

Titolo:

La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici

Di: Sergio Galleano¹

Indice

1) La sentenza Mascolo del 26.11.2014 - 2) Gli effetti della sentenza nel settore enti locali - 3) Conclusioni

Testo

1) La sentenza Mascolo del 26.11.2014

La recente sentenza Mascolo² della Corte di giustizia dell'Unione europea del 25 novembre 2014, resa su rimessioni del Tribunale di Napoli³ e della Corte costituzionale⁴ si pronuncia sulla legittimità del sistema di reclutamento scolastico vigente in Italia e regolato dalla legge 124 del 3 maggio 1999, integrato dal DM Miur n. 131 del 13 giugno 2007 che, come è noto, istituisce il sistema del c.d. "doppio binario", consentendo le assunzioni del personale docente ed ATA per il 50 per cento tramite concorso e per la restante percentuale con lo scorrimento delle graduatorie permanenti di cui all'art. 401 del citato DM 131/2007.

Tale situazione, che si è protratta per anni, ha comportato la formazione di una sacca consistente di personale precario, dando luogo ad un vasto contenzioso che, approdato alla Corte costituzionale, ha dato il via, unitamente alle precedenti ordinanze del Tribunale di Napoli, ai procedimenti incidentali, poi riuniti, avanti alla Corte di Lussemburgo.

Oggetto della pronuncia è stato, come detto, il sistema scolastico italiano, caratterizzato da un proliferare di giudizi che ha visto impegnati pressoché tutti gli uffici giudiziari italiani, ivi compresa la Corte di Cassazione che si era, da ultimo, pronunciata con la sentenza "tombale" n. 10127 del 20 giugno 2012 (Pres. , est. Napoletano) nel senso di negare la conversione del rapporto sia in caso di nullità del termine apposto al contratto che nell'ipotesi di illegittima reiterazione abusiva dei contratti in violazione della clausola 5 della Direttiva UE 1999/70, valorizzando l'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 che vieta la costituzione in via giudiziale di rapporti di lavoro tenuto conto dell'obbligo, stabilito dall'art. 97 della Costituzione, di accedere a posti di

¹ Avvocato del foro di Milano

² Per i primi commenti si veda l'intervento, alquanto riduttivo circa la portata della sentenza, di A. Plaia, *La normativa italiana sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore della scuola è contraria al diritto dell'Unione: la Corte di Giustizia UE apre al risarcimento per i docenti che abbiano svolto supplenze annuali per la copertura di posti vacanti*, in *Dirittocivilecontemporaneo.com*, dove ritiene che la pronuncia non comporterà mutamenti di rilievo nel sistema italiano e quello, più aperto, di Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in via di uscita sul prossimo numero di R.I.D.L., che invece prevede una possibile evoluzione del processo di regolarizzazione dei precari. Si veda inoltre l'intervista V. De Michele a *OrizzonteScuola.it*, novembre 2014).

³ Ordinanze del 2, 5 e 29 gennaio 2013, registrate ai nn. C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 del ruolo della Corte di Lussemburgo.

⁴ Ordinanza del 3 luglio 2013 n. 207, registrata al n. C-418/13.

lavoro pubblico solo tramite concorso, in conformità con quanto a suo tempo stabilito dalla Corte costituzionale sin dalla sentenza 89/2003⁵, con la quale aveva "chiuso" all'applicabilità al pubblico impiego della disciplina comunitaria del D.Lgs. 368/2001, che di quella disciplina costituiva la affermata applicazione.

Questa giurisprudenza, peraltro, giustificava il divieto di conversione anche con riferimento alla specifica disciplina del settore scolastico, poi oggetto della sentenza Mascolo, che veniva interpretato come un corpus particolare finalizzato a garantire la continuità del servizio scolastico e che, attraverso il meccanismo delle graduatorie ad esaurimento, garantiva in un certo modo il progressivo riassorbimento del personale precario⁶.

La sentenza 10127/2012 chiudeva poi anche alla possibilità del risarcimento del danno ex art. 36 D.Lgs. 165/2001, proprio in considerazione del ritenuta legittimità del sistema scolastico (e ribadendo, comunque, la necessità di prova, a carico del lavoratore, circa il danno subito a causa dell'illegittimità del termine apposto al contratto: prova diabolica, ovviamente, e come tale destinata a restare un mero *flautus vocis*).

Come se non bastasse, infine, si affermava, con una curiosa tautologia, che siccome *la categoria del personale supplente si caratterizza per un rapporto di servizio che, fondato su incarichi attribuiti di volta in volta, si interrompe nell'intervallo da un incarico ed un altro per cui non spettano, con riferimento al periodo non lavorato, gli scatti biennali*, con conseguente disapplicazione pure della clausola 4 della Direttiva che, vietando ogni discriminazione tra lavoratori a tempo indeterminato e lavoratori assunti a termine, portava inevitabilmente alla parificazione del trattamento economico, negata dalla normativa di settore in palese violazione del diritto comunitario.

Questi arresti della Suprema Corte non hanno però fermato il contenzioso, alimentato dalla coesione e dalla tenacia del personale scolastico che ha continuato ad adire le vie giudiziarie, ottenendo alla fine dal Tribunale di Napoli le ennesime⁷ ordinanze di

⁵ Peraltro errando, poiché i lavoratori di quella causa erano personale ATA che, ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 165/2001 vengono assunti tramite il collocamento obbligatorio e, dunque, senza concorso. Sul punto si veda, ampiamente, De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, su LG, n.8-9, 2013, pp.813-840.

⁶ V. in particolare il n. 59 della pronuncia, le cui affermazioni e conclusioni, già prospettate da A. Vallebona, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, MGL, 2012, 305 ss. e da varie sentenze di merito, sono state 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*, q.Riv., 2012, II, 883 ss. In senso contrario v. in Lav. Giur., 2012, 8-9, pag. 777, la nota di V. De Michele, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico* e S. Galleano, Cass. 10127/2012 - *Personale della scuola - condanna a vita al precariato - Commissione europea - apertura di procedimenti di infrazione nei confronti dello Stato italiano per la situazione del precariato nella scuola - Come uscire dal corto circuito?* Su www.studiogalleano.it.

