

La Carta e le Corti: una riflessione sul ruolo della Corte costituzionale dopo la sentenza Bauer della Cgue

Vincenzo De Michele

Sommario:

- 1. Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel sistema delle fonti di diritto eurounitario, alla luce della sentenza Bauer della Corte di giustizia.**
- 2. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: la sentenza n.267/2013 della Corte costituzionale sui vigili del fuoco volontari**
- 3. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: l'ordinanza n.195/2016 della Corte costituzionale sul precariato Afam e le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Rossato C-494/17**
- 4. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale sul divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego**

1. Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel sistema delle fonti di diritto eurounitario, alla luce della sentenza Bauer della Corte di giustizia

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹, unitamente alla Carta sociale europea² e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo³, costituisce ormai l'architettura su cui si appoggia il sistema di tutela eurounitario dei diritti fondamentali e la base per implementare il "pilastro europeo dei diritti sociali"⁴.

1 La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata firmata a Nizza il 7 dicembre 2000 e fa parte, ai sensi dell'art.4 TUE, del diritto primario dell'Unione, avendo lo stesso valore dei Trattati. Sulla Carta UE cfr. A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea?*, in *Giust.cost.*, 2001, 1, 193 ss.; S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla carta europea dei diritti fondamentali*, in *Arg.dir.lav.*, 2001, 168 ss.; A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Cacucci, 2015, 195-203.

2 La Carta sociale europea è un Trattato del Consiglio d'Europa, adottato a Torino il 18 ottobre 1961 e rivisto a Strasburgo nel 1996. La sua versione riveduta è entrata in vigore il 1° luglio 1999.

3 La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 dai Governi membri del Consiglio d'Europa. Sul significativo impatto che ha avuto, nell'ordinamento interno anche per quanto riguarda i diritti fondamentali del lavoro, la Convenzione europea, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, cfr. P. Gianniti (a cura di), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, Zanichelli, 2015; A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Wolters Kluwer - Cedam, 2016; A.M. Romito, *op.cit.*, 203-228.

4 Su cui v. G. Bronzini, *Economia della condivisione e lavoro autonomo: una prospettiva europea*, in A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Wolters Kluwer - Cedam, 2018, 1 ss., spec. 16 ss.

Infatti, la Corte di giustizia Ue con il tritico di sentenze Egenberger⁵, Bauer e Willmeroth⁶ e Max-Planck⁷ ha costituzionalizzato la Carta dei diritti fondamentali, utilizzandola per estendere l'applicazione del diritto dell'Unione in via diretta anche alle controversie tra privati, superando le problematiche create dalla giurisprudenza che era intervenuta ad applicare in orizzontale tra privati il divieto di discriminazione per motivi di età, fondando la disapplicazione della norma interna soltanto sulla direttiva 2000/78/CE, come nei casi Mangold⁸, Palacios de la Villa⁹, Bartsch¹⁰ e Küçükdeveci¹¹.

⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 17 aprile 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257. La Corte Ue ha così concluso: «1) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in combinato disposto con gli articoli 9 e 10 di quest'ultima, nonché con l'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che, qualora una Chiesa o un'altra organizzazione la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali allegghi, a sostegno di un atto o di una decisione quale il rigetto di una candidatura a un posto di lavoro al suo interno, che, per la natura delle attività di cui trattasi o per il contesto in cui tali attività devono essere espletate, la religione costituisce un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica di tale Chiesa o di tale organizzazione, una siffatta allegazione deve, se del caso, poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo al fine di assicurarsi che, nel caso di specie, siano soddisfatti i criteri di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della suddetta direttiva. 2) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che il requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa ivi previsto rinvia a un requisito necessario e oggettivamente dettato, tenuto conto dell'etica della Chiesa o dell'organizzazione di cui trattasi, dalla natura o dalle condizioni di esercizio dell'attività professionale in questione, e non può includere considerazioni estranee a tale etica o al diritto all'autonomia di detta Chiesa o di detta organizzazione. Tale requisito deve essere conforme al principio di proporzionalità. 3) Un giudice nazionale investito di una controversia tra due privati è tenuto, qualora non gli sia possibile interpretare il diritto nazionale vigente in modo conforme all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza degli articoli 21 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria.».

⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, Bauer e Willmeroth, EU:C:2018:871. La Corte Ue ha così concluso: «1) L'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella discussa nei procedimenti principali, ai sensi della quale, in caso di cessazione del rapporto di lavoro a causa del decesso del lavoratore, il diritto alle ferie annuali retribuite maturate ai sensi di tali disposizioni e non godute dal lavoratore prima del suo decesso si estingue, senza poter far sorgere un diritto a un'indennità finanziaria per dette ferie che sia trasmissibile agli aventi causa del lavoratore in via successoria. 2) Nel caso in cui sia impossibile interpretare una

Il passaggio del Rubicone da parte della Corte Ue e la valorizzazione della CDFUE fino al livello estremo della precettività diretta della Carta nelle sue norme fondamentali, con particolare riferimento al diritto all'uguaglianza davanti alla legge di cui all'art. 20 (indirettamente valorizzato dal punto 71 della sentenza Sciotto¹²) e al divieto di discriminazione di cui all'art.21 (cfr. sentenza Egenberger, cit.), può apparire una reazione alla sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale¹³, che ha preteso, dopo il rapporto di forza con la Corte di giustizia nel caso Taricco¹⁴, il controllo accentrato di costituzionalità anche in caso di doppia pregiudiziale comunitaria e costituzionale.

normativa nazionale come quella discussa nei procedimenti principali in modo da garantirne la conformità all'articolo 7 della direttiva 2003/88 e all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, il giudice nazionale, investito di una controversia tra il successore di un lavoratore deceduto e l'ex datore di lavoro di detto lavoratore, deve disapplicare tale normativa nazionale e assicurarsi che al menzionato successore venga concesso, a carico del suddetto datore di lavoro, il beneficio di un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite maturate ai sensi delle citate disposizioni e non godute da tale lavoratore prima del suo decesso. Questo obbligo grava sul giudice nazionale sulla base dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 e dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali se detta controversia intercorre tra un tale successore e un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica, e sulla base della seconda di queste disposizioni se la controversia ha luogo tra il successore e un datore di lavoro che ha la qualità di privato.».

7 Corte di giustizia Ue, sentenza 6 novembre 2018, causa C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, EU:C:2018:874. La Corte Ue ha così concluso: «1) L'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, e l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale, come quella discussa nel procedimento principale, in applicazione della quale, se il lavoratore non ha chiesto, nel corso del periodo di riferimento, di poter esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite, detto lavoratore perde, al termine di tale periodo – automaticamente e senza previa verifica del fatto che egli sia stato effettivamente posto dal datore di lavoro, segnatamente con un'informazione adeguata da parte di quest'ultimo, in condizione di esercitare questo diritto –, i giorni di ferie annuali retribuite maturati per tale periodo ai sensi delle suddette disposizioni, e, correlativamente, il proprio diritto a un'indennità finanziaria per dette ferie annuali non godute in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Il giudice del rinvio è, a tale riguardo, tenuto a verificare, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo complesso e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, se gli sia possibile pervenire a un'interpretazione di tale diritto che sia in grado di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione. 2) Qualora sia impossibile interpretare una normativa nazionale come quella discussa nel procedimento principale in modo da garantirne la conformità all'articolo 7 della direttiva 2003/88 e all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali, deriva da quest'ultima disposizione che il giudice nazionale, investito di una controversia tra un lavoratore e il suo ex datore di lavoro avente qualità di privato, deve disapplicare tale normativa nazionale e assicurarsi che, ove detto datore di lavoro non sia in grado di dimostrare di aver esercitato tutta la diligenza necessaria affinché il lavoratore fosse effettivamente in condizione di fruire delle ferie annuali retribuite alle quali aveva diritto ai sensi del diritto dell'Unione, il lavoratore

La Corte di giustizia ha così risposto all'autorevole dottrina¹⁵ che, alla luce della sentenza n.269/2017 della Consulta, rappresentava la possibilità che lo stesso Giudice delle leggi sollevasse nuova domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia perché il Collegio sovranazionale chiarisse, come parametro interposto, il contenuto e la portata della Carta dei diritti fondamentali con precipuo riferimento al principio di uguaglianza e non discriminazione, di cui agli artt.20 e 21 della Carta e all'art.3 della Costituzione nazionale.

E', peraltro, in torto lo stesso Autore¹⁶ quando interpreta la sentenza n.111/2017¹⁷ della Corte costituzionale, che aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma in materia di discriminazione diretta per sesso su

medesimo non possa essere privato dei diritti da lui maturati a dette ferie annuali retribuite, né, correlativamente, e in caso di cessazione del rapporto di lavoro, essere privato dell'indennità finanziaria per le ferie non godute, il cui pagamento è direttamente a carico, in tal caso, del datore di lavoro interessato.».

8

Corte di giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold v. Helm*, EU:C:2005:709, in *Lav.giur.* 2006, 5, 459, con nota di P.Nodari; in *Foro it.*, 2006, IV, 341, con nota di V. Piccone e S. Sciarra, *Principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *Riv.it.dir.lav.*, 2006, 251, con nota di O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di giustizia*; in *Riv.giur.lav.*, 2007, 205, con nota di L. Calafà; in *Riv.crit.dir.lav.*, 2006, 387, con nota di A. Guariso; in *Dir.lav.*, 2006, (1-2), 3, con nota di A. Vallebona. Sulla sentenza Mangold cfr. anche G. Franza, *La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario*, in *Mass.giur.lav.*, 2006, 230-234; L. Ciaroni, *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur.it.*, 2006, 1816-1822; L. Imberti, *Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro*, su *Riv.it.dir.lav.*, 2008, 2, 301-317; L. Cappuccio, *Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione*, AA.VV., *Dieci Casi sui Diritti in Europa: uno strumento didattico*, Bologna, 2011, 111-124; A. D'Aloia, *Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold*, *ivi*, 125-139; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70; R. Cosio, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 311 ss.

9 Corte di giustizia CE, sentenza 16 Ottobre 2007, causa C-411/05 *Palacios de la Villa*, EU:C:2007:604.

10 Corte di giustizia CE, sentenza 23 settembre 2008, causa C-427/06 *Bartsch*, EU:C:2008:517.

11 Corte di giustizia Ue, sentenza 19 gennaio 2010, causa C-555/07 *Kücükdeveci*, EU:C:2010:21, in *Foro it.*, 2011, IV, p. 150 ss., con nota di M. Militello, *Il principio di non discriminazione per età come principio generale di diritto dell'Unione europea: cosa insegna la sentenza "Kücükdeveci"*; R. Cosio, *La sentenza Kucukdeveci: le nuove frontiere dell'Unione Europea*, in *Lav.giur.*, 2010, 1079.

fattispecie di differente età di pensionamento di vecchiaia tra uomini e donne in regime di pubblico impiego, affermando che il Giudice delle leggi, in quell'occasione, non avesse valorizzato l'art.21 della Carta dei diritti fondamentali, ai fini dell'applicazione diretta della normativa Ue, ma soltanto l'art.157 TFUE, norma di applicazione diretta.

Viceversa, come riconosciuto da attenta dottrina¹⁸ (peraltro autorevole componente del Collegio della sentenza n.111/2017 ed Estensore della sentenza n.269/2017), non solo la Corte costituzionale non aveva avuto dubbi sull'applicazione diretta della CDFUE, parametro interposto espressamente evocato dal giudice del rinvio costituzionale,

12 Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, Sciotto contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:859, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue sulla conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, novembre 2018, www.europeanrights.eu; il contributo è stato pubblicato anche su WP C.S.D.L.E., gennaio 2019, n.383/2019, nella versione aggiornata e modificata, anche nel titolo ("*La sentenza Sciotto della Corte Ue sulla conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*"), con la nuova posizione della Cassazione in materia di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato nel pubblico impiego quando l'assunzione sia stata preceduta da procedure concorsuali, con le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Rossato C-494/17 e con la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale, che ignora la sentenza Sciotto della Corte di giustizia. La Corte Ue nella sentenza Sciotto al punto 71 ha così precisato: « *In ogni caso, come sostenuto dalla Commissione, poiché la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non consente in nessuna ipotesi, nel settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato, essa può instaurare una discriminazione tra lavoratori a tempo determinato di detto settore e lavoratori a tempo determinato degli altri settori, poiché questi ultimi, dopo la conversione del loro contratto di lavoro in caso di violazione delle norme relative alla conclusione di contratti a tempo determinato, possono diventare lavoratori a tempo indeterminato comparabili ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro.*».

13 Corte costituzionale, sentenza 7 novembre 2017, n.269; su cui cfr. A. Anzon Demming A., *La Corte riprende il proprio ruolo nella garanzia dei diritti costituzionali e fa un altro passo avanti a tutela dei 'controlimiti'*, in www.forumcostituzionale.it, 2018; B. Caravita, *'Roma locuta, causa finita?'. Spunti per un'analisi di una recente 'actio finium regundorum', in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale?*, in www.federalismi.it, 2018, num. 15; C. Caruso, *La Corte costituzionale riprende il "cammino comunitario": invito alla discussione sulla sentenza n. 269 del 2017*, in www.forumcostituzionale.it, 2017; C. Chiarello, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org, 2018, n. 2; R. Conti, *Qualche riflessione, a terza lettura, sulla sentenza n. 269/2017*, in www.diritticomparati.it, 2018, n.1; A.O. Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentratato di costituzionalità relativo alla violazione della*

ma aveva fatto anche espresso riferimento - ed applicazione, aggiunge chi scrive - al "diritto europeo secondario", in particolare alla direttiva antidiscriminatoria 2006/54/CE, avente efficacia cogente in materia di trattamenti pensionistici nel pubblico impiego, che operano come retribuzione differita¹⁹ e vanno considerati come condizioni di lavoro nel campo di applicazione del diritto Ue, primario e derivato.

Il principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro, come condivisibilmente affermato nella sentenza n.111/2017 della Consulta, ha trovato la prima efficace applicazione nella recente sentenza della

Carta europea dei diritti fondamentali, in www.forumcostituzionale.it, 2018; G. Di Federico, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in www.federalismi.it, 2018, n. 11; F. Ferraro, *Il conflitto reale e il dialogo apparente della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in merito al principio di legalità e alla riserva di legge in materia penale*, in www.federalismi.it, 2018, n. 18; R. Mastroianni, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra carte e Corti*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2018, n. 1; M. Nisticò, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in www.costituzionalismo.it, 2018, n. 1, parte II; G. Pistorio, *Conferme e precisazioni nel "cammino comunitario" della Corte costituzionale. Commento a prima lettura della sentenza n. 269 del 2017*, in www.diritticomparati.it, 2018; S. Polimeni, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l' "evoluzione" dei controlimiti 'attraverso' il "dialogo" tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2018, n. 2; G. Riccardi, *La Corte di Giustizia tra 'dialogo' e 'monologo' nella 'saga Taricco': silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018; L.S. Rossi, *La sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana: 'obiter' "creativi" (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, in www.federalismi.it, 2018, n. 3; G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giur.cost.*, 2017, n.6, p.2955; A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione 'self-executing'*, in www.diritticomparati.it, 2017, n. 3; G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 2018; E. Scoditti, *Giudice costituzionale e giudice comune di fronte alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo la sentenza costituzionale n. 269 del 2017*, in *Foro it.*, 2018, n.2, parte I, p. 406; D. Tega, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

¹⁴ Corte costituzionale, ordinanza 26 gennaio 2017, n.24, iscritta come causa C-42/17 presso la Corte di giustizia. L'ordinanza n.24/2017 è stata commentata da A. Anzon Demming, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Cassazione n.12108/2018²⁰, che a sua volta ha dato attuazione correttamente all'ordinanza Maturi²¹ della Corte di giustizia, intervenuta, su questione pregiudiziale sollevata dalla stessa Suprema Corte con le ordinanze n.6101 e n.6102 del 2017²² in materia di licenziamento discriminatorio sempre per ragioni di sesso, in ragione dell'inferiore età prevista per le donne per la pensione di vecchiaia, intimato nei confronti di tescicoree della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma.

