

L'ordinanza 27.10.2016 del Tribunale di Foggia alla Corte costituzionale nel settore sanitario: una mossa decisiva per la soluzione del problema del precariato pubblico?

1) La questione in giudizio

A chiusura di un commento sulla sentenza della Corte costituzionale 187/2016, a firma di Vincenzo De Michele e di chi scrive, si osservava che "in ogni caso il dato è tratto, la stabilizzazione di tutti i docenti precari è la meta da raggiungere, di danno comunitario o extracomunitario o di altre amenità di questo genere se ne parlerà sempre di meno¹".

Giunge ora [l'ordinanza del 26 ottobre 2016](#) del Tribunale di Foggia che pone alla Consulta la seguente questione incidentale di costituzionalità:

"Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt.10, comma 4-ter, del D.Lgs. 6 ottobre 2001, n.368, nonché dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, nella parte in cui - in violazione degli artt. 3, 4, 24, 35 comma 1, 97 comma 3, 101 comma 2, 104 comma 1, 111 comma 2, e 117 comma 1 Cost., in riferimento alle clausole 4, punto 1, e 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, alla quale la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 ha dato attuazione, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 Mascolo ed altri - dette disposizioni hanno consentito e consentono senza limiti e misure preventive antiabusive e sanzionatorie l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato per il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, che ha svolto dopo aver superato procedure selettive pubbliche rapporti di lavoro a tempo determinato per più di 36 mesi di servizio presso un'azienda sanitaria, come per i ricorrenti nel presente giudizio; differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati con la pubblica amministrazione sanitaria, rispetto ai contratti a termine stipulati con datori di lavoro privati, ma anche rispetto ai contratti a tempo determinato stipulati con datori di lavoro pubblici come le Fondazioni lirico-sinfoniche e come il Ministero dell'istruzione, università e della ricerca per il personale scolastico, escludendo senza ragioni oggettive i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di "applicazione" dell'art.5, comma 4-bis, n.368/2001, che recepiva la Direttiva 1999/70/CE in attuazione dell'art.117, comma 1, della Costituzione".

Vediamo innanzi tutto i fatti che hanno dato origine alla causa.

¹ V., su questo sito, V. De Michele e Sergio Galleano, *La sentenza Mascolo della Corte costituzionale sui precari della scuola*, www.europeanrights.eu, 01.09.16

Daniela Dell'Oro ed altri quattro lavoratori, assunti a termine presso l'Istituto zooprofilattico della Puglia e della Basilicata in diverse date, avevano tutti superato i 36 mesi alle dipendenze, ininterrotte, dell'ente con una successione di contratti i quali, per quanto si rileva dall'ordinanza, ma non è questa la questione determinante, parevano privi di ragioni oggettive. Tali rapporti erano stati tutti fatti cessare alla data del 30 aprile 2014 per mancato rinnovo dei contratti.

Chiedevano quindi che venisse dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato al compimento del 36° mese di servizio, alle diverse date di raggiungimento del termine e, dunque l'inefficacia dei recessi operati, oltre al pagamento delle retribuzioni medio tempore maturate o, in subordine, al risarcimento del danno ex art. 36 del D.Lgs. 165/2001 da quantificarsi, in via equitativa, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 18, commi 4 e 5 dell'art. 18 legge 300/1970, oltre ad ulteriori danni meglio precisati in causa.

La domanda principale veniva giustificata in ragione della ritenuta natura economica delle aziende sanitarie (Cassazione 2031/2008, Corte costituzionale 49/2013 e Consiglio di Stato 5924/2002) e, comunque, "in virtù della primazia del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Lussemburgo, applicando le stesse norme interne "sanzionatorie" dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato previste per i datori di lavoro privati, che recepiscono correttamente la direttiva 1999/70/CE, nel contempo disapplicando le norme che impediscono la tutela effettiva, cioè l'art.36, commi 5, 5-ter e 5-quater, D.Lgs. n.165/2001 nonché, per il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, l'art. 10, comma 4-ter, D.Lgs. n.368/2001".

In udienza, a fronte delle difese della Amministrazione, che negava la possibilità di accoglimento delle domande nell'attuale quadro giuridico che regola i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, i ricorrenti chiedevano che il giudice sollevasse questione di costituzionalità delle norme sopra indicate.