⁷ Ricordiamo che la Corte era già stata investita della questione dell'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico italiano nel 2006 dal Tribunale di Genova che ha poi portato alla sentenza Morrosu e Sardino del 7 settembre 2006 (in causa C-53/04), dal Tribunale di Rossano Calabro nel 2009 che ha portato

rimessione alla Corte europea, a cui ha fatto seguito, inevitabilmente, la prima ordinanza di rimessione incidentale della Corte costituzionale⁸, a sua volta investita della questione dai Tribunali di Trento, di Roma e di Lamezia terme.

La decisione adottata dalla Corte europea nel settore della scuola è sorprendentemente semplice e chiara e, nello stesso tempo, deflagrante per il sistema di gestione del contratto a termine nella realtà del pubblico impiego italiano. Così viene sintetizzata nella nota breve dell'ufficio studi del Senato n. 41 del dicembre 2014:

Per tali motivi, la Corte giunge alla conclusione che l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non ammette una normativa che, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali dirette all'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, autorizzi il rinnovo di contratti a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti e di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo il risarcimento del danno subito a causa di un siffatto rinnovo. Tale normativa, infatti, non prevede criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo risponda ad un'esigenza reale, sia idoneo a conseguire l'obiettivo perseguito e sia necessario a tal fine. Essa non contempla neanche altre misure dirette a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo a siffatti contratti.

La Corte europea, in particolare, afferma due principi: il primo che è legittima la scelta dello Stato membro che decida di ricoprire i posti pubblici attraverso lo strumento del concorso⁹. Il secondo che, in attesa dell'espletamento della procedura concorsuale, costituisce una ragione obiettiva l'utilizzo di lavoratori a tempo determinato per coprire il posto disponibile, nell'attesa dello svolgimento delle relative procedure.

Ciò premesso, al punto 99, la Corte rileva che *a tale riguardo, occorre sottolineare che, sebbene una normativa nazionale che consenta il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi per la sostituzione di personale in attesa dell'esito di procedure concorsuali possa essere giustificata da una ragione obiettiva, l'applicazione concreta di tale ragione, in considerazione delle particolarità dell'attività di cui trattasi e delle condizioni del suo esercizio, deve essere conforme ai requisiti dell'accordo quadro.*

all'ordinanza Affatato del 1° ottobre 2010 (in causa c-10/10) e dal Tribunale di Aosta nel 2013 che ha poi portato all'ordinanza Papalia del 12 dicembre 2013 (in causa C-50/13)

⁸ v. L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, ivi, 580 ss, e V. De Michele, *L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo tra i giudici delle leggi nazionali ed europee*, www.europeanrights.eu, 2013

⁹ E sul punto non va scordato che, come si legge nella sentenza Commissione del 26.10.2006 (in causa C-371/04) c/ Italia : 18. *Dall'insieme di tale giurisprudenza si evince che il rifiuto di riconoscere l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga preso un'amministrazione pubblica di uno stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, con la motivazione che i detti cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato, non può essere ammesso dato che, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del settore pubblico in questo solo modo ...*

Poiché, in concreto, nel regime scolastico italiano, l'ultimo concorso è stato quello del 1999 e non ve ne sono stati altri sino al 2012 (questi, peraltro, neppure finalizzati a coprire tutti i posti disponibili in organico), è avvenuto che per oltre un decennio i lavoratori inseriti nelle graduatorie sono stati e vengono utilizzati con contratti a termine rinnovati di anno in anno con assoluta continuità.

Tale prassi, secondo i Giudici di Lussemburgo, comporta che: *100 (...) come la Corte ha già dichiarato in numerose occasioni, il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro. Infatti, un utilizzo siffatto dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato è direttamente in contrasto con la premessa sulla quale si fonda tale accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro, anche se i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori o per determinate occupazioni e attività (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punti 36 e 37 nonché giurisprudenza ivi citata)*¹⁰.

Dunque la Corte ritiene il sistema di reclutamento per concorso legittimo ma, nell'utilizzo concreto, rileva che il sistema non è idoneo ad evitare gli abusi che la clausola 5 intende evitare con l'imposizione agli Stati membri dell'adozione di misure preventive e sanzionatorie che impediscano l'utilizzo reiterato di contratti a termine e che, ove tali abusi si verificano, come si sono verificati nel sistema italiano, sia possibile, anzi necessario, adottare misure sanzionatorie che eliminino gli effetti dell'abuso commesso.

La sentenza si limita alla declaratoria di incompatibilità dell'attuale sistema, senza dare, nel dispositivo, precise indicazioni circa le sanzioni applicabili, rimettendo quindi al giudice nazionale la decisione sulle misure da adottare per ovviare all'abuso commesso (tutti i lavoratori avevano pacificamente operato per più anni su posti vacanti).

Nella motivazione, però, qualcosa viene aggiunto: una delle lavoratrici, quella del procedimento 63/13, era una dipendente a termine del Comune di Napoli, impiegata come assistente negli asili comunali di quella città e, dunque, non era destinataria, all'epoca, della misura di cui all'art. 9, comma 18, del D.L. 70/2011, che ha inserito all'art. 10 del D.gs. 368/2001 il comma 4 bis che esclude dall'applicazione di detto decreto il personale della scuola, precisando esplicitamente che ad esso non si applica l'art. 5 comma 4 bis, il quale prevede la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine decorsi 36 mesi di rapporto a termine¹¹.

Con riferimento a tale posizione, il Tribunale di Napoli precisa nell'ordinanza di

¹⁰ E sul punto si vedano anche gli ulteriori chiarimenti di cui alla sentenza Samohano del 13.03.14 in causa C-190/13, punti da 54 a 59.

¹¹ Ivi compresi i periodi svolti con contratti di somministrazione ai sensi dell'art. 1, comma 9, lettera i) della legge n. 92/2012 il quale ha aggiunto che "ai fini del computo del periodo massimo dei trentasei mesi si tiene, altresì, conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, ai sensi del comma 1-bis dell'art. 1 del presente decreto e del comma 4 dell'art. 20 del D.L.vo n. 276/2003, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato"

rimessione di avere già provveduto a convertire il contratto¹² e la Corte, al punto 55, osserva in merito: *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).*

Dunque la Corte europea prende una posizione abbastanza precisa: la previsione di cui all'art. 5 comma 4 bis¹³, che dispone la trasformazione del contratto a tempo indeterminato decorsi 36 mesi di lavoro a termine, è ritenuta una disposizione ("...giustamente...") in linea con le finalità della clausola 5 della Direttiva 1999/70 ai fini dell'eliminazione definitiva dell'abuso commesso.

