

L'ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 3 - 18 luglio 2013, n. 207, iscritta in Corte di Giustizia al n.C-418/13 “Napolitano e a.” – Pres. Gallo – Rel. Mazzarella

Successione di contratti a tempo determinato (supplenze annuali) del personale docente e a.t.a. della scuola – Legittime modalità di reclutamento che tengono conto delle peculiarità del settore, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione a tempo indeterminato – Mancata previsione di misure idonee a prevenire gli abusi, sotto forma di risarcimento dei danni – Possibile contrasto con la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario recepito dalla Direttiva 1999/70/ce – Corte costituzionale come «giurisdizione nazionale» in applicazione dell'art.267, comma 3, TUEF – rinvio pregiudiziale incidentale alla Corte di Giustizia

(Cost. artt. 11 e 117, comma 1; L. 3 maggio 1999, n.124, art. 4, commi 1 e 11; Direttiva 1999/70/CE, clausola 5 punto 1; Trattato per il funzionamento dell'Unione europea, art.267, comma 3)

Istruzione - Cattedre e posti di insegnamento vacanti entro il 31 dicembre - Copertura mediante conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo - Conseguente successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive e/o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi - Contrasto con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, al quale ha dato attuazione la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, che stabilisce che gli Stati membri sono tenuti ad introdurre nelle rispettive legislazioni nazionali norme idonee a prevenire e a sanzionare l'abuso costituito dalla successione nel tempo di tali tipi di contratto - Asserita violazione di obblighi derivanti dalla normativa comunitaria, priva di effetto diretto - Esistenza di dubbi interpretativi sulla normativa comunitaria e sulla compatibilità con essa della normativa nazionale, che si traduce in una questione di legittimità costituzionale rispetto ai parametri dell'art. 11 e dell'art. 117, primo comma, Cost., integrati e resi operativi dalla norma comunitaria pertinente - Necessità di risolvere la questione interpretativa pregiudiziale per la definizione del giudizio di costituzionalità - Riconoscimento alla Corte costituzionale della natura di “giurisdizione nazionale”, ai sensi dell'art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea anche nei giudizi in via incidentale - Conseguente rinvio delle seguenti questioni di interpretazione alla Corte di giustizia dell'Unione europea:

- se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) - i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

- se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 3 - 18 luglio 2013, n. 206 – Pres. Gallo – Rel. Mazzarella

Successione di contratti a tempo determinato (supplenze annuali) del personale docente della scuola – Legittime modalità di reclutamento che tengono conto delle peculiarità del settore, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione a tempo indeterminato – Richiesta giudiziale dei lavoratori di trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine, in applicazione di normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/ce (art.5, comma 4 bis, d.lgs. 368/2001), ritenuta dalla giurisprudenza comunitaria (ordinanza Affatato) misura idonea a prevenire e sanzionare gli abusi nella successione di contratti – Inapplicabilità della sanzione giudiziale richiesta operando due norme ostative alla tutela della riqualificazione (art.4, comma 14 bis, l.124/1999 e art.10, comma 4 bis, d.lgs. n.368/2001) – Mancata rimessione della questione di legittimità costituzionale delle due norme ostative – Conseguente inammissibilità del giudizio incidentale per errore nell'individuazione della norme sospettate di incostituzionalità rispetto alla tutela richiesta e impossibilità sul piano teorico di applicare la sanzione della riqualificazione.

(Cost. artt. 11 e 117, comma 1; D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, artt. 1, 5 comma 4 bis e 10 comma 4 bis; L. 3 maggio 1999, n.124, art. 4 commi 1 e 14 bis; L. Prov.Trento 7 agosto 2006, n. 5, art. 93, commi 1 e 2; L. 21 dicembre 1999, n.508, art. 2, comma 6; Direttiva 1999/70/CE, clausola 5 punto 1 lettera b)

Istruzione - Cattedre e posti di insegnamento vacanti entro il 31 dicembre – Copertura mediante conferimento di supplenze annuali, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo – Conservatori di musica - Esigenze didattiche non temporanee derivanti dalla legge di riforma, non fronteggiabili nell'ambito delle dotazioni organiche – Copertura mediante conferimento di incarichi di insegnamento di durata non superiore al quinquennio, rinnovabili – Istanza giudiziale di riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine dopo 36 mesi di servizio, ai sensi dell'art.5 comma 4 bis d.lgs. 368/2001 - Incompleta ricostruzione del quadro normativo, per mancata richiesta di illegittimità costituzionale delle due norme interne ostative alla trasformazione dei rapporti - Inefficacia dell'ipotetica pronuncia di accoglimento ai fini della decisione del giudizio *a quo* - Difetto di rilevanza della questione - Manifesta inammissibilità.

di

Vincenzo De Michele

Sulle questioni riunite di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Roma e di Lamezia Terme in materia di effettività della tutela antiabusiva in caso di successione di contratti a termine nella scuola pubblica (personale docente e ata), con l'ordinanza n.207/2013 "Napolitano" in causa C-418/13 la Corte costituzionale ha proposto per la 1ª volta alla Corte di Giustizia due istanze pregiudiziali Ue in sede incidentale, dichiarando contestualmente inammissibile con l'ordinanza n.206/2013 identiche questioni di legittimità costituzionale proposte dal Tribunale di Trento. La Corte giustifica la declaratoria di inammissibilità per impossibilità sul piano teorico di assicurare la tutela richiesta dai lavoratori nei giudizi principali della riqualificazione dei rapporti flessibili in contratti a tempo indeterminato ai sensi dell'art.5, comma 4 bis, d.lgs. n.368, mancando da parte del Giudice del rinvio (che ha negato la possibilità di "conversione") una esplicita censura delle due norme che attualmente impediscono l'applicazione della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine dopo il superamento dei 36 mesi di servizio con mansioni equivalenti. Si tratta di una rivoluzione copernicana nel complesso rapporto tra le fonti di diritto europeo e interno e tra la Corte di Giustizia dell'Unione e le Corti costituzionali, perché apre ad un dialogo diretto, orizzontale e osmotico tra Giudice sovranazionale e Giudice delle leggi. Andando oltre la tradizionale riservatezza istituzionale, la Corte costituzionale si è espressa come «giurisdizione nazionale» non soltanto con il provvedimento di rinvio, ma anche all'interno del processo dialogando con l'avvocatura del libero foro all'udienza del 27 marzo 2013, per poi anticipare la svolta epocale - due settimane dopo - convocando in riunione straordinaria la classe politica nazionale e regionale. Di qui il commento-cronaca di eventi straordinari ed eccezionali, da parte di chi, attraverso un processo allo Stato italiano e a se stessi (cioè all'avvocatura), si sforza di rappresentare quei "fatti processuali" nazionali ed europei, che saranno alla base di soluzioni del gravissimo e strutturale problema del precariato pubblico, che solo il legislatore potrà risolvere, quando sarà operativo il controllo rigoroso del degradato processo normativo attraverso il dialogo diretto tra la Corte costituzionale e la comunità giuridica nazionale, da un lato, tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, dall'altro.

SOMMARIO

1. La rivoluzione copernicana della Corte costituzionale con la 1^a pregiudiziale incidentale Ue. 2. L'udienza del 27 marzo 2013 e il nuovo ruolo della Corte costituzionale. 3. Gli altri casi di rinvio pregiudiziale in sede incidentale delle Corti costituzionali europee e l'unicità del rinvio pregiudiziale italiano. 4. Criticità strutturali dell'ordinamento interno legate al precariato pubblico e la convocazione straordinaria del 12 aprile 2013 a Palazzo della Consulta. 5. Gli interventi chirurgici del Giudice delle leggi sul precariato pubblico delle autonomie locali. 6. Causa ed effetto del precariato: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego. 7. Il legislatore fraudolento nelle recenti modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego. 8. Il punctum dolens dalla tutela del precariato pubblico: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore interno nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria? 9. L'incerta giurisprudenza comunitaria sul precariato pubblico italiano e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno. 10. L'ordinanza Affatato della Corte di Giustizia e il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli sul precariato scolastico e sulla leale collaborazione dello Stato con l'Ue e con i Giudici nazionali. 11. I contratti di lavoro a tempo determinato successivi legittimi nel sistema di reclutamento scolastico e l'assenza di tutele antiabusive. 12. Lo scambio di informazioni "riservate" tra Corte di Giustizia, Commissione Europea e avvocatura del libero foro nella causa Carratù. 13. Conclusioni: il nuovo indispensabile dialogo tra le Alte Corti per l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

1. La rivoluzione copernicana della Corte costituzionale con la 1^a pregiudiziale incidentale Ue.

1. «Parliamoci chiaro»: è questa l'espressione, niente affatto elegante e molto confidenziale, che ho utilizzato davanti al "mio" Giudice delle Leggi all'udienza pubblica del 27 marzo 2013, nel discutere una delle dieci ordinanze sollevate dai Tribunali di Trento (sei ordinanze nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.), Roma (due ordinanze nn. 143 e 144/2012 Reg.ord.) e Lamezia Terme (due ordinanze nn. 248 e 249/2012 Reg.ord.) in materia di (mancanza di) tutele contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato nella scuola pubblica.

2. Ma è stata la Corte a chiedere all'avvocatura di parlare chiaro, di essere espliciti nelle richieste. In parte, dunque, sono scusato dell'infelice esordio dialettico del mio intervento, registrato nella ripresa audiovisiva dell'udienza e così tramandato ai poveri posteri dall'ottimo sito informatico della Corte costituzionale, documentalmente migliore sotto questo profilo di quello della Corte di Giustizia dell'Unione europea (dove le udienze pubbliche non vengono riprodotte).

3. Infatti, la fase procedurale sulla questione del precariato scolastico che si è svolta in Corte costituzionale e che si è chiusa, per il momento, con le due contestuali e complementari ordinanze di inammissibilità n. 206/2013 (sulle sei ordinanze del Tribunale di Trento) e di rinvio pregiudiziale Ue n.207/2013 (sulle quattro ordinanze dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme), ha rappresentato un superiore grado di giudizio *extra ordinem* – tuttora in corso –, nel contempo di "merito" e di legittimità sulla compatibilità comunitaria e costituzionale delle norme interne che impediscono una tutela effettiva antiabusiva dei legittimi contratti a termine della scuola.

4. Come in un vero processo del lavoro la Corte costituzionale ha interloquito e dialogato con le parti in causa, autoriconoscendosi, nell'ordinanza di rinvio, come «giurisdizione nazionale», come Giudice del merito della controversia, che riguarda centinaia di migliaia di posizioni lavorative che potrebbero essere stabilizzate.

5. La prima sensazione di chi scrive¹ è stata che l'ordinanza n. 207/2013 del 18 luglio 2013, iscritta a ruolo in Corte di Giustizia come causa C-418/13 Napolitano e a. (dal *nomen* della 1^a ricorrente nel 1° giudizio principale del Tribunale di Roma, già Giudice del rinvio costituzionale), con cui la Corte costituzionale ha proposto due questioni interpretative alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art.267 del Trattato per il funzio-

¹ Cfr. V. De Michele, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*, su *Lav.giur.*, 2013, n.8-9, p.816 ss.

namento dell'Unione europea segni una svolta epocale, una rivoluzione copernicana nella giurisprudenza costituzionale e nel complesso dialogo tra le Corti sovranazionali e i Giudici nazionali per quella che, spesso illusoriamente e solo sul piano teorico, viene delineata come la maggior tutela possibile dei diritti fondamentali.

6. Viceversa, nel suo articolato intervento², che ho avuto modo di leggere e apprezzare sul dattiloscritto, l'amico e collega Nicola Zampieri esprime un giudizio negativo sull'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, che considera da un lato come atto obbligato rispetto alle questioni di pregiudizialità Ue già sollevate dal Tribunale di Napoli nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 Mascolo e a. sul precariato scolastico, dall'altro come un tentativo di condizionare negativamente la Corte di Giustizia sull'esito delle domande interpretative proposte dal Giudice partenopeo, rappresentando una situazione "in fatto" completamente diversa circa le ragioni del reclutamento flessibile nella scuola pubblica.

7. Questa volta non sono d'accordo con Nicola Zampieri, con cui ho condiviso le asprezze e la litigiosità "interna" (tra due concezioni dello Stato italiano e dell'ordinamento interno, del tutto incompatibili) dell'udienza pubblica del 1° febbraio 2011 davanti alla Grande Sezione della Corte di Giustizia nella causa Scattolon C-108/10 sulla *vexatissima quaestio* del personale ata transitato dagli Enti locali allo Stato.

8. Sono invece d'accordo con le conclusioni dell'eccellente articolo³ del Consigliere Tria sul nuovo ruolo della Corte costituzionale nel dialogo tra le Alte Corti sovranazionali e nazionali: «*Il quadro complessivo di tutte le sentenze illustrate rende palese, a mio avviso, che con esse la Corte, con grande maestria, ha definito il proprio ruolo nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento integrato, effettuando così un'operazione di importante rilievo che altre Corti costituzionali europee considerano esemplare e collaborando incisivamente ad elevare il livello della tutela stessa.*».