2) La giurisprudenza europea ed italiana in tema di abuso nei contratti a termine

Il problema dell'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine non si è mai posto nel nostro ordinamento sino alla approvazione della Direttiva UE 1999/70, che recepisce l'accordo quadro concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale (CES, CEEP e UNICE) il quale, alla clausola 5 dispone la adozione da parte degli Stati membri di misure preventive (ragioni, obiettive, numero massimo e durata massima dei contratti: clausola 5, n. 1) e di misure c.d. "sanzionatorie" (a quali condizioni i contratti di intendono successivi e "debbono essere considerati a tempo indeterminato": clausola 5 n. 2), che operano nell'ipotesi di verificata insufficienza delle prime.

Ciò era conseguenza del fatto che la legislazione italiana si era già anticipatamente adeguata alla direttiva con la legge 230/1962², più volte modificata ed integrata, che aveva come perno l'obbligo della sussistenza di ragioni oggettive nella stipulazione dei contratti a termine e dettava una specifica disciplina nella successione dei contratti.

Nel pubblico impiego, poi, la questione dell'abuso neppure aveva formato oggetto di alcun dibattito, imperando la regola, da nessuno messa in discussione, secondo la quale al pubblico impiego si accedeva solo a mezzo di concorso e salve le deroghe (art. 97, allora comma 3, della Costituzione) previste dalla legge.

Con l'approvazione della Direttiva la prospettiva cambiava radicalmente, poiché le misure ivi contenute sembravano applicarsi anche ai datori di lavoro pubblici, come successivamente è stato ripetutamente confermato³.

² Si veda, sul punto, il caustico intervento di G.Pera, "La strana storia dell'attuazione della direttiva CE sui contratti a termine", *Il Lavoro nella Giurisprudenza* N.4/2001, che rileva l'inutilità della modifica della disciplina di cui al D.Lgs. 368/2001 e, del resto, la sentenza 41/2000 della Corte costituzionale che bocciò il referendum dei radicali sulla disciplina dei contratti a termine.

³ Cfr. da sentenza Commissione c/ Italia del 26.10.2006 (in causa C-371/04), punto 18, a sentenza Mascolo del 26.11.2014 (in causa C-22/13), punto 67.

Il primo a porsi il problema è stato il Tribunale di Pisa, il quale nel 2012 aveva sollevato la questione di costituzionalità che ha poi portato alla nota sentenza 89/2003⁴, con la quale la Corte costituzionale ha "chiuso" la questione della convertibilità dei rapporti nel pubblico impiego, nonostante oggetto dell'abuso denunciato nella causa di merito avesse ad oggetto il personale ATA, la cui assunzione non è oggetto di "concorso", accedendosi a quei posti di lavoro a mezzo di avvio del collocamento.

⁴ Corte cost., Pres. Chieppa, Est. Marini, sentenza 27 marzo 2003, n.89; su cui cfr., oltre a V. De Michele e Sergio Galleano, *La sentenza Mascolo della Corte costituzionale sui precari della scuola*, cit., pag. 4; E.A. Apicella, *I nuovi orientamenti nella giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico*, in *Giorn.dir.amm.*, 2011, n.2, p.1363; E.M. Barbieri, *Rapporto di pubblico impiego privatizzato e lavoro a termine*, in *Mass.giur.lav.*, 2003, n.6, p.445; P. Chieco, *Contratti «flessibili» della p.a. e l'inapplicabilità della sanzione ordinaria della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2003, n.0, p.489; V. De Michele, *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico*, in *Lav.giur.*, 2010, n.11, p.1108; Id., *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei Giudici nazionali*, in *Lav.giur.*, 2011, n.7, p.699; Id., *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *Lav.giur.*, 2012, n.8, p.778; M.G. Greco, *La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego supera il vaglio di costituzionalità*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2003, n.0, p. 355; E. Menegatti, *La persistente "specialità" del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giust.civ.*, 2004, n.12, I, p. 2901; L. Menghini, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav.giur.*, 2011, n.12, p. 1239; D. Mezzacapo, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: specialità, peculiarità e ambiguità*, in *Giur.it.*, 2004, n.0, p.20; R. Nobile, *Il contratto di lavoro a tempo determinato negli enti locali in relazione al divieto di conversione a tempo indeterminato dopo la sentenza della Corte costituzionale 13 marzo 2003, n. 89*, in www.lexitalia.it, 2003, n.0; F. Olivelli, *La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di lavoro e previdenza*, in *Lav.pubbl.amm.*, 2011, n.3, I, p.467; L. Olivieri, *La conversione del rapporto di lavoro a termine è un aggiramento della Costituzione*, in www.giustamm.it, 2003, n.0, II, p.543; D. Serra, *Divieto di conversione dei contratti a termine nel settore pubblico*, in *Lav.giur.*, 2010, n.4, p.354; P. Siortino, *Procedure concorsuali, violazione di legge, costituzione del rapporto di pubblico impiego*, in *Lav.giur.*, 2003, n.9, p.833