Pare, a chi scrive, che a fronte di tale affermazione, pare difficile non porsi il problema della riqualificazione dei rapporti a termine nel pubblico impiego, quanto meno nelle ipotesi in cui venga superato il termine indicato dall'art. 5 comma 4 bis, essendo evidente che la norma parte dalla presunzione della necessità di coprire una posizione lavorativa specifica, decorso il periodo indicato in presenza di un utilizzo reiterato di contratti a termine.

Tale indicazione pare pienamente recepita dalla recente sentenza 27363 del 23 dicembre 2014 della Corte di cassazione (Presidente Lamorgese, est. Balestrieri), in materia di precariato sanitario (infermiera professionale) dove si legge:

3.1 Il motivo è inammissibile. Ed invero, a prescindere dall'irrelevanza delle norme irretroattive e successive ai fatti per cui è causa, deve evidenziarsi che nella specie non risulta scalfita la decisione impugnata che ha ritenuto legittimi i contratti in questione, che peraltro non risultano prodotti.

Ciò già precluderebbe, invia di principio, un diritto al risarcimento dei danni.

Tuttavia, dovendo esaminarsi la questione anche sotto il profilo dell'abuso dei contratti a termine legittimi, deve in ogni caso ribadirsi che C.G.E (ordinanza Papalia, C-5013, e

¹² Ed infatti lo specifico divieto, per i dipendenti dagli asili nido, è stato introdotto solo con l' [art. 4, comma 4-bis, D.L. 21 maggio 2013, n. 54](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 18 luglio 2013, n. 85](#), ovvero successivamente alla proposizione della questione pregiudiziale ed alla decisione parziale della causa da parte del giudice di Napoli, sicché non si poneva l'ostacolo di una norma specifica che vietasse l'applicazione dell'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001.

¹³ La norma, citata più volte nella sentenza, era peraltro ben conosciuta dai giudici di Lussemburgo, avendo costituito oggetto della specifica materia agitata nella vicenda Affatato che si era conclusa con l'ordinanza del 1° ottobre 2010 (in causa C-10/10). Circa tale ordinanza si veda ampiamente in De Michele, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei giudici nazionali - Il commento*, in: *Il lavoro nella giurisprudenza* 7/11.

sentenza Carratù, C-361/12) ha chiarito che: "L'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che esso osta ai provvedimenti previsti da una normativa nazionale, quale quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ipotesi di utilizzo abusivo, da parte di un datore di lavoro pubblico, di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, preveda soltanto il diritto, per il lavoratore interessato, di ottenere il risarcimento del danno che egli reputi di aver sofferto a causa di ciò, restando esclusa qualsiasi trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.

Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi", rendendo effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato di tutti i rapporti a termine successivi con lo stesso datore di lavoro pubblico, dopo 36 mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. 368/2001.

Nella specie, come sopra visto, non risulta l'illegittimità dei contratti in esame, neppure sotto il profilo dell'abuso, trattandosi di soli tre contratti a tempo determinato della durata di pochi mesi, così come in sostanza ritenuto dalla Corte di merito.

Dunque la Corte sembra aprire in modo chiaro alla ipotesi della riqualificazione dei rapporti nei termini indicati dalla Corte europea nella motivazione della sentenza Mascolo, ipotesi che potrebbe trovare ulteriore conforto dalla sentenza n. 61 dell'8 gennaio 2015 (Pres. Stile, est. Manna) sul lavoro marittimo, resa in sede di rinvio dalla Corte europea che si era pronunciata - su remissione della stessa Corte di cassazione - con la sentenza Fiamingo del 3 luglio 2014 (in causa C- 362/13 e altre).

Nella recente decisione la Corte, dopo avere affermato la prevalenza del disciplina speciale sul lavoro marittimo di cui all'art. 326 del codice della navigazione, rivaluta, secondo le indicazioni di Lussemburgo, l'art. 1344 del codice civile sul contratto in frode alla legge e cassa la sentenza della Corte di Messina che aveva rigettato la domanda di conversione di una successione di contratti a termine¹⁴, rinviando per un nuovo esame nel merito, così dando forza ad una tutela rafforzata in caso di abuso nell'utilizzo di contratti a termine, in attuazione piena della clausola 5 della Direttiva¹⁵.

¹⁴ L'art. 326 del cod. nav. Prevede che il rapporto si intende a tempo indeterminato, quando i contratti a termine superano la durata di un anno e che questi si considerano successivi se intervallati da periodi di inattività superiori ai 60 giorni. La Corte di Messina aveva rigettato le domande perché, sotto un profilo formale, i contratti oggetto di causa rispettavano formalmente tali requisiti.

¹⁵ Pare poi evidente come tale pronuncia si ponga in contrasto con l'intenzione del legislatore che, con i recenti interventi legislativi, ha completamente liberalizzato il ricorso al contratto a termine: la rivalutazione del contratto in frode alla legge riapre infatti i giochi in merito alla legittimità di un

Tale orientamento sembra però contraddetto da una pronuncia resa tra le due sentenze citate, sempre della Corte di Cassazione, che con la sentenza n. 27481, depositata il 30 dicembre 2014 (presidente Stile, est. Tria), ribadisce il divieto di conversione, decidendo definitivamente la nota vicenda dei dipendenti della Valle d'Aosta che erano stati oggetto della Ordinanza Papalia del 2 dicembre 2013¹⁶ della Corte europea, resa a seguito della remissione del Tribunale di Aosta, che si era visto riformare dalla Corte di Torino le sentenze con le quali liquidava 20 mensilità di risarcimento ai precari del comune e della regione, poiché il lavoratore non aveva fornito la prova del danno subito.