9. Tuttavia, il mio dissenso alle conclusioni dell'avvocatura sul ruolo della Corte costituzionale e la mia condivisione di quelle della magistratura va collocato temporalmente a partire dal 27 marzo 2013 e non può comprendere la sentenza n.78/2012 della Corte costituzionale, che riprende il dialogo con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia civilistica di anatocismo bancario, dopo averlo bruscamente interrotto (in realtà, mai iniziato dopo le sentenze gemelle nn.348 e 349 del 2007) da tempo immemore in materia di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni o in materia previdenziale fino alle inguardabili (e censurabili giuridicamente fino al rifiuto etico⁴) sentenze nn.234/2007 e 311/2009 sul personale ata, n.303/2011 sull'art.32, commi 5, 6 e 7, della legge n.183/2010, n.257/2011 sulle pensioni agricole, n.264/2012 sulle pensioni svizzere.

10. Per continuare a parlare in modo chiaro e trasparente, ricordo che la Corte europea dei diritti dell'uomo con le sentenze Agrati I del 7 giugno 2011 e Agrati II dell'8 novembre 2012 sul personale ata, con la sen-

² V. N. Zampieri, *Sull'obbligo della Corte Costituzionale di effettuare anche nei giudizi in via incidentale il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e sulla dubbia conformità della normativa nazionale sul precariato pubblico all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato*, in corso di pubblicazione su R.U., settembre 2013.

³ L. Tria, *Il valore sociale e politico del lavoro in Italia ed in Europa al tempo della crisi*, su www.europeanrights.eu, 13 maggio 2013.

⁴ Rimando a quanto argomentato 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 ingerendo nei processi del lavoro "seriali", per distruggerne il nerbo vitale, cioè l'imparzialità del Giudice: cfr. in particolare, *Nuovamente alla Consulta il passaggio del personale ATA dagli Enti locali allo Stato*, in *Lav.giur.*, 2008, n.11; *La tutela comunitaria e internazionale salverà il processo del lavoro italiano?*, *ivi*, 2009, n.2; *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 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, 53-147; *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro-Inps*, in *Lav.giur.*, n.6, 2011, pagg.560-570; *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, *ivi*, n.7, 2011, Ipsoa, pagg.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, eISBN 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.

tenza Maggio del 31 maggio 2011 sulle pensioni svizzere, con la sentenza Arras del 14 febbraio 2012 sulle pensioni integrative dei funzionari del Banco di Napoli, ha censurato specificamente ben quattro sentenze della Corte costituzionale nello spazio di meno di un anno.

11. Ricordo anche che, in conseguenza del durissimo dibattito all'udienza del 1° febbraio 2011 nella causa Scattolon, la Corte di Giustizia con la decisione del 6 settembre 2011 ha accuratamente evitato di estendere l'operatività diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla fattispecie del trasferimento del personale ata, impedendo così di dare effettività alla tutela richiesta per la flagrante violazione dell'art.47 della Carta di Nizza sul giusto processo da parte del legislatore nazionale in favore degli abusi di Stato.

12. Recentemente, a febbraio 2013, nel completare il commento alle novità introdotte dalla riforma Fornero sulla disciplina del contratto a tempo determinato⁵, ho avuto modo di sottolineare che il Collegio lussemburghese, durante l'accesa discussione della causa *Scattolon* rimproverò duramente l'avvocatura italiana sia del libero foro che erariale, per aver trasformato la (già complessa) questione pregiudiziale sul trasferimento del personale ata in una guerra giuridica "totale" contro lo Stato italiano o in una ostinata difesa degli abusi commessi dalle Pubbliche Amministrazioni.

13. La Corte di Giustizia aveva ragione: sono state trasferite in ambito europeo problematiche irrisolte di contenziosi "seriali" che riguardano decine o centinaia di migliaia di posizioni lavorative nel pubblico impiego (spesso riguardanti proprio la stabilità del posto di lavoro alle dipendenze della PP.AA.), pretendendo di investire le Corti sovranazionali (e non solo la CGUE, ma anche la Cedu) della soluzione di situazioni conflittuali "collettive" che sono diventate patologiche ed endemiche, nella loro ciclica negatività, per carenze interne culturali e istituzionali dell'ordinamento nazionale e per responsabilità oggettiva della comunità giuridica.

14. Purtroppo, è accaduto, per disattenzione, per colpa o per scelta, che i fenomeni di degrado processuale derivanti dagli abusi di Stato sulle regole e sulla gestione dei rapporti di lavoro diventassero incontrollabili socialmente ed economicamente, per poi obbligare le Corti superiori nazionali ad opzioni interpretative eccezionali ed *extravagantes* rispetto alla superiore qualità che la Corte costituzionale o la Cassazione sono in grado di offrire, per risolvere i problemi di criticità della tutela dei diritti fondamentali e rendere compatibile la sopravvivenza di un welfare sostenibile con la tenuta dei conti pubblici.

15. Pertanto, alla domanda che, riproducendola nel titolo di un articolo del febbraio 2011 ricordato in nota, avevo formulato a me stesso e agli interpreti se la tutela comunitaria e internazionale avrebbe salvato il processo del lavoro italiano dagli abusi dello Stato sulle regole, a distanza di due anni avrei dato sicuramente una risposta negativa, vista la gravità della situazione e della crisi del sistema giuridico interno di tutela.

16. E del resto, senza la collaborazione del Giudice delle leggi nazionali di un grande Stato come l'Italia, fondatore dell'attuale Unione europea, non vi può essere alcuna tutela effettiva dei diritti quando l'interlocutore e la controparte (dei processi) è il legislatore che conosciamo e la pubblica amministrazione che conosciamo, di cui ho fatto parte per qualche anno come servitore formale (di ruolo) dello Stato, così come ancor oggi mi considero servitore sostanziale dello Stato nel collaborare al regolare svolgimento della funzione giurisdizionale, che la Costituzione garantisce nella sua effettività.

2. L'udienza del 27 marzo 2013 e il nuovo ruolo della Corte costituzionale

17. La Corte costituzionale garantisce l'unità della rappresentanza dei poteri dello Stato nella difesa e applicazione dei principi costituzionali, nella sua composizione paritaria nelle componenti di nomina presidenziale, parlamentare e giudiziaria.

⁵ V. *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Giappichelli, Torino, 2013, p. 23.

18. Se la Corte costituzionale non partecipa attivamente al dialogo con le Corti sovranazionali, con la Corte di Giustizia quando il processo è ancora vivo più che con la Corte europea dei diritti dell'uomo ove il processo è già morto e la tutela è già stata negata, la pienezza della tutela dei diritti fondamentali non sarà realizzabile neanche al livello più basso, fino a quando le esigenze erariali dovranno essere prioritariamente garantite in un momento di recessione e di crisi economica.

19. Ricordo a tutti anche gli effetti dello scontro a Lussemburgo tra due culture giuridiche italiane, una che pretende il rigoroso rispetto delle regole nella loro originaria formulazione quale garanzia di tutela dei diritti, l'altra fondata sul primato dello Stato nell'economia e nell'organizzazione del lavoro pubblico a prescindere dalla legalità costituzionale:

- conflitto tra Cedu e Corte costituzionale, con la Consulta che si rifiuta di aderire alla giurisprudenza convenzionale e la rimodella sul piano interpretativo a vantaggio degli abusi di Stato nelle sentenze nn.257/2011 sulle pensioni agricole, 303/2011 sul Collegato lavoro, n.264/2012 sulle pensioni svizzere;
- crisi gravissima nei rapporti tra Cedu e Corte di Giustizia, con la Corte di Lussemburgo che si rifiuta nella sentenza *Scattolon* di aderire alla censura diretta nei confronti dello Stato italiano e della sua Corte costituzionale sull'uso massivo e devastante delle leggi retroattive in materia civile e rimanda *sine die* la possibilità di estendere i suoi poteri decisionali con l'applicazione sistematica dei principi della Carta di Nizza e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sancita dal Trattato di Lisbona;
- grave dissenso decisionale all'interno del Collegio lussemburghese, espresso dalla mancata sottoscrizione della sentenza *Scattolon* da parte di due dei 13 componenti la Grande Sezione.

20. Eppure, dal 27 marzo 2013 o, se si preferisce, dal 12 aprile 2013⁶ è cambiato tutto, la Corte costituzionale ha deciso di voltare pagina e di essere protagonista diretta di un processo di risanamento dell'ordinamento interno necessario quanto inimmaginabile, fino a quel momento. E lo ha fatto *motu proprio*.

21. Infatti, è pur vero che alla Corte costituzionale le parti costituite nei giudizi incidentali sollevati dal Tribunale di Trento avevano chiesto nelle memorie scritte conclusive al Giudice delle leggi il rinvio pregiudiziale Ue ai sensi dell'art.267 TUEF, ma si trattava di istanza di stile. Mai, scrivendola con i colleghi, avremmo potuto immaginare che la Consulta avesse intenzione di modificare la sua giurisprudenza (più implicita che esplicita) sul rifiuto di riconoscersi «giurisdizione nazionale» in sede incidentale per la rimessione alla Corte di Giustizia di quesiti interpretativi.

22. Le dieci ordinanze sul precariato scolastico sollevate dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezie Terme, discusse unitariamente all'udienza pubblica del 27 marzo 2013, erano tutte palesemente inammissibili e carenti nell'indicazione del vaglio di costituzionalità delle due norme interne che negavano e negano la tutela effettiva antiabusiva: l'art.4, comma 14-bis, della legge n.124/1999 e l'art.10, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001, che non consentono la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi, quantomeno nell'ipotesi del superamento dei 36 mesi di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

23. La controprova dello scetticismo generale degli interpreti su questa sola teorica eventualità (del rinvio pregiudiziale) è stata l'improvvisa domanda del Presidente Gallo all'avv. Sergio Galleano, con cui si era condivisa la richiesta di rinvio pregiudiziale Ue nella memoria conclusiva, al termine dell'intervento del difensore di uno dei docenti precari, intervento tutto strutturato sulla giurisprudenza comunitaria che consentiva la riqualificazione dei rapporti a termine nel pubblico impiego: «*Avvocato, ma allora non insiste sulla richiesta di rimessione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art.267 del Trattato per il funzionamento dell'Unione europea?*»

24. Con quella domanda del Giudice delle leggi (e con la immediata risposta dell'avvocatura che, “in modo

⁶ Cfr. M. D'Onghia, *Diritti previdenziali e vincoli di bilancio nella giurisprudenza costituzionale*, Bari, 2013, monografia in corso di pubblicazione, che sottolinea la dichiarazione di intenti della svolta della Corte costituzionale nella relazione presidenziale del 12 aprile 2013 alla seduta straordinaria degli Stati generali della classe politica.

convintissimo”, ha “insistito” su tutte le conclusioni precisate in atti, compresa la richiesta di rinvio pregiudiziale) è cambiato completamente nelle arringhe pomeridiane il percorso argomentativo degli avvocati e ci siamo concentrati esclusivamente sulla finestra aperta dalla Corte costituzionale alla possibilità di sollevare per la 1^a volta questione pregiudiziale in sede incidentale, facoltà che la dottrina aveva invano sollecitato a esercitare da tempo immemore, censurando l’inerzia della Consulta⁷.

25. Ho dovuto cambiare il mio intervento, che in origine si sarebbe soffermato sulla domanda subordinata, per contrasto con la clausola 5 dell’accordo quadro comunitario sulla disciplina del contratto a tempo determinato in relazione all’art.117, comma 1, Cost., di declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art.4, comma 1, l. n.124/1999 e dell’art. 93, commi 1 e 2, della legge della Provincia autonoma di Trento n.5/2006 (le norme sospettate di violazione della normativa comunitaria dal Tribunale di Trento), cui avrei aggiunto, se avessi fatto l’intervento, l’art.4, comma 14-bis, l.n.124/1999 e l’art.10, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (norme interne non sottoposte a scrutinio di costituzionalità, su cui la Corte può intervenire ai sensi dell’art.27 della legge n. 87/1953).

26. Infatti, l’impostazione difensiva dei docenti precari era comune, con richiesta, in via principale, di **inammissibilità** della questione di costituzionalità, dovendo il giudice a quo disapplicare la normativa impugnata per violazione della normativa comunitaria, e, in via subordinata, con l’accoglimento della medesima, per violazione dei parametri di cui alle ordinanze di rimessione.

