17 luglio 2014 della Grande Sezione della Corte di giustizia<sup>86</sup> rende più problematica e più incerta la competenza in materia di diritto dell'Unione europea di noi **avvocati italiani di serie A**, per aver superato il concorso pubblico di abilitazione all'esercizio della professione di avvocato ai sensi dell'art.33, comma 5, Cost.

**341.** La Corte di giustizia, infatti, sugli avvocati italiani “stabiliti” (cioè quelli non di serie A) ha duramente precisato nei confronti del Consiglio Nazionale Forense, *Giudice* del rinvio, che «*come riconosciuto in udienza dal governo italiano, si deve ritenere che l'articolo 3 della direttiva 98/5, 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 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'articolo 4, paragrafo 2, TUE.*». (punto 58).

**342.** E tuttavia, la Corte di giustizia aveva affermato le stesse cose anche nell'ordinanza *Affatato* sul divieto di conversione dei contratti a termine successivi per violazione della regola del pubblico concorso, in risposta al seguente quesito n.14 dell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Rossano: «*se la direttiva 1999/70/CE debba operare integralmente nei confronti della Repubblica italiana, ovvero se la conversione dei rapporti di lavoro nei confronti della PA appaia essere contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento interno e, quindi, da non applicare in parte qua la clausola 5, perché determinante effetto contrario all'art.4 TUE, non rispettando la struttura fondamentale, politica e costituzionale ovvero funzioni essenziali della Repubblica italiana*».

**343.** Per cui, a rigore, anche i **giudici “onorari”** potrebbero essere competenti a conoscere del diritto dell'Unione europea e, quindi, ad essere “**stabilizzati**” ed inseriti nell'organico dell'amministrazione della giustizia. E, ma vado per ipotesi, si dovrebbe anche seriamente pensare alla possibilità di poter maturare il diritto all'inquadramento superiore anche nel pubblico impiego, almeno quando le mansioni superiori espletate abbiano superato i trentasei mesi di servizio.

**344.** Non vorrei che qualcuno pensasse di potersi tirare indietro e affidare ad altri, come il Tribunale civile di Roma, il compito di sanzionare lo Stato italiano nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso azioni di risarcimento del danno in forma specifica per violazione della normativa comunitaria, secondo l'impostazione della sentenza *Franovich*<sup>87</sup> della Corte di giustizia, cioè secondo le modalità che sono state osservate nelle cause dei medici specializzandi.

**345.** Senza dubbio l'azione è assolutamente ammissibile e dichiaratamente fondata quella che si può proporre davanti al *Giudice* ordinario. Ma per ottenere cosa? Gli stessi diritti che il *Giudice* del lavoro non potrebbe accertare nella sede competente del giudizio specializzato, seppure sotto forma di risarcimento del danno in forma specifica.<sup>1</sup>

**346.** Sarebbe una *abdication potestatis* dell'avvocatura e della magistratura del lavoro non poter ottenere, nell'ambito di controversie individuali, la possibilità di una tutela effettiva dei diritti fondamentali che il *Giudice* ordinario dovrebbe invece assicurare sotto il profilo risarcitorio direttamente contro lo Stato italiano e non contro la pubblica amministrazione interessata.

**347.** Né penso che, diversamente dal caso dei medici specializzandi, si ponga in concreto un problema di competenza territoriale (Roma) e di distribuzione per materia (*giudice* ordinario) quando la Corte di giustizia ha più volte precisato, compreso nella sentenza *Mascolo*, che l'effettività del diritto comunitario deve essere assicurata con strumenti processuali equivalenti e non eccessivamente gravosi per chi chiede il riconoscimento di diritti fondamentali come quello alla stabilità lavorativa. D'altra parte, anche in materia di risarcimento del danno per i medici specializzandi la Corte di appello di Roma<sup>88</sup> si sta recentemente orientando per la competenza del *Giudice* del lavoro

**348.** Il processo del lavoro è ancora il luogo privilegiato per assicurare la piena tutela del diritto al lavoro stabile e, del resto, questa situazione di violazione degli obblighi comunitari è emersa nell'ambito di controversie di lavoro. Sono convinto che nessuno, **responsabilmente**, si tererà indietro, in attesa che il Governo risolva la gran parte delle criticità che il legislatore ha cagionato in oltre tredici anni di caos normativo, dal defunto D.lgs. n.368/2001 all'attualità.

\*\*\*\*\*

---

<sup>1</sup> Corte di giustizia 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, Fie-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-63/13. Il Collegio a cinque Giudici della III Sezione era composto dallo sloveno M. Ilešič (Presidente), dall'irlandese A. Ó Caoimh (Relatore), dalla rumena C. Toader, dal lituano E. Jarašiūnas e dallo svedese C.G. Fernlund. Con ordinanza del Presidente della Corte Skouris dell'8 marzo 2013, le cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13, sono state riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza. Con successiva decisione della III Sezione dell'11 febbraio 2014, le cause C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13 nonché la causa C-418/13 sono state riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza. Le conclusioni dell'Avvocato generale polacco Szpunar sono state presentate il 17 luglio 2014, all'esito dell'udienza pubblica di trattazione orale del 27 marzo 2014. Hanno presentato osservazioni scritte e orali le parti ricorrenti R. Mascolo (C-22/13), A. Forni (C-61/13), I. Racca (C-62/13), assistite dagli avv.ti M. Ambron, P. Ambron, L. Martino, V. De Michele, S. Galleano, M. Miscione, F. Visco, R. Garofalo, R. Cosio, R. Ruocco, F. Chietera e N. Zampieri; la parte ricorrente F. Russo, assistita dall'avv. P. Esposito (C-63/13); le parti ricorrenti C. Napolitano, S. Perrella e G. Romano, assistite dagli avv.ti D. Balbi e A. Coppola, nonché D. Cittadino e G. Zangari, assistite da T. de Grandis e E. Squillaci (C-418/13); la intervenuta Federazione Gilda-Unams, assistita dall'avv. T. de Grandis, la intervenuta Federazione Lavoratori della Conoscenza (FLC CGIL), assistita dagli avv.ti V. Angiolini, F. Americo e I. Barsanti Mauceri, la intervenuta Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), assistita dall'avv. A. Andreoni (C-62/13); la parte resistente Comune di