Il Tribunale aveva quindi chiesto alla Corte di Lussemburgo di verificare la compatibilità del sistema sanzionatorio, come interpretato dalla Corte torinese con la clausola 5 della Direttiva, ricevendo come risposta che la normativa italiana, come interpretata dalla Corte torinese, osta alla Direttiva *quando il diritto a detto risarcimento è subordinato all'obbligo, gravante su detto lavoratore, di fornire la prova di aver dovuto rinunciare a migliori opportunità di impiego, se detto obbligo ha come effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del citato lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione.*

Pare allora evidente come la questione dell'applicazione della misura sanzionatoria finalizzata all'eliminazione dell'abuso commesso sarà ancora materia controversa, che, alla luce delle ricordate pronunce della Corte europea, avrebbe certamente meritato un coordinamento tra i vari collegi della sezione lavoro della Cassazione, e che, inevitabilmente, comporterà un passaggio alle Sezioni unite, quanto meno al di fuori di quei settori non toccati da specifici interventi di espressa non applicabilità dell'art. 5 comma 4 bis, mentre per questi ultimi è certamente da prevedere una rimessione alla Corte costituzionale, finalizzato a verificare la possibilità di rimuovere l'espresso divieto sancito dall'art. 10 comma 4 bis¹⁷.

Senza contare lo sbandamento dei giudici di merito, tra quelli che si sentiranno spalleggiati da Lussemburgo nell'opzione della riqualificazione e sono rimasti sinora silenti ad attendere le pronunce delle Corti superiori e quelli che si arrocceranno sul risarcimento monetario, in difesa strenua del pubblico concorso, magari ancora da provare da parte del lavoratore¹⁸ e i molti che invece non sapranno bene che pesci

contratto completamente slegato da esigenze temporanee ed eccezionali ma unicamente finalizzato a coprire, attraverso l'utilizzo distorto del contratto a termine, posizioni lavorative stabili e permanenti. La Corte di cassazione infatti, con questa sentenza, rinvia ad altra Corte di merito con l'indicazione di verificare in concreto e a prescindere dall'astratta normativa se *ricorra un esercizio della facoltà di assumere a tempo determinato tale da integrare frode sanzionabile ex art. 1344 c.c., ipotesi che per sua natura non può che essere esaminata caso per caso, dall'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e di ogni altra circostanza fattuale emersa in atti, apprezzamento riservato al giudice di merito.*

¹⁶ In causa C-50/13: su tale pronuncia si veda V. De Michele: *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari - Il commento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 3/14 e C. Spinelli e V. La Ghezze: *Rassegna di giurisprudenza comunitaria - risarcimento per abusivo utilizzo nel settore pubblico*, ivi, n. 4/14.

¹⁷ Ma non dimentichiamo i dipendenti dagli asili nido, sempre secondo il comma 4 bis dell'art. 10, nonché, ai sensi dell'art. 4 ter il personale sanitario.

¹⁸ Infatti nella sentenza 27363/14, all'apertura alla riqualificazione si accompagna la chiusura al risarcimento, circa il quale si ribadisce la precedente giurisprudenza della Corte di cassazione, ferma ancora alla storica

prendere in questa confusa situazione, riducendosi a sospendere ancora, in attesa della pronuncia "di ritorno" della Corte costituzionale dopo la Mascolo, le decisioni già a suo tempo rinviate in attesa della sentenza della Corte europea.

Così come, del resto, anche la misura del risarcimento ex art. 36 D.Lgs. 165/2001, ammesso che sia questa la soluzione che prevarrà in alternativa della riqualificazione, sarà questione di non poco conto, risultando manifestamente insufficiente rispetto alle indicazioni di effettività e di dissuasività (e incisività¹⁹) richiesti dalla Corte europea la soluzione adottata dalla citata Cass. n. 27481/14 che individua nell'art. 8 della legge 604/67 la norma di riferimento l'"indicazione" da dare al giudice del rinvio per la quantificazione del danno.

La norma in questione, infatti, limitando il danno nella forbice tra 2,5 a 6 mensilità, aumentabile a 10 per anzianità superiori ai dieci anni e a 14 per quelle oltre i vent'anni, comporta risarcimenti che, nella quasi totalità dei casi, risulterebbero addirittura inferiori a quello previsto dall'art. 32 del collegato lavoro, che pur si presenta come aggiuntivo alla conversione²⁰.

Tanto più che la mancata stabilizzazione, decorso il termine di cui all'art. 5 comma 4 bis, comporta un'aspettativa del lavoratore a termine non stabilizzato alla continuità del rapporto che si avvicina molto a quella del lavoratore licenziato, sicché non ha più ragione la distinzione fatta dalla Corte europea nella sentenza Carratù del 12 dicembre 2013 (in causa C-361/12, in particolare punti 39 e segg.) in merito alle indennità spettanti per il licenziamento di un lavoratore a tempo indeterminato e di mancato rinnovo del contratto in caso di un lavoratore assunto a termine, superati i 36 mesi²¹.

Con l'effetto che, in assenza dell'adozione da parte dei giudici del lavoro di misure che siano veramente effettive, dissuasive ed incisive, tali da rimuovere in concreto l'abuso commesso, rischiano di essere inevitabili i ricorsi al giudice ordinario direttamente contro lo Stato italiano per ottenere il risarcimento del danno per mancata attuazione della clausola 5 della Direttiva, oltretutto della clausola 4 di non discriminazione, essendo del tutto apodittica ed autoreferenziale l'immotivata *non confrontabilità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni con quello alle dipendenze dei datori di lavoro privato*, che costituisce l'unica – e mai spiegata –

sentenza 10127/2012 che aveva portato alle ordinanze di rimessione alla Corte europea. Insomma, come nel gioco dell'oca vi è anche il rischio di tornare alla casella iniziale, con la conseguenza di un ulteriore calo di credibilità della giurisprudenza nazionale.

¹⁹ V. punto 117 sentenza Mascolo, ma il principio è affermato in tutte le pronunce della Corte.

²⁰ Ad esempio, in Cass. 10070/14 (Pres. Roselli, est. Curzio, si legge: 33. *L'impossibilità ("non può") di costituire un rapporto di lavoro a tempo indeterminato non è volta a tutelare le amministrazioni pubbliche sul piano finanziario (la tutela risarcitoria, in conformità alla giurisprudenza europea, dovrà essere incisiva, anche perché, contrariamente a quanto avviene nel settore privato, essa non costituisce un mero completamento della tutela prioritaria di natura reintegratoria).*

²¹ Nella Carratù, infatti, si discuteva di un rapporto con Poste italiane di una lavoratrice che si era vista convertire il rapporto di lavoro in ragione della nullità del termine apposto ad un contratto della durata di tre mesi (il che aveva sollevato non poco stupore nei giudici di Lussemburgo che, in proposito, avevano chiesto chiarimenti alle parti durante la discussione orale della causa), ipotesi quindi del tutto antitetica a quelle che qui stiamo esaminando, caratterizzate da un abuso reiterato nell'utilizzo di contratti a termine.

ragione utilizzata nella sentenza 27481/14 per giustificare la non conversione del rapporto e, di conseguenza, anche la sperequazione nella misura sanzionatoria di natura monetaria tra pubblico e privato.