27. Del resto, precisa la Corte costituzionale nell’ordinanza n.206/2013 con cui dichiara inammissibili le questioni sollevate dal Tribunale di Trento nelle sei identiche ordinanze di rinvio, *«l’atto di costituzione contiene una dettagliata ricostruzione delle principali pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea su tale argomento, fino all’ordinanza 1° ottobre 2010 (in causa C-3/10, Affatato) ed alla sentenza 26 gennaio 2012 (in causa C-586/10, Kucuk), alla luce delle quali il Russo conclude 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.»*

28. Quindi, l’avvocatura del libero foro (ma anche quella del datore di lavoro pubblico Provincia di Trento e Ministero dell’Istruzione) aveva già manifestato perplessità e dissenso giuridico sul fatto che la Corte costituzionale come Giudice delle leggi potesse risolvere il problema del precariato pubblico, sembrando ormai definitivamente spostata la definizione della controversia davanti alle Istituzioni europee. La richiesta di un ulteriore rinvio pregiudiziale Ue rispetto a quelle già sollevate dal Tribunale di Napoli era solo atto dovuto, alla luce della stessa giurisprudenza costituzionale.

29. Infatti, la stessa Corte Costituzionale ha chiarito che *«il rimettente deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell’Unione*

⁷ Cfr. A. Agosta, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato CE, tra (ingiustificato?) horror obsequii della Corte costituzionale e irresistibile vocazione espansiva del giudice comunitario*, 357 ss., in P. Falzea, A. Spadaro; E. Cannizzaro, *La Corte costituzionale come giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 177 del Trattato CE*, in Riv.dir.int., 1996, 452; S.M. Carbone, *Corte costituzionale, pregiudiziale comunitaria e uniforme applicazione del diritto comunitario*, in Dir. UE, 2007, 707 ss.; M. Cartabia, *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea* in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 99 e segg.; M. Cartabia e A. Celotto., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in Giur. cost., 2002, 4504 ss.; G. Gaja, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell’esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 277; T. Groppi, *La corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell’art. 177 del Trattato Ce*, in *Giudici e giurisdizione nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Torino, 1997, 171 ss.; A. Pizzorusso, *Commento all’art. 134*, in *Commentario alla Costituzione*, di G. Branca e A. Pizzorusso (a cura di), Bologna –Roma, 1981, 39; F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in Dir. pubbl., 2002, 491; L. Ventura, *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa: Atti del Seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio - 1 giugno 2002*, Torino, 2003, pp. 349-373; F. Sorrentino, *Corte Costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, I, Milano, 1970, 129 ss.; G. Tesaro, *Corte di Giustizia e Corte Costituzionale*, in AA.VV., *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 177 ss.; G. Zagrebelsky, intervento al Seminario Corti europee e corti nazionali, relazione del 12 gennaio 2001 al Seminario dell’Osservatorio costituzionale L.U.I.S.S. in www.luiss.it/semcost/europa.

europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione (ex plurimis sentenze n. 288 e n. 227 del 2010, n. 125 del 2009 e n. 284 del 2007); che, d'altronde, va ribadito che, nei casi in cui i giudici nazionali, chiamati ad interpretare il diritto comunitario, al fine di verificare la compatibilità delle norme interne, conservino dei dubbi rilevanti, va utilizzato il rinvio pregiudiziale prefigurato dall'art. 234 del Trattato CE quale fondamentale garanzia di uniformità di applicazione del diritto comunitario nell'insieme degli Stati membri (sentenza n. 284 del 2007); e che la questione di compatibilità comunitaria costituisce un prius logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità, poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata nel giudizio a quo e pertanto la rilevanza della questione (ordinanze n. 241 del 2010 e n. 100 del 2009).» (così ordinanza n. 298 del 2011 e in termini sentenza n. 111/2012, che dichiara inammissibile la censura inerente la violazione dell'articolo 47 della Carta di Nizza proprio in quanto tale disposizione è direttamente applicabile nell'ordinamento interno).

30. In verità, il Tribunale di Trento aveva precisato che la non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea derivava, sostanzialmente, dalla non diretta applicabilità della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, essendo lasciata alla discrezionalità degli Stati membri la previsione e applicazione di una delle tre misure preventive anti-abusive imposte dalla disciplina comunitaria: a) le ragioni oggettive in caso di successione di contratti o rapporti a termine; b) la durata massima complessiva dei contratti o rapporti a tempo determinato; c) il numero massimo dei rinnovi.

31. E la Corte di Giustizia si era già pronunciata troppe volte sull'interpretazione della direttiva 1999/70/CE, anche in rapporto all'ordinamento interno (sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo; ordinanza Affatato), per immaginare che potesse essere indispensabile una ulteriore rimessione pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, dopo quelle già proposte dal Tribunale di Napoli con le ordinanze C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13, tuttora pendenti.

32. Invece, la Corte costituzionale ha chiesto all'avvocatura del libero foro di provare a collaborare insieme per la soluzione del più grave problema strutturale dell'ordinamento interno non solo in materia di pubblico impiego, dopo aver constatato direttamente la gravità della situazione interna e l'impossibilità di soluzioni giudiziarie sia in senso positivo che in senso negativo, come ad esempio era avvenuto con le sentenze nn.392/2012 e 10127/2012 della Corte di Cassazione.

33. E quando, approfittando della pausa pranzo e grazie al provvidenziale ausilio dell'*ipad* per la ricerca dell'unico precedente della Corte costituzionale di rinvio pregiudiziale Ue in sede di ricorso principale come Giudice di ultima istanza, ho ricordato al Presidente Gallo che era stato l'Estensore della ordinanza n.103/2008, che la Corte di Giustizia aveva risolto con la sentenza del 17 novembre 2009 in causa C-169/08 Presidente del Consiglio dei Ministri c/ Regione Sardegna, mi è stato risposto, come se fossimo davanti al Giudice del lavoro di 1° grado in una normale controversia di lavoro, che lì la questione era stata più semplice, riconoscendo implicitamente che non solo era possibile il rinvio pregiudiziale alla Corte europea in sede incidentale, per quanto più complesso da un punto di vista procedurale, ma che il Giudice delle leggi ci stava seriamente pensando.

34. All'ipotesi del rinvio pregiudiziale Ue, addirittura, ha aderito anche l'eccellente difesa della Provincia di Trento, datore del lavoro resistente nel giudizio principale per "colpe" non sue ma del legislatore nazionale, affermando testualmente che «non sarebbe stata una cattiva idea, per garantire un dibattito in sede comunitaria sulla questione del precariato scolastico, con l'autorevolezza della posizione del Giudice delle leggi.».

35. Ne consegue che, alla chiusura dell'udienza pubblica del 27 marzo 2013, gli avvocati che vi avevano partecipato erano già sufficientemente sicuri che la Corte costituzionale avrebbe proposto la più importante ordinanza di rinvio pregiudiziale del diritto dell'Unione europea in sede incidentale rispetto a quelle sollevate dagli altri Giudici delle leggi nazionali.

3. Gli altri casi di rinvio pregiudiziale in sede incidentale delle Corti costituzionali europee e l'unicità del rinvio pregiudiziale italiano

36. I tre precedenti rinvii pregiudiziali in sede incidentale, ai sensi dell'art.267 (già art.234 Trattato Cee) del TUEF, delle altre Corti costituzionali riguardano tutti questioni interpretative legate all'applicazione della Decisione quadro 2002/584/GAI in materia di mandato di arresto europeo:

- la domanda di pronuncia pregiudiziale dell'Arbitragehof (organo giurisdizionale preposto al sindacato di legittimità delle leggi) del Belgio con decisione del 13 luglio 2005, decisa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 3 maggio 2007 nel procedimento C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con l'art.6, n.2, del Trattato Ue sollevati dal Tribunale costituzionale belga;
- la domanda di pronuncia pregiudiziale del Tribunal Constitucional della Spagna con decisione del 9 giugno 2011, decisa dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 26 febbraio 2013 nel procedimento C-399/11 *Melloni*, che ha rigettato i sospetti di contrasto della decisione quadro con gli artt.47, 48 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea;
- la domanda di pronuncia pregiudiziale del Conseil constitutionnel della Francia con decisione del 9 giugno 2011, decisa dalla II Sezione della Corte di Giustizia con la sentenza del 30 maggio 2013 nel procedimento d'urgenza C-168/13 *PPU Jeremy F.*, che ha risolto i dubbi applicativi del nuovo caso di "Lolita" inglese (fuga in Francia del docente britannico con la sua allieva minorenni ultraquindicenne ma infrasedicenne, con conseguente ipotesi del doppio reato di sottrazione di minori e di atti sessuali su minori, che il più tollerante - per età - diritto francese non prevedeva come fattispecie penalmente rilevante).

37. Nessuno dei tre precedenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle questioni pregiudiziali sollevate in sede incidentale dai Tribunali costituzionali di Belgio, Spagna e Francia ha il peso e l'importanza dei due seguenti quesiti proposti dalla nostra Corte costituzionale con l'ordinanza del 18 luglio 2013 n.207, iscritta in Corte di Giustizia come procedimento n.C-418/13 *Napolitano* e a.:

«- se la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE debba essere interpretata nel senso che osta all'applicazione dell'art. 4, commi 1, ultima proposizione, e 11, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico) - i quali, dopo aver disciplinato il conferimento di supplenze annuali su posti «che risultino effettivamente vacanti e disponibili entro la data del 31 dicembre», dispongono che si provvede mediante il conferimento di supplenze annuali, «in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo» - disposizione la quale consente che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno;

- se costituiscano ragioni obiettive, ai sensi della clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano come sopra delineato, tali da rendere compatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa come quella italiana che per l'assunzione del personale scolastico a tempo determinato non prevede il diritto al risarcimento del danno.».

38. La controprova della serietà e della personale condivisione della ricerca di una soluzione definitiva del dramma del precariato scolastico da parte del Giudice delle leggi sta nell'inquadramento della fattispecie pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia, che nella scheda tecnica pubblicata sul sito www.curia.eu della Corte europea così individua l'oggetto dell'ordinanza di rinvio: *«Domanda di pronuncia pregiudiziale - Corte costituzionale - Interpretazione della clausola 5, sub 1, della direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determina-*

to (GU L 175, pag. 43) – **Normativa nazionale che consente, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale docente di ruolo, che si faccia ricorso a contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi, senza prevedere la durata massima dei contratti né il numero massimo di rinnovi possibili, e senza prevedere un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata stipula di un contratto a tempo indeterminato.»**

39. Nella sintesi a fini classificatori operata dalla Corte di Giustizia, dunque, l'ordinanza di rinvio della Corte costituzionale chiede di interpretare la clausola 5, n.1, dell'accordo quadro comunitario rispetto ad una norma interna che, dichiaratamente secondo il Giudice delle leggi, non prevede per il personale supplente della scuola pubblica docente e ata in n.125.934 nel 2002 nessuna delle tre misure preventive obbligatorie antiabusiva imposte dalla disciplina europea e, soprattutto, nessuna sanzione effettiva.

4. Criticità strutturali dell'ordinamento interno legate al precariato pubblico e la convocazione straordinaria del 12 aprile 2013 a Palazzo della Consulta

40. **Lo Stato italiano**, dunque, secondo la Corte di Giustizia in sede di prima lettura dell'ordinanza Napolitano, **non ha recepito la direttiva 1999/70/CE per i contratti a tempo determinato della scuola pubblica**. Non pare che questa posizione interpretativa della Corte costituzionale sia di favore per il legislatore nazionale, di cui addirittura il Giudice delle leggi conferma la spiccata tendenza ad eludere gli obblighi comunitari. Ed è esattamente quanto è emerso nelle memorie scritte e in sede di discussione davanti alla Consulta all'udienza del 27 marzo 2013 delle ordinanze sul precariato scolastico.

41. Per chi avesse ancora dubbi sulla gravità istituzionale e sulla coerenza della scelta della Corte costituzionale di dialogare direttamente e alla pari (mi permetto di dire su un piano di "subordinazione tecnica con equiordinazione gerarchica, laddove il tecnico subordinato dell'interpretazione delle norme europee non è certamente il Giudice delle leggi nazionali trasformatosi in Giudice delle controversie seriali) con la Corte di Giustizia, garbatamente invitata ad un supplemento chiarificatore di perizia dopo le tantissime pronunce già emesse in materia, ricordo l'improvvisa e straordinaria convocazione alla seduta del 12 aprile 2013 degli Stati generali della politica nazionale e regionale presso il Palazzo della Consulta, due settimane dopo la discussione sul precariato scolastico.