Napoli, assistito da F.M. Ferrari e R. Squeglia (C-63/13); il governo italiano, assistito dagli avvocati dello Stato C. Gerardis (osservazioni scritte) e S. Varone (trattazione orale); il governo ellenico, assistito dagli agenti D. Tsagaraki e M. Tassopoulou (C-418/13); il governo polacco, assistito dall'agente da B. Majczyna (C-22/13 e da C-61/13 a C-63/13); la Commissione europea, assistita dagli agenti C. Cattabriga, D. Martin e J. Enegren. Le cause pregiudiziali C-22/13, 61/13, C-62/13 e C-63/13 sono state promosse tutte dal Tribunale di Napoli (Est. Coppola). La causa pregiudiziale C-418/13 è stata promossa dalla Corte costituzionale con ordinanza n.207/13 del 3-18 luglio 2013 (Pres. Gallo, Est. Mattarella), nell'ambito quattro giudizi incidentali di legittimità costituzionale dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, promossi dal Tribunale di Roma (Est. Centofanti) con ordinanze nn.143-144/2012 e dal Tribunale di Lamezia Terme (Est. Tizzano) con ordinanze nn.248-249/12, tutti discussi all'udienza pubblica del 27 marzo 2013, unitamente a sei ordinanze del Tribunale di Trento (Est. Flaim) nn. 283-284/2011 e 31-32-91-130/2012, che invece sono state dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale con ordinanza n.206/2013 di pari data. Non sono evidenziabili nelle questioni sollevate dal Tribunale di Trento differenze rispetto alle questioni sollevate dai Tribunali di Roma e Lamezia Terme, che possano giustificare il diverso trattamento riservato alle prime rispetto alle seconde, stante l'unicità della norma sottoposta a parametro di costituzionalità (art.4, comma 1, legge n.124/1999), se non forse la scelta di "opportunità" della Corte costituzionale di effettuare il rinvio pregiudiziale in quelle cause incidentali in cui le parti dei giudizi principali non erano costituite nei giudizi davanti alla Consulta. Il Tribunale di Trento (Est. Flaim) ha presentato tre nuove ordinanze di legittimità costituzionale relative all'art.4, comma 1, legge n.124/1999 nn.32-33-34/2014, sostanzialmente identiche a quelle dichiarate inammissibili. In ogni caso, non risulta ancora calendarizzata la nuova udienza di discussione delle quattro ordinanze di legittimità costituzionale dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme, all'esito della decisione della causa *Napolitano* in Corte di giustizia, né delle nuove tre ordinanze del Tribunale di Trento.

<sup>2</sup> Corte di giustizia, III Sezione, sentenza 3 luglio 2014, in cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altre contro Rete ferroviaria italiana*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dalla Suprema Corte di cassazione. Le parti ricorrenti sono state difese con osservazioni scritte ed orali da A. Notarianni, V. De Michele e R. Garofalo. La sentenza *Fiamingo* è commentata da V. De Michele, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale...a termine*, 18 luglio 2014, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), nonché A. Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *Guida al dir.*, 1° settembre 2014.

<sup>3</sup> V. per tutte **Cassazione**, S.L., Pres. Stile, Rel. Manna (Rel. Doronzo per alcune), **sentenza 8 gennaio 2015, n.62**.

<sup>4</sup> E non solo, come erroneamente affermato nella recentissima sentenza n.**27481/2014** del 30 dicembre 2014 della Suprema **Corte di cassazione** (Pres. Stile, Est. Tria), sul precariato scolastico (v. *infra*), nel motivare il rigetto dell'istanza di rinvio della trattazione della causa – fissato per il giorno 25 novembre 2014 – in attesa della pubblicazione il successivo 26 novembre 2014 della sentenza della Corte di giustizia Ue.

<sup>5</sup> Corte di giustizia, IV Sezione, sentenza 7 maggio 1998, in cause riunite *Viscido e a. contro Ente pubblico economico Poste italiane* nn.52/97 – 53/07 - 54/97. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Pretore di Trento. Le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs sono state presentate il 19 febbraio 1998.

<sup>6</sup> Corte di giustizia Ce, V Sezione, sentenza 9 novembre 2000, in causa C-126/99 *Vitari contro Fondazione europea*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Pretore di Torino. Le conclusioni dell'Avvocato generale Colomer sono state presentate il 6 luglio 2000.

<sup>7</sup> Corte di giustizia Ce, VI Sezione, sentenza del 26 giugno 2001, in causa C-212/99 *Commissione contro Repubblica italiana*. Le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed sono state presentate il 20 marzo 2001.

<sup>8</sup> Corte di giustizia Ce, II Sezione, sentenza del 12 maggio 2005, in causa C-278/03 *Commissione contro Repubblica italiana*.

<sup>9</sup> Corte di giustizia Ce, II Sezione, sentenze 7 settembre 2006, in causa C-53/04 *Marrosu e Sardino* e in causa

---

C-180/04 *Vassallo*, nei confronti di *Aziende sanitarie liguri*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Genova. Le conclusioni dell'Avvocato generale Poiars Maduro sono state presentate il 20 settembre 2005.

<sup>10</sup> Corte di giustizia Ce, II Sezione, sentenza del 26 ottobre 2006 nella causa C-371/04 *Commissione* contro *Repubblica italiana*. Le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston sono state presentate il 1° giugno 2006.

<sup>11</sup> Corte di giustizia Ue, IV Sezione, sentenza 24 giugno 2010, in causa C-98/09 *Sorge c/ Poste italiane*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Trani (Est. La Notte Chirone). Le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen sono state presentate il 22 aprile 2010.

<sup>12</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, ordinanza 1° ottobre 2010, in causa C-3/10 *Affatato* contro *Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*. Le numerose questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Rossano Calabro (Est. Coppola).

<sup>13</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, ordinanza 11 novembre 2010, in causa C-20/10 *Vino c/ Poste italiane*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Trani (Est. La Notte Chirone).

<sup>14</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, ordinanza 22 giugno 2011, in causa C-161/11 *Vino c/ Poste italiane*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Trani (Est. La Notte Chirone).

<sup>15</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, sentenza 15 marzo 2012, in causa C-157/11 *Sibilio* contro *Comune di Napoli*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Napoli (Est. Coppola).