Non dimentichiamo, infatti, che il legislatore, con l'inserimento dei commi 5 ter e 5 quater dell'art. 36 del D.Lgs. 165/2001²² ha immotivatamente esteso a tutti i settori della pubblica amministrazione il divieto di conversione, sancendo la nullità dei contratti stipulati in violazione di norme imperative, ivi compresi quelli regolati dal regime di cui all'art. 35 comma 1, lett. b) che pur la Cassazione, con la sentenza n. 9555 del 22 aprile 2010 (Pres. Vidiri, rel. Stile)²³, pronunciandosi sulla vicenda dei portieri dell'Inail, aveva ritenuto soggetti alla ordinaria disciplina dei contratti a termine in ragione della loro non assoggettabilità all'obbligo del concorso di cui all'art. 97 Costituzione.

Con l'ulteriore conseguenza che non è ben comprensibile in cosa possa consistere il danno a fronte di un contratto che, se impugnato, viene dichiarato *ex lege* nullo e non potrebbe produrre effetto alcuno, men che meno un danno per il lavoratore²⁴.

2) Gli effetti della sentenza nel settore enti locali

Venendo agli enti locali, va subito detto che questo settore non risulta destinatario di una norma che impedisca espressamente la non applicabilità dell'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001, con la conseguenza che il giudice nazionale dovrà sentirsi libero di applicare, ove lo ritenga, la norma anche ai rapporti pubblici che presentino una durata complessiva superiore ai 36 mesi.

E non è che manchino argomenti in tal senso.

Si considerino infatti i ripetuti interventi finalizzati ad affermare la non applicazione dell'art. 5 comma 4 bis: oltre a quello sulla scuola e sugli asili nido, si tenga conto dell'art. 10 comma 4 ter del D.lgs. 165/2001 per il settore sanitario, a cui si aggiunge l'art. 2 comma 6, del D.L. 225/2010 che disponeva la proroga di un anno dei contratti in corso degli addetti agli uffici immigrazione, specificando che a tale rinnovo non si applicava l'art. 5 comma 4 bis. A ciò si aggiungano i numerosi accordi sindacali raggiunti dalle pubbliche amministrazioni, tra i quali spicca quello firmato dall'ARAN in

²² Così la norma: 5-ter. *Le disposizioni previste dal [decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368](#) si applicano alle pubbliche amministrazioni, fermi restando per tutti i settori l'obbligo di rispettare il comma 1, la facoltà di ricorrere ai contratti di lavoro a tempo determinato esclusivamente per rispondere alle esigenze di cui al comma 2 e il divieto di trasformazione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato.* [\(173\)](#)

5-quater. *I contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato.* [\(173\)](#)

[\(173\)](#) Comma aggiunto dall'[art. 4, comma 1, lett. b\), D.L. 31 agosto 2013, n. 101](#), convertito, con modificazioni, dalla [L. 30 ottobre 2013, n. 125](#).

²³ Su questa sentenza si veda V. De Michele: *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico - Il commento in Il lavoro nella giurisprudenza*, 11/2010.

²⁴ Sul punto si veda L. Menghini, *Lavoro pubblico e contratti flessibili dopo i decreti e le clamorose pronunce del 2013: con risorse insufficienti continuano i colpi di scena*, DLM, 2013, 523 ss.

data 29.09.2010, con le Organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative in applicazione dell'art. 5 comma 4 bis, finalizzato a non conteggiare l'ulteriore proroga del proprio personale ai fini del raggiungimento del periodo di 36 mesi previsto dalla norma²⁵.

Insomma, un quadro di assoluta confusione sul piano legislativo circa la misura finalizzata ad eliminare l'abuso commesso da applicare che, unito alla pronuncia 27363/2014 della Corte di Cassazione, rende dubbia l'applicabilità o meno della normativa in discussione, almeno in ipotesi di reiterato abuso nella successione dei contratti, con la conseguenza che il giudice nazionale ben potrebbe motivare la decisione di applicare l'art. 5 comma 4 bis, decidendo, ai sensi dell'art. 12 preleggi, con riferimento a casi analoghi e, comunque, applicando i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato, qui legittimamente interpretato in conformità dei principi comunitari oramai stabilmente definiti dalla Corte europea, con una serie ininterrotta di sentenze rese con riferimento alla situazione italiana²⁶, di cui la Mascolo pare essere l'ultimo atto, venendo così a costituire lo *iuris superveniens* da prendere a base per la decisione, come ritenuto dalla Corte costituzionale²⁷.

E' certamente pacifico che la gran parte dei contratti a termine in essere presso gli enti locali siano finalizzati alla copertura di posizioni lavorative stabili e permanenti, anche in considerazione dei reiterati blocchi delle assunzioni a concorso nel settore²⁸,

²⁵ Sul punto si veda, più ampiamente: S. Galleano, L'attuale disciplina del lavoro a termine nel pubblico impiego, Europeanrights.eu, note e commenti, 20.06.14

²⁶ Ivi compresa Poste italiane spa, che nella sentenza Carratù del 13.12.13 (in causa C-361/13) è stata equiparata allo Stato italiano. Su tale pronuncia si veda su tale pronuncia si veda V. De Michele: *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, cit.

²⁷ Si veda Corte costituzionale 252/2006: ... che, ad oltre un anno dall'ordinanza di rimessione e dalle rispettive memorie di costituzione delle parti nel giudizio, è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2005, in causa n. C-144/04, che, nel fornire una lettura complessiva della direttiva in questione, descrivendone l'ambito di applicazione, ha affermato che «una reformatio in pejus della protezione offerta dalla legislazione nazionale ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo» (punto 52 della motivazione); che, pertanto è necessario restituire gli atti al rimettente, al precipuo fine di consentirgli la soluzione del problema interpretativo alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte di giustizia, la quale - in ragione della sua natura - assume nella fattispecie valore di *jus superveniens* (ordinanze numeri 241 del 2005, 125 del 2004 e 62 del 2003, tra le più recenti).