42. Nell'evidenziare la palese illegittimità costituzionale della legge elettorale c.d. "Porcellum" delegittimando così *ex professo* la credibilità dell'intero corpo legislativo e governativo di "nominati" in base all'immondo meccanismo di autoselezione dell'elettorato passivo nazionale, la **relazione del 12 aprile 2013 del Presidente Gallo sottolinea con molta chiarezza la necessità di rafforzare il dialogo con la Corte di Giustizia e con la Corte europea dei diritti dell'uomo**, superando con la Corte di Strasburgo i contrasti interpretativi sulle note vicende delle pensioni svizzere (sentenza Maggio della Cedu)⁸ e sul personale Ata trasferito allo Stato (sentenze Agrati I e Agrati II della Cedu) in materia di norme interpretative con efficacia retroattiva sui processi in corso: **«Il dialogo che la Corte ha ormai stabilmente instaurato con i giudici europei si presenta a volte più difficile proprio con il soggetto che della Corte dovrebbe essere il naturale interlocutore, e cioè il legislatore. Questa difficoltà emerge, in particolare, nei casi in cui essa solleciti il legislatore a modificare una normativa che ritiene in contrasto con la Costituzione. Tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione esiga la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che que-**

⁸ Cfr. sulla problematica delle norme interpretative con efficacia retroattiva e sugli effetti controversi delle decisioni della Cedu Maggio e Agrati, cfr. E.Lupo, *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, di E. Falletti-V. Piccone (a cura di), 2012, Bari, 31 ss.; V. De Michele, *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, 223 ss., cit.; nonché *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e Ue delle norme retroattive pro-Inps*, *ibidem*, 2011, 560 ss.

ste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia.».

43. A luglio 2013 con la impeccabile sentenza n.170/2013 (Pres. Gallo, Est. Cartabia) il Giudice delle leggi ha chiuso definitivamente la *querelle* con la Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma retroattiva in favore di Equitalia, che, nelle procedure concorsuali, estendeva il privilegio erariale sui crediti da tributi anche alle sanzioni comminate dall'impresa pubblica concessionaria. La Corte costituzionale richiama, a sostegno della propria lineare decisione - come giurisprudenza "generale" e non del caso concreto e della fattispecie "puntiforme" -, tutte le sentenze della Cedu che avevano censurato la legittimazione autoctona di norme retroattive novative o interpretative in favore delle indeterminate esigenze erariali, cioè le sentenze *Maggio, Agrati e Arras*. Due settimane dopo la riconciliazione con la Corte di Strasburgo, sottoscriverà il nuovo Trattato di Roma con la Corte di Giustizia, attraverso il rinvio pregiudiziale dell'ordinanza Napolitano.

44. Nella relazione presidenziale la Corte costituzionale ammette gli estremi limiti dei propri interventi sul legislatore nazionale. Sta di fatto che la Consulta ha provato di tutto, per frenare gli eccessi normativi e un legislatore fraudolento sia a livello nazionale che a livello regionale, ed è stata costretta ad inventarsi, senza grande fortuna, anche il principio del «giudicato costituzionale», soprattutto in materia di reclutamento senza concorso nel pubblico impiego locale, approfittando dell'unica situazione in cui è Giudice unico e di ultima istanza del merito della controversia, cioè in sede di ricorsi principali da parte del Governo nei confronti della legislazione concorrente regionale in materia di competenza concorrente: *«Anche il legislatore regionale non sempre si è uniformato alle pronunce costituzionali. È anzi accaduto – da ultimo nel caso deciso con la sentenza n. 245 dello scorso anno – che, a fronte di un giudicato costituzionale, una Regione abbia addirittura reiterato il contenuto di discipline dichiarate costituzionalmente illegittime. È auspicabile che casi gravi come quest'ultimo restino isolati.».*

45. L'Ente locale che viola il giudicato costituzionale è la Regione Puglia, che ricade nell'errore due mesi dopo il primo ammonimento scritto con la sentenza n.73/2013 e con il secondo durissimo rimprovero istituzionale: *«La Corte ha già notato «con preoccupazione che la Regione Puglia continua ad approvare disposizioni legislative contrastanti con gli artt. 3 e 97 Cost., senza ottemperare ai giudicati costituzionali» (sentenza n. 245 del 2012). Questo ricorso, ormai relativamente frequente da parte della Regione, a procedure dichiarate costituzionalmente illegittime, rappresenta, tra l'altro, una violazione del giudicato costituzionale ex art. 136 Cost. Infatti, «il giudicato costituzionale è violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione di quella già ritenuta lesiva della Costituzione, ma anche laddove la nuova disciplina miri a perseguire e raggiungere, “anche se indirettamente”, esiti corrispondenti» (sentenze n. 245 del 2012, n. 223 del 1983, n. 88 del 1966 e n. 73 del 1963), come avviene nel caso in esame, in cui la legislazione regionale, pur non riproducendo formalmente la procedura di stabilizzazione già dichiarata illegittima, ne utilizza gli esiti in spregio ai principi enunciati da questa Corte.»».*

46. Tornando allora al *thema decidendi*, cioè alla mancanza di tutele antiabusivo nei confronti dei supplenti della scuola pubblica, la Corte costituzionale sin dalla sentenza n.89/2003, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, si è sempre attestata sulla posizione granitica della salvaguardia del principio del pubblico concorso ex art.97 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.

47. Ho condiviso le critiche della dottrina⁹ all'applicazione dell'obbligo costituzionale del pubblico concorso applicato, nella sentenza n.89/2003, anche ai collaboratori scolastici, che il concorso non lo fanno "per legge", accedendo al reclutamento a tempo indeterminato o alle supplenze in base a graduatorie per soli titoli di servizio o di accesso (originariamente, licenza di scuola media inferiore, ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987). Ma il problema è un altro: che cosa sarebbe successo se la Corte costituzionale non avesse fissato condizioni applicative così rigide di un principio sacrosanto, quale è l'accesso al pubblico impiego mediante un concorso pubblico?

48. In buona sostanza, qual è il livello di cultura ordinamentale "diffuso" nella società civile e nella classe dirigente politica rispetto all'art.97, comma 3, Cost.? A me pare, avendo fatto il servitore dello Stato dopo aver superato concorsi pubblici e avendo superato il concorso di abilitazione alla professione di avvocato sulla base di una valutazione alfanumerica delle prove scritte (cfr. sentenza n.20/2009 della Corte costituzionale: in termini sostanziali, in quel concorso sono stato "fortunato"), che, nonostante il monito eticamente ineccepibile della Corte costituzionale, il sistema clientelare e della raccomandazione sia riconosciuto come prassi normale e condivisa del reclutamento nel pubblico impiego, dal momento che le pubbliche amministrazioni per tanti anni hanno fatto uso massivo di contratti atipici senza concorso e hanno rinunciato in molti settori del pubblico impiego addirittura a farli i concorsi pubblici.

49. E' quello che è successo nella scuola, dove le rigorose modalità di reclutamento per l'accesso anche alle supplenze, oltre che alle assunzioni in ruolo, attraverso il c.d. "doppio canale" (metà immessi in ruolo dalle graduatorie concorsuali e metà dalle graduatorie permanenti fondate sui titoli di accesso e sui titoli di servizio), hanno provocato soltanto un incremento esponenziale del precariato perché deliberatamente lo Stato non ha espletato concorsi per ben tredici anni dal 1999 al 2012, come attestato dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

50. E' quello che è successo in altri settori strategici dell'ordinamento nazionale, come la sanità, la ricerca, con centinaia di migliaia di precari "simil-stabili o di lunga durata".

51. Perché si è sviluppata questa situazione di instabilità lavorativa in posti di lavoro che, come afferma l'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni nella causa C-313/10 Jansen ai punti 46-65, sono normalmente strutturati per esigenze permanenti e non temporanee di servizio pubblico?

52. Lo stesso Avvocato generale, la cui analitica riflessione sul fenomeno del precariato pubblico in Europa è stata portata all'attenzione della Corte costituzionale nelle cause sul precariato scolastico, ammette che la diffusa flessibilità lavorativa nel pubblico impiego è presente nella gran parte degli Stati membri, compresa la "virtuosa" Germania che, non a caso, ha stabilizzato la lavoratrice Jansen come funzionario di cancelleria nel settore giustizia del Land Nord-Westfalia rinunciando all'appello per evitare la conclusione del processo comunitario e la prevedibile censura della Corte di Giustizia.

5. Gli interventi chirurgici del Giudice delle leggi sul precariato pubblico delle autonomie locali

53. Va detto che sul precariato pubblico delle autonomie locali la Corte costituzionale è riuscita ad intervenire più direttamente, grazie allo strumento del ricorso principale del Governo contro le leggi regionali di stabilizzazione senza concorso, generando però un pericoloso fenomeno di discriminazione tra (presunti) raccomandati e clientele di serie A (nelle pubbliche amministrazioni

⁹ V. ex multis, A. Garilli, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133. *Privato e pubblico a confronto*, Torino, 2009, 138 e ss.; D. Mezzacapo, *Profili problematici della flessibilità nel lavoro pubblico: il contratto a tempo determinato*, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, 505 e ss.; M.G.Greco, *Nota a Corte cost.*, 27 marzo 2003, n. 89, in *Lavoro nelle P.A.*, 2003, 2, 355; P. Chieco, *I contratti « flessibili » della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione « ordinaria » della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale* in *Lav. nelle P.A.*, 2003, 3-4, 489.

statali, comprese le Autorità indipendenti) e (sempre presunti) raccomandati di serie B (nelle autonomie locali). Credo che tre sentenze del Giudice delle leggi fotografino perfettamente lo sforzo della Corte di indirizzare le Regioni, invano, verso percorsi virtuosi di reclutamento stabile del personale.

54. Nella 1^a sentenza n.226/2012 la Corte costituzionale dichiara legittima la legge della Regione Puglia che aveva trasferito senza soluzione di continuità il personale del soppresso Ato Puglia (Consorzio Enti locali per la gestione delle risorse idriche regionali) nel nuovo Ente pubblico regionale non economico Autorità idrica pugliese, in quanto, in ragione del servizio pubblico espletato e non della forma giuridica assunta (di diritto privato) l'Ato Puglia rientrava nella nozione di «ente locale», cioè tra le «pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture» per le quali è prevista, in caso di «trasferimento o conferimento» delle attività da esse svolte «ad altri soggetti, pubblici o privati», l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti (art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001). Con questo argomento e in applicazione dell'art.31 d.lgs. n.165/2001, la Corte si disinteressa del tipo di reclutamento a tempo indeterminato posto in essere dall'Ato Puglia se rispondente o meno alle procedure selettive richieste dall'art.35 del TUPI, *«essendo estraneo al thema decidendum ogni sindacato sulla legittimità delle assunzioni di personale effettuate a suo tempo dall'Ato Puglia.»*. Infatti, per la Corte *«la normativa denunciata si limita a fare applicazione del combinato disposto del sopra citato art. 31 del d.lgs. 2001, n. 165, e dell'art. 2112 cod. civ., disponendo il trasferimento all'Autorità idrica pugliese del personale già in servizio a tempo indeterminato presso l'ente locale ATO Puglia alla data 1° gennaio 2010, nel rispetto delle procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428. Da ciò consegue che il suddetto personale dell'ATO Puglia «conserva» il proprio rapporto di lavoro con i correlativi diritti anche presso l'Autorità idrica pugliese, senza acquisire alcun ulteriore vantaggio in termini di stabilità del posto di lavoro.»*».

55. Viceversa, con la sentenza n.167/2013 la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima analoga disposizione della Regione Lombardia che disponeva il trasferimento del personale della società di diritto privato “Lombardia informatica s.p.a.”, partecipata in via maggioritaria dall'Ente locale regionale, in un ruolo speciale, ad esaurimento, della appena istituita “Agenzia regionale centrale acquisti in favore degli enti delle pubbliche amministrazioni aventi sede nella Regione Lombardia”. Di fronte alla richiesta di applicazione dei principi enunciati dalla stessa Consulta nel precedente n.226/2012, la Corte non accetta la stabilizzazione “selvaggia” e senza concorso e rivede sostanzialmente il precedente orientamento (sicuramente più corretto sul piano giuridico, ma prontamente strumentalizzato dalle Regioni), precisando che *«la natura puramente privata del lavoro alle dipendenze delle società partecipate, del resto, rende inoperante, nella fattispecie del trasferimento di funzioni da una società partecipata ad un ente pubblico, la stessa garanzia del posto di lavoro, che l'art. 2112 cod. civ. riconosce, in ambito privato, ai lavoratori subordinati in caso di trasferimento di azienda. L'art. 31 del d.lgs. n. 165 del 2001, che dispone esplicitamente l'applicazione di tale garanzia, nel settore del lavoro pubblico, al passaggio di funzioni e dipendenti da enti pubblici ad altri soggetti (pubblici o privati), non richiama la predetta garanzia per le ipotesi in cui il passaggio di funzioni avvenga – come nel caso previsto dalla legge regionale censurata – da soggetti privati ad enti pubblici: in tali ipotesi, infatti, l'automatico trasferimento dei lavoratori presuppone un passaggio di status – da dipendenti privati a dipendenti pubblici (ancorché in regime di lavoro privatizzato) – che, si ripete, non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico (in tal senso, sent. n. 226 del 2012).»*.