Va ricordato che le due ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione, che sono state decise dall'ordinanza Maturi della Corte di giustizia, erano state precedute di pochi giorni, su analoga fattispecie,

osservatorio.it, 2017, num. 2; F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimita all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale dopo il caso Taricco*, in www.giurcost.org, 2017, num. 1; R. Calvano, *Una questione pregiudiziale al quadrato o forse al cubo: sull'ordinanza n. 27/2017 della Corte costituzionale*, in *Dir.um. e dir.intern.*, 2017, n. 1, pag. 301; F. Campodonico, *Ancora sui termini di prescrizione in materia di frodi iva: la Corte costituzionale rimette la questione ai giudici di Lussemburgo*, in *Dir.prat. trib.*, 2017, n.2, p. 808; A. Celotto, *Caso Taricco: un rinvio pregiudiziale "muscoloso" e costruttivo (a prima lettura sulla ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale)*, in www.giustamm.it, 2017, n. 2; G. Civello, *La Consulta, adita sul caso "Taricco", adisce la Corte di Giustizia: orientamenti e disorientamenti nel c.d. "dialogo fra le corti"*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 1; P. Corso, *La normativa sulla prescrizione dei reati tributari non può essere disapplicata dal giudice nazionale*, in *Riv. giur. trib.*, 2017, n. 3, p. 203; C. Cupelli, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; M. Di Florio, *Sul rinvio pregiudiziale alla C.G.U.E. operato dalla Corte costituzionale: un commento "a caldo"*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 1; V. Faggiani, *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in www.rivistaaic.it, 2017, n. 1; P. Faraguna, *Diritto UE e principio di legalità penale: il "caso Taricco" ritorna alla Corte di Giustizia*, in *Studium iuris*, 2017, n. 5, p. 532; M. L. Ferrante, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull' "affaire" Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in www.dirittifondamentali.it, 2017, n. 1; M. Gambardella, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 2; F. Giunchedi, *La "regola Taricco" e il rapporto tra fonti europee*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 2; R. E. Kostoris, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; M. Luciani, *'Intelligenti pauca'. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in associazioneidecostituzionalisti.osservatorio.it 2017, n. 1; N. Lupo, *Respinta dal referendum la riforma costituzionale, la Corte costituzionale affronta alcuni snodi importanti del sistema delle fonti del diritto*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2017, n. 1; A. Martufi, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; R. Mastroianni, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in www.federalismi.it, 2017, n. 7; D. Negri, *Dallo "scandalo" della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 2; F. Palazzo, *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Diritto penale e processo*, 2017, n. 3, p. 285; A. M. Perrino, *Nota a Corte cost., ord. n. 24/2017*, in *Foro it.*, 2017, n.2, I, p.393; G. Piccirilli, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida (nota a Corte*

dalla sentenza n.3720/2017²³ della Corte di legittimità, che aveva invece rigettato il ricorso della tersicorea senza evidenziare il palese contrasto della norma interna sul pensionamento di vecchiaia tra uomini e donne nel settore dello spettacolo con il diritto dell'Unione e la direttiva 2006/54/CE, e senza provvedere neanche a proporre, come giudice di ultima istanza, la domanda incidentale ai sensi dell'art.267, comma 3, TFUE, che sarebbe stata poi accolta *in subiecta materia* dalla Corte Ue negli altri giudizi pendenti davanti alla stessa Corte.

Quindi, la questione era *res controversa* all'interno della giurisdizione della Suprema Corte, anche se per la Corte di giustizia non lo era, al

cost., ord. n. 24/2017), in www.giurcost.org, 2017, n. 1; D. Pulitanò, *Ragioni della legalità a proposito di Corte cost. n. 24/2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in www.diritticomparati.it; G. Riccardi, *"Patti chiari e amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il 'dialogo' nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; A. Ruggeri, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in www.giurcost.org, 2017, n. 1; R. Sicurella, *Oltre la 'vexata quaestio' della natura della prescrizione. 'L'actio finium regundorum' della Consulta nell'ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; C. Sotis, *"Tra Antigone e Creonte io sto con Porzia". Riflessioni su Corte costituzionale 24 del 2017 (caso Taricco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017; M. Taglione, *Brevi considerazioni sull'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 1; A. Terrasi, *Note a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale sul caso "Taricco": l'effetto delle norme dei trattati istitutivi dell'UE sulla legge penale sostanziale italiana*, in *Dir.um. e dir.intern.*, 2017, n.1, p.308.

15 G. Amoroso, *Le discriminazioni nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, di A. Ciriello (a cura di), Quaderno n.5 della Rivista *Dir.merc.lav.*, 2018, 19 ss.

16 G. Amoroso, *Le discriminazioni nel mondo del lavoro e la Costituzione*, in *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, cit., 27-28.

17 Corte costituzionale, Pres. Grossi, Est. Sciarra, sentenza 12 maggio 2017, n.111; su cui cfr. G.Amoroso, *Sindacato di costituzionalità e controllo diffuso di conformità eurounitaria*, in *Foro it.* 2017, nn.7-8, I, 2237; M.Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2017, n.3.

18 M.Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 7-8.

19 La Corte di giustizia con la sentenza del 13 novembre 2008 in causa C-46/07 (EU:C:2008:618) ha accolto il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana per violazione della normativa antidiscriminatoria sulle condizioni di lavoro rispetto al diverso regime di pensione di

punto da risolvere il giudizio incidentale Maturi con lo strumento dell'ordinanza ai sensi dell'art.99 del regolamento di procedura della Cgue e, addirittura, senza neanche consentire alle parti principali del processo di intervenire con osservazioni scritte o di discutere la causa incidentale in udienza pubblica, interloquendo, invece, inusualmente, direttamente ed esclusivamente con il giudice del rinvio di ultima istanza (ordinanza Maturi, punto 10).

Pertanto, in applicazione dell'ordinanza Maturi della Corte di giustizia e dei principi enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n.111/2017, la Cassazione nella sentenza n.12108/2018 ha contestato la cripticità e l'applicabilità alla fattispecie di causa dell'*obiter dictum* del Giudice delle leggi nella sentenza n.269/2017, rifiutandosi di adire preliminarmente la Consulta per il controllo accentrato di costituzionalità.

Nel giudizio di rinvio neanche la Corte di appello di Roma²⁴ ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, limitandosi ad applicare il principio di diritto enunciato dalla Cassazione e a dichiarare la nullità dei licenziamenti intimati per la discriminazione per sesso, con condanna all'indennità sostitutiva della reintegrazione in favore delle lavoratrici e pesantissima condanna alle spese di tutti i gradi di giudizio, compreso il procedimento incidentale in Corte di giustizia.

Inoltre, la Suprema Corte nella citata decisione sul licenziamento discriminatorio delle tescicoree ha precisato al punto 15 che il principio di non discriminazione per sesso va applicato direttamente nei confronti delle pubbliche amministrazioni, stante la natura pubblica delle Fondazioni lirico-sinfoniche²⁵, risolvendo così *ab origine* il problema

vecchiaia tra uomini (65 anni) e donne (60 anni), evidenziando che, in materia di pubblico impiego, le pubbliche amministrazioni e l'Istituto previdenziale Inpdap (ora Inps) operavano secondo il sistema della retribuzione differita, cioè erogando la pensione come "prosecuzione" del servizio lavorativo precedentemente versato, senza alcun versamento contributivo, essendo la contribuzione accreditata soltanto figurativamente al momento della pensione dallo stesso datore di lavoro pubblico statale.

- 20 Cassazione, S.L., Pres. Bronzini, Est. Lorito, sentenza 17 maggio 2018, n.12108.
- 21 Corte di giustizia Ue, ordinanza 7 febbraio 2018, cause riunite C-142/17 e C-143/17, Maturi ed altri contro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, EU:C:2018:68.
- 22 Cassazione, S.L., Pres. Napoletano, Rel. Lorito, ordinanze di rinvio pregiudiziale 9 marzo 2017, nn.6101 e 6102 in cause C-142/17 e C-143/17.
- 23 Cassazione, S.L., Pres. Di Cerbo, Est. Ballestrieri, sentenza 13 febbraio 2017, n.3720.
- 24 Corte app. Roma, Pres. Est. Cannella, sentenza 29 ottobre 2018, n.4003.
- 25 Così ha precisato la Cassazione nella sentenza n.12108/2018 al punto 15

dell'applicazione diretta della direttiva 2006/54/CE e della non necessità di utilizzare (anche) la norma primaria dell'art.21 della Carta di Nizza.

Il contrasto della Sezione lavoro della Cassazione all'*obiter dictum* della Corte costituzionale sul controllo accentrato di costituzionalità della sentenza n.269/2017 ha trovato ulteriori "sfoghi" in due ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, escludendo la rimessione alla Consulta con motivazione sostanzialmente identica: «Circa le "indicazioni" rivolte al Giudice ordinario dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 269/2017 rileva questa Corte che le stesse sono espresse in un "obiter" non vincolante per il Giudice comune essendo contenute in una decisione di inammissibilità per un profilo e di rigetto per il resto ed in ogni caso che la Corte delle leggi italiane anche nelle ipotesi in cui una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza sovranazionale, allorché si tratti di questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ha fatto salvo il potere del Giudice ordinario di disporre rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE (v. punto 5.2). Il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere, nel presente caso, lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi

sull'applicazione diretta nei confronti delle pubbliche amministrazioni del principio di non discriminazione: «Ritiene la Corte che non siano fondati, peraltro, gli argomenti di cui alle note della Fondazione Teatro dell'Opera, in quanto la norma sul punto qui in discorso è chiaramente autoapplicativa, poiché proibisce in caso di licenziamento (come deve essere considerato l'atto di recesso alla luce della decisione della Corte di giustizia) qualsiasi differenza di trattamento fondata sul sesso sicché gli stati certamente potevano godere di discrezionalità sia nello stabilire l'età pensionabile che nell'approntare norme transitorie ma non potevano stabilire un diverso trattamento per uomini e donne circa le modalità di risoluzione del rapporto. Va peraltro ricordato che alla luce della sentenza n.153/2011 della Corte costituzionale gli enti lirici ancorché privatizzati (come confermato dal Cass. S.U. 29/12/2016 n.27465, che ha precisato la pacifica giurisdizione del G.O. con riferimento alla disciplina della procedura selettiva indetta da un ente teatrale), mantengono carattere pubblicistico e quindi sono destinatari diretti delle norme autoapplicative delle direttive, per cui non sembrano porsi questioni di applicabilità orizzontale della disposizione qui in esame (peraltro non esplicitamente sollevate nelle note ricordate). Infatti, la dimensione unitaria dell'interesse pubblico perseguito, nonché il riconoscimento della "missione" di tutela dei valori costituzionalmente protetti dello sviluppo della cultura e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano, confermano, sul versante operativo, che le attività svolte dalle fondazioni lirico-sinfoniche sono riferibili allo Stato ed impongono, dunque, che sia il legislatore statale, legittimato dalla lett. g) del secondo comma dell'art.117 Cost., a ridisegnarne il quadro ordinamentale e l'impianto organizzativo. La disposizione di cui all'art.14 della direttiva 2006/54/CE, self-executing per quanto sinora detto, non consente che si disponga applicazione della norma di diritto interno (secondo i criteri generali fissati dalla Corte di Giustizia e recepiti dalla Corte delle leggi dalla sentenza Granital in poi), la quale introduce una discriminazione fondata sul sesso, da essa vietata.».

posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali.».

Con la prima ordinanza di rinvio pregiudiziale n.13678/2018²⁶ in causa C-398/18 la Suprema Corte ha chiesto la applicazione diretta (seppure in via subordinata) dell'art.21 della Carta di Nizza per la discriminazione per età in materia di licenziamento in una controversia tra privati.

Inoltre, con la recentissima ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 451/2019²⁷ la Sezione lavoro della Cassazione ha interrogato la Corte di giustizia sull'applicazione diretta dell'art.31, paragrafo 2, della Carta, in fattispecie di indennità di ferie maturate e non godute per responsabilità del datore di lavoro privato legata ad un licenziamento individuale dichiarato illegittimo con reintegrazione nel posto di lavoro, limitatamente al periodo di "servizio" dal momento dell'illegittimo recesso fino al ripristino del rapporto di lavoro, aggiungendo, ad *colorandum* e per escludere che vi possa essere possibile contrasto con principi fondamentali dell'ordinamento interno, che il diritto alle ferie è anche garantito dall'art.36, comma 3, della Costituzione nazionale.

26 Cassazione, S.L., Pres. Bronzini, Rel. Leone, ordinanza 30 maggio 2018, n.13678, su cui cfr. S. Galleano, *La discriminazione per età di nuovo in Corte di giustizia UE: l'ordinanza 13678/2018 della Sezione lavoro della Cassazione*, su www.europeanrights.eu, gennaio 2019. La Suprema Corte ha posto le seguenti questioni pregiudiziali: «1) - se la normativa nazionale di cui al DPCM del 9 settembre 2008, in attuazione dell'articolo 748 cod. nav., comma 3, dispositivo del regolamento sui limiti di impiego del personale navigante di CAI Spa ed in particolare dispositivo della cessazione automatica del rapporto di lavoro al raggiungimento del 60 anno di età, sia in contrasto con il Regolamento n. 1178/2011 per la parte in cui fissa al 65 anno di età il limite per l'impiego dei piloti nel trasporto aereo commerciale e se quest'ultimo, previa disapplicazione della speciale normativa nazionale, sia applicabile al caso di specie; 2) - in linea subordinata, ove il Regolamento fosse ritenuto inapplicabile alla fattispecie *ratione materiae*, se la predetta normativa nazionale sia contraria al principio di non discriminazione in base all'età, di cui alla Direttiva 2000/78, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (articolo 21, n. 1) cui la Direttiva 2000/78 da' espressione concreta».

27 Cassazione, S.L., Pres. Bronzini, Rel. Cinque, ordinanza 10 gennaio 2019, n.451. La Suprema Corte ha posto la seguente questione pregiudiziale: «1) Se l'art. 7 par. 2 della direttiva 2003/88 e l' art. 31 punto 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche separatamente considerati, debbano essere interpretati nel senso che ostino a disposizioni o prassi nazionali in base alle quali, cessato il rapporto di lavoro, il diritto al pagamento di una indennità pecuniaria per le ferie maturate e non godute (e per un istituto giuridico quale le cd. "Festività soppresse" equiparabile per natura e funzione al congedo annuale per ferie) non sia dovuto in un contesto in cui il lavoratore non abbia potuto farlo valere, prima della cessazione, per fatto illegittimo (licenziamento accertato in via definitiva dal giudice nazionale con pronuncia comportante il ripristino retroattivo del rapporto lavorativo) addebitabile al datore di lavoro, limitatamente al periodo intercorrente tra la condotta datoriale e la successiva reintegrazione.».