²⁸ Con riferimento al comparto delle Regioni e degli enti locali, negli ultimi anni e in particolare con le modifiche contenute nel DL 78/2010, il legislatore ha irrigidito i limiti in materia di personale con l'intento di assicurare maggiori e strutturali risparmi di spesa. Anche in probabile contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di coordinamento di finanza pubblica, il legislatore non si è preoccupato solo di fissare un limite alla spesa complessiva di personale, concetto sempre più ampliato dalle ultime disposizioni, ma ha fissato vincoli di spesa puntuali, come con il riferimento per le regioni al comma 28 dell'art. 9 del DL 78/2010 in materia di contenimento al costo dei contratti di lavoro flessibili (il 50% della spesa sostenuta nell'anno 2009) oppure con il comma 7 dell'art. 76, ove si prevede che la spesa per il personale per gli enti sottoposti al Patto di stabilità non possa superare il 40 per cento della spesa corrente e che nel rispetto di tale limite è possibile procedere ad assunzioni di personale entro il 20 per cento della

dove però, paradossalmente, ai sensi dell'art. 36 del D.Lgs. 165/2001, le amministrazioni locali devono fare assunzioni a tempo determinato solo tramite procedure concorsuali²⁹, laddove poi la conversione di tali rapporti è inibita, paradossalmente, proprio per l'asserito mancato superamento di un concorso da parte degli interessati.

Sicché, in applicazione di tale complessa e caotica situazione normativa, si è di fatto concretizzata anche in questo caso l'ipotesi esaminata dalla Corte europea di un abuso nella reiterazione dei contratti a termine, con la conseguente necessaria applicazione delle misure sanzionatorie finalizzate all'*eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso*, per parafrasare l'espressione della Corte europea utilizzata nella sentenza Mascolo.

Ed infatti risulta che gran parte degli enti locali non abbiano proceduto alla indizione dei concorsi per coprire i posti vacanti in organico, continuando ad utilizzare, nonostante la normativa lo vieti esplicitamente³⁰, il personale a termine per periodi

spesa equivalente alle cessazioni. Tale limite del 20 per cento voluto dal legislatore per controllare in particolare le assunzioni a tempo indeterminato e quindi la spesa strutturale riduce fortemente l'autonomia organizzativa degli enti locali e trova un'esplicita deroga solo con riferimento alle assunzioni del personale di polizia locale in caso di rispetto di un rapporto più virtuoso, del 35 per cento, tra spesa per il personale e spesa corrente. Permane per gli enti non sottoposti al Patto di stabilità l'obbligo di rispettare il comma 562 dell'art. 1 della legge 296/2006, al quale si aggiunge il tetto complessivo di spesa per il personale limitato al 40 per cento della spesa corrente. Permane infine il divieto di assunzione assoluto sia in caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno sia in caso di superamento del tetto di spesa del personale sulla spesa corrente del 40 per cento, di cui all'art. 76, comma 7, del DL 112/2008.

²⁹ Salvo attingere alle loro graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato, ovvero ricoprire i posti disponibili, nei limiti della propria dotazione organica, utilizzando gli idonei delle graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni del medesimo comparto di contrattazione. Inoltre, ai sensi dell'articolo 3, comma 61, della legge 24 dicembre 2003, n. 350, le medesime amministrazioni pubbliche, possono utilizzare le graduatorie di pubblici concorsi approvate da altre amministrazioni, previo accordo tra le amministrazioni interessate.

³⁰ L'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 prevede il ricorso ai contratti flessibili solo ed esclusivamente per ragioni "temporanee od eccezionali Ovvero "temporanee ed eccezionali" sino all'approvazione dell'[art. 4, comma 1, lett. a\) e a-bis\), D.L. 31 agosto 2013, n. 101](#), "se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali" nel testo in vigore dal 1 gennaio 2008 al 24 giugno 2008 e "secondo i contratti collettivi" nel testo precedente. Il ccnl Enti locali dell'epoca (14.09.2000), all'art. 7, prevedeva che:

In applicazione e ad integrazione di quanto previsto dalla legge n.230/1962 e successive modificazioni e dall'art.23, comma 1, della legge n.56/1997, gli enti possono stipulare contratti individuali per l'assunzione di personale a tempo determinato nei seguenti casi:

- a) *per la sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto, ivi compresi i casi di personale in distacco sindacale e quelli relativi ai congedi previsti dagli articoli 4 e 5 della legge n.53/2000; nei casi in cui si tratti di forme di astensione dal lavoro programmate (con l'esclusione delle ipotesi di sciopero), l'assunzione a tempo determinato può essere anticipata fino a trenta giorni al fine di assicurare l'affiancamento del lavoratore che si deve assentare;*
- b) *per la sostituzione di personale assente per gravidanza e puerperio, nelle ipotesi di astensione obbligatoria e facoltativa previste dagli articoli 4,*

che superano certamente i 36 mesi, giungendo anche a decenni: in tal senso, il caso di Rocco Papalia - direttore della banda municipale di Aosta, restato in servizio per 29 anni e sei mesi e poi cacciato dopo che, avendo lavorato per sei giorni dopo la scadenza del contratto, il comune decise di non rinnovarlo - non costituisce affatto un caso isolato, unendo così idealmente il paese da nord a sud, visto che, ad esempio in Sicilia, dove vi è una delle più alte percentuali di precariato pubblico, è dal 1952 che non viene effettuato alcun concorso³¹.

Anche qui è ipotizzabile che il giudice possa ritenere che la misura sanzionatoria finalizzata alla rimozione degli effetti dell'abuso sia la trasformazione del rapporto? In linea teorica, certamente sì.

Né osta, a tale soluzione la specifica normativa in tema di enti locali, recentemente rivitalizzata da un parte della giurisprudenza della Corte di cassazione.

Ci riferiamo, in particolare, alla legge 702 del 1978 che impone l'assunzione tramite concorso per i comuni, per le loro aziende e consorzi unicamente a mezzo di concorso pubblico e ritenuta, da Cass. 19112/2014 (Pres. Miani Canevari, est. Berrino), tuttora in vigore in quanto non abrogata dal D.lgs. 368/2001, con la conseguenza che la pretesa obbligatorietà del concorso, comporterebbe l'applicazione del divieto di conversione di cui all'art. 36 del D.Lgs. 165/2001.