56. Infine, con la sentenza n.227/2013 il Giudice delle leggi dichiara illegittima anche la legislazione di stabilizzazione della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia su fattispecie analoghe di trasferimento di personale esaminate nelle citate decisioni nn.226/2012 e 167/2013, entrando nel

merito delle procedure selettive utilizzate dall'ente cedente per censurarne la conformità al precetto costituzionale dell'art.97 Cost.: «*Né è sufficiente ipotizzare che vi sia stata una procedura selettiva purchessia, atteso che questa Corte ha già stabilito e oggi ribadisce che «il previo superamento di una qualsiasi “selezione pubblica”, presso qualsiasi “ente pubblico”, è requisito troppo generico per autorizzare una successiva stabilizzazione senza concorso, perché esso non garantisce che la previa selezione avesse natura concorsuale e fosse riferita alla tipologia e al livello delle funzioni che il personale successivamente stabilizzato è chiamato a svolgere» (sentenza n. 225 del 2010, che richiama le sentenze n. 293 del 2009 e n. 100 del 2010), «cosicché la garanzia del concorso pubblico non può che riguardare anche l'ipotesi di mera trasformazione di un rapporto contrattuale a tempo indeterminato in rapporto di ruolo, allorché [...] l'accesso al suddetto rapporto non di ruolo non sia a sua volta avvenuto mediante una procedura concorsuale» (sentenze n. 215 del 2009 e n. 203 del 2004).E' necessario..... che la legge stabilisca preventivamente le condizioni per l'esercizio del potere di assunzione e subordini la costituzione del rapporto a tempo indeterminato all'accertamento di specifiche necessità funzionali dell'amministrazione, prevedendo procedure di verifica dell'attività svolta; il che presuppone che i soggetti da assumere abbiano maturato tale esperienza all'interno della pubblica amministrazione e non alle dipendenze di datori di lavoro esterni (sentenza n. 215 del 2009). Inoltre, la deroga dev'essere contenuta entro determinati limiti percentuali, in modo da non precludere del tutto la possibilità di accesso della generalità dei cittadini ai suddetti posti pubblici (sentenza n. 108 del 2011). La norma censurata non è conforme ai predetti principi. La difesa regionale non ha fornito elementi precisi che possano indurre a ritenere più adeguato al fine del buon andamento dell'amministrazione regionale il reclutamento diretto dei dipendenti già utilizzati dalla disciolta società in house (peculiarità delle attività svolte, professionalità particolarmente elevate o specializzate, et similia), facendo esclusivo assegnamento, per la dimostrazione dell'assunto, sulla ratio di tutela dei lavoratori occupati nella società in liquidazione. Tale motivazione, però, in quanto ricollegabile ad un interesse specifico degli stessi dipendenti beneficiari dell'inserimento immediato nei ruoli dell'amministrazione regionale, non può essere considerata idonea a giustificare una deviazione dal principio generale del pubblico concorso (sentenze n. 52 del 2011 e n. 195 del 2010), che è posto a tutela di tutti i cittadini che aspirino a ricoprire pubblici uffici.»».*

57. Ma vediamo quali sono le ragioni della diffusione del precariato pubblico nella non virtuosa Italia, perché potrebbero essere queste ad aver indotto la Corte costituzionale ad effettuare un passo così importante come il rinvio pregiudiziale in via incidentale sul reclutamento scolastico e la mancanza di tutele antiabusivo in tutto il pubblico impiego, costringendo il legislatore nazionale ai primi provvedimenti di sanatoria dopo l'ordinanza n.207/2013 con l'art.4 del D.L. 31 agosto 2013, n.101 e con l'art. 15 del D.L. 12 settembre 2013, n.104 sulla scuola, con la programmazione dell'immissione in ruolo in prospettiva in tre anni di circa 80.000 docenti e ata precari.

6. Causa ed effetto del precariato: lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego

58. Credo che un sano *outing* ordinamentale possa aiutarci a capire perché lo Stato abbia voluto relegare moltissimi suoi servitori in situazione di debolezza e instabilità lavorativa, con ingiusta mortificazione personale e sociale e gravissimo danno per l'economia nazionale, per la presenza di centinaia di migliaia di persone che non possono investire sul proprio futuro.

59. Lasciando da parte l'indubbio vantaggio erariale di non riconoscere l'anzianità di servizio e la progressione di carriera per lungo periodo a chi lavora a tempo determinato anche per molti anni con l'inquadramento contrattuale economicamente più basso, su cui in Italia neanche l'alluvionale giurisprudenza comunitaria dalla sentenza Del Cerro alle sentenze Rosado Santana e Valenza è riuscita

ad incidere in modo significativo in applicazione diretta del principio di uguaglianza e non discriminazione con i lavoratori a tempo indeterminato, il problema di fondo, mi pare, sia lo squilibrio finanziario della contribuzione del pubblico impiego, su cui si è giocata la più gigantesca operazione di *maquillage* dei conti pubblici a danno della collettività nazionale.

60. Ricordo di aver segnalato a maggio 2009¹⁰ il fenomeno cancerogeno, dopo essermi accorto che, nella sentenza del 13 novembre 2008 nella causa C-46/07 Commissione europea contro Repubblica italiana, la Corte di Giustizia aveva evidenziato che il regime pensionistico dei dipendenti pubblici gestito dall'Inpdap aveva natura professionale e non legale, cioè operava a retribuzione differita perché lo Stato non versa i contributi ai suoi dipendenti.

61. La recente incorporazione dell'Inpdap nell'Inps nel momento di maggior crisi finanziaria del Paese a novembre - dicembre 2011 (con decorrenza 1° gennaio 2012) e le polemiche conseguenti al buco finanziario lasciato dall'Inpdap hanno purtroppo confermato le informazioni che aveva ricevuto la Corte europea.

62. Non è una partita di giro, come incredibilmente affermato dall'ex Ministro del lavoro Fornero e dal Presidente Inps Mastrapasqua nel momento in cui la situazione di crisi contabile venne denunciata all'opinione pubblica, ma una violazione sistematica delle regole della contabilità pubblica e dell'art.60 D.lgs. n.165/2001 sul controllo del costo del lavoro pubblico.

63. Dalla riforma Dini (legge n.335/1005), cioè dal 1° gennaio 1996 all'attualità, le pubbliche amministrazioni statali, a differenza di quelle non statali, per i propri dipendenti con contratto a tempo indeterminato non hanno provveduto a versare all'Inpdap (ora all'Inps) la quota parte di contributi a carico del datore di lavoro pubblico. Lo Stato ha versato soltanto la quota contributiva a carico del dipendente di ruolo trattenuta in busta paga come sostituto d'imposta. Il mancato gettito contributivo da parte delle pubbliche amministrazioni statali ammonta ad oltre il 22% delle retribuzioni complessivamente erogate. La stessa situazione potrebbe essersi verificata per altre gestioni del pubblico impiego delle ex Aziende autonome dello Stato, come quelle dei postali (infatti l'Ipost è stata incorporata dall'Inps prima della incorporazione dell'Inpdap), degli elettricisti, dei trasporti, segnalate in grande sofferenza finanziaria.

64. Per i dipendenti precari dello Stato, invece, non vi è stato neanche il versamento della quota contributiva a carico del lavoratore, prelevata ma non versata se non al termine del servizio come trattamento di fine rapporto da parte dell'Inpdap, come forma di autofinanziamento di una retribuzione differita che avrebbe dovuto pagare la pubblica amministrazione e non il lavoratore. In effetti, i precari statali, come tutti i precari del pubblico impiego, non hanno una posizione assicurativa previdenziale presso l'Inps per i periodi di servizio alle dipendenze della P.A.

65. Quindi, **la flessibilità nel pubblico impiego non risponde ad esigenze effettive della pubblica amministrazione**, ma serve a compensazioni finanziarie contributive per bilanciare, in tutta evidenza, gli eccessi di retribuzione contrattuale della dirigenza pubblica, che i contratti li ha stipulati in autonomia con se stessa e che ha creato rendite di posizione anche pensionistiche, su cui occorrerà intervenire per equità sociale e non come contributo di solidarietà.

66. Naturalmente, l'imperativo categorico è quello di risolvere il problema del precariato pubblico con la riqualificazione dei rapporti di lavoro, senza scuse o ulteriori ritardi, per cominciare a sanare questa immonda situazione di squilibrio finanziario nella contribuzione del pubblico impiego, che ha

¹⁰ V. *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, p.32.

inquinato il sistema contributivo e pensionistico anche dei lavoratori privati, pretendendo il legislatore fraudolento la ricongiunzione onerosa tra periodi assicurativi di gestioni previdenziali del privato e del pubblico che, se onorate effettivamente da tutti i datori di lavoro pubblici con posizione assicurative trasparenti e certificate, sono sostanzialmente identici sul piano delle aliquote contributive.

7. Il legislatore fraudolento nelle recenti modifiche alla disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego

67. Possiamo fidarci delle buone intenzioni della recente legislazione d'urgenza di risolvere il problema del precariato pubblico, compreso quello scolastico? Assolutamente no. Le novità introdotte in materia di contratti a tempo determinato e di stabilizzazione nel pubblico impiego dall'art.4 del D.L. 31 agosto 2013, n.101, sono manifestazione di legislazione "ambientale", con fuoriuscita di una serie di rifiuti tossici che si aggiunge alla già nauseabonda attuale discarica normativa.

68. Parliamoci chiaro. Se il legislatore d'urgenza, sostituendo all'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001 (v. art.4, comma 1, lett.a, D.L. 101/2013) le parole «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali» con quelle «**Per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale**», pretende di rifilare ai giuristi italiani e all'Europa la storiella che con questa straordinaria novità l'accesso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego è diventato molto più restrittivo che in passato, ricorderei che, nella lingua italiana, la congiunzione "o" serve a disgiungere le esigenze eccezionali da un lato e le esigenze temporanee dall'altro, per cui il ricorso alla flessibilità è stato ora grandemente implementato e comprende "esclusivamente" anche tutte le possibili esigenze temporanee.

69. E ancora. Sempre il sedicente legislatore d'urgenza (v. art.4, comma 1, lett.b, D.L. 101/2013) ha introdotto i seguenti commi *5-ter* e *5-quater* nel testo dell'art.36 D.Lgs. n.165/2001:

«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.

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.».

70. Nel ricordare al distratto legislatore che nel testo unico sul pubblico impiego già dispone, nella stessa norma (l'art.36), al comma 2 l'applicazione del decreto legislativo n.368/2001, va precisato che non solo non vi era bisogno di una ulteriore previsione di "applicazione" della normativa interna di recepimento della Direttiva 1999/70/CE, ma la mancata trasformazione in contratto a tempo indeterminato derivante dal comma 5-ter e la sanzione della nullità dei contratti a tempo determinato stipulati in violazione dell'art.36 (comma 5-quater), al di là della contraddizione interna tra contratti a termine legittimi ma senza sanzione (comma 5-ter) o illegittimi e quindi nulli ma sempre senza sanzione (comma 5-quater: la responsabilità erariale e dei dirigenti non può mai scattare, senza il risarcimento del danno, che non è neanche previsto), comporta unicamente la gravissima conseguenza, già sottolineata dalla Corte costituzionale nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale per i contratti della scuola, che l'ordinamento interno non prevede nessuna misura idonea a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato di tutto il pubblico impiego.

71. Naturalmente, l'avvocatura del libero foro, nell'esercizio della funzione giurisdizionale "statale" di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari anche in Corte di Giustizia, costituitasi nei giudizi pregiudiziali C-50/13 Papalia (Tribunale di Aosta), C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 riuniti Mascolo e a. (Tribunale di Napoli) e C-418/13 Napolitano e a. (Corte costituzionale), avrà modo oralmente e per iscritto di chiarire alla Corte europea il senso e la innegabile vena umoristica e canzonatoria che caratterizza tali innovative disposizioni, ribadendo che **solo questo nuovo e diretto dialogo tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia può portare a soluzioni positive della carenza di tutela dei diritti fondamentali**, come auspicato dalla dottrina più autorevole¹¹.

8. Il punctum dolens dalla tutela del precariato pubblico: primato del diritto europeo e costituzionale o discrezionalità illimitata del legislatore interno nel modificare le norme di recepimento della disciplina comunitaria?

72. 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 della II Sezione della Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, che però avevano costretto il legislatore nazionale ad avviare il processo di stabilizzazione del precariato pubblico con la legge finanziaria n.296/2006.

73. Del resto, tra le due ordinanze di rinvio del Tribunale di Genova in causa C-53/04 Marrosu-Sardino e C-180/04 Vassallo vi era già una diversità di impostazione della problematica.