Non vi è dubbio che, così facendo, la Cassazione abbia minato il controllo accentrato di costituzionalità voluto dalla Consulta nella sentenza n.269/2017, con un *obiter dictum* che sembrava l'espressione del *miles gloriosus* dopo la vittoria di Pirro del caso Taricco, con due sentenze della grande sezione della Corte di giustizia intervenute sullo stesso caso a distanza di due anni l'una²⁸ dall'altra²⁹, l'ultima delle quali è sembrata (alla Corte costituzionale e a molti interpreti poco avvezzi a confrontarsi con la complessità e la particolarità della giurisprudenza comunitaria) una *abdication potestatis* della Corte Ue, di fronte alla minaccia del Giudice delle leggi di invocare i controlimiti e dichiarare

²⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco, ECLI:EU:C:2015:555. La 1ª sentenza Taricco della Corte di giustizia è stata commentata da Z. Skubic, *Zastaranje davčnih goljufij po pravu EU - nedopustno?*, Pravna praksa 2015 n° 38 p.23-24; G. Mobilio, *Dal caso Taricco al redde rationem tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, Quad.cost. 2015, p.1009-1013; A. Takis, Armenopoulos 2015 p.1969-1971, A.-L., Mosbrucker, *Fraude à la TVA*, Europe 2015 Novembre Comm. n° 11, p.37; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, Dir.pen. e proc., 2015, p.1564-1571; F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in questa Rivista, 14 settembre 2015; C. Amalfitano, *Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposte sul valore aggiunto?*, ivi, 22 settembre 2015; A. Venegoni, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, ivi, 29 ottobre 2015; Id., *Ancora sul caso Taricco: la prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, ivi, 30 marzo 2016; L. Eusebi, *Nemmeno la Corte di Giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco*, ivi, 10 dicembre 2015; B. Romano, *Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?*, ivi, 15 febbraio 2016; E. Lupo, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco*, ivi, 29 febbraio 2016; G. Civello, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in Arch. pen., n. 3/2015; F. Rossi, *La sentenza Taricco della Corte di Giustizia e il problema degli obblighi di disapplicazione in malam partem della normativa penale interna per contrasto con il diritto UE*, in Dir. pen. e proc., 2015, p. 1564 ss.; R. Lugarà, *La tutela "multilivello" dei diritti come canone normativo. Brevi spunti a partire dal caso Taricco*, in Libero osservatorio del diritto, 2015, p. 36 ss.; S. Marcolini, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in Cass. pen., 2016, p. 362 ss.; D. Micheletti, *Premesse e conclusioni della sentenza Taricco. Dai luoghi comuni sulla prescrizione al primato in malam partem del diritto europeo*, in www.la legislazione penale.eu, 3 febbraio 2016; V. Maiello, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in Cass. pen., 2016, p. 1250 ss.; P. Faraguna – P. Perini, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza "Taricco" alla prova dei controlimiti*, in questa Rivista, 30 marzo 2016; M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in Rivista AIC n. 2/2016, 15 aprile 2016; M. Gambardella, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in Cass. pen., 2016, 1462 ss.; V. Manes, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, in questa Rivista, 6 maggio 2016; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in*

l'illegittimità costituzionale *in parte qua* della legge di ratifica dei Trattati Ue.

Bene ha fatto, dunque, la Corte di giustizia, in particolare con la sentenza Bauer, ad abbandonare la tradizionale prudenza nell'applicazione della Carta di Nizza, rompendo il fragile equilibrio dei rapporti con le Corti costituzionali sul terreno più scivoloso, quello della primazia del diritto dell'Unione e della sua diretta applicazione anche nelle controversie tra privati, utilizzando come "parametro interposto" quello delle fattispecie già regolate dall'ordinamento interno in senso conforme alla normativa Ue, per estendere la disciplina nazionale ai casi e alle

gioco, ivi, 9 maggio 2016; R. Bin, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, ivi, 4 luglio 2016; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Giur. cost.*, 2016, 419 ss.; A. Ciampi, *Il caso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale*, *Corr.giur.*, 2016 p.113-121.

29 Corte di giustizia Ue, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., EU:C:2017:936. La Corte costituzionale con l'ordinanza n.24/2017 ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali: «1) *Se l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata.* 2) *Se l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità.* 3) *Se la sentenza Taricco debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell'Unione europea, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato, anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.*». La Corte di giustizia ha così risposto al Giudice delle leggi: «L'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un

fattispecie discriminati, disapplicando le norme ostative all'estensione degli stessi livelli di tutela nazionale dei diritti assicurati alle categorie o ai soggetti "protetti".

Bene ha fatto, inoltre, la Cassazione a riappropriarsi della sua centralità nella giurisdizione nazionale con la sentenza n.12108/2018 e con le ordinanze di rinvio pregiudiziale n.13678/2018 e n.419/2019, applicando il diritto dell'Unione europea e proseguendo il dialogo diretto con la Corte di giustizia, rifiutando le "gavezze pegasee" ingiustificate offerte dalla sentenza n.269/2017 della Consulta.

A questo punto, la domanda di rito sul ruolo della Corte costituzionale dopo la sentenza Bauer della Corte di giustizia va declinata soltanto dopo aver verificato quanto sia fondata l'affermazione, secondo cui «*«la Corte costituzionale italiana – come ogni altra corte costituzionale nazionale – si trova spesso al crocevia di tutti e tre questi sistemi ed è chiamata ad essere contemporaneamente custode della costituzione nazionale, garante dell'osservanza del diritto dell'Unione, guardiania del rispetto della Convenzione europea. Più precisamente: in quanto custode della Costituzione nazionale – che a sua volta contiene clausole di limitazione della sovranità dello Stato (nel caso italiano all'art. 11 Cost.) e i principi che assoggettano tutte le istituzioni della repubblica al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» e dagli «obblighi internazionali» (art.117, primo comma, Cost.) – la Corte costituzionale ha la missione di assicurare anche la piena osservanza del diritto UE e della Convenzione.»*»³⁰.

Fermo restando che la Corte costituzionale rimane custode (principale) della Costituzione nazionale, sicuramente nessuno, neanche la nostra Carta fondamentale, ha affidato al Giudice delle leggi la missione di assicurare anche la piena osservanza del diritto UE e della Convenzione, compito che spetta esclusivamente alla giurisdizione, di merito e di legittimità, ordinaria ed amministrativa, ai sensi degli artt.24 e 111 Cost., che ha il compito di garantire la tutela dei diritti e degli interessi legittimi nel pieno rispetto della Costituzione, secondo il noto principio, fino ad un passato recente molto sostenuto dalla stessa

numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.».

³⁰ M.Cartabia, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 9.

Consulta con il ricorso allo strumento dell'interpretazione conforme, del controllo diffuso di costituzionalità delle leggi.

La Corte costituzionale non è giurisdizione.

Si è trasformata in giurisdizione per legittimare il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in sede incidentale con l'ordinanza n.207/2013³¹, per ovviare sulla questione del precariato scolastico ad errori di interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione che erano stati commessi dalla giurisdizione di merito e di legittimità, pendendo, peraltro, già questioni pregiudiziali sulla stessa problematica sollevate dal Tribunale di Napoli (cause Mascolo ed altri C-22/13, C-61/13, C-62/13 e

31 Corte costituzionale, ordinanza 18 luglio 2013, n. 207. Sulla 1^a ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale della Corte costituzionale, cfr. U. Adamo, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in www.forumcostituzionale.it, 24 luglio 2013; A. Adinolfi, *Una "rivoluzione silenziosa": il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Riv.dir.int.*, 2013, n.4, p.1249; A. Celotto, *Il completamento degli "strumenti di dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di Lussemburgo*, in www.giustamm.it, 2013, n.12; A. Cerri, *La doppia pregiudiziale in una innovativa decisione della Corte*, in *Giur.cost.*, 2013, n.4, p.2897; V. De Michele, *L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in Id., *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in absentia legum et contra legem*, in www.europeanrights.eu, 2015; A. Denuzzo, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nella vicenda dei marchi territoriali pubblici di qualità per la valorizzazione dell'economia rurale*, in www.giurcost.org, 2014; G. Diotallevi, *La crisi finanziaria europea e i diritti dei cittadini*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.103; T. Guarnier, *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sopranazionale*, in *Dir.soc.*, 2013, n.2, p.237; B. Guastaferrò, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; MP. Iadicicco, *Il precariato scolastico tra Giudici nazionali e Corte di Giustizia: osservazioni sul primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana nell'ambito di un giudizio di legittimità in via incidentale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2014; E. Lamarque, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir.pubbl.*, 2013, n.3, p. 727; M. Losana, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nei giudizi in via incidentale: il diritto costituzionale (processuale) si piega al dialogo tra le Corti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2014, n.1; E. Lupo, *L'evoluzione del dialogo tra le Corti*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.33; L. Menghini, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, su *Riv.giur.lav.*, 2013, 4, p.425; Id., *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav.giur.*, 2014, n.5, p.455; A.M. Perrino, *Nota e Corte cost., ord. n. 207/2013*, in *Foro it.*, 2013, I, p.3059; L. Pesole, *Un altro passo avanti nel percorso: la Corte costituzionale rinvia alla Corte di Giustizia in un giudizio in via incidentale*, in www.federalismi.it, 2013, n.25; G. Repetto, *I mutevoli equilibri del rinvio pregiudiziale: il caso dei precari della scuola e l'assessamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in www.diritticomparati.it, 2014; Id., *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi*, in www.diritticomparati.it, 2013; A.

C-63/13) e con la pesante mannaia della procedura di infrazione n.2010/2124 promossa dalla Commissione europea per mancata applicazione della direttiva 1999/70/CE ai supplenti docenti ed ATA della scuola pubblica.

Esemplare, a tal proposito, la posizione del Presidente Gallo nella relazione del 12 aprile 2013 sulla giurisprudenza costituzionale del 2012 in merito al ruolo della Corte costituzionale nel rapporto con la Corte di giustizia e con la Corte di Strasburgo, al punto 4: *«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 queste 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.»*

Esempio manifesto dei limiti del potere di intervento della Corte costituzionale, soprattutto quando vi sono problematiche dell'ordinamento interno che si intersecano con le politiche ed il diritto dell'Unione europea, può essere agevolmente individuato nella pronuncia della Consulta, di cui al comunicato stampa del 10 gennaio 2019, di inammissibilità del conflitto tra poteri sollevato da 37 senatori del PD, avente ad oggetto le modalità con cui il Senato della Repubblica ha approvato il Disegno di

Ruggeri, *I rapporti tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p. 53; C. Salazar, *La Corte costituzionale bussava ancora alle porte della Corte di giustizia dell'Unione europea: brevi note intorno alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in www.confronticostituzionali.eu, 2013; Id., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in www.rivistaaic.it, 2013, n.4; L. Saltari, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le Corti*, in *Giorn.dir.amm.*, 2015, n.2, p.219; G. Tesaurò, *Il lavoro delle Corti – Anche le Corti cambiano*, in *Quest.giust.*, 2014, n.1, p.39; L. Trucco, *L'uso fatto della Carta dei diritti dell'Unione nella giurisprudenza costituzionale (2000-2015)*, in www.giurcost.org, 2016, n.1; L. Barretta Uccello, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale nel giudizio in via incidentale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2013.

legge di bilancio 2019, a causa della grave compressione dei tempi di discussione del Ddl, che avrebbe svuotato di significato l'esame della Commissione Bilancio e impedito ai singoli senatori di partecipare consapevolmente alla discussione e alla votazione.

Nella fattispecie, pur riconoscendo, per la prima volta, la legittimazione dei singoli parlamentari a sollevare conflitto di attribuzioni in caso di violazioni gravi e manifeste delle prerogative che la Costituzione attribuisce loro, il Giudice delle leggi ne ha escluso la sussistenza (che in fondo riconosce come accertate) semplicemente perché vi era l'esigenza di rispettare la scadenza dell'approvazione della legge di bilancio entro il 31 dicembre 2018, imposta (non dalla Costituzione e dalle relative norme di attuazione, come afferma il comunicato stampa, dal momento che l'art.81, comma 5, Cost. consente l'esercizio provvisorio, ma) «dai vincoli europei», cioè dalla Commissione europea che ha obbligato alla modifica del progetto di bilancio per il 2019 che il Governo aveva originariamente presentato, con una previsione di deficit superiore rispetto a quella poi faticosamente concordata con l'Istituzione Ue.

Ne consegue che, al di fuori del dialogo costante con la Corte di giustizia e del riconoscimento della primazia del diritto dell'Unione, nel rispetto della tradizione costituzionale nazionale e dei principi della nostra Carta fondamentale, non vi è spazio per un ruolo attivo del Giudice delle leggi addirittura come garante dell'osservanza del diritto UE.

Vale la pena di ricordare, a tal proposito, la *lectio magistralis* di Andreas Voßkuhle, appena insediato come nuovo Presidente del Bundesverfassungsgericht³², dopo la sentenza del 30 giugno del 2009 Lissabon-Urteil della Corte costituzionale tedesca e dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona:

«In modo simile alle lingue anche i tribunali operano come prismi diversamente sfaccettati, che riflettono, ma contemporaneamente rendono anche possibili, differenti concezioni giuridiche e della vita. [...] La Corte costituzionale tedesca, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo non giudicano in maniera isolata l'una dalle altre, bensì in modo reciprocamente coordinato. Decisioni contenutisticamente divergenti sono state adottate di rado, mentre occasionali dissonanze hanno dispiegato sempre una forza generatrice di nuovi sviluppi. Taluni osservatori possono rammaricarsi che il Bundesverfassungsgericht non occupi più una posizione solitaria dal punto di vista giuridico-costituzionale, perché in conseguenza della

³² A.Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in NVwZ, p.1, n.4, 2010.

progressiva internazionalizzazione ed europeizzazione ad esso non spetta più l'esclusiva nella verifica del diritto vigente in Germania. Proprio per il Bundesverfassungsgericht si dischiude una significativa possibilità di compensazione, di cooperare nel sistema plurilivello europeo alla creazione di un vincolante ordine costituzionale comune europeo con standard di tutela di diritti fondamentali per tutta Europa, e quindi di accompagnare con cognizione di causa il processo di cooperazione e di coerenza nel circuito (Verbund) giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Concepita in questi termini, la suddivisione di responsabilità giudiziale non conduce ad una diminuzione, bensì ad una triplicazione della tutela dei diritti fondamentali nel circuito della giurisdizione costituzionale di Karlsruhe, Strasburgo e Lussemburgo. Ma il circuito vivente europeo delle Corti costituzionali va ben al di là dei tre attori appena nominati. In particolare non possono rimanere privi di menzione le Corti costituzionali degli altri Stati europei e gli scambi culturali e di esperienze che si svolgono con loro. Le Corti costituzionali degli Stati membri cooperano non solo nel circuito delle Corti costituzionali con la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo, bensì anche le une con le altre, per esempio attraverso l'interazione personale dei loro giudici, così come attraverso la reciproca recezione della loro giurisprudenza. La giurisprudenza delle Corti costituzionali in circuito (verbundenen) si rivela così una disputa discorsiva circa la 'migliore soluzione', cosicché il circuito delle Corti costituzionali diventa alla fine un 'circuito di apprendimento'. Questo sviluppo progressivo, reciprocamente alimentantesi, qui solo accennato, della cultura costituzionale europea autorizza le migliori speranze per l'integrazione europea attraverso il diritto e la giustizia costituzionale! Il concetto di Verbund contribuisce a descrivere il funzionamento di un complesso sistema plurilivello, senza che così siano previamente definite le precise tecniche di interazione. Tale concetto permette di rinunciare ad immagini spaziali, fortemente semplificanti, come 'equiordinazione, sovraordinazione e sottoordinazione'. Invece, esso dischiude una rappresentazione differenziata sulla base di punti di vista ordinatori diversi, come unità, differenza e diversità, omogeneità e pluralità, delimitazione, interazione e interconnessione. Nel concetto di Verbund sono egualmente riposte le idee di autonomia, di rispetto reciproco e di capacità di agire insieme.».

Secondo la dottrina tedesca, dunque, al di fuori del concetto di "verbund", del condivisibile circuito del sistema di tutela multilevel "eurounitario", vi è il caos.

La Corte costituzionale con la sentenza n.269/2017 e con la sentenza n.248/2018³³ (su cui v. *infra*) ha scelto il caos, terreno culturale ed etico su cui non può trovare alcun seguito.

Abiurando la sua stessa giurisprudenza di pochi mesi prima (sentenza n.111/2017), la Corte costituzionale ha rinunciato di fatto a continuare ad avere un ruolo importante nella costruzione dell'*acquis communautaire*, ponendosi anche in contrasto con il quadro normativo sovranazionale e interno.

Come è noto, il primato del diritto "comunitario" sulle legislazioni nazionali è sancito nella dichiarazione n. 17³⁴, allegata ai Trattati Ue: «*Per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.*».

Ai sensi dell'art.17 del TFUE la Commissione «*vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati*» e «*vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea*». In virtù del suo ruolo di "custode dei trattati", spetta alla Commissione il compito di garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri.

Per l'Italia, il quadro costituzionale presenta una serie di indici normativi "sopravvenuti" rispetto al testo originario della Carta fondamentale, che consentirebbero di ritenere ormai archiviata la teoria dei «controlimiti» (risalente alle sentenze n. 232 del 1989, n. 170 del 1984 e n.183 del 1973), che lo stesso Giudice delle leggi aveva in passato paventato per impedire che il diritto Ue, nella concreta fattispecie, andasse a violare i principi supremi dell'ordinamento costituzionale nazionale.