A questa pronuncia si aggiungono, con una *vis expansiva* che sembra destinata ad aumentare, le recenti sentenze della Corte di appello di Genova³² che ritengono applicabile l'art. 18, comma 2 bis del D.L. 112/2008, che impone alle società che gestiscono servizi pubblici locali e comunque a tutte quelle a partecipazione o controllo pubblico, di procedere alle assunzioni di personale a mezzo di procedure selettive,

5, 7 della legge n.1204/1971 e dagli articoli 6 e 7 della legge n.903/1977, come modificati dall'art.3 della legge n.53/2000; in tali casi l'assunzione a tempo determinato può avvenire anche trenta giorni prima dell'inizio del periodo di astensione;

- c) per soddisfare le esigenze organizzative dell'ente nei casi di trasformazione temporanea di rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, per un periodo di sei mesi;
- d) per lo svolgimento di attività stagionali, nell'ambito delle vigenti disposizioni;
- e) per soddisfare particolari esigenze straordinarie, anche derivanti dall'assunzione di nuovi servizi o dall'introduzione di nuove tecnologie, non fronteggiabili con il personale in servizio, nel limite massimo di nove mesi;
- f) per attività connesse allo svolgimento di specifici progetti o programmi predisposti dagli enti, quando alle stesse non sia possibile far fronte con il personale in servizio, nel limite massimo di dodici mesi;
- g) per la temporanea copertura di posti vacanti nelle diverse categorie, per un periodo massimo di otto mesi e purché siano avviate la procedure per la copertura dei posti stessi

La norma, ancorché superata dal D.Lgs. 368/2001, è stata richiamata in tutti i ccnl successivi.

³¹ Come dichiarato nel convegno "Posto fisso o posto variabile ?" organizzato dall'Agi Sicilia a Messina il 22 novembre 2014 dal rappresentante della Presidenza della Regione Siciliana, dott. Gaetano Aiello, nella sua relazione storica sulla normativa di quella regione.

³² Tra le tante: Corte appello Genova 29 novembre 2014, Pres. De Angelis, est. Aicardi.

richiamando l'art. 35, comma 3, del D.Lgs. 165/2001³³.

Senza contare le ordinanze della Suprema Corte³⁴ che rimettono alle Sezioni unite la questione della convertibilità dei rapporti costituiti con gli Enti pubblici siciliani - discusse all'udienza del 19 dicembre 2014 e di cui si attende l'esito - in assenza di una norma nazionale ma unicamente sul presupposto di alcune norme regionali³⁵ e degli statuti degli enti pubblici economici che impongono lo svolgimento di un concorso per le assunzioni, ripetiamo: concorsi che non si sono mai fatti da oltre cinquant'anni.

A parte l'opinabilità della ritenuta vigenza della legge 702/1978, soprattutto con riferimento alle aziende ed ai consorzi, ovvero soggetti che operano sul libero mercato, resta che la normativa e la giurisprudenza citate non sembrano attenere alla fattispecie dell'abuso (che superi i 36 mesi), essendo incentrate più sulla ritenuta nullità del singolo contratto a termine, sicché in ipotesi di reiterato utilizzo dei contratti a termine in assenza di ragioni oggettive, potrebbe ritenersi operante la conversione quale misura sanzionatoria.

Inoltre la normativa a cui si è fatto cenno è, sostanzialmente, analoga a quella di cui all'art. 36 del D.Lgs. 165/2001, sicché vale qui quanto sino detto circa il possibile superamento del divieto di conversione nel pubblico impiego in generale.

Resta da valutare l'incidenza della normativa finanziaria in vigore da svariati anni negli enti locali che impone l'obbligo di riduzione della spesa di personale rispetto all'esercizio precedente³⁶, e delle limitazioni di assunzione per i comuni in stato di dissesto³⁷, possa incidere sulla possibilità del giudice, che lo ritenga, di procedere alla conversione dei contratti, in presenza delle condizioni evidenziate nella sentenza Mascolo.

In primo luogo va evidenziato che la giurisprudenza della Corte europea ha più volte chiarito che (sentenza Küçük del 28 gennaio 2012, in causa C-586/10):

27 Per quanto riguarda la nozione di ragione obiettiva ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD, la Corte ha già dichiarato che tale nozione deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

³³ Per il vero, sul punto si era espressa in modo difforme Cass. 18 ottobre 2013 n. 23702 (Pres. Roselli, rel. Berrino) sulle farmacie comunali di Grosseto.

³⁴ Una per tutte: Cass. 21831 del 15.10.2014, Pres. Vidiri, est. Patti.

³⁵ Che non sembrerebbero consentire il divieto di conversione stabilito dal D.Lgs. 368/2001, posto che l'art. 17 dello Statuto della Regione siciliana limita la podestà legislativa regionale nel settore lavoro e previdenza nel rispetto dei minimi stabiliti dalla legge dello Stato. E non vi è dubbio che la stabilizzazione del rapporto è la protezione più intensa che possa essere riconosciuta ad un lavoratore precario (così Corte costituzionale 303/2001, punto 3.3.1. della motivazione). In tal senso di veda anche la nota sentenza "comunitaria" 18925/2008 (Pres. Mattone, est. Nobile). Del resto gli enti pubblici economici non rientrano neppure tra i destinatari del D.Lgs. 165/2001, ex art. 1 comma 2 del decreto.

³⁶ Come disciplinato dall'art. 1, commi 557 e s.s. della legge n. 296/2006.

³⁷ Art. 76, comma 7, secondo periodo, del D.L. n. 112/2008, come da ultimo modificato dall'art. 4-ter, comma 10, della legge 26 aprile 2012, n. 44, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 2 marzo 2012, n. 16, che ha portato il limite dal 20% al 40% introducendo alcune eccezioni.

Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza Angelidaki e a., cit., punto 96, nonché la giurisprudenza ivi citata).

28 Per contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbe conforme a criteri come quelli precisati al punto precedente della presente sentenza (sentenza Angelidaki e a., cit., punto 97, nonché la giurisprudenza ivi citata).