74. 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 (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».*

75. Invece, nell'ordinanza di rinvio in causa C-180/04 il Tribunale di Genova ha sollevato tre quesiti pregiudiziali:

«Se – tenuto conto dei principi di non discriminazione e di effettività avuto riguardo, per quanto riguarda la Repubblica italiana, alle misure da essa prese con riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di datori di lavoro non pubblici – la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 [articolo 1 nonché clausole 1, lett. b), e clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro CES-UNICE-CEEP recepito dalla direttiva] debba essere intesa nel senso che osta ad una disciplina interna quale quella di cui all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che non stabilisce "a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato", addirittura escludendo in radice e in modo assoluto che l'abuso del ricorso a tale forma di

¹¹ Cfr. L. Menghini, *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su "Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?", organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, p.35 e conclusiva del manoscritto, in cui l'Autore sottolinea l'impotenza del giurista di fronte alle caotiche evoluzioni legislative e che il dialogo tra le due Corti rappresenti l'unica speranza di soluzione del precariato pubblico: «E' questo un periodo di grande disincanto per i giuslavoristi, dato che da molto tempo non riescono ad incidere sull'evoluzione legislativa della materia e si vedono costretti ad una attività di esegesi spicciola di norme dalla portata minima, ma comunque confuse perché compromissorie, improvvisate perché dettate dall'urgenza e magari eliminate dopo poco tempo. Siamo stanchi di studiare modelli innovativi che finiscono col restare nei cassetti».

contrattazione e di rapporti possa dare luogo alla costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato;

2) in caso di risposta affermativa al primo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa), e i principi di diritto comunitario applicabili debbano ritenersi – anche alla luce del decreto legislativo n. 368/2001 e, segnatamente, del suo articolo 5 che considera conseguenza normale dell'abuso del contratto o del rapporto a termine la conversione in rapporto a tempo indeterminato – attribuire al singolo un diritto, attuale e immediatamente esigibile secondo le norme interne più prossime alla fattispecie (e quindi secondo le norme di cui al decreto legislativo n. 368/2001), al riconoscimento della titolarità, in proprio capo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato;

3) in caso di risposta affermativa al primo quesito e negativa al secondo quesito, se, tenuto conto dell'avvenuta scadenza del termine di recepimento, la direttiva 1999/70/CE (e in particolare la clausola 5 di essa) e i principi di diritto comunitario applicabili, debbano ritenersi attribuire al singolo esclusivamente il diritto al risarcimento del danno eventualmente sofferto dalla mancata adozione, da parte della Repubblica Italiana, delle misure idonee a prevenire gli abusi del ricorso al contratto e/o al rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di datori di lavoro pubblici».

76. Come ha precisato l'Avvocato generale Poiares 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.».

77. Purtroppo, ad oggi questo dissenso permane ancora, anzi si è accentuato grazie alla proliferazione normativa in materia di contratti flessibili nel pubblico impiego, di cui il D.L. 101/2013 è censurabile ennesima manifestazione.

78. Sintetizzo così la questione: 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 e la normativa interna che recepisce disposizioni comunitarie ha lo stesso valore "orizzontale" delle altre leggi ordinarie, ponendosi 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.

79. Mi pare che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sposti decisamente la scelta verso la 1^a opzione, perché le ordinanze di rinvio costituzionale dei Tribunali di Roma e di Lamezia Terme hanno tutte invocato la violazione dell'art.117, comma 1, Cost. e, quindi, presuppongono "anche" la primazia costituzionale della legge interna che recepisce gli obblighi comunitari.

80. Altrimenti, la Corte costituzionale non sarà in grado di decidere le questioni di legittimità costituzionale ancora sottoposte alla sua cognizione e sospese in attesa della prevedibile risposta della

Corte di Giustizia sul contrasto della norma interna (art.4, commi 1 e 11, l. n.124/1999) con la clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/Ce sul contratto a tempo determinato.

81. 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, ha dichiarato inammissibili per difetto di rilevanza le sei ordinanze del Tribunale di Trento¹² sui precari della scuola, che erano sostanzialmente identiche a quelle ammesse dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme.

82. La diversità del trattamento tra ordinanze simili discusse tutte alla stessa udienza del 27 marzo 2013, nonostante la motivazione di inammissibilità, è nella diversità 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»*.

83. Pertanto, come ha perfettamente evidenziato nelle conclusioni **l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione** (esibita davanti alla Consulta, così come è stata allegata alle osservazioni scritte nelle cause pregiudiziali Ue sollevate dal Tribunale di Napoli sulle identiche questioni) **del 24 ottobre 2012, n. 190**¹³ e come è emerso nella discussione pubblica del 27 marzo 2013, **le due norme interne 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»*.

84. Anche se, sul piano formale, la Corte costituzionale contesta al Tribunale di Trento il mancato rilievo¹⁴ 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, perché 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»*.

85. 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* consente al Giudice delle leggi di lasciare spazio

¹² Trib. Trento nn. 283 e 284/2011 e 31, 32, 91 e 130/2012 Reg.ord.

¹³ Est. Buffa. 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»*.

¹⁴ 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».*».

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 dall'ordinanza Affatato della Cgue, due volte richiamata dal Giudice delle leggi nell'ordinanza n.206/2013.

9. L'incerta giurisprudenza comunitaria sul precariato pubblico italiano e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Aosta sulla prova del risarcimento del danno

86. L'ordinanza Affatato, infatti, è richiamata 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 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»».*

87. In buona sostanza, anche la Corte di Giustizia ha dato indicazioni non esaustive e in parte 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 e la Corte costituzionale, neo-Giudice comunitario del "merito" di controversie che riguardano centinaia di migliaia di situazioni lavorative, vuole vederci chiaro e prendere tempo (come è stato chiesto dall'avvocatura del libero foro all'udienza del 27 marzo 2013), censurando comunque il legislatore nazionale per invitarlo 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, in prima battuta, la Corte di Giustizia nelle sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo aveva ritenuto *prima facie* 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 della stessa norma (art.36, comma 5-quater, D.Lgs. n.165/2001), certificata la impossibile quantificazione e la ineffettività come sanzione.

88. Infatti, è attualmente pendente la seguente 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.

89. 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.

90. 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.

91. In conseguenza, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 30 gennaio 2013 il Tribunale di Aosta ha formulato il seguente quesito:

«Se la direttiva 1999/70/CE (articolo 1 nonché clausola 5 dell'allegato accordo quadro, oltre ad ogni altra norma comunque connessa o collegata), debba essere intesa nel senso di consentire che il lavoratore assunto da un ente pubblico con contratto a tempo determinato in assenza dei presupposti dettati dalla normativa comunitaria predetta, abbia diritto al risarcimento del danno soltanto se ne

provi la concreta effettività, e cioè nei limiti in cui fornisca una positiva prova, anche indiziaria, ma comunque precisa, di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro.».

92. 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».*

93. 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.

94. 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

95. 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, perché 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 sul punto.

10. L'ordinanza Affatato della Corte di Giustizia e il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli sul precariato scolastico e sulla leale collaborazione dello Stato con l'Ue e con i Giudici nazionali

95. 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.**

96. In particolare e per sintetizzare, 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 pubblico¹⁵, trovando adesione a questa soluzione in parte della dottrina¹⁶ e della giurisprudenza di merito.

97. Tuttavia, la “diversa” lettura dell’ordinanza Affatato della Corte di Giustizia espressa dalla Corte di Cassazione, la quale 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*”, sia della domanda di conversione del rapporto che supera il limite dei 36 mesi¹⁷, 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 C-3/10 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 Trattati¹⁸).

98. 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 motivo¹⁹ - con conseguente disapplicazione del divieto di conversione del rapporto di impiego sancito nell’art. 36 del D.lgs. n.

¹⁵ Cfr. Tribunale di Napoli del 16 giugno 2011.

¹⁶ Cfr. *ex pluribus*, L. Menghini, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, 699 ss.; nonché *Lavoro flessibile e lavoro precario alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, relazione al Seminario di formazione tenutosi a Scandicci il 27-29 maggio 2013 su “*Lavoro flessibile, lavoro precario, lavoro diffuso: dove va il diritto del lavoro?*”, organizzato dalla Scuola superiore della Magistratura, 1-35 del manoscritto, cit.; *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav.giur.*, n. 9, 2011; *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, di A. Vallebona (a cura di), in *Trattato dei contratti*, Torino, 2009, I, 1146; M.A. La Notte Chirone, *Quale tutela per i precari del pubblico impiego: spunti per una riflessione*, su *Riv. giur. lav.*, 2012, 735 ss.; V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di Giustizia e Giudice nazionale in materia di precariato pubblico*, *ivi*, 2012, 755 ss.; nonché, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 8/9, 2012, 777 e ss.; N. Zampieri, *Sull'applicabilità del principio della conversione a tempo indeterminato del rapporto di impiego a termine stipulato da un Ente Locale in violazione del decreto legislativo n. 368/2001*, in *RU*, n. 6/2002; nonché, *Lo stato dell'arte sull'abuso del contratto a termine nel pubblico impiego contrattualizzato*, in *D&L - Rivista di Diritto del Lavoro*, n. 4/2010 p. 955- 974; stesso A., *Il rapporto di lavoro a termine, la sentenza Affatato e il Collegato lavoro in RU.*, 1/2011, pp. 138 e ss.; L. Zoppoli, *La flessibilità nel lavoro pubblico*, in *Il contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, a cura di M. D’Onghia e M. Ricci, Milano, 2009, p. 219.

¹⁷ V. Cassazione, S.L., sentenza del 20 giugno 2012, n. 10127.

¹⁸ La Grande Sezione della Corte di Giustizia, nella sentenza *Melloni* del 26 febbraio 2013, ha infatti rimarcato che «59 Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell’Unione, che è una caratteristica essenziale dell’ordinamento giuridico dell’Unione (v. pareri 1/91, del 14 dicembre 1991, *Racc. pag. I-6079*, punto 21, e 1/09, dell’8 marzo 2011, *Racc. pag. I-1137*, punto 65), il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, non può sminuire l’efficacia del diritto dell’Unione nel territorio di tale Stato (v. in tal senso, in particolare, sentenze del 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, *Racc. pag. 1125*, punto 3, e dell’8 settembre 2010, *Winner Wetten*, C-409/06, *Racc. pag. I-8015*, punto 61)».

¹⁹ Cfr. in tal senso: Corte Giustizia, sentenze 9 febbraio 1982, causa 12/81, *Garland*, punto 5, 17 maggio 1990, causa C-262/88, *Barber*, punto 12, e causa C-167/97 del 9 febbraio 1999, *Regina*, punti 23 e ss. che chiarisce come «l’indennizzo concesso al lavoratore in caso di licenziamento senza giustificato motivo, composto da un’indennità base e un’indennità di compensazione, sia destinato soprattutto ad accordare al lavoratore quanto egli avrebbe dovuto ricevere se il datore di lavoro non avesse illegittimamente posto fine al rapporto di lavoro. 27. Da un lato, l’indennità base rinvia direttamente alla retribuzione che sarebbe stata versata al lavoratore subordinato in assenza di licenziamento e, dall’altro, l’indennità di compensazione compensa il danno patito dal lavoratore subordinato per via del licenziamento, includendo tutti i costi ragionevolmente sostenuti dal medesimo a seguito del suo licenziamento e, a determinate condizioni, la perdita di ogni vantaggio che avrebbe potuto ragionevolmente attendersi di ottenere se non fosse stato licenziato. 28. Ne consegue che l’indennità per licenziamento senza giustificato motivo viene versata al lavoratore a motivo del lavoro svolto e che avrebbe continuato a svolgere in assenza di un licenziamento senza giustificato motivo. Tale indennità è quindi riconducibile alla nozione di retribuzione ai sensi dell’art. 119 del Trattato.».

165/2001²⁰, e, in ogni caso, se 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 nell'ambito pubblico.

99. 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 e, segnatamente, il personale militare e delle Forze di Polizia di Stato, il personale del Corpo Nazionale dei vigili del fuoco²¹, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, il personale appartenente alla carriera dirigenziale penitenziaria, i professori e ricercatori universitari, gli avvocati e procuratori dello Stato, i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, i dipendenti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità²², i dipendenti della Presidenza della Repubblica, nonché i dipendenti della Banca d'Italia, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nonché, degli altri enti che svolgono la loro attività nelle materie di tutela della concorrenza e del mercato, di tutela del risparmio, di esercizio della funzione creditizia, in materia valutaria, di mercato dei valori mobiliari, sottratti al regime “*privatistico*” in ragione della peculiarità delle funzioni svolte dai suddetti 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.

100. 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 prestato alle dipendenze dei datori di lavoro privato e sottoposti alla giurisdizione del Giudice ordinario²³.

101. Tale distinzione è stata recentemente ammessa dallo stesso Governo italiano il quale, nella causa *Valenza*²⁴, ha richiamato la natura pubblica del rapporto dei dipendenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, cd. «*AGCM*» (sottoposti appunto per tale motivo alla giurisdizione del Tar e del Consiglio di Stato) per giustificare il mancato computo dell'anzianità dei dipendenti. Risulta, quindi, evidente che, *a contrario*, essendo il rapporto del personale docente *privatizzato*, risulta del tutto sproporzionato il divieto di applicabilità della normativa che prevede la trasformazione del rapporto di lavoro dei docenti reiteratamente assunti per più di 36 mesi.