<sup>16</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, 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).

<sup>17</sup> Corte di giustizia Ue, VIII Sezione, ordinanza 7 marzo 2013, in causa C-393/11 *Autorità per l'energia elettrica e il gas* contro *Bertazzi ed altri*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Consiglio di Stato (Pres. Coraggio, Est. De Nictolis).

<sup>18</sup> Corte di giustizia Ue, VIII Sezione, sentenza 11 aprile 2013, in causa C-290/12 *Della Rocca* contro *Poste italiane*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Napoli (Est. Coppola).

<sup>19</sup> Corte di giustizia Ue, III Sezione, sentenza 12 dicembre 2013, in causa C-361/12 *Carratù* contro *Poste italiane*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Napoli (Est. Coppola). Le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sono state presentate il 26 settembre 2013.

<sup>20</sup> Corte di giustizia Ue, VI Sezione, ordinanza 12 dicembre 2013, in causa C-50/13 *Papalia* contro *Comune di Aosta*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Tribunale di Aosta (Est. Gramola).

<sup>21</sup> Corte di giustizia Ue, III Sezione, sentenza 3 luglio 2014, in cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altri* contro *Rete Ferroviaria italiana*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dalla Suprema Corte di cassazione (Pres. De Renzis, Est. Marotta) con le ordinanze nn.15560-15561-16680/2013.

<sup>22</sup> Corte di giustizia Ue, VIII Sezione, ordinanza 4 settembre 2014, in causa C-152/14 *Autorità per l'energia elettrica e il gas* contro *Bertazzi ed altri*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dal Consiglio di Stato (Pres. Coraggio, Est. De Nictolis).

<sup>23</sup> Corte di giustizia Ce, III Sezione, sentenza 23 aprile 2009, in cause riunite da C-378/07 e C-380/07 *Angelidaki ed altri* contro *Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dall'*Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*. Sulla sentenza *Angelidaki*, v. V.

De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.75-81; M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, p. 437; L.Driguez, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe 2009*, Juin, Comm. n° 235, p.25-26; C.Kerwer, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, p.253-265.

<sup>24</sup> Corte di giustizia Ue, II Sezione, sentenza 26 gennaio 2012, in causa C-586/10 *Kücük* contro *Land Nordrhein Westfalen*. Le questioni pregiudiziali sono state sollevate dalla Cassazione federale del lavoro tedesca. Sulla sentenza *Kücük* v. il fondamentale commento di L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, *Riv.giur.lav.*, 2012, pp.699-719. Anche la dottrina francese sottolinea i possibili rischi di "illegittimità" comunitaria della normativa sui contratti successivi nell'ordinamento nazionale alla luce della sentenza *Kücük*: v. J-P. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. Encadrement du recours à des CDD successifs : la jurisprudence française est-elle menacée?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, p.263-264. E' abbastanza singolare, per contro, che la dottrina tedesca, forse trascurando le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen nella causa *Jansen*, fornisca, con una certa sorpresa e con qualche nota critica, una lettura della sentenza della Corte di giustizia nel senso di legittimazione dell'"abuso" di contratti successivi a "catena": v. G. MEINEL, *EuGH zu Kettenbefristungen - Rettung vor dem BAG*, in *Der Betrieb*, 2012, n. 5, p.M1; T.DROSDECK, C.BITSCH, *Zulässigkeit von Kettenbefristungen*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2012, p. 977-980; W.BROSE, A.SAGAN, *Kettenbefristung wegen Vertretungsbedarfs im Zwielficht des Unionsrechts*, in *NZA*, 2012, p. 308-310; F. MASCHMANN, *"Die Kettenbefristung lebt!"*, in *Betriebs-Berater*, 2012, p. 1098-1099. Sul punto, a chiarire definitivamente la sentenza *Kücük* e la sua pratica applicazione nell'ordinamento interno è intervenuta la Cassazione federale del lavoro tedesca con la sentenza del 18 luglio 2012, n.7, proprio in sede di riassunzione della causa pregiudiziale della lavoratrice Bianca Kücük (v. *infra*).

<sup>25</sup> V. Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza 22 novembre 2005, causa C – 144/2004 *Mangold c/ Helm*. Sulla sentenza *Mangold* v. 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; 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*, *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*, Milano, 2009, p.48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

<sup>26</sup> Cass. ord. n. 15561/2013, ord. n. 15560/2013 e ord. 16980/2013, iscritte in C.G. UE come cause C-362/13, *Fiamingo*, C-363/13, *Zappalà*, e C-407/13, *Rotondo* et al.

<sup>27</sup> In termini, cfr. Cassazione, S.L., Pres. Roselli, Est. Berrino, sentenza 18 luglio 2013, n. 23702 sui contratti a termine delle imprese a partecipazione pubblica locale (farmacie comunali).

<sup>28</sup> Corte di giustizia CE, Grande Sezione, sentenza 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, causa C-212/04, punto 74. Sulla sentenza *Adeneler* v. R. CONTI e R. FOGLIA, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr. giur.*, 2006, 1456-1459; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel. ind.*, 2006, 439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 752-755; A. M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a*

*termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, 48-70.

<sup>29</sup> Corte di giustizia CE, II Sezione, sentenza 13 settembre 2007, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, causa C-307/05, punto 55. La sentenza *Del Cerro Alonso* è stata pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 318 e ss. con nota di L. ZAPPALÀ, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, nonché su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 617-618, con nota di G. RICCI. Le conclusioni (parzialmente difformi) sono state precisate all'udienza del 10 gennaio 2007 dall'Avvocato generale M. Poiares Maduro. Cfr. anche V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, *op. cit.*, p.82-87.

<sup>30</sup> Corte di giustizia CE, III Sezione, ordinanza 12 giugno 2008, *Spyridon Vassilakis et al. c. Dimos Kerkyraion*, causa C-364/07, punto 93.