Al solo art.11 Cost. tradizionalmente la giurisprudenza della Corte costituzionale ha fatto riferimento per riconoscere la penetrazione diretta nell'ordinamento interno delle fonti comunitarie (cfr. sentenze n.284 del 2007, n. 389 del 1989 e n. 113 del 1985), comprese le sentenze della Corte di giustizia in sede interpretativa aventi come parametro di comparazione le regole nazionali (cfr. ordinanze n.252 del 2006, nn.194 e 195 del 2016, in cui la decisione dei Giudici di Lussemburgo viene considerata «*ius superveniens*»), salva l'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità in caso di regole Ue di non diretta applicazione (cfr. ordinanza n.207 del 2013).

33 Corte cost., Pres. Lattanzi, Est. Coraggio, sentenza 27 dicembre 2018, n.248.

34 V. P. Gianniti, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali*, in *Idem* (a cura di), *La Cedu e il ruolo delle Corti*, 2015, Bologna, 149.

Successivamente, con la legge costituzionale n.3/2001 ha introdotto il novello art.117, comma 1, Cost., in base al quale la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, e non a caso la nuova disposizione costituzionale viene richiamata più volte, in combinato disposto con l'art.11 Cost., nella 1ª ordinanza di rinvio pregiudiziale in sede incidentale del Giudice delle leggi.

In secondo luogo, la legge costituzionale n.1/2012 ha introdotto il nuovo art.97, comma 1, Cost., che dispone che le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. Traccia dell'applicazione di questa nuova disposizione della Carta fondamentale la ritroviamo nella sentenza n.187/2016³⁵ della Corte costituzionale, in cui la Consulta riconosce che la stabilizzazione dei docenti precari con la legge n.107/2015 rappresenta *«una scelta che – va sottolineato – richiede uno sforzo organizzativo e finanziario estremamente impegnativo e che comporta un'attuazione invero peculiare di un principio basilare del pubblico impiego (l'accesso con concorso pubblico), volto a garantire non solo l'imparzialità ma anche l'efficienza dell'amministrazione (art. 97 Cost.).»*.

Nella legislazione ordinaria i precetti costituzionali sulla primazia del diritto dell'Unione europea sono stati recepiti, con particolare riferimento

35 Corte cost., Pres. Grossi, Est. Coraggio, sentenza 20 luglio 2016, n.187. Sulla sentenza n.187/2016 v. A. Anzon Demming, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it, 2017, n. 2; I. Carlotto, *Circuiti virtuosi: la vicenda dei precari della scuola tra Corti e Legislatore*, in *Quad.cost.*, 2016, n. 4, p. 496; F. Chietera, *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, in *Lav.giur.*, 2017, p.5; M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *Lav. giur.*, 2016, n.8-9, p.745; D.Nocilla, *Diritto europeo e diritto costituzionale dello Stato membro in un'insoddisfacente sentenza della Corte costituzionale in tema di precariato scolastico*, in *Giur. cost.*, 2016, n. 5, p. 1895; V. De Michele e S. Galleano, *La sentenza "Mascolo" della Corte costituzionale sui precari della scuola*, su www.europeanrights.eu, 1 settembre 2016; G. Franza, *Giochi di prestigio per i precari della scuola: la Consulta "cancella" l'illecito comunitario*, su *Mass.giur.lav.*, n.8-9, 2016, p.615 ss.; R. Nunin, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, in *Lav.giur.*, 2016, p.882; A. Paolitto, *Il precariato scolastico tra "la buona scuola" e il dialogo "multilevel" delle Corti: l'occasione per un bilancio*, in giustiziacivile.com, n.9/2016, 8 settembre 2016; F. Putaturo Donati, *Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva e nuova questione di legittimità costituzionale*, su *Arg.dir.lav.*, 2017, n.1, p.65; R. Calvano, *"Cattivi consigli" sulla "buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Mascolo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2016, n. 4; R. Romboli, *Nota a Corte cost., sent. n. 187/2016*, in *Foro it.*, 2016, n.10, I, p. 2993.

all'applicazione diretta delle sentenze della Corte di giustizia, dalla legge n.234/2012, che contiene le «Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea», attraverso l'art.14, comma 1, lett.a); l'art.29, comma 7, lett.b); l'art.30, comma 2, lett.b) e comma 3, lett.b); art.37, comma 1; l'art.43, commi 1, 2 e 4.

Inoltre, la legge n.18/2015 ha introdotto significative modifiche all'art.2, comma 3, della legge n.117/1988 (dichiarate legittime dalla Corte costituzionale con la sentenza n.164/2017) sulla responsabilità civile dei magistrati, individuando una fattispecie di colpa grave del giudice e di responsabilità dello Stato la manifesta violazione del diritto dell'Unione europea, individuata, in particolare, nel mancato rinvio pregiudiziale da parte del giudice di ultima istanza.

Non vi sono (più) spazi per il controllo accentratore di costituzionalità, anche perché, quando la Corte costituzionale lo ha esercitato perché i giudici nazionali glielo hanno riconosciuto, non sembra che le decisioni della Consulta abbiano condotto ad una corretta applicazione del diritto dell'Unione europea e ad una piena tutela dei diritti fondamentali.

Come nei casi, che si vanno ad esaminare, dei vigili del fuoco volontari e del precariato pubblico.

2. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: la sentenza n.267/2013 della Corte costituzionale sui vigili del fuoco volontari

Con l'ordinanza del 6 dicembre 2012³⁶ il Tribunale di Roma ha dichiarato rilevante, e non manifestamente infondata, la questione di legittimità costituzionale, sollevata d'ufficio, dell'art. 4 commi 11 e 12 l. n. 183 del 2011, nella parte in cui tali norme consentono il richiamo in servizio a tempo determinato del personale volontario dei Vigili del Fuoco in caso di (qualsivoglia) necessità delle strutture centrali e periferiche del Corpo nazionale, al di fuori dell'applicazione dei principi di cui al d.lgs. n. 368 del 2001, e segnatamente di quello contenuto nell'art. 5, così da determinare una successione potenzialmente illimitata di contratti a tempo determinato, e comunque svincolata dall'indicazione di ragioni obiettive o dalla predeterminazione di una durata massima o di un numero certo di rinnovi, in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

36 Trib. Roma, Est. Buconi, ordinanza 6 dicembre 2012, n. 110/2013.

Nell'ordinanza il Tribunale ha segnalato che il personale volontario del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco, non legato all'Amministrazione da vincolo d'impiego, chiamato a prestare servizio durante i periodi di richiamo previsti dagli artt. 6 e 8 D.Lgs. 139/06, integrava un sottosistema peculiare, inserito nell'organizzazione del Corpo medesimo. I Vigili del fuoco volontari costituiscono un nucleo di persone "qualificate e specificamente addestrate e attrezzate a disposizione dell'Amministrazione, che se ne avvale in caso di emergenza e con la quale esso ha un rapporto di dipendenza funzionale" (Cons. Stato, sez. I, parere 20.6.2001 n. 640).

In tale contesto, secondo il giudice del rinvio, assumeva diretto rilievo l'art. 10 D.Lgs. 139/06 cit., che recita: "*1. Al personale volontario richiamato in servizio temporaneo, per l'intera durata di tale richiamo, spetta il trattamento economico iniziale del personale permanente di corrispondente qualifica, il trattamento di missione, i compensi inerenti alle prestazioni di lavoro straordinario. 2. Il personale volontario è assicurato contro gli infortuni in servizio e le infermità contratte per causa diretta ed immediata di servizio (...)*".

Ricordava il giudice romano che il Ministero dell'Interno aveva avviato le procedure selettive per la stabilizzazione del personale volontario dei Vigili del Fuoco ai sensi dell'art. 1 commi 519 e 526 della L. n. 296/2006, che, riferendosi espressamente al medesimo personale, ha riconosciuto il carattere subordinato del relativo rapporto di lavoro. Né poteva rilevare in contrario la circostanza che il richiamo in servizio del vigile volontario derivi da atto amministrativo unilaterale, giacché l'esistenza di una fonte negoziale del rapporto non è essenziale ai fini del riconoscimento della subordinazione.

Non ostava alla qualificazione del rapporto in termini di subordinazione nemmeno l'ulteriore circostanza che il vigile richiamato in servizio potesse essere già un lavoratore alle dipendenze di altro datore (che in tal caso sarà tenuto a consentirgli lo svolgimento del servizio e a conservargli il posto: art. 8 comma 4 D.Lgs. 139/06 cit.), giacché la coesistenza, nella specie meramente eventuale e contingente, di diversi rapporti di lavoro non violava alcun limite logico o legale, in presenza di espressa normativa regolatrice, che evidentemente deroga alle previsioni sull'esclusività d'impiego del lavoratore pubblico.

Trattavasi peraltro di rapporto di lavoro dipendente connotato da assoluta specialità, per la quale era stata espressamente esclusa l'applicazione della disciplina comune sul contratto di lavoro a termine — come espressamente enunciato (con disposizione di natura ricognitiva) dall'art. 10 comma 1 lettera c-bis D.Lgs. 368/01 (lettera inserita dall'art. 4 comma 12 L. 183/11) — e retto viceversa da normativa particolare.

La Corte costituzionale con la sentenza n.267 del 13 novembre 2013³⁷ ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma, all'esito della camera di consiglio del 6 novembre 2013 in cui la Consulta si è riservata per la decisione all'esito della mancata costituzione nel giudizio incidentale della difesa dei lavoratori precari.

Secondo la Corte costituzionale il rapporto tra la pubblica amministrazione e il personale volontario del Corpo dei vigili del fuoco, per l'esercizio di funzioni straordinarie e collegate ad eventi di natura eccezionale e di durata ed entità non prevedibili, consisterebbe in una dipendenza di carattere esclusivamente funzionale.

I volontari dei vigili del fuoco non ricadrebbero quindi nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva n. 1999/70/CE, perché tale accordo si applica «ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge» (clausola 2); nel caso in esame, non vi sarebbe un rapporto di lavoro, ma di servizio. La questione, dunque, non era fondata per l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muovono le censure prospettate dal giudice rimettente (ex multis, sentenze n. 236 e n. 229 del 2013).

Si è in totale disaccordo con la decisione della Consulta, che ha qualificato diversamente (come rapporto di servizio) un rapporto di lavoro che solo il Giudice di merito può qualificare come tale e considerare di natura subordinata e che comprende in sé, come la gran parte dei contratti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, anche il rapporto di "servizio", e che non rientra tra i rapporti esclusi dal campo di applicazione della clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, che offre agli Stati membri e/o alle parti sociali la facoltà di sottrarre al campo di applicazione di tale accordo quadro soltanto i «rapporti di formazione professionale iniziale e di apprendistato» nonché i «contratti e rapporti di lavoro definiti nel quadro di un programma specifico di formazione, inserimento e riqualificazione professionale pubblico o che usufruisca di contributi pubblici» (sentenza Adeneler³⁸, punto 57).

37 Corte costituzionale, Pres. Silvestri, Est. Cassese, sentenza 13 novembre 2013, n.267.

38 Corte di giustizia Ce, sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04 *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, EU:C:2006:443. Sulla sentenza *Adeneler v. R. Conti e R. Foglia, Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, su *Corr. giur.*, 2006, 1456-1459; L. Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, *Giorn. rel. ind.*, 2006, 439-444; G. Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, in *Mass.*

Così, invece, ha precisato la sentenza Sibilio³⁹ della Corte di giustizia sui contratti dei lavoratori socialmente utili, al punto 48: «*Si deve tuttavia constatare che, a parere del Comune, che si riferisce, al riguardo, ad una giurisprudenza dei giudici nazionali, il diritto italiano non esclude che le prestazioni fornite nel contesto di un progetto di lavori socialmente utili possano, in realtà, presentare concretamente le caratteristiche di una prestazione di lavoro subordinato. Se così è, il legislatore italiano non può rifiutare la qualifica giuridica di rapporto di lavoro subordinato a rapporti che, oggettivamente, rivestono una siffatta natura. Spetta al giudice del rinvio e non alla Corte verificare la fondatezza di tale valutazione del diritto nazionale.*».

La Corte di giustizia nella sentenza Sibilio non fa altro che riprendere, sul punto, quanto argomentato dalla Corte costituzionale venti anni prima sulla riqualificazione in rapporti di lavoro subordinato dei contratti di collaborazione libero professionali stipulati dalle Aziende sanitarie locali sulla base di previsione di legge, come ricorda l'Ufficio del Massimario della Cassazione nella relazione n.20 del 1° maggio 2011⁴⁰, perché la maggior parte delle controversie «qualificatorie» risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase d'attuazione del rapporto, evidenziandosi in tema che la stessa Corte costituzionale afferma che, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile, sicché un'eventuale norma legislativa che impedisse la riqualificazione giudiziale del contratto sarebbe costituzionalmente illegittima (Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115).

giur. lav., 2006, 752-755; A.M. Perrino, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su *Il Foro it.*, 2007, IV, Col. 75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su *Foro it.*, 2007, IV, Col. 344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 48-70.

39

Corte di giustizia Ue, sentenza 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio v. Comune di Napoli*, EU:C:2012:148.

40 Ufficio del Massimario della Cassazione, Est. Buffa, relazione del 1° maggio 2011, n.20, su «"Collegato lavoro" e tutela giurisdizionale (artt. 30-33 della legge 4 novembre 2010, n. 183)» a pag.14.

La Corte di giustizia nella recente sentenza *Matzak*⁴¹, aderendo alle tradizioni costituzionali comuni che *in subjecta materia* erano rappresentate dalla sentenza n.115/1994 della Corte costituzionale, ha fatto rientrare nella nozione di lavoratore subordinato di cui all'art. 2 della direttiva sull'orario di lavoro un vigile del fuoco volontario, che aveva avviato uno strumentale procedimento giudiziario diretto a ottenere la condanna della città di Nivelles a versargli la somma provvisoria di un solo euro, a titolo di risarcimento dei danni per mancato pagamento, durante gli anni di servizio, della retribuzione relativa alle sue prestazioni per i servizi di guardia al proprio domicilio.

La Corte di giustizia con la sentenza *Matzak* ha richiamato preliminarmente la portata autonoma della nozione di lavoratore [subordinato] secondo il diritto dell'Unione a prescindere dalla natura giuridica di un rapporto di lavoro secondo il diritto nazionale, alla luce di tutta la propria pertinente giurisprudenza, e ha concluso che l'art. 17, par. 3, lett. c, punto iii), della direttiva 2003/88/CE deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri non possono derogare, con riferimento a talune categorie di vigili del fuoco reclutati dai servizi pubblici antincendio come il vigile del fuoco "volontario" ricorrente nel giudizio principale, a tutti gli obblighi derivanti dalle disposizioni di tale direttiva, ivi compreso l'art. 2, che definisce in particolare le nozioni di «orario di lavoro» e di «periodo di riposo»; che l'art. 15 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso non consente agli Stati membri di adottare o mantenere una definizione della nozione di «orario di lavoro» meno restrittiva di quella contenuta all'articolo 2 della stessa direttiva; infine, che l'art. 2 della direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che le ore di guardia che un lavoratore trascorre al proprio domicilio con l'obbligo di rispondere alle convocazioni del suo datore di lavoro entro 8 minuti, obbligo che limita molto fortemente le possibilità di svolgere altre attività, devono essere considerate come «orario di lavoro».

3. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: l'ordinanza n.195/2016 della Corte costituzionale sul precariato Afam e le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Rossato C-494/17

41

Corte di giustizia Ue, sentenza 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, EU:C:2018:82.

Il contrasto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sull'incompatibilità della primazia del diritto dell'Unione con il controllo accentratore di costituzionalità si è consumato, dopo la sentenza Sciotto della Corte Ue, con le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 6 dicembre 2018 nella causa Rossato C-494/17, riguardante un docente di Conservatorio di musica del Comparto AFAM che aveva maturato 11 anni di servizio e aveva chiesto la tutela giudiziaria della stabilità lavorativa, prima di essere immesso in ruolo per lo scorrimento (tardivo) della graduatoria concorsuale in cui era inserito.