A seguito della pronuncia della Consulta era quindi inevitabile il ricorso alla Corte europea avanti alla quale veniva puntualmente sollevata la questione pregiudiziale dal Tribunale di Genova con l'ordinanza del 21 gennaio 2004 nella causa C-53/04 Marrosu-Sardino, alla luce del D.Lgs. n. 368/2001, di cui si riteneva la possibile prevalenza rispetto all'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001, bocciata dalla Consulta.

Si giunge così alla prima delle quattro pronunce della CGUE sul precariato pubblico italiano⁵, la sentenza Marrosu e Sardino⁶ (e la gemella Vassallo), con la quale la Corte di Giustizia (II Sezione) ha accolto le blande conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro, e ha optato per una scelta prudente di compatibilità *prima facie* dell'art. 36, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001 del risarcimento dei danni in luogo della riqualficazione del rapporto di lavoro, rimettendo però la verifica in concreto dell'effettività della misura al giudice nazionale che all'epoca, con lungimiranza, visto che, come vedremo, la questione è ancor oggi di stretta attualità, individuò nelle tutele economiche previste dall'art. 18 legge 300 nella misura minima spettante al lavoratore ingiustamente licenziato (5 mensilità) a cui aggiungevano le 15 mensilità a cui aveva diritto laddove avesse optato per non rientrare nel posto di lavoro.

Questa scelta trovava però la resistenza da parte della giurisprudenza prevalente che, rigettando l'automatismo individuato dal giudice genovese, imponeva al lavoratore pubblico abusato la prova diabolica del danno subito.

⁵ In realtà andrebbero aggiunte le numerose sentenze ed ordinanze che riguardano Poste italiane, definita Stato nella sentenza Carratù: sul punto si veda DE MICHELE, La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari, in LG, 2014, n. 3, 241-260. Dello stesso A. si veda, Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo, I quaderni europei - Scienze giuridiche, 2014, n. 60; MENGHINI, Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate, in LG, 2014, n. 5, 463-465; COPPOLA, I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 198

⁶ Corte giust., II Sezione, sentenze 7 settembre 2006, cause C-54/04 Marrosu-Sardino e C-180/04 Sardino contro Azienda Ospedaliera S.Martino di Genova; 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, 2009, Milano, Ipsoa, p.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.

Divenuto dunque imprescindibile un nuovo passaggio alla Corte di Lussemburgo, il Tribunale di Rossano calabro, che aveva precedentemente liquidato il danno nel periodo necessario al reperimento di un nuovo posto di lavoro, interrogava di nuovo la Corte europea, con un nutrito numero di questioni che riguardavano tutto il precariato pubblico italiano e che portava all'ordinanza Affatato⁷. La Corte di giustizia decide con ordinanza poiché, come risulta dal punto 48 della ordinanza del 1 ottobre 2010 ritiene applicabile a tutto il pubblico impiego, e quindi anche a quello scolastico, la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato dei contratti a termine successivi al superamento dei 36 mesi di servizio anche non continuativi con mansioni equivalenti, recependo le espresse indicazioni del Governo italiano al punto 60 delle osservazioni scritte dell'Avvocatura dello Stato⁸.

⁷ Corte giust., VIII Sez., ordinanza 1 ottobre 2010, causa C-3/10 *Affatato c. ASL Cosenza*; 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.Avv.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.