<sup>31</sup> Sulla sentenza n.214/2009 della Corte costituzionale v. L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 345 e ss.; V. DE MICHELE, *La sentenza "Houdini" della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2009, 1005-1020; la nota di A.M. PERRINO, in *Il Foro it.*, 2010, 1, 53 e ss.; la nota di A. VALLEBONA, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 653; T. VETTOR, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, 1041 e ss.; S. GALLEANO, *Corte costituzionale 214/2009: luci (qualcuna) e ombre (molte) di una sentenza fatta male*, su [www.studiogalleano.it](http://www.studiogalleano.it); V. ANGIOLINI, A. ANDREONI, *Lavoro a termine, processi pendenti e Corte costituzionale. A proposito della sentenza n. 214/09*, su [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico); F. MARINELLI, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla norma "antiprecari". Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio fra detto e non detto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, 880 e ss.; S. VACIRCA, *La sentenza n. 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione necessaria di norma elastica*, in *Riv. crit. lav.*, 2009, 637 e ss.; P. COPPOLA, *Integrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Dir. prat. lav.*, n. 20, 2010, *Insero Bollettino Europeo Lavoro*, XI – XXIII.

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

<sup>33</sup> Cassazione, S.L., Pres. De Luca, Est. Ianniello, 1° febbraio 2010, n.2279 (citata dall'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa *Sorge C-98/09*), su *Foro it.*, 2010, I, 1169, con nota di A.M. Perrino; su *Lav.giur.*, 2010, 4, 365 ss., con nota di V. De Michele, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*.

<sup>34</sup> Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, *Lav. giur.*, 3, 2014, 241-260; *Id.*, *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, I quaderni europei – Scienze giuridiche*, 2014, 60; L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. giur.*, 2014, 5, 463-465; P. COPPOLA, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurolavorativa del sistema interno*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 198; R. NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *Riv.giur.lav.*, 2014; M. LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, n. 2, II, 487 e ss.; S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2014, 682-695. Per un'interpretazione filo-erariale della

sentenza Carratù, si veda G. GENTILE, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 479 e ss.

<sup>35</sup> Le due ordinanze *Vino* della Corte di giustizia sono state impugnate dapprima con azione di revocazione (dichiarata inammissibile) davanti alla stessa Corte di giustizia, poi per violazione delle regole del giusto processo e del contraddittorio delle parti davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo con il ricorso n. 37590/2013 *Livorti and others v. Italy* depositato a Strasburgo il 15 aprile 2013, che è stato dichiarato irricevibile in data 19 settembre 2013 dal *Giudice* unico M. Lazarova Trajkovska. La pendenza del ricorso alla Cedu sortirà un effetto positivo nel giudizio Carratù in Corte di giustizia e sull'esito della sentenza, come è precisato in V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione.....*, op. cit., 69 e ss.

<sup>36</sup> Sentenza *Fiamingo*, punto 24: «Di conseguenza, la Corte suprema di cassazione ritiene che occorra chiedersi se l'accordo quadro si applichi ai rapporti di lavoro conclusi nel settore marittimo. Infatti, se tale fosse il caso, le modalità di arruolamento a tempo determinato previste dal codice della navigazione potrebbero risultare contrarie all'accordo quadro. Posto che il legislatore italiano ha adempiuto, mediante il decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, all'obbligo sancito dalla clausola 5 di tale accordo, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, da ciò potrebbe derivare che le disposizioni di tale decreto debbano applicarsi anche ai rapporti di lavoro nel settore marittimo.».

<sup>37</sup> L'avvocato generale Wahl nelle conclusioni scritte della causa Carratù ha precisato in nota 4 che il dato affermato all'udienza del 5 giugno 2013 dai difensori della lavoratrice che circa il 95% del contenzioso sui contratti di lavoro a tempo determinato in Italia riguarda Poste italiane non è stato contestato né dal Governo italiano, né dai difensori dell'impresa pubblica. Nel Collegio lussemburghese della sentenza Carratù particolare impressione ha suscitato il dato riferito ai tre anni dal 2003 al 2005 degli oltre 70 mila contratti a termine di Poste italiane, tutti stipulati per generiche ragioni sostitutive, equamente distribuiti in primavera, estate, autunno ed inverno.

<sup>38</sup> Sulla sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale, v. L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv. giur. lav.*, 2013, 4, 425 e ss.; V. DE MICHELE, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, in *Lav. giur.*, 2013, 8-9, 813 e ss.; S. GALLEANO, *Sul sostitutivo – Sentenza 107 del 29.05.13 – la Consulta si adegua alla giurisprudenza di legittimità e rivede la 214/09, ma con qualche precisazione per la Corte di Cassazione*, su [www.studiogalleano.it](http://www.studiogalleano.it); nonché in *Dir. prat. lav.*, 2013, 27, 1745 e ss., con nota di G. SPOLVERATO.

<sup>39</sup> Cfr. A. VIMERCATI, op. cit.

<sup>40</sup> reperibile su [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

<sup>41</sup> Cfr. V. De Michele, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in "La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I - Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 coordinato con la legge di conversione 16 maggio 2014, n. 78", di F. Carinci e G. Zilio Grandi (a cura di), 2014, su *Adapt Labour studies e-Book series* n.30, pagg.59-66; A. Vimercati, op.cit.

<sup>42</sup> L'aggettivo è utilizzato per commentare telefonicamente queste splendide perle della giurisprudenza italiana dalla più autorevole dottrina in materia, il prof. Luigi Menghini, di cui v. *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, in A. Cicu – F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1996. Naturalmente, chi scrive non può che condividere.



<sup>43</sup> Cfr. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, cit., p.710-711.

<sup>44</sup> La Cassazione con sentenza n. 19998 del 23 settembre 2014 ha, infatti, subito recepito l'erroneo approdo della Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo* sul favor ai contratti successivi acausali delle imprese pubbliche italiane, negando l'abuso contrattuale di Poste italiane in una fattispecie di una sequenza di sei contratti "successivi" tutti stipulati con la clausola generale dell'art. 2, comma 1 bis, D.lgs. n. 368/2001 e affermando fantasiosamente, a fronte della evidenza di mancanza assoluta di sanzioni adeguate idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti acausali dello Stato postale (così individuato dalla sentenza *Carratù*), l'operatività "retroattiva" dell'art. 5, comma 4 bis, D.lgs. n. 368/2001 per rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in gran parte prima dell'entrata in vigore della norma introdotta dalla legge n. 247/2007 (1° gennaio 2008) e comunque esauriti tutti prima che la disposizione sanzionatoria della conversione con il superamento dei 36 mesi con mansioni equivalenti diventasse effettiva (1° aprile 2009).