102. La natura *privatistica* dei rapporti di lavoro dei dipendenti del MIUR è del resto ben nota alla Corte di Giustizia che, proprio con espresso riferimento ai collaboratori scolastici, ha evidenziato nella sentenza

²⁰ Invero la normativa italiana, legittimando l'illimitato ricorso da parte del MIUR e degli Enti locali ai contratti a tempo determinato per fare fronte ad esigenze di lavoro palesemente stabili e senza alcuna durata massima dei rapporti a termine, pongono i lavoratori precari dipendenti dal MIUR e dai Comuni in una situazione ingiustificatamente peggiore non solo rispetto ai dipendenti di imprese private, che svolgono le stesse identiche mansioni (non vi è infatti alcuna differenza tra l'attività svolta da un docente o da un addetto all'assistenza in una Scuola o Asilo privato, rispetto a quella svolta in una Scuola Pubblica o in un asilo comunale), ma anche rispetto a quella in cui sono posti i dipendenti pubblici con contratto a tempo indeterminato, i quali godono della disciplina limitativa dei licenziamenti e del diritto alla reintegra, in caso di licenziamento illegittimo, a prescindere del numero di dipendenti impiegati dalla singola Amministrazione.

²¹ V. il D.lgs. n. 217 del 13 ottobre 2005.

²² V. l'art. 2, comma 28, della legge n. 481 del 14 novembre 1995.

²³ V. l'art. 2, comma 2 del D.lgs. n. 165 del 2001, per cui “2. I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa”.

²⁴ Cfr. il punto 15 della sentenza della Corte di Giustizia, VI Sezione, 18 ottobre 2012, in cause riunite da C-302/11 a C-305/11 *Valenza e a.*, nel quale si legge «Dalle informazioni fornite alla Corte dal governo italiano risulta che tale stabilizzazione, essendo realizzata tramite un provvedimento amministrativo adottato al termine di un procedimento previsto dalla legge, conferisce al suo beneficiario lo status di impiegato pubblico, che lo distingue così dal «lavoratore dipendente da una pubblica amministrazione» sulla base di un contratto di diritto privato.».

Scattolon ai punti 45-46 come detto personale sia sottoposto alla Direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, 77/187/CEE, concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, poiché «nel caso di specie, come si ricava dall'art. 8 della legge n. 124/99, il gruppo di lavoratori oggetto di riassunzione da parte dello Stato è costituito dal personale ATA degli enti locali occupato presso le scuole pubbliche. Dagli atti di causa si evince anche che le attività svolte da questo personale consistono nel garantire i servizi ausiliari di cui le scuole hanno bisogno per perseguire, in condizioni ottimali, i loro compiti di insegnamento. Questi servizi riguardano, segnatamente, la pulizia e la manutenzione dei locali, nonché compiti di assistenza amministrativa. 46. Inoltre, dagli elementi in fatto forniti dal giudice del rinvio, così come dall'art. 9 del d.m. 23 luglio 1999, si evince che tali servizi sono affidati, in determinati casi, ad operatori economici privati mediante subappalto. Del resto, è pacifico che detti servizi non sono ricollegati all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri²⁵».

103. Quanto poi alle mansioni di "insegnante" la Corte di Giustizia ha da tempo evidenziato che l'insegnamento nelle scuole pubbliche non presenta alcuna peculiarità rispetto all'insegnamento nelle scuole private per cui «la deroga prevista dall'art. 48, n. 4, del Trattato, secondo cui le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori non si applicano "agli impieghi nella pubblica amministrazione" secondo costante giurisprudenza, non concerne le attività di insegnante (v. sentenze 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, Racc. pag. 2121, punto 28; 27 novembre 1991, causa C-4/91, Bleis, Racc. pag. I-5627, punto 7, e 2 luglio 1996, causa C-473/93, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-3207, punto 33)»²⁶.

11. I contratti di lavoro a tempo determinato successivi legittimi nel sistema di reclutamento scolastico e l'assenza di tutele antiabusive

104. In buona sostanza, diversamente dalle precedenti cause pregiudiziali 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 è 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 l'applicazione di tutte le misure preventive previste dalla clausola 5 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

105. In effetti, sia i docenti che il personale tecnico, ausiliario e amministrativo della scuola pubblica italiana sono reclutati con assunzioni a tempo determinato **attraverso graduatorie permanenti**, che si sono formate dopo l'espletamento di procedure concorsuali e sono aggiornate annualmente in relazione al servizio espletato nell'anno scolastico precedente, come previsto dall'art. 4, commi 1, 2 e 3, della legge n. 124/1999. Da tali graduatorie il MIUR (o le Province autonome di Trento o di Bolzano) attinge sia il personale da assumere a tempo determinato, sia il personale da assumere a tempo indeterminato²⁷.

²⁵ Così Corte di Giustizia, Grande sezione, sentenza 6 settembre 2011 in causa C-108/10, Scattolon.

²⁶ Così, *ex multis*, Corte di Giustizia, V Sezione, sentenza 30 novembre 2000 nel procedimento C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft öffentlicher Dienst/ Republik Österreich, e, in termini, sentenza 13 novembre 1997, causa C-248/96, Grahame e Hollanders, Racc. pag. I-6407, punto 32, sent. 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou, punto 13, causa 248/96, Grahame e Hollanders, Racc. punto 32, sent. 3.7.1986, causa 66/85 Lawrie Blum c. Land Baden Wurtemberg, e causa n. 225/85. V. inoltre in senso conforme la comunicazione n. 88/C/72/02 del 18 marzo 1988, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee del 18/3/88, con cui la Commissione ha a sua volta sottolineato che è esclusa dalla deroga all'art. 48 del Trattato in relazione al personale docente, atteso che "l'istruzione nelle Scuole pubbliche ... esiste pure nel settore privato, al quale l'art. 48, paragrafo n. 4 non si applica".

²⁷ Le "supplenze", cioè i contratti a tempo determinato nella scuola pubblica, rispondono a tre tipologie: le supplenze annuali dal 1° settembre dell'anno scolastico di riferimento al 31 agosto dell'anno successivo (comma 1); le supplenze fino al termine delle attività didattiche (comma 2, cioè fino al 30 giugno, con scadenza due mesi prima delle supplenze annuali); le supplenze temporanee vere e proprie per sostituzione di personale assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro (comma 3). I primi due tipi di supplenze, come è chiarito nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Napoli, sono per la copertura di posti carenti in organico c.d. di diritto (supplenze annuali) o di fatto (supplenze fino al termine delle attività didattiche) e vengono affidate ai dipendenti che sono inseriti

106. Lo scorrimento delle stesse graduatorie permanenti, peraltro, consente anche le assunzioni a tempo indeterminato nella scuola e questo sistema di reclutamento sia per le assunzioni “di ruolo” (cioè a tempo indeterminato) sia per le supplenze è considerato la forma “*abituale*” di reclutamento nella scuola pubblica, come previsto dall’art. 70, comma 8, 3° capoverso, D.lgs. n. 165/2001. Infatti, come ricorda la Corte costituzionale nell’ordinanza n.207/13, l’ultimo concorso pubblico per titoli ed esami nella scuola risale al 1999 (quello precedente è stato bandito nel 1990) e le idoneità conseguite, a seguito del concorso (e di quelli precedenti), costituiscono il titolo di accesso alle graduatorie permanenti in posizione migliore per l’assunzione a tempo indeterminato o a tempo determinato su posto carente in organico.

107. 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 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: «*«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.»*

108. Peraltro, leggendo le numerose altre questioni pregiudiziali²⁸ sollevate dal Tribunale di Napoli risulta evidente che sul precariato scolastico la sostanza dei dubbi interpretativi non è diversa da quella enunciata dal Giudice delle leggi nell’ordinanza Napolitano, rendendole complementari e integrandosi proprio per la

nelle graduatorie "permanenti" per il fatto che hanno conseguito l'abilitazione e superato un pubblico concorso. Dalle stesse graduatorie viene quindi attinto il 50% del personale assunto a tempo indeterminato.

²⁸ « 1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della Direttiva 1999/70/CE;

2. 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;

3. 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.

4. Se, in forza del principio di leale cooperazione.....

5. Se nelle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro previste dalla Direttiva 91/533/CEE e segnatamente dall'articolo 2, commi 1 e 2, lett. e), rientri l'indicazione delle ipotesi in cui il contratto di lavoro a termine si può trasformare in contratto a tempo indeterminato.

6. In ipotesi di risposta positiva al quesito che precede se una modifica con efficacia retroattiva del quadro normativo tale che non garantisca al lavoratore subordinato la possibilità di far valere i suoi diritti derivanti - dalla Direttiva, ovvero il rispetto delle condizioni di lavoro indicate nel documento di assunzione, sia contrario all'articolo 8, n. 1, della Direttiva 91/533/CEE ed alle finalità di cui alla Direttiva 91/533/CEE ed in particolare al 2° "considerando".

7. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'art. 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del Trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'art. 9, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto il comma 4-bis all'art. 10 del D.lgs. n. 368/01 atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'Ordinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine.».

la diversità e il dissenso sui numeri dei supplenti docenti interessati alla tutela antiabusiva e sulla legittimità o meno della *ratio* o delle ragioni oggettive che giustificerebbero per la Consulta 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.

109. Per quanto possa essere di interesse, non rappresentando il fulcro della controversia che attiene invece alla verifica oggettiva dell'esistenza di sanzioni effettive contro gli abusi di contratti a termine legittimi²⁹, concordo con Paolo Coppola, già Giudice del rinvio del Tribunale di Rossano, ora Giudice del rinvio del Tribunale di Napoli, dal momento che, al di là della chiare indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, è ancora in vigore l'art.13 della legge n.270/1982 per la determinazione delle dotazioni aggiuntive all'organico del personale docente fino al 5% della dotazione organica "ordinaria", disposizione che l'amministrazione scolastica non utilizza più, creando quella prassi organizzativa che ha fatto esplodere il fenomeno del precariato.

110. In buona sostanza, il Tribunale di Napoli, già Tribunale di Rossano, accusa la difesa erariale di aver ingannato la Corte di Giustizia nella causa Affatato, prospettando l'idoneità sanzionatoria di una norma, l'art.5, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001, che l'ordinamento interno si rifiuta di applicare con varie tecniche di *mobbing* normativo e interpretativo nei confronti dei precari pubblici, mascherando la situazione della assoluta mancanza di altre misure idonee a prevenire e sanzionare gli abusi nella successione di contratti nel pubblico impiego.

111. Si chiede allora il Giudice partenopeo se una falsa sanzione, che però è una sanzione adeguata nel settore privato, potrebbe essere utilizzata dal Giudice nazionale per riconoscere tutela effettiva.

112. Se, dunque, il percorso argomentativo nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale è diverso - vulcanico e duramente censorio quello del Tribunale di Napoli, istituzionale e ragionevolmente critico nei confronti dello Stato quello della Corte costituzionale - il comune denominatore è la constatazione da un lato del mancato recepimento della direttiva comunitaria nel settore scolastico, dall'altro dell'esigenza di individuare con l'ausilio della Corte di Giustizia strumenti di tutela effettiva.

113. Nei giudizi pregiudiziali Ue riuniti **C-22/13, C-61/13 e C-63/13**, le prof.sse **Mascolo Raffaella, Forni Alba e Racca Immacolata, la C.G.I.L., la FLC-CGIL, la Federazione GILDA-UNAMS**, hanno depositato **osservazioni scritte**, in cui hanno già rappresentato alla Corte europea la pendenza delle dieci questioni di legittimità costituzionale sollevate dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme sul precariato scolastico e il fatto che, dopo la discussione unitaria del 27 marzo 2013, la Corte costituzionale si era riservata per la decisione, che necessariamente avrebbe avuto riflessi sulle questioni pregiudiziali Ue sollevate dal Tribunale di Napoli.

114. Nei giudizi riuniti C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-63/13 Mascolo e a. è, dunque, terminata la fase scritta con il deposito delle osservazioni delle parti e si è in attesa in ricevere dalla Cancelleria della Corte di Giustizia la comunicazione (presumibilmente dopo il 15 settembre 2013) dell'avvenuto deposito delle osservazioni scritte con trasmissione della copia di quelle presentate dalla Commissione europea e dallo Stato italiano e l'invito a chiedere eventualmente, entro tre settimane dalla comunicazio-

²⁹ V. M. Casola, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2013, 3, pp.547 ss. L'Autrice contesta condivisibilmente i presupposti della tutela antifraudolenta applicata in costanza della legge n.230/1962, con la nullità del termine contrattuale e la conversione in contratto a tempo indeterminato ed evidenzia che la tipologia del contratto a tempo determinato, nella nuova disciplina del D.Lgs. n.368/2001 soprattutto alla luce della sua evoluzione fino all'attuale formulazione e all'introduzione dell'ipotesi del contratto a termine acausale. Tuttavia, le conclusioni sulla sostanziale equiparazione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a tempo determinato e, quindi, sulla inesistenza della possibilità di punire gli abusi di contratti a termine legittimi mi appaiono inaccettabili, rimandando sul punto proprio ai contratti a tempo determinato nel settore pubblico, che sono tutti nella massiva parte legittimi, e alle riflessioni che ho sviluppato nello scritto *Il contratto a tempo determinato*, in *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, a cura di M. Cinelli-G. Ferraro-O. Mazzotta, Torino, 2013, 19 ss., cit.

ne, la trattazione orale della causa con le motivazioni della richiesta.