⁸ V. osservazioni scritte del Governo italiano nella causa *Affatato C-3/10*, punto 60, in *Rass.Avv. Stato*, n.2, aprile-giugno 2010, pagg.126-127

Si sa poi come sono andate le cose: l'Avvocatura è tornata in Italia sostenendo di essere stata male interpretata, la giurisprudenza italiana ci ha creduto (o ci ha voluto credere) e si è continuato a discettare sul risarcimento del danno e sull'onere della relativa prova e la Corte di Cassazione, a fronte della insoddisfazione nei confronti di tale soluzione, intervenne d'autorità con le sentenze 392/2012 e, infine, con la pronuncia tombale 10127 del 20 giugno 2012 nel settore scolastico⁹, con la quale si negava tutto: conversione, risarcimento del danno (ribadendo l'impossibile onere della prova a carico del lavoratore) e, financo, l'equiparazione economica, pur cristallizzata già nella legge 230/1962 (art. 5), affermata quale principio generale dalla clausola 4 della Direttiva e ribadita dall'art. 6 del D.Lgs. 368/2001, sulla scorta della curiosa tesi che ogni contratto di supplenza costituirebbe la rottura del rapporto e sarebbe dunque inidoneo a far scattare l'aumento retributivo dovuto per l'anzianità di servizio.

Anche tale tentativo di arginare le rivendicazioni dei precari pubblici non dura molto: pochi mesi dopo, nel gennaio 2013, il Tribunale di Aosta, che proseguiva imperterrito nel condannare il Comune e la regione omonimi a pagare 20 mensilità ai precari valdostani, mentre sta per risarcire in quella misura il direttore della banda municipale cittadina che aveva lavorato come precario per 29 anni e 6 mesi, viene a conoscenza che la Corte di appello di Torino ha riformato le sue sentenze perché mancava la prova del danno.

Inevitabile la terza rimessione alla Corte europea che, nel giro di pochi mesi, si pronuncia con l'ordinanza Papalia¹⁰, dichiarando che l'art. 36 del D.Lgs. 165/2001, se interpretato nel senso che spetta al lavoratore provare la perdita di altre chance di lavoro al fine ottenere il risarcimento, si presenta come contrario alla Direttiva.

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

¹⁰ C. Giust. Ordinanza Papalia, 12.12.2013, C- 50/13, punto 20. Per i commenti vedi supra, nota 5.

Nel frattempo esplose il problema della scuola, che aveva dato adito ad un contenzioso enorme, fermo in attesa che si sbloccasse la questione della misura applicabile. I Tribunali di Roma, di Lamezia Terme e di Trento rimettevano la questione di costituzionalità del sistema di reclutamento scolastico alla Corte costituzionale ed il Tribunale di Napoli sollevava una complessa questione pregiudiziale in Corte europea.

In questo quadro, nel 2013, dopo la pronuncia Papalia, la Corte costituzionale, con ordinanza 207 del 2013 si "affianca" al Tribunale di Napoli e solleva anch'essa la questione pregiudiziale, rilevando l'assenza totale di misura sanzionatorie in ipotesi di abuso (conclamato nelle cause principali), pur ribadendo il divieto di conversione e richiamando l'art. 36 del D.Lgs. 165/2001, del quale riafferma la legittimità ricordando la sua giurisprudenza e sottolineando che la medesima norma "non è in contrasto con la clausola 5 dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, quando siano previste, «nel settore interessato, altre misure effettive per evitare, ed eventualmente sanzionare, il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato stipulati in successione»", qui citando, forse impropriamente, per quanto detto sopra, l'ordinanza Affatato.

Lo scenario inizia quindi a mutare.

Il Tribunale di Napoli, infatti, nelle quattro posizioni trattate nell'ordinanza di rimessione, include anche quella della signora Russo, insegnante alle dipendenze del Comune di Napoli, precisando che, non applicandosi a quel rapporto la normativa scolastica che vieta espressamente la conversione dei rapporti, aveva provveduto a costituire un rapporto a tempo indeterminato.

La sentenza Mascolo¹¹ della Corte europea, nell'affermare la incompatibilità con la Direttiva del sistema di reclutamento scolastico, si pronuncia anche su questo punto, dove il Tribunale napoletano aveva posto il problema della leale cooperazione dello Stato italiano con riferimento alla vicenda Affatato. La Corte, in particolare, rileva che "giustamente" il giudice italiano ha proceduto alla conversione, poiché è suo specifico compito interpretare il diritto nazionale, così superando il problema, delicato, della leale cooperazione.