<sup>45</sup> Le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa C-533/13, punti 120-121: «121. Dall'altro lato, nella misura in cui la disposizione controversa vieta l'impiego di lavoratori interinali a fianco dei lavoratori propri dell'impresa per un «lungo periodo», essa persegue, a mio avviso, un obiettivo legittimo inteso a limitare gli abusi legati al ricorso a tale forma di lavoro. Infatti, in conformità delle linee guida sottese alla normativa dell'Unione, il ricorso al lavoro interinale non dovrebbe avvenire a scapito dell'impiego diretto ma, al contrario, dovrebbe potere condurre verso forme di impiego più rassicuranti. 121. Orbene, il mantenimento, per un lungo periodo, di rapporti di lavoro interinale, sebbene essi debbano, per loro natura, restare temporanei, può essere l'indizio di un abuso di questa forma di lavoro.».

<sup>46</sup> 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.....*, op.cit. 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.

<sup>47</sup> App. Milano, Pres. ed Est. Canzio, sentenza 11 maggio 2012, n. 708, segnalata criticamente da V. De Michele, *Il Tribunale aquilano.....*, op. cit., p. 795.

<sup>48</sup> Relatore Tizzano; il parere è stato sottoscritto da 25 dei 28 Giudici europei.

<sup>49</sup> Sulla vicenda del personale ata segnalo la relazione n.133 del 13 ottobre 2014 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione sul "*Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*", di I.Ambrosi, a sua volta richiamata nell'ordinanza interlocutoria n.25688/2014 del 4 dicembre 2014 della Suprema Corte di cassazione – Sezione lavoro (Pres. Vidiri, Est. Napoletano) che, nel trasmettere gli atti di causa al Presidente per l'eventuale rimessione alle Sezioni unite, evidenzia, giustamente, dopo l'infelice esperienza giudiziaria del personale ata trasferito non ancora conclusa, per la presa di posizione molto dura della CEDU nei confronti del legislatore nazionale e della prassi delle norme retroattive o interpretative con efficacia retroattiva, le responsabilità della Corte costituzionale nell'aver provocato con ben due sentenze non risolutive (n.234/2007 e n.311/2009) il corto circuito tra Corti sovranazionali e Corti nazionali, in guisa tale da rendere problematico se non dannoso il vaglio di legittimità costituzionale dell'ennesima norma retroattiva limitativa dei diritti fondamentali. Sulla posizione negativa della Corte costituzionale, quando norme interpretative e/o retroattive in favore dello Stato e di altre Pubbliche Amministrazioni, quali Inps e Poste italiane, hanno violato irrimediabilmente diritti fondamentali in materia di lavoro e di previdenza sociale ingerendosi nei processi del lavoro "seriali", per distruggerne il nerbo vitale, cioè l'imparzialità del *Giudice* : cfr. in particolare, V. DE MICHELE, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, in *Lav.giur.*, 2008, n. 11, p. 1128 ss.; *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, *ivi*, 2009, n. 2, p. 145 ss.; *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, pp. 1-37; *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: un*

nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, a cura di R. FOGLIA E R. COSIO, 2011, Milano, pp. 53-147; *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro-Inps*, in *Lav.giur.*, n. 6, 2011, pp. 560-570; *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, *ivi*, n. 7, 2011, pp. 697-715; *Dal libro bianco di Biagi alle sentenze Agrati-Scattolon delle Corti sovranazionali: il rilancio della casa comune europea parte dalla difesa sostenibile del welfare*, in *Atti del Convegno Nazionale Centro studi D.Napoletano, "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, 303-365, ISBN 978-88-6561-005-3, ISBN 978-88-6561-006-0, DOI 10.2423/csdn. cp2011p303, su CASPUR-CIBER Publishing, <http://caspur-ciberpublishing.it>; *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, pagg.223-244; *L'art. 8 d.l. n. 138/2011 e i contratti a tempo determinato: la genesi probabile e la ratio possibile della norma «derogatoria»*, in *Diritto del lavoro anno zero?*, Atti del Convegno nazionale Agi del 28-29 ottobre 2011, di F. M. PUTATURO DONATI (a cura di), 2012, Napoli, 227-264. Anche autorevole dottrina condivide in gran parte le critiche all'insano contrasto tra Corte costituzionale e Corte EDU: v. L.MENGHINI, *I contrasti tra Corte Edu e Corte costituzionale sulle leggi retroattive che eliminano diritti di lavoratori e pensionati: qualche idea per un avvio di soluzione*, in *Riv.dir.lav.*, 2012, n. 2, p. 357 ss.

<sup>50</sup> A. Ruggeri, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internalizzazione e del diritto euorunitario*, Relazione all'incontro di studio su *L'internalizzazione giudiziale fra certezza del diritto ed effettività delle tutele*, organizzato dal C. S. M. , Agrigento 17-18 settembre 2010, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>51</sup> Est. Coppola.

<sup>52</sup> Per il commento alla normativa sanzionatoria in materia di contratti a termine di cui alla legge n.183/2010 si rinvia a L. Menghini, *Il regime delle impugnazioni*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 139-144; *Id.*, *I commi 5-7 dell'art.32 della legge n. 183 del 2010: problemi interpretativi e di legittimità costituzionale*, in *Arg.dir.lav.*, 2011, p. 336 ss. (nota all'ordinanza di Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112), e *I commi 5-7 dell'art. 32 cit.*; F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, co. 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, p.30 ss.; A. Ciriello, *L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, l. n.183/2010*, *ivi*, p. 437; P. Coppola, *Collegato lavoro, ordinamento comunitario e poteri del giudice*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, I, pp. 88-89; R. Cosio, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 427 ss; B. Cossu - F. A. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della "conversione" del contratto a tempo determinato*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, p. 896; C. de Marchis, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *Riv.giur.lav.*, 2011, II, p. 3 ss.; A. De Matteis, *Le ordinanze di rimessione sulla nullità del termine, ibidem*, 2011, I, p. 11; V. De Michele, *La riforma del processo del lavoro nel "Collegato Lavoro" 2010*, in *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, a cura di M. Miscione e D. Garofalo, Milano, 2011, p. 313 ss.; F. M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, *ivi*, 2011, pp. 24-25; G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, *ivi*, 2011, pp. 17-18; A. O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2011, p. 141; F. Ponte, *Il mercato del lavoro tra flessibilità in entrata e in uscita*, Napoli, 2013, pp.113 ss.; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in *Il collegato lavoro 2010*, 2011, Milano, p. 415 ss.; T. Vettor, *Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la legge n.183 del 2010 al vaglio dei giudici*, in *ADL*, 2012, 3, pp.751 ss.; L. Zappalà, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2011, II, p. 789.