In particolare, il sistema di reclutamento stabile nel settore AFAM è disciplinato per legge ed è basato esclusivamente su graduatorie ad esaurimento formate sulla base di soli titoli di servizio (360 giorni per la graduatoria ex lege 143/2004, che ha consentito al prof. Rossato dapprima le assunzioni a tempo determinato annuali ininterrottamente dall'anno accademico 2006/2007 fino all'anno accademico 2014/2015, poi l'assunzione a tempo indeterminato con il contratto del 2 novembre 2015 e retrodatazione al 1/1/2014), senza concorso pubblico, che invece veniva previsto come idoneità all'insegnamento, unitamente a 36 mesi di servizio accademico, per l'accesso alle graduatorie permanenti di cui all'art.19, comma 2, d.l. n.104/2013 (c.d. graduatorie ex lege 128/2013), che sono state, a loro volta, trasformate in graduatorie ad esaurimento dall'art.1, comma 653, della legge n.205/2017, per consentire, con decorrenza dal 1° novembre 2018, anche le assunzioni a tempo indeterminato.

Ai docenti del Comparto AFAM avrebbe dovuto essere applicata, in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, la sanzione della riqualificazione/conversione a tempo indeterminato prevista per tutti i dipendenti pubblici non appartenenti al Comparto Scuola sia nel caso di superamento dei 36 mesi di servizio ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (sentenza Mascolo⁴², punti 15, 55 e 59-61; ordinanza

42

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

Corte di giustizia

Affatato⁴³, punto 48) sia nel caso di mancanza delle ragioni oggettive temporanee per ogni singolo contratto a tempo determinato o, nel caso dei docenti del Comparto AFAM, per ogni supplenza annuale di cui all'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, come previsto dall'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 (sentenza Sorge⁴⁴, punti 13-14 e 45; sentenza Carratù⁴⁵, punto 47; sentenza Mascolo, punti 86-88, 92-93 e conclusioni).

D'altra parte, la Corte costituzionale con la sentenza n.187/2016, in presunta applicazione della sentenza Mascolo, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale con efficacia ex tunc dell'art.4, comma 1, della

privati, in *europeanrights.eu*, 10 gennaio 2015; *id*, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, *ibidem*, 11 novembre 2015; F. Ghera, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *Giur.cost.*, 2015, 158 ss.; S. Galleano, *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in *europeanrights.eu*, 8 gennaio 2015; R. Irmici, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *Nov.dir.amm.*, 2015, 2, 177 ss.; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot.giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; R. Nunin, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, su questa *Rivista*, 2015, 146 ss.; A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, II, 93 ss.; V. Pinto, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav.pubb.amm.*, 2015, 915 ss.; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg.dir.lav.*, 2015, 189 ss.; N. Zampieri, *Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della CGUE*, in *Ris.um.*, 2015, 2, 213 ss.

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

44

Corte di giustizia Ue, sentenza 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge v. Poste italiane*, EU:C:2010:369, su cui v. A. Vallebona, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *Mass.giur.lav.*, 2010, 633-635; L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2010, II, 1050-1058; A.M. Perrino, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *Foro it.*, 2010, IV, Col. 550-555; V. De Michele, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia*

legge n.124/1999, per violazione dell'art.117, comma 1, della Costituzione e, pertanto, la situazione di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato da parte del MIUR nei confronti del prof. Rossato era accertata sin dalla prima supplenza annuale dal 18 novembre 2003 al 31 ottobre 2004.

Inoltre, la Corte costituzionale con l'ordinanza n.195/2016, contestuale alla sentenza n.187/2016 dello stesso Giudice delle leggi, proprio in una fattispecie di abusivo ricorso a contratti a tempo determinato nei confronti di docenti del Comparto AFAM inseriti nelle graduatorie permanenti di cui all'art.19, comma 2, d.l. n.104/2013 (cioè in possesso dell'abilitazione con procedura concorsuale all'insegnamento e tre anni accademici di servizio), aveva affermato che la decisione Mascolo della Corte di giustizia costituiva *ius superveniens* nell'ordinamento interno.

Diversamente da quanto avvenuto con la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 di cui alla sentenza n.187/2016, per i docenti precari del Comparto Afam la Corte costituzionale con l'ordinanza n.195/2016 non aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale richiesta nell'ordinanza del Tribunale di Trento dell'art.2, comma 6, della legge n.508/1999, in quanto detta norma statale consentirebbe di provvedere, ai fini del soddisfacimento delle esigenze didattiche non temporanee derivanti dalla legge di riforma dei Conservatori di musica, alle quali non si possa far fronte nell'ambito delle

supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani, in Lav.giur., 2010, 9, 865-883.

45 Corte di giustizia Ue, sentenza 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù* contro *Poste italiane*, EU:C:2013:830. Sulla sentenza *Carratù* cfr. V. De Michele, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act n. 1: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine*, in *Lav.prev.oggi*, 2014, 372 ss., nonché *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo*, in *I quaderni europei - Scienze giuridiche*, 2014, n.60, 1-228; L. Menghini, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav.giur.*, 2014, 463-465 ss.; P. Coppola, *I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno*, in *WP CSDLE*, n. 198; R. Nunin, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in *Riv.giur.lav.*, 2014, II, 124 ss.; M. Lughezzani, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 487 ss.; S. Guadagno, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *Arg.dir.lav.*, 2014, 682 ss.; S.L. Gentile, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2014, II, 479 ss.

dotazioni organiche, *«esclusivamente mediante l'attribuzione di incarichi di insegnamento di durata non superiore al quinquennio, rinnovabili»*, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione del personale docente di ruolo, così da configurare la possibilità dell'utilizzazione di una successione di contratti a tempo determinato senza la previsione di tempi certi per lo svolgimento dei concorsi.

Viceversa, la Corte costituzionale aveva rinviato la causa al giudice rimettente per la valutazione circa la perdurante rilevanza della questione, alla luce di due "normative" sopravvenute: lo «ius superveniens» della sentenza Mascolo e la «riforma "di sistema"» (l'espressione e il virgolettato sono testuali nell'ordinanza n.195/2016) della legge n.107/2015, che, pur riguardando la "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", non prevede nessuna regolamentazione e nessuna norma che intervenga sul rapporto di lavoro e sul reclutamento del personale del Comparto Afam in modo da impedire l'applicazione del d.lgs. n.368/2001.

D'altra parte, con l'ordinanza n.206/2013 (contestuale e coordinata rispetto all'ordinanza n.207/2013 di rinvio pregiudiziale decisa dalla sentenza Mascolo) la Corte costituzionale aveva sollecitato invano il Tribunale di Trento a (ri)proporre le questioni di legittimità costituzionale collegate al sistema di reclutamento scolastico, limitandole alle norme che impedivano l'applicazione di una tutela effettiva di stabilizzazione del posto di lavoro, come l'art.4, comma 14-bis, della legge n.124/1999 e l'art.10, comma 4-bis, del D.Lgs. n.368/2001.

In buona sostanza, la Corte costituzionale con l'ordinanza n.206/2013 sembrava auspicare (ma la sentenza n.248/2018 della Consulta, come vedremo, smentirà questo ragionamento) che il Tribunale di Trento, sia per i docenti del Comparto Scuola che per i docenti del Comparto AFAM che avevano superato i 36 mesi di servizio nella pubblica amministrazione, proponesse questione di legittimità costituzionale nei termini enunciati dal Tribunale di Foggia con ordinanza del 26 ottobre 2016 n.32/2017 Reg.ric. sul precariato pubblico sanitario che ha superato i 36 mesi di servizio.

Il Tribunale di Trento non aveva risposto alle sollecitazioni della Corte costituzionale con l'ordinanza n.206/2013 e la Corte costituzionale aveva limitato, per la verità creando molta confusione, la propria decisione complessiva sulla vicenda del precariato pubblico scolastico e del Comparto AFAM alla declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia ex tunc dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 (sentenza n.187/2016) e alla declaratoria di inammissibilità delle ordinanze di legittimità costituzionale del Tribunale di Trento sui docenti del Comparto

Scuola (ordinanza n.194/2016) e sui docenti del Comparto AFAM (ordinanza n.195/2016), richiamando in queste ultime decisioni la sentenza Mascolo con *ius superveniens*.

In conclusione, secondo quanto opinato dalla Corte di appello di Trento nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa Rossato⁴⁶, sembrava doversi imputare anche alla Corte costituzionale, oltre che alle decisioni della Cassazione sul precariato scolastico del 7 novembre 2016 (v., per tutte, Cass., n.22552/2016), in combinato disposto con la sentenza n.5072/2016⁴⁷ delle Sezioni unite sul "danno comunitario" e sul sostanziale svuotamento delle specifiche sanzioni antiabusivo previste dal d.lgs. n.368/2001, la pretesa di applicare, anche ai docenti del Comparto AFAM, come unica sanzione contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, l'avvenuta "stabilizzazione" a tempo indeterminato del rapporto di lavoro in precedenza (quando era iniziato il giudizio) illegittimamente o illecitamente a termine, in applicazione "analogica" dell'art.1, commi 95 ss., 131 e 132, della legge n.107/2016.

Certamente l'ordinanza n.195/2016 della Corte costituzionale sui docenti precari Afam (come la stessa sentenza contestuale n.187/2016 sui precari della scuola pubblica) presentava quei profili di ambiguità e di

46 La Corte di appello di Trento con ordinanza del 13 luglio 2017 ha sollevato la seguente questione pregiudiziale nella causa Rossato C-494/17: «*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. 1 commi 95, 131 e 132 della L. n. 107 del 2015 dello Stato Italiano, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme dell'accordo quadro in relazione alla violazione dello stesso per l'abusiva reiterazione di contratti a termine per il periodo anteriore a quello in cui le misure, di cui alle norme indicate, sono destinate a produrre effetti.*».

47 Cassazione, S.U., sentenza 15 marzo 2016, n.5072 su *Mass.giur.lav.*, 2016, 590 ss., con nota adesiva di A. Vallebona e con nota critica di F. Putaturo Donati, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, ivi, 2016, 606 ss.; M. De Luca, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, su *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, n.134/2017; Id., *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *Lav.giur.*, 2016, 1053 ss.; V. De Michele, *Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia*, su *Labor*, 2017, 4, 415-434. Cfr., in senso adesivo, Cass., SS.UU., sentenze 14 marzo 2016, nn.4911, 4912, 4913 e 4914 senza motivazione e con rimando alla successiva sentenza n.5072/2016; in termini, Cass., VI Sez. L, ordinanze nn.6632/2017; 6631/2017; 2593/2017; 1872/2017; 1683/2017; 1681/2017; 25276/2016; 24169; 24168/2016; 23944/2016; 23943/2016; 23942/2016; 22088/2016; 21943/2016; 21937/2016; 16360/2016; 16359/2016; 16358/2016; 16230/2016; 16229/2016; 16228/2016; 16227/2016; 16262/2016; 16100/2016; 16099/2016; 16098/2016; 16097/2016; 16096/2016; 16095/2016; Cass., S.L., sentenza n.14633/2016.

incertezza interpretativa, che avevano prestato il fianco ad una lettura come quella del giudice del rinvio.

Con qualsiasi modalità fosse avvenuta l'immissione in ruolo, era pacifico che il prof. Rossato era stato assunto a tempo indeterminato dalle graduatorie ad esaurimento ex lege 143/2004 con decorrenza dal 2 novembre 2015 e retrodatazione al 1/1/2014, ai sensi dell'art.19, comma 1, d.l. n.104/2013, al di fuori del piano straordinario di immissione in ruolo del personale docente del Comparto Scuola.

Quindi, al prof. Rossato spettava sicuramente il risarcimento dei danni subiti per l'ingiustificata precarizzazione del rapporto di lavoro con una pluralità di contratti a tempo determinato successivi, tutti illegittimi in base alla normativa interna e alla sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale.

Pertanto, i dubbi interpretativi sollevati dalla Corte di appello di Trento in merito alla natura (totalmente) satisfattiva del danno subito dal prof. Rossato per l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato con la "sanzione" della assunzione a tempo indeterminato apparivano assolutamente fondati e, dunque, il risarcimento del danno subito dal lavoratore avrebbe dovuto essere riconosciuto, quantomeno nella misura dell'indennità forfetaria di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 e delle maggiorazioni di cui all'art.5, comma 1, d.lgs. n.368/2001.

In definitiva, nelle sentenze sul precariato scolastico del 7 novembre 2016 la Cassazione aveva affermato che, nelle ipotesi in cui, nel corso della causa, il lavoratore fosse stato stabilizzato, o a seguito degli ordinari meccanismi di inserimento in ruolo attraverso i concorsi e lo scorrimento delle graduatorie ad esaurimento ovvero a seguito della avvenuta stabilizzazione ai sensi della legge 107/2015, non spettava il risarcimento del danno, così interpretando la sentenza 187/2016 della Corte costituzionale che, al punto 13, nel trattare della legge di stabilizzazione della scuola, aveva affermato che *l'«avvenuta immissione in ruolo oltre a svolgere la funzione tipica preventiva-punitiva delle sanzioni, nell'interpretazione del Giudice dell'Unione rifluisce sull'illecito "cancellandolo" (paragrafo 79 [della sentenza Mascolo])»*, con effetto sanzionatorio che assorbiva il passato servizio precario.

Ora, è agevole rilevare che, in conseguenza di tale giurisprudenza della Cassazione, si aveva la seguente situazione: nel settore privato, in ipotesi di abusivo ricorso al contratto a tempo determinato si ha la conversione del rapporto più la sanzione economica dell'art. 32, comma 5, della legge 183/2010; nel settore pubblico, secondo le Sezioni unite con la sentenza n.5072/2016, soltanto il risarcimento "fisso" dell'art. 32, comma 5, legge n.183/2010 più l'ulteriore danno di perdita di chances che spetta al lavoratore provare.

Tale differenza troverebbe la sua ragione oggettiva, secondo la Cassazione a Sezioni unite 5072/2016, nell'obbligo del concorso: ma se il lavoratore è stato immesso in ruolo, la ragione oggettiva che giustifica il trattamento differenziato tra i due settori (l'esigenza del concorso) viene meno e, dunque, non vi sono motivi per trattare diversamente situazioni che sono, di fatto, divenute identiche o equivalenti, con palese violazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Con la inevitabile conseguenza che anche al lavoratore pubblico che si sia visto stabilizzare dopo un periodo di abuso nell'utilizzo dei contratti a termine o per superamento del concorso ovvero per immissione in ruolo a seguito di scorrimento delle graduatorie permanenti, andava riconosciuto il risarcimento del danno, almeno nella medesima misura di un lavoratore comparabile impiegato nel settore privato *"al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione"* (sentenza Mascolo, punto 79).

Infatti, la Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa Rossato, depositate il 28 novembre 2017, ha concluso in senso diametralmente opposto rispetto ai principi di diritto enunciati dalla Cassazione nelle sentenze sul precariato scolastico, accogliendo i dubbi di violazione del diritto dell'Unione espressi dalla Corte di appello di Trento come giudice del rinvio: *«La clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE deve essere interpretata nel senso che osta all'applicazione di disposizioni nazionali come quelle in causa nel giudizio principale, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno per gli abusi nel ricorso alla contrattazione a termine commessi nel periodo anteriore all'entrata in vigore di dette disposizioni, a meno che il giudice nazionale non individui nell'ordinamento interno altri rimedi volti a sanzionare debitamente l'abuso del ricorso alla contrattazione a termine e a cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione»*.