Sulla scorta di tali considerazioni, l'avvocato generale presso la Corte europea Maciej Szpunar, nelle sue conclusioni nella causa Mascolo, ha chiarito che:

79. In secondo luogo, quanto all'argomento relativo alle restrizioni finanziarie recentemente imposte da numerose disposizioni nazionali nel settore scolastico, ritengo che queste non possano giustificare il ricorso abusivo alla successione di contratti a tempo determinato. Spetta dunque ai giudici del rinvio valutare se restrizioni finanziarie imposte ad un'amministrazione pubblica da numerose disposizioni siano una giustificazione sufficientemente concreta per l'utilizzo di contratti a tempo determinato, quale imposta dalla giurisprudenza della Corte citata ai paragrafi da 66 a 69 delle presenti conclusioni. Infatti, secondo tale giurisprudenza, disposizioni nazionali che si limitassero ad autorizzare, in modo generale ed astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non sarebbero conformi ai criteri di giustificazione, attraverso circostanze precise e concrete, dell'utilizzo di contratti a tempo determinato successivi. La Corte ha dichiarato a tal proposito che tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati stipulati e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (42).

80. Inoltre, disposizioni generali che impongono restrizioni finanziarie lasciano al datore di lavoro del settore scolastico pubblico un'ampia libertà di stipulare abusivamente contratti a tempo determinato, mentre l'accordo quadro ha come obiettivo quello di prevenire un siffatto abuso. Ritengo che tale libertà vada al di là del margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri ai sensi dell'accordo quadro.

81. Di conseguenza, come emerge dal paragrafo 30 delle presenti conclusioni, sebbene il sistema di cui trattasi nei procedimenti principali sia in via di principio strutturato in modo tale da soddisfare le ragioni obiettive di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro, il governo italiano non ha dimostrato l'esistenza di elementi concreti di giustificazione. Mi riferisco in particolare alla natura provvisoria e non permanente dell'utilizzo reiterato di contratti a tempo determinato nel settore scolastico. Al contrario, ritengo che emerga chiaramente dal fascicolo che l'utilizzo di tali contratti è abusivo sotto taluni aspetti in quanto ha come obiettivo quello di rispondere ad esigenze strutturali di personale docente. Tali esigenze strutturali risultano dalla quantità considerevole di personale che è stato collocato in una situazione professionale precaria per più di dieci anni, e ciò senza che sia stato previsto alcun limite né quanto al numero di rinnovi dei contratti né quanto alla durata

massima dei suddetti contratti. A mio avviso, una buona parte di tali posti avrebbe potuto essere coperta in modo permanente tramite contratti a tempo indeterminato pur conservando la necessaria flessibilità giustamente considerata dalla Corte costituzionale.

42 Sentenze Angelidaki e a. (EU:C:2009:250, punto 96) e Küçük (EU:C:2012:39, punto 27). La Corte ha citato quali obiettivi legittimi di politica sociale le misure dirette a tutelare la gravidanza e la maternità nonché a consentire agli uomini e alle donne di conciliare i loro obblighi professionali e familiari (sentenza Küçük, EU:C:2012:39, punto 33).

3. Conclusioni

Le considerazioni dell'avvocato generale Szpunar, come si è visto, sono state pienamente condivise dalla Corte europea nella sentenza Mascolo, che si è chiaramente pronunciata per l'illegittimità della situazione del sistema scolastico nazionale, ignorando platealmente le ragioni finanziarie addotte dal governo italiano, sicché, in situazioni di abuso analoghe presso gli enti locali, non potrà che giungersi alla medesima conclusione dell'irrelevanza di asseriti vincoli economici per giustificare l'abuso commesso e sottrarsi all'adozione di misure finalizzate ad eliminarlo.

Tanto primo luogo. In secondo luogo va comunque ribadito che i posti occupati dai lavoratori assunti a termine presso gli enti locali sono di norma vacanti, anche per il persistente divieto di *turn over*, sicché nella gran parte dei casi non è dato comprendersi, in fatto, quali siano le ragioni finanziarie che impedirebbero la loro stabilizzazione, così come è stato dimostrato all'udienza in Corte europea nella causa Mascolo, attraverso la produzione della relazione della Ragioneria dello Stato, che la stabilizzazione del personale della scuola, ben lungi dall'aggravare i conti pubblici, porterebbe addirittura ad un risparmio nella gestione del personale.

Come già si è detto, la sentenza Mascolo è frutto di una tenace mobilitazione che ha contraddistinto il personale della scuola.

Tale situazione di coesione dei lavoratori non ha caratterizzato invece, sinora, i precari negli altri settori dello Stato e, soprattutto degli enti locali, divisi sul territorio e non coordinati tra loro, a contatto giornaliero con gli amministratori ed i dirigenti da cui dipendeva il rinnovo dei loro contratti, la cui disciplina non aveva una specifica normativa come quella della scuola, ma era sostanzialmente regolata dall'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 e dal coacervo di norme di legge, statali e, spesso, regionali a cui si è fatto cenno, norme che, da un lato, non giustificavano in alcun modo la reiterazione continua dei contratti a termine che ha invece caratterizzato anche questo settore e nelle quali, dall'altro, non è rinvenibile un espresso divieto di applicabilità dell'art. 5 comma 4 bis del D.Lgs. 368/2001 che imponga un passaggio obbligato alla Corte costituzionale.

Ora la pronuncia di natura "generale" della sentenza Mascolo che sanziona le situazioni di abuso dei contratti a termine nelle situazioni in cui era obbligatorio l'espletamento di un concorso che non si è mai potuto o voluto fare, inizia a girare via internet per i comuni e le regioni e fa emergere in modo palese ed evidente la necessità di applicazione di una misura sanzionatoria che certamente, in assenza di misure preventive ed efficaci da parte del legislatore e, soprattutto, finalizzate a dare soluzioni concrete al problema del precariato nel settore, farà fiorire il contenzioso, soprattutto nel meridione, dove la mancanza di lavoro renderà appetibile la possibilità

di ottenere, finalmente, un posto di lavoro sicuro, agognato da anni da decine di migliaia di lavoratori, costantemente ricattati dai potentati locali.

Così, per l'ennesima volta, la parola passerà al giudice nazionale che dovrà farsi carico dell'applicazione uniforme del diritto europeo anche nella "provincia dell'impero" italiana.

Sergio Galleano