<sup>53</sup> Est. Gramola.

<sup>54</sup> C. cost., sent. 4 giugno 2014, n. 155.

<sup>55</sup> C. cost., sent. 25 luglio 2014, n. 226. Il *giudice delle leggi* ribadisce la legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della L. n. 183/2010 anche nell'interpretazione disposta dall'art. 1, comma 13, della L. n. 92/2012, norma che del resto conferma la apodittica sentenza n. 303/2011 della Consulta. *In subiecta materia*, dunque, la Corte costituzionale ignora sia la sentenza *Carratù* che l'ordinanza *D'Aniello* e resuscita addirittura l'accoppiata delle decisioni *Mangold-Vino*, censurata anche dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza *Lissabon-Urteil* del 2009 e nell'ordinanza *Mangold-Urteil* del 2010. Pare non possano esservi molti dubbi sul fatto che la coerenza e l'autorevolezza delle decisioni della Corte costituzionale italiana sulla disciplina nazionale del contratto a tempo determinato che ha recepito la direttiva 1999/70/CE e della giurisprudenza comunitaria (pure ondivaga, purtroppo) siano in rapporto inversamente proporzionale rispetto all'autarchia interpretativa e alla confusione delle argomentazioni giuridiche proposte dallo stesso *giudice delle leggi*.

<sup>56</sup> Cass., S.L., Pres. Lamorgese, Est. Balestrieri, sentenza 23 dicembre 2014, n.27363 (discussa all'udienza pubblica del 30 ottobre 2014).

<sup>57</sup> Art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001: «*In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave.*».

<sup>58</sup> L'art.36 D.lgs.n.165/2001 è stato modificato dall'art.4 D.L. n.4/2006, dall'art.3, comma 79, della legge n.244/2007, dall'art.49 D.L. n.112/2008, dall'art.17 D.L. n.78/2009, infine dall'art. 4 D.L. n.101/2013.

<sup>59</sup> In termini, seppure senza richiamo dell'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001, v. **Cassazione, S.L.**, Pres. Roselli, Est. Curcuruto, **sentenza 8 aprile 2010, n.8328**, che qualifica l'atto con cui l'Amministrazione scolastica revoca un incarico di insegnamento a tempo determinato stipulato fino al 30 giugno 2003 (supplenza fino al termine delle attività didattiche), sul presupposto della nullità dell'atto di conferimento per inosservanza dell'ordine di graduatoria, come equivalente alla condotta del contraente che non osservi il contratto stipulato ritenendolo inefficace perchè affetto da nullità, trattandosi di un comportamento con cui si fa valere l'assenza di un vincolo contrattuale, e non potendo darsi esercizio del potere di autotutela in capo alla pubblica amministrazione datrice di lavoro.

<sup>60</sup> «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo, ai sensi delle disposizioni vigenti e sulla base delle graduatorie previste dalla presente legge e dall'articolo 1, comma 605, lettera c), della legge 27 dicembre 2006, n.296, e successive modificazioni.».

<sup>61</sup> Nella originaria versione introdotta dall'art.1 D.L. n.134/2009, l'art.4, comma 14 *bis*, della legge n.124/1999 stabiliva che «I contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2 e 3, in quanto necessari per garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo, non possono in alcun modo trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato e consentire la maturazione di anzianità utile ai fini retributivi prima della immissione in ruolo».

<sup>62</sup> Cassazione, S.L., Pres. Roselli, Est. Curzio, sentenza 26 aprile 2013, n.10070. Va evidenziato che la sentenza contiene una pregevole ricostruzione della normativa anche internazionale e della giurisprudenza costituzionale (richiamando anche la fondamentale sentenza n.81/1983, che afferma cose opposte e comunque diverse dalla sentenza n.89/2003) applicabile in materia di pubblico impiego e di tutela del lavoratore in caso di abusivo utilizzo dei contratti a termine successivi e, pur optando per la sussistenza del divieto di conversione *ex art.97, comma 3, Cost.* in caso di mancato accesso con pubblico concorso, precisa però che «*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 perchè, 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, nonchè il diritto di "tutti" i cittadini ad accedere al lavoro pubblico, partecipando a selezioni basate sul merito.»*. La sentenza in questione, dunque, si muove in una prospettiva in chiaro contrasto, sotto l'aspetto del criterio del risarcimento del danno, rispetto alla recentissima sentenza n.27481/2014 della sanzione dell'art.8 della legge n.604/1966.

<sup>63</sup> Corte cost., Pres. Est. D'Elia, sentenza 21 aprile 1983, n.81.

<sup>64</sup> Trib. Torino, Est. Sanlorenzo, ordinanza 22 gennaio 2001 n.272/2001 Reg.ord.

<sup>65</sup> Corte cost., Pres. Ruperto, Est. Marini, ordinanza 14 giugno 2002, n.251.

<sup>66</sup> Corte cost., Pres. Chieppa, Est. Marini, sentenza 27 marzo 2003, n.89.

<sup>67</sup> Cfr. Sulla famosa cena del maggio 2009 a casa del *Giudice* Mazzella, alla presenza dell'altro *Giudice* della Corte costituzionale Napoletano, del Presidente del Consiglio dei Ministri Berlusconi prima del lodo Alfano, v. le riflessioni di R. Bin, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali e In casa mia invito chi voglio e parlo di quello che voglio*, *Forum di Quaderni Costituzionali*, luglio 2009.

<sup>68</sup> Il primo comma dell'articolo 12 della legge 11 marzo 1953, n. 87, è sostituito dal seguente: «I giudici della Corte costituzionale hanno tutti egualmente una retribuzione corrispondente al più elevato livello tabellare che sia stato raggiunto dal magistrato della giurisdizione ordinaria investito delle più alte funzioni, aumentato della metà. Al Presidente è inoltre attribuita una indennità di rappresentanza pari ad un quinto della retribuzione».