Sul punto del risarcimento dei danni in caso di abusivo utilizzo dei contratti a tempo determinato la recente Risoluzione del Parlamento Ue del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro è chiarissima ai punti 19 e 20 e ha confermato la posizione della Commissione nelle sue osservazioni scritte: *«19. sottolinea che la conversione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato per un lavoratore che abbia subito un abuso in materia di contratti a tempo determinato, in violazione della direttiva 1999/70/CE, non esime uno Stato membro dall'obbligo di punire tale abuso, compresa, in aggiunta, la possibilità per il lavoratore interessato di ottenere il risarcimento per qualsiasi danno subito in passato; 20. sottolinea che se*

uno Stato membro decide di punire la discriminazione o l'abuso nei confronti di un lavoratore temporaneo in violazione del diritto dell'UE mediante la concessione di un indennizzo a favore del lavoratore interessato, l'indennizzo deve essere in ogni caso adeguato ed efficace e deve costituire un risarcimento integrale per tutti i danni subiti».

Pertanto, l'unica possibilità per la Corte di appello di Trento di non condividere l'applicazione retroattiva della legge n.107/2015 per quanto riguarda il diniego del risarcimento dei danni nei confronti anche dei docenti del Comparto AFAM era lo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art.267 TFUE, che dunque è stato correttamente esercitato.

Sotto questo profilo, il Governo italiano nella nota 4 delle osservazioni scritte della causa Rossato ha richiamato in modo non appropriato il punto 50 della sentenza Mascolo per avvalorare il giudizio di irricevibilità della domanda di rinvio pregiudiziale richiesto alla Corte di giustizia, che sarebbe stata chiamata ad "esprimere pareri consultivi su questioni generali ed ipotetiche".

Nella sentenza Mascolo la Corte ha effettivamente dichiarato irricevibile la domanda di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli nella causa Russo C-63/13 su fattispecie, diversa da quella del personale della scuola pubblica, di insegnante comunale di asilo nido alle dipendenze del Comune di Napoli, ritenendola ipotetica perché lo stesso Tribunale di Napoli non aveva escluso l'applicabilità dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 alla fattispecie di causa come sanzione adeguata (sentenza Mascolo, punti 55 e 59-61), nonostante la Cassazione con la sentenza n.10127/2012 avesse negato l'applicabilità del d.lgs. n.368/2001 ai supplenti della scuola pubblica.

Nel caso di specie, invece, proprio alla luce delle decisioni della Corte costituzionale e della Cassazione innanzi richiamate, il giudice del rinvio aveva escluso l'applicazione del d.lgs. n.368/2001 e anche della sanzione prevista dall'art.32, comma 5, della legge n.183/2010, per l'effetto retroattivo della legge n.107/2015 affermato dalle due Corti superiori.

Appariva evidente, quindi, alla luce di tutto questo contesto interpretativo che proveniva dalle Istituzioni Ue e anche dall'esito dell'udienza di trattazione orale della causa Rossato davanti alla Corte Ue, che la posizione interpretativa della Commissione sarebbe stata integralmente recepita nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 6 dicembre 2018 nella causa Rossato, che ha così proposto alla Corte di giustizia di rispondere (positivamente) al quesito posto dalla Corte di appello di Trento, di cui condivide il disvalore giuridico delle sentenze della Cassazione e della Corte costituzionale *in subiecta materia*: «La clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, il quale figura in allegato alla direttiva

1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad un'interpretazione giurisprudenziale di disposizioni del diritto nazionale, come quelle di cui al procedimento principale, che disciplinano misure intese a prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, secondo la quale sarebbe vietato qualsiasi risarcimento del danno causato dall'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato durante il periodo anteriore all'entrata in vigore di dette disposizioni, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.».

L'Avvocato generale Szpunar ha concordato seccamente con la Corte di appello di Trento sul fatto che la legge n.107/2015 prevedesse, quali misure quali misure adottate per attuare l'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE (conclusioni, punto 47), un piano straordinario di reclutamento a tempo indeterminato di personale docente (art.1, commi 95 ss.) nonché il risarcimento dei danni causati dal ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato per una durata complessiva superiore a 36 mesi (art.1, comma 132), misure che operavano "pacificamente", nonostante l'opposta (e così demolita) interpretazione della Cassazione e della Corte costituzionale, *unicamente per il futuro* e che l'interpretazione giurisprudenziale di tale legge abbia come conseguenza il divieto di qualsiasi risarcimento dei danni causati dagli abusi verificatisi prima della sua entrata in vigore, vale a dire durante i quattordici anni (dall'entrata in vigore del d.lgs. n.368/2001, normativa di recepimento della direttiva sul lavoro a tempo determinato) che l'hanno preceduta (conclusioni, punto 51) e che non potevano certamente essere applicate ad una fattispecie in cui il reclutamento stabile era avvenuto prima e al di fuori della legge n.107/2015 (punti 52 e 55).

Secondo l'Avvocato generale, infatti, non è stata adottata nessuna misura intesa a sanzionare il ricorso abusivo, per quattordici anni, a contratti a tempo determinato conclusi prima dell'adozione della legge n. 107/2015, e ciò, come osservato dal giudice del rinvio, senza tenere conto del numero di contratti stipulati e del numero di anni durante i quali tale ricorso abusivo si è protratto.

L'inadeguatezza dell'interpretazione giurisprudenziale della legge n. 107/2015 per quanto attiene alle sanzioni degli abusi passati è, secondo Szpunar, ancor più evidente se si considera che l'articolo 1, comma 132, di tale legge prevede la creazione di un fondo per il pagamento in futuro di eventuali risarcimenti dei danni qualora la durata del contratto a tempo determinato sia superiore a 36 mesi. Per contro, nessun risarcimento è dovuto ad una persona, come il ricorrente nel

procedimento principale, la quale abbia lavorato più di undici anni consecutivi in forza del rinnovo abusivo di contratti a tempo determinato, stipulati per soddisfare esigenze permanenti e durevoli, che, come tali, non giustificano il ricorso a tale tipo di contratti ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro (conclusioni, punto 59).

Szpunar ha stigmatizzato il fatto che il prof. Rossato si trovasse, in conseguenza di un'interpretazione giurisprudenziale paralizzante il suo diritto al risarcimento dei danni subiti in conseguenza dell'abusivo utilizzo, in una situazione analoga a quella dei ricorrenti nelle cause sfociate nella sentenza Mascolo e che nulla fosse cambiato, dopo la sentenza della Corte di giustizia, in termini di diniego assoluto di ogni tutela effettiva da parte della Cassazione anche per il docente di Conservatorio ricorrente, immesso in ruolo attraverso lo scorrimento della graduatoria ad esaurimento ai sensi dell'art.2, comma 6, della legge n. 508/1999 (conclusioni, punto 54).

Infine, l'Avvocato generale è intervenuto a fare chiarezza esaustiva sulla "nozione" di risarcimento del danno conseguente all'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, in violazione delle misure previste dalla clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, cancellando "definitivamente" il "danno comunitario" inventato dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016.

Secondo Szpunar, infatti, il danno che dà diritto al risarcimento, al quale si riferisce l'accordo quadro e la giurisprudenza della Corte di giustizia, riguarda il danno specifico connesso all'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato per una parte sostanziale della carriera professionale di un lavoratore, che lo esclude dal beneficio della stabilità dell'occupazione, il quale costituisce, come emerge dal secondo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché dai punti da 6 a 8 delle considerazioni generali dello stesso, un elemento portante della tutela dei lavoratori.

Il risarcimento di tale danno costituisce una misura sanzionatoria specifica per la violazione dell'accordo quadro. Pertanto, il fatto che questo stesso lavoratore possa chiedere, secondo il diritto nazionale, il risarcimento di altri tipi di danni che possono essere connessi o collaterali al danno principale (come i danni alla salute o i danni morali), ma che non sono direttamente connessi alla violazione del diritto dell'Unione, non incide sulle conclusioni dell'Avvocato generale, ossia l'assenza di un carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo di una misura sanzionatoria che non è applicabile ai docenti immessi in ruolo in forza della legislazione anteriore alla legge n. 107/2015, come il ricorrente nel procedimento principale (conclusioni, punto 61)

La legge n. 107/2015, che Szpunar ha riconosciuto come prevista dal legislatore italiano per conformarsi al diritto dell'Unione e alla sentenza Mascolo, ha avuto come conseguenza un miglioramento della situazione dei docenti che sono stati o saranno stabilizzati dopo la sua entrata in vigore. Per contro, l'interpretazione giurisprudenziale di tale legge ha peggiorato la situazione dei docenti che, come il ricorrente nel procedimento principale, sono stati stabilizzati sulla base delle graduatorie prima dell'entrata in vigore di tale legge, e ciò malgrado i precetti indicati nella sentenza Mascolo, che lo Stato italiano ha disatteso (conclusioni, punto 62).

Pare abbastanza difficile che la sentenza della Corte di giustizia nella causa Rossato, il cui deposito è previsto per febbraio-marzo 2019, si possa discostare dall'opinione dell'Avvocato generale, dal momento che all'udienza di trattazione orale del 27 settembre 2018 il Governo italiano (e la stessa Commissione Ue, in difficoltà per non aver attivato la procedura di infrazione n.2014-4231 su tutto il precariato pubblico, lasciandola nella fase Eu-pilot) sono stati ripetutamente interrogati dai Giudici del Collegio a 5 della I Sezione della Corte di Lussemburgo sui motivi in base ai quali, in sostanza, la sentenza Mascolo non era stata recepita nell'ordinamento interno anche (e soprattutto) a livello giurisprudenziale e sul senso e la portata di una qualificazione giuridica del danno come quella enunciata dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016, che la Corte comunitaria mai avrebbe potuto enunciare al di fuori dell'unico danno risarcibile in base alla direttiva 1999/70/CE, la perdita della stabilità lavorativa.

Tuttavia, l'amara constatazione in ambito Ue della "pacifica" inadeguatezza delle pronunce della Suprema Corte e della Corte costituzionale sul precariato pubblico in generale (sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite; ora sentenza n.248/2018 della Consulta) e sul precariato scolastico in particolare (sentenze del 7 novembre 2016 della Cassazione; sentenza n.187/2016 e ordinanza n.195/2016 del Giudice delle leggi) viene in parte mitigata dall'apertura dell'Avvocato generale Szpunar sulla valorizzazione della legge n.107/2015 come misura effettiva di stabilizzazione contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato dei docenti della scuola pubblica, che costituirebbe l'equivalente dell'effettivo risarcimento dei danni per violazione della direttiva 1999/70/CE.

Un invito indiretto alla Corte costituzionale ad intervenire e risolvere definitivamente, all'interno dell'ordinamento nazionale, la problematica della mancata attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato per i precari pubblici.

Un invito che non solo non è stato colto *ratione temporis* dal Giudice delle leggi nella sentenza n.248/2018 - la causa incidentale sollevata dal Tribunale di Foggia risulta decisa in camera di consiglio un mese e mezzo prima delle conclusioni di Szpunar - ma che pare essere stato interpretato, e non vi sono molti dubbi che lo sia, come vera e propria censura sulla competenza della Corte costituzionale quale giudice di ultima istanza, autodelegatosi al controllo accentrato di costituzionalità, pur in assenza di accordo internazionale e contro i Trattati Ue.

4. Il diniego della tutela assicurata dal diritto dell'Unione europea: la sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale sul divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego

Il nucleo vitale della sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale è nella parte finale e conclusiva al punto 10, con accenti quasi edittali: «*Difatti, se da una parte, non può che confermarsi l'impossibilità per tutto il settore pubblico di conversione del rapporto da tempo determinato a tempo indeterminato – secondo la pacifica giurisprudenza euro[u]nitaria e nazionale –, dall'altra sussiste una misura sanzionatoria adeguata, costituita dal risarcimento del danno nei termini precisati dalla Corte di cassazione*».

La Corte costituzionale, dunque, «*dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 4-ter, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), e dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), sollevate, in riferimento, nel complesso, agli artt. 3, 4, 24, 35, primo comma, 97, quarto comma, 101, secondo comma, 104, primo comma, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, in relazione alla clausola 4, punto 1, e alla clausola 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEP sul lavoro a tempo determinato, e all'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea, dal Tribunale ordinario di Foggia, in funzione di giudice del lavoro, con l'ordinanza in epigrafe*».

Il dispositivo contrasta clamorosamente con la motivazione, in cui tutte le questioni, tranne quella sull'art.117, comma 1, Cost. e

l'applicazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, sono state dichiarate inammissibili, diversamente, appunto, da quanto emerge dal dispositivo deciso all'udienza camerale del 23 ottobre 2018.

In effetti, all'udienza pubblica del 23 ottobre 2018 è stata discussa la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Foggia delle norme ostative (art.36, commi 5, 5-ter, 5-quater, d.lgs. n.165/2001; art.10, comma 4-ter, d.lgs. n.368/2001) all'applicazione della tutela della riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine, nel settore sanitario, in caso di superamento della clausola di durata dei 36 mesi di servizio, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, in una fattispecie di causa in cui tutti e cinque i lavoratori ricorrenti avevano superato procedure concorsuali pubbliche per l'accesso al lavoro, seppure precario.

Due giorni dopo è stata depositata la sentenza Sciotto della Corte di giustizia, i cui atti endoprocessuali erano ben noti al Giudice delle leggi (cfr. il punto 15 del "Ritenuto in fatto"), così come il *tertium comparationis*, espressamente evocato dal Tribunale di Foggia nell'ordinanza di rinvio del 26 ottobre 2016, era rappresentato proprio dalla situazione di stabilità lavorativa, riconosciuta ai precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche dalla granitica giurisprudenza della Cassazione e dalla sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale, formulato in un momento storico in cui nessuno avrebbe immaginato che la Corte di giustizia sarebbe stata nuovamente sollecitata di risposte interpretative sul precariato pubblico anche su un settore, come quello delle Fondazioni di produzione musicale, su cui all'interno dell'ordinamento non vi era più alcuna incertezza sulla tutela da applicare.

Sulla questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n.260/2015 il Giudice delle leggi aveva mostrato tempi di maturazione della decisione sui precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche sufficientemente lunghi e meditati: la camera di consiglio si era tenuta il 10 giugno 2015; la decisione della causa era maturata il 1° dicembre 2015, a distanza di quasi sei mesi e due giorni dopo la (citata) trasmissione del servizio pubblico televisivo di Report dal titolo "La Gran Corte"; il deposito della sentenza l'11 dicembre 2015.

Tempi lunghi e meditati erano stati anche quelli della sentenza n.187/2016 sul precariato scolastico l'udienza pubblica si era tenuta il 17 maggio 2016; la decisione della causa è datata 15 giugno 2016, a distanza di quasi un mese dalla discussione; il deposito della sentenza è avvenuto il 20 luglio 2016.

Quindi, la Corte costituzionale avrebbe potuto attendere 48 ore prima di decidere la questione di legittimità costituzionale sollevata dal

Tribunale di Foggia, senza perdersi in affermazioni apodittiche e ingiustificate sul fatto che il divieto di conversione nel pubblico impiego trovi piena giustificazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, per essere smentita, due giorni dopo la camera di consiglio e in maniera clamorosa, dalla sentenza Sciotto. La Corte costituzionale ha così sintetizzato le argomentazioni delle difese dei lavoratori: «*In data 2 ottobre 2018, D. O.D., G. M., M. T., M. I. e A. F. hanno depositato un'unica memoria, con la quale, dopo avere ribadito la rilevanza della questione, hanno trattato il tema del contratto a termine ripercorrendo le pronunce della CGUE, della Corte costituzionale e della Corte di cassazione, facendo presente la pendenza di rinvii pregiudiziali in materia. Hanno affermato il carattere non risolutivo della sopravvenuta sentenza della CGUE 7 marzo 2018, in causa C-494/16, Santoro.*».

Ben diverso era stato il comportamento della Corte costituzionale nella parte descrittiva della posizione dei difensori (gli stessi della sentenza n.248/2018) del docente pubblico precario nell'ordinanza n.206/2013 (Est. Mattarella), da cui peraltro il Tribunale di Foggia aveva sviluppato l'impianto argomentativo dell'ordinanza di legittimità costituzionale sul precariato sanitario: «*che nel giudizio rubricato al n. 31 del 2012 si è costituito Giuseppe Russo, chiedendo - analogamente a quanto sollecitato dalle parti private nell'altro giudizio - che la questione venga, in via principale, dichiarata inammissibile, dovendo il giudice a quo disapplicare la normativa impugnata, e in via subordinata l'accoglimento della medesima, per violazione dei parametri di cui alle ordinanze di rimessione; che 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*».