115. Nella causa Papalia C-50/13 il difensore del lavoratore ricorrente nel giudizio principale ha già presentato istanza di trattazione orale dopo la chiusura della fase scritta, rappresentando alla Corte di Giustizia la posizione assunta dalla Corte costituzionale nelle due ordinanze nn.206 e 207 del 2013 sul precariato scolastico.

116. Infine, la **Commissione europea con comunicazione del 26 agosto 2013** ha segnalato all'avvocatura del libero foro che il **procedimento di infrazione n.2010/2124** (citato dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio e già rappresentato alla Corte costituzionale nelle cause sul precariato scolastico) promosso dalla stessa Istituzione europea nei confronti dello Stato italiano per mancata adozione di misure idonee a prevenire gli abusi nella successione dei contratti per tutto il personale della scuola pubblica (docenti e ata) **è stato esteso per analogia a tutto il precariato pubblico italiano.**

12. Lo scambio di informazioni “riservate” tra Corte di Giustizia, Commissione Europea e avvocatura del libero foro nella causa Carratù

117. La Commissione europea evidenzia, infatti, il collegamento delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Aosta nella causa Papalia C-50/13 e dal Tribunale di Napoli nelle cause riunite C-22/13 Mascosco e a. (non era ancora nota l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale) e invita le parti interessate a collaborare con ulteriori informazioni solo nell'ambito dell'unica procedura di infrazione sull'intero precariato pubblico, non avendo intenzione di attivarsi su nuove denunce di infrazione negli altri settori del pubblico impiego per aver giudicato «particolarmente interessante» (ed esaustiva, aggiungerei) la relazione n.190 del 24 ottobre 2012 dell'Ufficio studi del Massimario della Cassazione.

118. Del resto, questa incredibile situazione di estrema confusione e incertezza nel sistema di regole e di tutele anche processuali contro gli abusi dello Stato è stata già esposta alla Corte di Lussemburgo dalla rappresentante della Commissione europea all'udienza di trattazione orale del 5 giugno 2013 nella causa C-361/12 Carratù davanti alla III Sezione³⁰ della Corte di Giustizia, concernente le questioni pregiudiziali sollevate - sempre dall'ostinato Tribunale di Napoli - sulla compatibilità comunitaria dell'art.32, commi 5, 6 e 7, della legge n.183/2010.

119. In realtà, anche in questo caso si è parlato di precariato pubblico, in quanto l'ultima delle domande pregiudiziali sollevate³¹, proposta in via subordinata in caso di mancato accoglimento di quelle precedenti,

³⁰ Presidente Ilešič (Estensore della sentenza Scattolon), Relatore Toader (già componente del Collegio della sentenza Sorge), Giudici Ó Caoimh (Estensore delle ordinanze Affatato e Vito, nonché delle sentenze Angelidaki e Sibilio), Fernlund (Estensore della sentenza Valenza e nel Collegio della sentenza Sibilio) e Jarašiūnas (Presidente della VIII Sezione nella sentenza Della Rocca C-290/12 sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato).

³¹ «Se sia contraria al principio di equivalenza una disposizione di diritto interno che, nell'applicazione della direttiva 1999/70/CE preveda conseguenze economiche, in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di lavoro, con clausola appositiva del termine nulla, diverse e sensibilmente inferiori rispetto [alle] in ipotesi di illegittima sospensione nell'esecuzione del contratto di diritto civile comune, con clausola appositiva del termine nulla;

Se sia conforme all'ordinamento europeo che, nell'ambito di sua applicazione, l'effettività di una sanzione avvantaggi il datore di lavoro abusante, a danno del lavoratore abusato, di modo che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

Se, nell'ambito di applicazione dell'ordinamento europeo ai sensi dell'articolo 51 della Carta di Nizza, sia conforme all'articolo 47 della Carta ed all'articolo 6 CEDU che la durata temporale, anche fisiologica, del processo danneggi direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

Se, tenuto conto delle esplicitazioni 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;

Se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza

poneva il quesito se Poste italiane possa essere considerata organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a termine.

120. La Commissione nelle osservazioni scritte ha concluso in sede adesivo alla posizione interpretativa del Tribunale di Napoli, proponendo alla Corte di Giustizia le seguenti risposte ai quesiti del Giudice del rinvio:

««La nozione di «condizioni di impiego» di cui alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, contenuto in allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa può servire da fondamento ad una pretesa come quella in esame nella causa principale che mira ad attribuire ad un lavoratore a tempo determinato un'indennità di licenziamento nella stessa misura riconosciuta ai lavoratori a tempo indeterminato.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che osta ad una legislazione nazionale, quale quella in causa nel giudizio a quo, che, ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria dovuta al lavoratore illegittimamente assunto a termine, stabilisce condizioni meno favorevoli di quelle previste in favore del lavoratore a durata indeterminata licenziato, a meno che tale disparità di trattamento non sia giustificata da ragioni oggettive. Il semplice riferimento alla natura temporanea del rapporto non costituisce una tale ragione oggettiva.

La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro a tempo determinato è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata da un lavoratore a termine nei confronti di una società, quale la convenuta nel giudizio a quo, di proprietà esclusiva dello Stato e sottoposta al controllo di quest'ultimo.»».

121. Di fronte al riconoscimento della Commissione europea che Poste italiane s.p.a. è organismo statale, come sospettato dal Tribunale di Napoli, l'autorevole difesa dell'impresa pubblica ha replicato con un argomento *a contrario*, cioè che se fosse vero quanto assunto nell'ordinanza di rinvio sulla natura giuridica della società resistente, la lavoratrice avrebbe avuto diritto ad un minor tutela rispetto quella applicata nel giudizio principale di riqualificazione del rapporto, stante il divieto di conversione dei contratti a termine nel pubblico impiego.

122. Per tutta risposta, la Commissione europea ha confermato la sua posizione stigmatizzando, però, la confusione creata dalle continue istanze di rinvio pregiudiziale dei Giudici italiani sulla disciplina del contratto a tempo determinato, con descrizione di discipline interne diverse l'una dall'altra nelle ordinanze dei Tribunali di Aosta e di Napoli, su cui era estremamente difficoltoso prendere una chiara posizione interpretativa.

123. Replicando alla difesa di Poste italiane e condividendo con amarezza le censure della Commissione europea sullo stato degradato della legislazione nazionale, ho avuto modo di precisare che l'unica possibilità di dipanare la confusione interpretativa sugli strumenti di tutela interna in caso di successione di contratti al termine nel pubblico impiego era rappresentato dal possibile intervento della Corte costituzionale che, in considerazione della evidente gravità della situazione, pareva aver preso in considerazione all'udienza del

delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, [del diritto] a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, n. 2, del Trattato sull'Unione europea (così come modificato dall'articolo 1.8 del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 del Trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli articoli 46, 47 e 52, n. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona - debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10 alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi;

Ove la Corte di Giustizia non dovesse riconoscere i principi esposti la valenza di principi fondamentali dell'Ordinamento dell'Unione europea ai fini di una loro applicazione orizzontale e generalizzata e quindi la sola una contrarietà di una disposizione, quale l'articolo 32, commi da 5 a 7, della legge n. 183/10 agli obblighi di cui alla direttiva 1999/70/CE e della Carta di Nizza se una società, quale la convenuta, avente le caratteristiche di cui ai punti da 55 a 61 debba ritenersi organismo statale, ai fini della diretta applicazione verticale ascendente del diritto europeo ed, in particolare, della clausola 4 della direttiva 1999/70/CE e della Carta di Nizza.».

27 marzo 2013 l'opzione straordinaria di un dialogo diretto con la Corte di Giustizia, cui proporre quesiti pregiudiziali sul precariato pubblico nell'ambito di un giudizio incidentale.

124. Il Giudice Toader ha espresso scetticismo sul fatto che ci potesse essere un'altra pregiudiziale Ue da parte della Corte costituzionale italiana, rilevando che la Consulta aveva già proposto un'istanza ai sensi dell'art.267 TUEF, ma, fermo nella convinzione che il mio Giudice delle leggi non venisse meno alle intenzioni preannunciate il 27 marzo 2013, ho evidenziato che nel precedente rinvio dell'ordinanza 103/2008 della Corte costituzionale si trattava di una fattispecie in cui la Consulta era Giudice di ultima istanza, mentre in questo caso lo avrebbe fatto in sede incidentale, riconoscendosi come «giurisdizione nazionale» anche in una situazione processuale, con una questione di particolare rilevanza sociale ed economica, di doppia pregiudiziale costituzionale ed europea.

125. Non so se nell'immediatezza del dibattito europeo io sia riuscito a convincere il Giudice Toader, che comunque ha annuito alla mia precisazione, mentre la povera rappresentante (italiana) della Commissione europea si lamentava con un eloquente «ci mancava la Corte costituzionale!».

126. Certamente, il fatto che, un mese e mezzo dopo, il 23 luglio 2013, sia stata iscritta in Corte di Giustizia l'ordinanza di rinvio pregiudiziale C-418/13 del Giudice delle leggi nazionali può aver indotto il Collegio di Lussemburgo a confermarsi nella convinzione che gli italiani, oltre che poeti, cantanti, naviganti, musicisti, inventori, ecc., siano anche un popolo di maghi, illusionisti e indovini, almeno in campo giuridico.

13. Conclusioni: il nuovo indispensabile dialogo tra le Alte Corti per l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nei confronti delle pubbliche amministrazioni

127. In ogni caso, sicuramente l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale supera in modo inaspettato e rivoluzionario la logica della sentenza *Granital* n. 170 del 1984 del Giudice delle leggi di considerare l'ordinamento statale e quello comunitario come due sistemi "autonomi e distinti, ancorché coordinati" per tentare un approccio di maggior integrazione con la disciplina europea instaurando un dialogo diretto con la Corte di Giustizia.

128. Si tratta, dunque, di una **soluzione di grande senso etico e di notevole effetto istituzionale**, che dovrebbe dare i suoi frutti razionalizzanti nella confusione generale che investe le tutele effettive nei confronti dei dipendenti pubblici precari, e che potrebbe essere discussa in trattazione orale congiunta (questa è una aspettativa, già manifestata come suggerimento scritto alla Corte di Giustizia, non una profezia: vi sono diverse difficoltà procedurali per il diverso stato delle cause) con le questioni pregiudiziali proposte dal Tribunale di Aosta e dal Tribunale di Napoli.

129. In conclusione, lo sforzo eccezionale e innovativo - sottolineo che le questioni pregiudiziali sollevate in sede incidentale dai Tribunali costituzionali di Belgio, Spagna e Francia sulla citata questione del mandato di arresto europeo non hanno la stessa valenza e la stessa autorevolezza anche sul piano concreto della dimensione orizzontale e interpretativa del dialogo tra le Corti costituzionali e la Cgue, rispetto a quanto rappresentato da questa Corte nell'ordinanza di rinvio della causa C-418/13 - proposto dalla Corte costituzionale italiana con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale "Napolitano" segna una svolta rivoluzionaria e di importanza vitale per svuotare il pozzo avvelenato dell'ordinamento interno, riempiendolo dell'acqua sorgiva dei principi costituzionali rafforzati dalla precettività del sistema comunitario, che a quegli stessi principi si ispira.

130. E' evidentissimo a chi scrive che nell'ordinamento interno manca del tutto una normativa idonea a prevenire gli abusi nel caso di successione dei contratti a termine non solo nel settore scolastico, ma nell'intero pubblico impiego, e questa situazione strutturale e patologica di mancato recepimento della clausola 5 dell'accordo quadro comunitario recepito dalla direttiva 1999/70/CE, che riguarda centinaia di

migliaia di servitori dello Stato (seppur lavorativamente precari), può essere risolta soltanto dal legislatore nazionale obbligato al percorso virtuoso di dover ottemperare puntualmente agli obblighi comunitari, sotto il controllo rigoroso (e minaccioso) del dialogo rafforzato della Corte costituzionale (che rappresenta l'unità del sistema giudiziario interno di tutele dei diritti fondamentali) e degli altri Giudici nazionali con la Corte europea.

131. E non è una scommessa o una profezia, ma un imperativo categorico: **la tutela effettiva dei precari pubblici**, in particolare (ma non solo) dei supplenti della scuola, **non deve più attendere**, per ragioni etiche, economiche, sociali e di tenuta della democrazia nazionale con equa distribuzione delle risorse pubbliche.