<sup>69</sup> «*che tale disposizione è stata ritenuta da questa Corte non in contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. (sentenza n. 89 del 2003), e che la Corte di giustizia ha rilevato che la medesima non è in contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato (ordinanza 1° ottobre 2010, in causa C-3/10, Affatato); che la generale preclusione della possibilità di trasformare i contratti a tempo determinato nel settore pubblico in contratti a tempo indeterminato è stata specificamente ribadita per il settore scolastico con l'inserimento – previsto dall'art. 1, comma 1, decreto-legge 25 settembre 2009, n. 134 (Disposizioni urgenti per garantire la continuità del servizio scolastico ed educativo per l'anno 2009-2010), convertito con modifiche dall'art. 1, comma 1, della legge 24 novembre 2009, n. 167 – del comma 14 bis nell'art. 4 della legge n. 124 del 1999, secondo il quale i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze di cui ai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo «possono trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato solo nel caso di immissione in ruolo»; che il successivo art. 9, comma 18, del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 (Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106 – disposizione della quale fa menzione anche il giudice a quo – nell'aggiungere il comma 4 bis all'art. 10 del d.lgs. n. 368 del 2001, ha previsto che sono esclusi dall'applicazione di quel decreto «i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato»; **che la norma ora richiamata ha altresì stabilito che non trova applicazione, al personale scolastico, l'art. 5, comma 4 bis, del medesimo decreto n. 368 del 2001, che è la disposizione in base alla quale, in caso di reiterazione di contratti a termine, fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per un tempo complessivamente superiore ai trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, il contratto si considera a tempo indeterminato; che, pur essendo le due disposizioni rimesse allo scrutinio di questa Corte tra loro diverse – l'art. 4, comma 1, della legge n. 124 del 1999, infatti, prevede solo il conferimento di supplenze annuali su cattedre effettivamente vacanti e disponibili, mentre l'art. 93 della legge prov. Trento n. 5 del 2006 dispone una durata biennale e triennale dei contratti anche su posti «disponibili e non vacanti» – è evidente che entrambe rimangono estranee al problema della possibile trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo***

*indeterminato*; che, pertanto, aver sottoposto all'esame di questa Corte le sole disposizioni ora richiamate comporta un'incompletezza della ricostruzione del quadro normativo ed una conseguente inefficacia dell'ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione della domanda giudiziale concretamente posta al Tribunale di Trento,....».

<sup>70</sup> Cfr. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, cit., p.719.

<sup>71</sup> 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)», con pubblicazione sulla Rassegna dell'Avvocatura dello Stato, n. 4/2012, pp. 33-34.

<sup>72</sup> Nell'ordinanza in causa C-53/04 Marrosu-Sardino il Tribunale di Genova ha posto alla Cgue il seguente quesito: «Se la direttiva 1999/70/CE/CE (art.1 nonché clausole 1, lett. b, e clausola 5 dell'accordo quadro CES-UNICE-CEEP sul lavoro a tempo determinato) debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna (previgente all'attuazione della direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

<sup>73</sup> La relazione commissionata all'Ufficio studi della Cassazione ha per oggetto «Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza».

<sup>74</sup> Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.

<sup>75</sup> Su cui, però, il Tribunale di Trento in tutte le ordinanze ha preso correttamente posizione, richiamando la sentenza n. 41/2011 della Corte costituzionale sulla legittimità del sistema di reclutamento scolastico: «in proposito occorre evidenziare che nel caso in esame i rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra i ricorrenti e l'Amministrazione convenuta scaturiscono da contratti stipulati - la circostanza è incontestata - nella piena osservanza della disciplina in tema di reclutamento del personale scolastico; quindi si tratta di una fattispecie rispetto alla quale non appare di immediata applicazione il disposto ex art. 36 comma 5 d.lgs. n. 165/2001, che concerne l'ipotesi dell'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni in «violazione di disposizioni imperative».

<sup>76</sup> V. Cassazione, S.L., sentenza 13 gennaio 2012, n. 392, cit.

<sup>77</sup> V. Cassazione, S.L., sentenza 20 giugno 2012, n. 10127, cit.

<sup>78</sup> V. l'art. 2, comma 2, del D.lgs. n. 165 del 2001.

<sup>79</sup> «Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente soddisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.».

<sup>80</sup> «52. Nel quarto quesito il Tribunale di Napoli chiede – singolarmente – se allo Stato sia vietato rappresentare in un procedimento interpretativo davanti alla Corte di giustizia UE un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero. 53. In disparte l'estrema gravità, nella sostanza, dell'assunto, volto a sostenere che la difesa del Governo italiano avrebbe artatamente detto il falso in una procedura ex art 267 TFUE (in relazione alla quale questa medesima difesa valuterà quali siano le più opportune azioni da assumere nell'ordinamento interno contro tale condotta del Tribunale di Napoli),

ancora una volta si eccipisce l'irricevibilità della questione, in quanto del tutto irrilevante ai fini della risoluzione del caso concreto sotteso al giudizio nazionale: in pratica, il Tribunale di Napoli chiede di valutare la asserita condotta "falsificatrice della realtà" da parte della difesa del Governo italiano in una diversa procedura ex art- 267 TFUE e segnatamente nella causa *Affatato* conclusasi con la succitata ordinanza C-3/10. 54. In subordine, per mero tuziorismo, si riportano testualmente, di seguito, i "passi incriminati" della difesa del Governo nella causa *Affatato* (gli unici dove v'è una difesa nel merito delle questioni, e non eccezioni di irricevibilità, tutte peraltro accolte dalla Corte) da cui si evince l'assoluta falsità – questa sì – della ricostruzione del giudice remittente, volta a sostenere (con uno scopo oscuro e comunque irrilevante ai fini della decisione della causa sottoposta al suo vaglio) che lo Stato italiano in detta vertenza comunitaria avrebbe rappresentato un quadro legislativo FALSO:.....».