E infatti, con la contestuale (e coordinata) ordinanza n.207/2013 il Giudice delle leggi propose il primo rinvio pregiudiziale in sede incidentale, che sarebbe stato poi risolto dalla sentenza Mascolo della Corte di giustizia.

Sconcertante appare la "motivazione" apparente di inammissibilità (in contrasto, lo si ribadisce, con la parte dispositiva della sentenza) sulla sospetta violazione dell'art.3 Cost., in relazione sia alla posizione dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche sia ai lavoratori a tempo determinato nel settore privato, al punto 6.1 della sentenza n.248/2018:

«6.1.– La censura è del tutto priva di motivazione rispetto a entrambi i casi indicati come *tertia comparationis*. A parte la considerazione che si omette la necessaria indicazione delle disposizioni relative (*ex multis*, sentenza n. 18 del 2015), manca del tutto il confronto con le altre categorie richiamate. Si tratta, infatti, di rapporti o relativi ad apparati pubblici diversi, ovvero privatistici. Nel primo caso, pertanto, occorre dimostrare la presunta omogeneità; nel secondo, poi, non vi è alcuna considerazione della specificità del settore pubblico, pure oggetto di numerose e approfondite decisioni da parte della giurisprudenza della CGUE e costituzionale, con riferimento in particolare alla necessità che l'accesso avvenga per concorso pubblico.».

Apprendiamo dall'anodina motivazione, che appare in perfetto contrasto con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza Sciotto, che non solo vi sarebbe (indimostrata, alla luce delle sentenze Marrosu-Sardino⁴⁸ e Mascolo e dell'ordinanza Affatato, che affermano e/o presuppongono l'applicabilità del D.Lgs. n.368/2001 a tutto il pubblico impiego) differenza di disciplina del contratto a tempo determinato tra settore pubblico e privato, ma che, all'interno del settore pubblico, opererebbero altre "entità", cioè «*apparati pubblici diversi*», le Fondazioni lirico-sinfoniche, appunto, di cui la stessa Cassazione con la citata sentenza n.12108/2018 ha confermato la natura pubblica, senza ulteriori specificazioni, al fine di poter applicare in verticale la direttiva antidiscriminatoria 2000/78/CE per ragioni di sesso al licenziamento "anticipato" per età delle tescicoree.

Quindi, in realtà, la Corte costituzionale con la frettolosa (nei tempi di decisione, adottata formalmente nella camera di consiglio del 23 ottobre 2018, subito dopo l'udienza pubblica) sentenza n.248/2018 è riuscita

48 Corte di giustizia Ce, sentenza 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu-Sardino* contro *Azienda Ospedaliera S.Martino di Genova*, EU:C:2006:517; su cui cfr. A.Miscione, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lg. n. 368 del 2001*, in Arg. dir. lav., 2006, 6, 1639; L.Nannipieri, *La Corte di giustizia e gli abusi nella reiterazione dei contratti a termine: il problema della legittimità comunitaria degli artt. 5, d. lgs. n. 368/2001 e 36, d. lgs. n. 165/2001*, su Riv.it.dir.lav., 2006, II, p.742-764; L.Zappalà, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, Giorn.rel.ind., 2006, p.439-444; G.Franza, *Lavoro a termine: è ormai completa l'interpretazione della direttiva*, Mass.giur.lav., 2006, p.752-755; A.M.Perrino, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, su Foro it., 2007, IV, Col.75-81; L. De Angelis, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, su Foro it., 2007, IV, Col.344-348; V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, Milano, 2009, 173-177; S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, relazione su *Il giudice del lavoro e le fonti comunitarie ed internazionali*, Roma, 17 gennaio 2008, Incontro di studio CSM, p. 12-16.

nell'impresa impossibile di esprimere una posizione interpretativa in contrasto con la sua stessa giurisprudenza nelle ordinanze nn.206 e 207 del 2013 e nelle sentenze n.260/2015 e n.187/2016 (con le contestuali ordinanze nn.194 e 195 del 2016) e con le più recenti e specifiche decisioni della Corte di giustizia nelle sentenze Mascolo e Sciotto e della stessa Corte di cassazione nella sentenza n.12108/2018 e nell'ordinanza n.25728/2018⁴⁹, in cui viene valorizzata, per escludere il divieto di conversione, la fattispecie di legittimo accesso al lavoro nella pubblica amministrazione attraverso procedure selettive pubbliche, esattamente nei termini enunciati dal Tribunale di Foggia nell'ordinanza di legittimità rigettata dalla Consulta.

La decisione in commento, dunque, appare l'epilogo infelice del tentativo di affermare il controllo accentratore di costituzionalità, delegittimando da un lato il ruolo della Corte di giustizia e l'efficacia del diritto dell'Unione europea all'interno dell'ordinamento nazionale, dall'altro minando il ruolo e l'indipendenza della giurisdizione comune europea, imbrigliata in una rete di falsi valori costituzionali da tutelare con un inaccettabile approccio "sovranista", che nega il dialogo e la primazia della normativa sovranazionale anche quando (cioè sempre) essa appaia corrispondente alle tradizioni costituzionali comuni che la nostra Carta fondamentale incarna benissimo.

E' ben evidente il precedente giudiziario di questa sentenza, che nega l'effettività della tutela dei lavoratori pubblici precari in un vero contesto eurounitario: la vicenda dei dipendenti delle Autorità indipendenti, di cui, come anticipato, si è occupato direttamente l'Estensore della sentenza n.248/2018, nonché della sentenza n.187/2016 e dell'ordinanza n.195/2016 del Giudice delle leggi.

Infatti, il Consiglio di Stato aveva proposto quattro identiche ordinanze del 13 maggio 2011⁵⁰ di pregiudizialità alla Corte di giustizia sulle clausole 4 e 5 (in combinato disposto) dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato.

Nella ricostruzione dei fatti di causa il Consiglio di Stato aveva evidenziato che lavoratori assunti a tempo determinato senza procedure concorsuali presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato A.G.C.M. sono stati stabilizzati dopo tre anni di servizio precario, sempre senza concorso, ai sensi dell'art.1, comma 519, della l. n. 296/2006.

49 Cass., S.L., Pres. Napolitano, Est. Tria, ordinanza 15 ottobre 2018, n.25728.

50 Consiglio Stato, VI Sez., Pres. Coraggio, Est. De Nictolis, ordinanze 13 maggio 2011, nn.2928-2929-2930-2931/2011, riunite in Corte di giustizia con i nn.C-302-303-304-305/11.

In realtà, la disposizione che aveva consentito la trasformazione dei rapporti di lavoro flessibili in contratti a tempo indeterminato, senza concorso, era l'art. 75, comma 2, D.L. n. 112/2008, che aveva previsto che presso le autorità indipendenti il trattamento economico del personale già interessato dalle procedure di "stabilizzazione" era determinato al livello iniziale e senza riconoscimento dell'anzianità di servizio maturata nei contratti a termine o di specializzazione, senza maggiori spese e con l'attribuzione di un assegno *ad personam*.

La norma d'urgenza era stata studiata proprio per i lavoratori a termine (o a convenzione) delle Autorità indipendenti (AGCM in particolare, ma anche A.E.E.G.). Infatti, entro i sessanta giorni dall'entrata in vigore (25 giugno 2008) del D.L. n. 112/2008 erano stati stipulati tutti i contratti a tempo indeterminato senza procedure selettive, ai sensi dell'art. 75, comma 2, D.L. n. 112/2008.

La disposizione non era stata convertita in legge (l. n. 133/2008), ma, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della legge di conversione, sono rimasti validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono stati fatti salvi gli effetti prodottisi ed i rapporti giuridici sorti sulla base delle norme del D.L. n. 112/2008, modificate o non convertite in legge, cioè tutti i contratti a tempo indeterminato "abusivi" (perché senza procedure concorsuali, secondo il Consiglio di Stato).

Ma gli ex precari delle Autorità indipendenti non si erano accontentati e avevano chiesto alla giustizia amministrativa (pubblico impiego non contrattualizzato) il riconoscimento anche della anzianità di servizio.

Dopo aver rigettato i primi ricorsi, il Consiglio di Stato, prendendo atto del diverso orientamento dei Giudici del lavoro in applicazione della sentenza Del Cerro⁵¹, ha sollevato le ordinanze di pregiudizialità, sulla base di argomentazioni che si possono così sintetizzare: nella fattispecie, non sarebbe stato violato il principio di non discriminazione dei lavoratori precari rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato (clausola 4 accordo quadro comunitario) perché i potenziali "discriminati" sono stati in realtà miracolati dalla riqualificazione, in via "eccezionale", dei rapporti di lavoro in contratti a tempo indeterminato, al di fuori delle procedure di legge e in deroga al principio del pubblico concorso.

La discriminazione indiretta nei confronti di chi non è stato stabilizzato, perché non raccomandato, giustificerebbe la diversità di trattamento rispetto al mancato riconoscimento dell'anzianità pregressa, che ha costituito il titolo esclusivo per la stabilità *contra legem*.

⁵¹ Corte di giustizia Ce, sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05 *Del Cerro Alonso*, EU:C:2007:509, in *Riv. it. dir. lav.*, 318 ss. con nota di L. Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, nonché su *Foro it.*, 2007, IV, Col.617-618, con nota di G.Ricci.

Con la sentenza Valenza la Corte di giustizia ha smentito l'interpretazione, proposta dal Consiglio di Stato nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale e dalla Cassazione nella sentenza n.392/2012, in ordine al presunto divieto di conversione nel pubblico impiego nazionale come principio addirittura di rango "comunitario", che sarebbe stato confermato dall'ordinanza Affatato, che, invece, nella lettura proposta, attraverso l'avvocatura del libero foro, nella stessa ordinanza n.206/2013 della Corte costituzionale (confermata dal punto 55 della sentenza Mascolo e dal punto 71 della sentenza Sciotto), avrebbe condotto alla applicazione diretta della sanzione dell'art.5, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001 e all'obbligo anche per le pubbliche amministrazioni di riqualificare in contratti a tempo indeterminato i rapporti di lavoro a tempo determinato che abbiano complessivamente superato la durata di trentasei mesi di servizio lavorativo svolto con mansioni equivalenti.

La Corte europea nella sentenza Valenza⁵² ha evidenziato che, secondo il Consiglio di Stato, la normativa nazionale in questione nei procedimenti principali ha consentito l'assunzione diretta di lavoratori precari in deroga alla regola del pubblico concorso per l'accesso al pubblico impiego, ma con inquadramento in ruolo nel livello iniziale della categoria retributiva, senza conservazione dell'anzianità maturata durante il rapporto a termine (punto 23 della sentenza).

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

Nelle osservazioni scritte della causa Valenza, il governo italiano ha sostenuto che la clausola 4 dell'accordo quadro non era applicabile ai procedimenti principali. Infatti, tale disposizione si limiterebbe a vietare qualsiasi differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo indeterminato e i lavoratori precari in costanza del rapporto di lavoro a termine. Orbene, i procedimenti principali non solleverebbero problemi attinenti alla comparazione tra queste due categorie di lavoratori, in quanto il

52

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

precedente contratto di lavoro a tempo determinato sarebbe concepito dalla normativa nazionale controversa nei giudizi *a quibus* come un titolo legittimante per l'ottenimento di un contratto di lavoro a tempo indeterminato in deroga alla regola del concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione. Tale contratto di lavoro a tempo determinato costituirebbe, dunque, solo un presupposto per accedere alla speciale procedura finalizzata ad un'autonoma assunzione nell'ambito di un rapporto a tempo indeterminato, del tutto sganciato dal precedente. La procedura di stabilizzazione avrebbe come effetto non già la trasformazione o la conversione di contratti di lavoro a tempo determinato conclusi abusivamente in violazione della clausola 5 dell'accordo quadro in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, bensì la creazione di un nuovo rapporto di lavoro comportante l'obbligo di sostenere un periodo di prova. Parallelamente, tale stabilizzazione porrebbe fine al rapporto di lavoro a tempo determinato, con conseguente obbligo di definire tutte le situazioni pendenti e di procedere, in particolare, alla liquidazione del trattamento di fine rapporto nonché alla monetizzazione dei giorni di ferie non goduti (punto 30 della sentenza).

Secondo la Corte europea, mediante tale argomentazione, che ricalca essenzialmente la valutazione compiuta dal Consiglio di Stato nelle ordinanze di rinvio, il governo italiano riteneva, in sostanza, che la clausola 4 dell'accordo quadro fosse inapplicabile in situazioni quali quelle oggetto dei procedimenti principali, in quanto la differenza di trattamento lamentata dalle ricorrenti nei giudizi *a quibus*, che dal 17 maggio 2007 sono legate all'AGCM da un contratto di lavoro a tempo indeterminato, sussisterebbe rispetto ad altri lavoratori a tempo indeterminato (punto 33 della sentenza).

Secondo la Corte di giustizia nella sentenza Valenza al punto 34 il semplice fatto che le ricorrenti nei procedimenti principali abbiano acquisito la qualità di lavoratrici a tempo indeterminato non esclude la possibilità per loro di avvalersi, in determinate circostanze, del principio di non discriminazione enunciato nella clausola 4 dell'accordo quadro.

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

Mentre i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratori a tempo indeterminato verrebbero presi in considerazione ai fini della determinazione dell'anzianità e dunque per la fissazione del livello della retribuzione, quelli effettuati in qualità di lavoratori a tempo determinato non lo sarebbero, senza che, a loro avviso, vengano esaminate la natura delle mansioni svolte e le caratteristiche inerenti a queste ultime. Poiché la discriminazione contraria alla clausola 4 dell'accordo quadro, di cui le ricorrenti nei procedimenti principali si asseriscono vittime, riguarda i periodi di servizio compiuti in qualità di lavoratrici a tempo determinato, nessun rilievo presentava la circostanza che esse nel frattempo siano divenute lavoratrici a tempo indeterminato.

Ha proseguito la Corte comunitaria al punto 46 che, nella specie, constava che le ricorrenti nei procedimenti principali, beneficiarie della procedura di stabilizzazione, non avevano superato – a differenza dei dipendenti di ruolo – il concorso pubblico per l'accesso ai ruoli della pubblica amministrazione.

Tuttavia, come giustamente sostenuto dalla Commissione, tale circostanza non può implicare che dette ricorrenti si trovino in una situazione differente, dal momento che le condizioni per la stabilizzazione fissate dal legislatore nazionale nella normativa controversa nei procedimenti principali, le quali concernono rispettivamente la durata del rapporto di lavoro a tempo determinato e il requisito dell'essere stati assunti a tale scopo mediante una procedura di selezione concorsuale o comunque prevista dalla legge, mirano appunto a consentire la stabilizzazione dei soli lavoratori a tempo determinato la cui situazione può essere assimilata a quella dei dipendenti di ruolo.

Nelle loro osservazioni scritte presentate alla Corte, le ricorrenti nei procedimenti principali avevano fatto valere – come evidenziato anche dalla Commissione – che le funzioni da esse esercitate in veste di dipendenti di ruolo all'esito della procedura di stabilizzazione erano identiche a quelle precedentemente esercitate nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato. (punto 47 della sentenza).

Inoltre, risultava dai chiarimenti dello stesso governo italiano in merito alla ragion d'essere della normativa nazionale controversa nei procedimenti principali che quest'ultima, assicurando l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori impiegati in precedenza a tempo determinato, mirava a valorizzare l'esperienza acquisita da questi ultimi in seno all'AGCM. Tuttavia, spettava al giudice del rinvio effettuare le necessarie verifiche al riguardo.

In particolare, al punto 69 la Corte di giustizia ha smentito l'interpretazione proposta dal Consiglio di Stato sulla ordinanza Affatato della Cgue, affermando che la clausola 5 dell'accordo quadro era priva di

rilevanza al riguardo, e che inoltre le ordinanze di rinvio non fornivano alcuna informazione concreta e precisa in merito ad un eventuale utilizzo abusivo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, non vi era luogo – così come sostenuto dalle ricorrenti nei procedimenti principali – per pronunciarsi in merito all’interpretazione della clausola suddetta.

Concludevano i Giudici europei rispondendo alle questioni sollevate dal Consiglio di Stato, dichiarando che la clausola 4 dell’accordo quadro, figurante quale allegato della direttiva 1999/70, doveva essere interpretata nel senso che essa ostava ad una normativa nazionale, quale quella controversa nei procedimenti principali, la quale escludeva totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un’autorità pubblica fossero presi in considerazione per determinare l’anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima autorità, come dipendente di ruolo nell’ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata esclusione sia giustificata da «ragioni oggettive» ai sensi dei punti 1 e/o 4 della clausola di cui sopra. Il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configurava una ragione oggettiva di tal genere.

L’Avvocatura dello Stato aveva commentato criticamente “via mail” la sentenza Valenza⁵³, evidenziando la “fragilità” delle argomentazioni della Corte europea, che, invece, pare a chi scrive, sono totalmente condivisibili e disvelano la fragilità effettiva o inconsistenza totale della posizione della difesa erariale sulle misure applicabili in caso di abusi nella successione dei contratti a termine nel pubblico impiego: *«La questione controversa riguarda il riconoscimento dell’anzianità maturata nel corso del rapporto a tempo determinato a favore del personale che - per un insperato beneficio di legge - è stato “stabilizzato” nei ruoli della P.A.. Con lunghe argomentazioni apparentemente logiche (ma forse paradossali), la Corte di Giustizia U.E. (in contrasto con precedenti sentenze del Consiglio di Stato e dei giudici ordinari), ha ritenuto che tale personale abbia diritto al riconoscimento dell’anzianità pregressa perché, altrimenti, si registrerebbe una discriminazione tra personale a tempo determinato e personale a tempo indeterminato, in contrasto con le*

⁵³ Si fa riferimento alla mail-intervento scritto dell’avvocato dello Stato A. De Stefano, dal titolo *“Una email per una breve riflessione: Il lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono la stessa cosa?”* (Corte di Giustizia, Sesta Sezione, sentenza 18 ottobre 2012, nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11)”, con pubblicazione sulla Rassegna dell’Avvocatura dello Stato, n.4/2012, pp.33-34.

direttive comunitarie emanate in materia. Secondo la Corte di Giustizia U.E., non avrebbe nessun rilievo il fatto che il personale a tempo indeterminato (a differenza di quello a tempo determinato) fosse stato assunto con regolare concorso, perché la legge di stabilizzazione ha comunque equiparato il personale appartenente alle due categorie; inoltre, la diversità di trattamento non potrebbe essere giustificata in base al diverso status delle due categorie di personale, ma solo dall'analisi oggettiva delle mansioni di fatto esercitate dai dipendenti che ad esse afferiscono; infine, la Corte non ritiene necessaria nessuna indagine sui profili inerenti alla legittimità del termine apposto ai singoli contratti a tempo determinato. Mi sembra che l'iter argomentativo contenga queste premesse implicite e conduca alle seguenti conseguenze: a) il rapporto di lavoro a tempo determinato e quello a tempo indeterminato sono sostanzialmente la stessa cosa; b) le regole del concorso pubblico possono essere ordinariamente alterate da una scelta legislativa che trasformi i rapporti precari in rapporti di ruolo; c) nel caso di trasformazione di un rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato, la ricongiunzione dei servizi prestati ed il riconoscimento dell'anzianità pregressa spettano in ogni caso, a prescindere dalla legittimità o dall'illegittimità dell'apposizione del termine; d) i dipendenti a tempo determinato "stabilizzati" non ricevono un gratuito beneficio, ma sono piuttosto discriminati, nel caso in cui non conseguano anche il riconoscimento dell'anzianità pregressa. Si tratta di verità alle quali bisogna adeguarsi; ma personalmente continuo a nutrire qualche dubbio sulla loro fondatezza.»

Ebbene, la Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018 non si è adeguata alle "verità" della sentenza Valenza della Corte di giustizia, così come non si è adeguata alle successive decisioni della Corte europea, che hanno scardinato il divieto di conversione nel pubblico impiego prima invitando (ordinanza Papalia⁵⁴, conclusioni; sentenza Mascolo, punto 55), poi diffidando lo Stato italiano a dare applicazione alla tutela effettiva

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

della stabilità lavorativa facendo operare la sanzione dell'art.5, comma 4-bis, D.Lgs. n.368/2001.

Nella sentenza in commento la Consulta ha avuto la stessa reazione metagiuridica del Consiglio di Stato, dopo la sentenza Valenza della Corte di giustizia.

Infatti, il superiore Collegio amministrativo dapprima ha contestato le conclusioni della sentenza Valenza proponendo, nell'ambito degli stessi giudizi principali, ben due successive ordinanze pregiudiziali, respinte (con perdite, per Palazzo Spada) da altrettante ordinanze (Bertazzi I⁵⁵ e Bertazzi II⁵⁶) della Corte di giustizia.

Infine, dopo la prima ordinanza Bertazzi della Corte di giustizia, il Consiglio di Stato con la sentenza del 4 novembre 2013 n.5287, in sede di giudizio di riassunzione della causa Valenza, ha "disapplicato" le indicazioni fornite dalla Corte europea, e non ha accolto il ricorso degli ex precari AGCM sul riconoscimento della equiparazione professionale con i lavoratori a tempo indeterminato comparabili rispetto ai periodi di lavoro a tempo determinato.

Le ragioni oggettive che giustificerebbero la discriminazione sono riscontrate dal Consiglio di Stato nella determinazione in concreto della consistente misura degli assegni ad personam riassorbibili (€ 1.574,10 mensili per la ricorrente Valenza), che secondo i Giudici amministrativi costituirebbe un effetto di quanto maturato per effetto dei periodi di servizio prestati con contratti a tempo determinato e si porrebbe in diretta correlazione con essi.

L'effetto provocato dalla sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale è quello tipico delle decisioni interne che si pongono in conflitto con decisioni di segno opposto delle Corti sovranazionali, cioè di creare forti e incomprensibili discriminazioni tra categorie di lavoratori che si trovano nelle stesse condizioni di disagio e che dovrebbero essere tutelati con identiche misure e modalità.

Infatti, allo stato, il diritto alla trasformazione a tempo indeterminato nel pubblico impiego dei contratti a tempo determinato illeciti o irregolari è risultato già riconosciuto nella prassi giudiziaria interna e/o dal legislatore nazionale nei seguenti casi, a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- ai lettori universitari, ora collaboratori ed esperti linguistici di lingua madre, dalla giurisprudenza ormai consolidata della Cassazione (cfr.

⁵⁵ Corte di giustizia Ue, ordinanza 7 marzo 2013, causa C-393/11 A.E.E.G. contro Bertazzi ed a., EU:C:2013:143.

⁵⁶ Corte di giustizia Ue, ordinanza 4 settembre 2014, causa C-152/14 A.E.E.G. contro Bertazzi ed a., EU:C:2014:2181.

per tutte Cass., S.L., sentenza n.19426/2003 e Cass., SS.UU., sentenza n.8985/2010), seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), in applicazione della legge n.230/1962;

- all'uscire INAIL assunto ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato (ma con contribuzione pubblica ex Inpdap), stabilizzato a seguito della sentenza n.9555/2010 della Cassazione;
- ai dipendenti precari degli Enti pubblici economici, assunti ai sensi del D.Lgs. n.368/2001, seppure con rapporto formalmente qualificato di diritto privato e con contribuzione Inps, a cui sono state applicate le tutele sanzionatorie previste dalla normativa privatistica secondo quanto precisato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.4685/2015 (punto 14);
- ai dipendenti precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche quali gli Enti pubblici non economici, assunti ai sensi del D.Lgs. n.368/2001, con rapporto sia formalmente sia contributivamente assoggettato alle regole del pubblico impiego "privatizzato", come riconosciuto dalla sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale e dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione;
- ai dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le pubbliche amministrazioni, che hanno superato procedure concorsuali o selettive o previste ex lege, come disposto dall'art.1, comma 519, della legge n.296/2006 (cfr. sentenza delle Sezioni unite n.6077/2013 per i dipendenti della Croce rossa);
- ai dipendenti a tempo determinato con qualifica non dirigenziale in servizio per almeno trentasei mesi presso le Autorità indipendenti, assunti senza concorso pubblico e stabilizzati senza procedure concorsuali o selettive, come disposto dall'art.75, comma 2, del d.l. n.112/2008 (cfr. sentenza *Valenza* della Corte di giustizia, punti 13, 14 e 16);
- alle migliaia di docenti, inseriti nelle graduatorie provinciali ad esaurimento della scuola pubblica, che sono stati immessi in ruolo con decorrenza giuridica dal 1° settembre 2015, ai sensi dell'art.1, commi 95 ss., della legge n.107/2015, senza il possesso di alcun titolo di servizio nella pubblica amministrazione scolastica e per la mera fortuita condizione di essere inseriti in una graduatoria selettiva permanente ad esaurimento, il cui accesso era consentito fino al 2007 anche senza il superamento come idoneità all'insegnamento di procedura concorsuale ai sensi dell'art.399, comma 1, d.lgs. n.297/1994 (cioè con il titolo abilitante delle "scuole di

specializzazione per l'insegnamento", su cui cfr. sentenza *Mascolo*, punto 89), e quindi sulla base di "meri automatismi" con lo scorrimento delle g.a.e. (cfr. Corte cost., sentenza n.187/2016, punto 8.1);

- ai funzionari a tempo indeterminato con inquadramento C/3 con incarico dirigenziale presso l'amministrazione penitenziaria, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti è stata garantita dall'art. 4 della legge 154/2005;
- ai docenti scolastici con incarico dirigenziale a termine, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigente scolastico è stata garantita dall'art. 1, comma 87, della legge n.107/2015;
- ai segretari comunali e provinciali a tempo indeterminato, a cui la stabilizzazione senza concorso come dirigenti delle amministrazioni locali è stata garantita dall'art. 11 della legge n.124/2015;
- ai dipendenti a tempo determinato del Quirinale, in possesso del requisito dei 36 mesi di servizio, a cui è stata garantita la stabilità lavorativa dal decreto n.26/N dell'aprile 2016 del Presidente della Repubblica;
- ai dipendenti a tempo determinato della Corte costituzionale, assunti a tempo indeterminato con concorsi riservati o concorsi interni (cfr. intervista a Sabino Cassese nel corso della trasmissione Report del 29 novembre 2015⁵⁷);
- ai LSU con mansioni di collaboratori scolastici sottratti ad una potenziale manovalanza delinquenziale (art.1 commi 622-626 della legge 27 dicembre 2017, n.205, in applicazione dell'art.1, comma

57 Sabino Cassese in un editoriale (*Discorso critico sul diritto del lavoro*, in *Dir.lav.merc.*, 2014, I, 7) ha accusato i sindacati di assumere nella propria azione indirizzi conservatori, insistendo «regolarmente per la stabilizzazione di precari negli uffici pubblici, in barba al dettato della Costituzione». L'Autore faceva riferimento al metagiuridico divieto di conversione nel pubblico impiego nel caso di mancato espletamento di concorso pubblico per tutti i lavoratori a tempo determinato, che discenderebbe dall'art. 97, comma 4, Cost., e che ha trovato la sua prima più compiuta enunciazione nella sentenza della Corte costituzionale sui bidelli (n.89/2003), che il concorso per legge non lo hanno mai fatto, accedendo al reclutamento stabile attraverso graduatorie permanenti per soli titoli. E' abbastanza singolare che l'ex autorevole giudice costituzionale dimentichi, per un'inspiegabile forma di oblio, l'inciso e ultima parte dell'art.97 comma 4 Cost. «salvo i casi stabiliti dalla legge», che consente dunque deroghe alla regola del concorso, seppure legislativamente disposte. Salvo poi ricordare, nell'intervista andata in onda sulla rete pubblica nella trasmissione Report del 29 novembre 2015 dal titolo "La gran Corte" sulla Corte costituzionale e sul comportamento discriminatorio utilizzato nei confronti degli ex dirigenti dell'entrate con la sentenza n.15/2015, che «*ci sono delle persone che sono state utilizzate dalla Corte con contratto a tempo determinato e che poi, con concorso con posti riservati o con concorso interno, sono diventati di ruolo.*».

745, della legge 27 dicembre 2013, n.147), in via di stabilizzazione negli istituti scolastici di Palermo e provincia con procedura selettiva per "colloquio", indetta con decreto direttoriale n.500 del 5 aprile 2018 del MIUR;

- a decine di migliaia di lavoratori pubblici assunti attraverso procedure selettive che hanno maturato i 36 mesi di servizio anche non continuativi, compreso il personale con qualifica dirigenziale, che sono stati stabilizzati o sono in via di stabilizzazione con rapporto a tempo indeterminato alle condizioni previste dall'art.20, comma 1, del d.lgs. n.75/2017;
- alle migliaia di docenti a tempo determinato dei Conservatori Afam, che sono stati assunti a tempo indeterminato non attraverso la procedura concorsuale per titoli ed esami prevista dall'art.270 del D.lgs. n.297/1994, mai attivata dal Miur, ma con lo scorrimento di graduatorie permanenti ad esaurimento il cui titolo di accesso era costituito dal mero possesso di 360 giorni di servizio fino al 31 ottobre 2018, e poi di tre annualità di servizio accademico dal 1° novembre 2018, come è emerso nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 6 dicembre 2018 nella causa Rossato.

I *tertia comparationis* non mancavano, dunque, alla Corte costituzionale per poter applicare quella clausola di durata massima complessiva di 36 mesi di servizio anche non continuativo alle dipendenze della stessa pubblica amministrazione, che, con la costituzione a tempo indeterminato o stabilizzazione del rapporto di lavoro, poteva costituire (e costituisce) l'unica vera sanzione idonea ad eliminare definitivamente e completamente le conseguenze dell'abusivo ricorso alla contrattazione a termine, ricostruita all'interno dell'ordinamento nazionale e non al di fuori di esso, in applicazione della direttiva 1999/70/Ce e delle indicazioni già fornite dalla sentenza Mascolo della Corte di giustizia al punto 55, espressamente richiamate dal Parlamento europeo nella Risoluzione del 31 maggio 2018 contro la precarizzazione dei rapporti di lavoro.

In una situazione, come quella della fattispecie della causa principale pendente davanti al Tribunale di Foggia, in cui il reclutamento è stato legittimo e secondo procedure selettive pubbliche, seppure per assunzione a tempo determinato.

La Corte costituzionale, assistita dal "ripensamento" della Cassazione nella citata ordinanza n.25728/2018, avrebbe potuto completare quel percorso di ricostruzione delle tutele effettive del precariato pubblico che era partito dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale n.207/2013 e che avrebbe così avuto una conclusione ragionevole, senza intaccare le risorse finanziarie dello Stato e dei datori di lavoro pubblici, rimanendo nel quadro del dialogo con la Corte di giustizia che le sue risposte, *in*

subiecta materia, le ha fornite tutte e che, con le conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Rossato, ha anticipato, "pacificamente" ma duramente, quali danni effettivi ulteriori potrebbero essere causati da cattive interpretazioni della giurisprudenza comunitaria e dalla scelta di escludere, senza ragioni oggettive, la misura sanzionatoria della stabilità lavorativa.

Inaspettatamente, invece, la Corte costituzionale ha preferito distruggere tutta la tela pazientemente costruita della tutela effettiva dei diritti fondamentali e aprire la stagione del nuovo scontro con la Corte di giustizia che, diversamente dal caso Taricco, si apre senza il sostegno dell'avvocatura del libero foro e, probabilmente, senza neanche l'adesione della Cassazione, come dimostrano le due ordinanze di rinvio pregiudiziale n.13678/2018 e n.419/2019.

In conclusione, la Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018 ha compiuto una scelta autarchica inaspettata che obbliga la comunità dei giuristi europei a ridimensionarne ruolo e importanza, rifiutando come contrario agli interessi dell'ordinamento interno e ai valori della Costituzione nazionale il controllo accentrato di sindacato nomofilattico sulla disciplina dell'Unione, che la Consulta ha preteso di esercitare senza averne alcun titolo.