<sup>81</sup> Il punto 27 dell'ordinanza *Papalia* fa riferimento alla denunciata (da parte del Governo italiano) esistenza di presunzioni per la determinazione del danno: «Il governo italiano, nelle osservazioni scritte da esso presentate alla Corte, nega la rilevanza di un'interpretazione siffatta. Esso sostiene che nell'ordinamento nazionale il lavoratore del settore pubblico può provare con presunzioni l'esistenza del danno che egli ritenga di aver sofferto a causa dell'utilizzo abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato e può invocare, in tale cornice, elementi gravi, precisi e concordanti i quali, benché non possano essere qualificati come prova compiuta, potrebbero tuttavia fondare il convincimento del giudice riguardo all'esistenza di un danno siffatto. Il governo italiano sottolinea anche la circostanza che la prova in tal modo richiesta non sarebbe tale da privare detto lavoratore della possibilità di ottenere il risarcimento del suo danno.».

<sup>82</sup> Punto 13 delle conclusioni dell'Avvocato generale nelle cause riunite *Mascolo ed altri* C-22/13: «13. Secondo le decisioni di rinvio, il lavoro a tempo determinato alle dipendenze dell'amministrazione pubblica è altresì soggetto al decreto legislativo del 6 settembre 2001, n. 368, di attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (GURI n. 235 del 9 ottobre 2001, pag. 4; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 368/2001»).».

<sup>83</sup> Le questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Napoli nella causa *Russo* C-63/13: «1) quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati. 2) se, tenuto conto delle esplicazioni di cui all'articolo 3, comma 1, lett. c), della direttiva 2000/78/CE ed all'articolo 14, comma 1, lett. c), della direttiva 2006/54/CE, nella nozione di condizioni di impiego di cui alla clausola 4 della direttiva 1999/70/CE siano comprese anche le conseguenze dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro; In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede, se la diversità tra le conseguenze ordinariamente previste nell'ordinamento interno per la illegittima interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed a tempo determinato siano giustificabili ai sensi della clausola 4. 3) Se, in forza del principio di leale cooperazione, ad uno Stato sia vietato rappresentare in un procedimento pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia dell'Unione europea un quadro normativo interno volutamente non corrispondente al vero ed il giudice sia obbligato, in assenza di una diversa interpretazione del diritto interno ugualmente satisfattiva degli obblighi derivanti dalla appartenenza alla Unione europea, ad interpretare, ove possibile, il diritto interno conformemente alla interpretazione offerta dallo Stato.».

<sup>84</sup> Per la verità, non mi pare che Paolo Coppola (come giudice del lavoro prima presso il Tribunale di Rossano Calabro e poi presso il Tribunale di Napoli) abbia **esagerato nel numero delle questioni pregiudiziali**, se non per responsabilità della Corte di giustizia, che nella causa pregiudiziale *Affatato* sollevata dal Tribunale di Rossano Calabro preferì dichiarare inammissibili le questioni sul precariato pubblico non sanitario, che poi sono state puntualmente riprese dal Tribunale di Napoli nelle successive pregiudiziali che hanno condotto alle fondamentali sentenze *Sibilio*, *Carratù* e *Mascolo*. Successe la stessa cosa con la Corte costituzionale in occasione della famosa questione di legittimità costituzionale sul diritto di precedenza dei lavoratori stagionali, dichiarata prima inammissibile dalla Consulta con l'ordinanza n.252/2006 richiamando la sentenza *Mangold* della Corte di giustizia che si spogliava di ogni competenza interpretativa in materia di direttiva 1999/70/CE; successivamente risolta con la sentenza n.44/2008 del

*Giudice delle leggi* e la incredibile dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni del d.lgs. n.368/2001 che avevano abrogato l'art.23, comma 2, della legge n.56/1987, nonostante la 2ª ordinanza di rinvio del Tribunale di Rossano fosse identica a quella precedente dichiarata inammissibile. Sulla **lunghezza eccessiva delle ordinanze di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli**, contestata dalla Tria (op.cit.), come residente nel territorio dell'ex Regno di Napoli posso soltanto rilevare che l'accusa di eccesso nel dattiloscritto è stata rilanciata dal *Giudice* Toader, Relatrice della causa *Carratù* all'udienza del 5 giugno 2013; allora difesi il *Giudice* nazionale sostenendo che si trattava di una sintesi delle cose che andavano scritte per fornire alla Corte di giustizia il quadro chiaro del caos normativo e giurisprudenziale collegato con le questioni pregiudiziali sull'art.32, comma 5, legge n.183/2010. E mi pare che la sentenza *Carratù* e la sentenza *Mascolo* abbiano dato ragione alla completezza, competenza e coerenza delle ordinanze di rinvio, con una differenza tra le due udienze di discussione del 5 giugno 2013 e del 27 marzo 2014 a Lussemburgo: nella prima la Corte di giustizia ha rivolto molte domande e ha ricevuto tutte le risposte su un'ordinanza di 62 pagine, con un'udienza che è durata due ore e trenta minuti circa; nella seconda, lo stesso Collegio della III Sezione non ha rivolto nessuna domanda, nonostante l'ordinanza *Racca* fosse di 93 pagine. A volte, non sempre, la lunghezza degli elaborati può coincidere con la chiarezza e la completezza delle argomentazioni, soprattutto quando esse riguardano centinaia di migliaia di cittadini e dei loro diritti fondamentali. Del resto, l'ordinanza *Papalia* del Tribunale di Aosta è di sole 8 pagine, ma la Corte di giustizia non ha proceduto alla trattazione orale della causa C-50/13 perché la discussione vi era già stata nella causa *Carratù* e le precisazioni sulla normativa interna applicabile saranno il risultato del combinato disposto delle due decisioni del 12 dicembre 2013.

<sup>85</sup> Questo il dispositivo della sentenza *Mascolo*: «**La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, quale quella di cui trattasi nei procedimenti principali, che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa, fatte salve le necessarie verifiche da parte dei giudici del rinvio, da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine, e, dall'altro, non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato.**».

<sup>86</sup> Corte di giustizia Ue, sentenza 17 luglio 2014, in cause riunite C-58/13 e C-59/13 *Consiglio Nazionale Forense* contro *Torresi* ed altri. Le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl sono state presentate il 10 aprile 2014.

<sup>87</sup> Corte di giustizia Ce, Grande Sezione, sentenza 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90 *Andrea Francovich e Danila Bonifici e altri* contro Repubblica Italiana.

<sup>88</sup> Corte appello Roma, Pres. Torrice, Est. Zaccardi, sentenza 18 febbraio 2012, n.1628.