¹¹ Corte giust.Ue, III Sezione, sentenza 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro *Miur*, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di *Cgil, Flc-Cgil* e *Gilda-Unams* nella causa *Racca* C-63/13; su cui cfr. M. 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 europeanrights.eu; M. De Luca, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav.pp.aa.*, 2014, 499 ss.; V. De Michele, *L'interpretazione "autentica" della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati*, in europeanrights.eu, 10 gennaio 2015; *id.*, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, *ibidem*, 11 novembre 2015; F. Ghera, *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e Giudici comuni*, in *Giur.cost.*, 2015, 158 ss.; S. Galleano, *La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici*, in europeanrights.eu, 8 gennaio 2015; R. Irmici, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia dell'Unione europea e lo strano caso del giudice del rinvio pregiudiziale che immette ma non converte*, in *Nov.dir.amm.*, 2015, 2, 177 ss.; L. Menghini, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 343 ss.; M. Miscione, *Il Tribunale di Napoli immette in ruolo i precari della Pubblica Amministrazione*, in *Quot.giur.*, 5 gennaio 2015, n. 5; R. Nunin, *«Tanto tuonò che piovve»: la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, su questa *Rivista*, 2015, 146 ss.; A.M. Perrino, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro it.*, 2014, II, 93 ss.; V. Pinto, *Il reclutamento scolastico tra abuso dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav.pubb.amm.*, 2015, 915 ss.; G. Santoro Passarelli, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg.dir.lav.*, 2015, 189 ss.; N. Zampieri, *Sulle conseguenze nel lavoro pubblico della violazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 368/2001, in materia di assunzioni a tempo determinato, dopo le pronunce Affatato, Carratù, Papalia e Mascolo della CGUE*, in *Ris.um.*, 2015, 2, 213 ss.

Le ricadute della sentenza Mascolo sono notevoli. La stessa Corte di Cassazione, nella sentenza n.27363/2014, seppure con un *obiter dictum* ignorato dalla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite (che del resto ha ignorato tutta la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'ordinanza Affatato alla sentenza Mascolo), ha riconosciuto come unica misura adeguata a sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato la costituzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro al superamento dei 36 mesi di servizio a termine anche non continuativi, ai sensi dell'art.5, comma 4-*bis*, D.Lgs. n.368/2001.

Anche i giudici di merito, in primis il Tribunale di Napoli rimettente la causa Mascolo alla Corte europea, ma anche il Tribunale di Bari e quello di Locri, iniziano a convertire i rapporti, nei settori scolastico e sanitario.

La Corte costituzionale, che doveva decidere quale giudice di ritorno, le questioni sottoposte dai Tribunali di Roma e di Lamezia terme, dopo avere rinviato l'udienza del 17 maggio 2014 per consentire al governo di approntare la legge stabilizzazione sulla scuola, decide poi con la sentenza 187/2016¹² che presenta la particolare caratteristica di ritenere la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato in ipotesi di avvenuto abuso la sanzione più "lungimirante", rispetto al risarcimento monetario, senza mai citare le Sezioni unite della Cassazione che, nel frattempo, erano intervenute per definire la misura del risarcimento del danno in ipotesi di abuso nell'utilizzo dei contratti flessibili, già fissata, in modo manifestamente insoddisfacente dalla sentenza 27481 del dicembre 2014 (dunque dopo la sentenza Mascolo) nella misura che l'art. 8 della legge 604/66, indica da 2 a 8 mensilità, "inventando" il concetto di "danno comunitario"

¹² Corte cost., Pres. Grossi, Est. Coraggio, sentenza n.187/2016 e ordinanze nn.194 e 195/2016. Sulla sentenza n.187/2016 v. M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *Lav. giur.*, 2016, n.8-9, p.745; 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, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario anche alla luce della sentenza n. 187/2016 della Corte costituzionale sul precariato scolastico*, su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, p.603-614; V. De Michele e S. Galleano, *La sentenza "Mascolo" della Corte costituzionale sui precari della scuola cit.*

Infatti le Sezioni unite con la sentenza 5072 del 16 marzo 2016¹³, ribaltando l'impostazione della sezione lavoro, che aveva legato l'individuazione alla misura del danno risarcibile alla perdita del posto di lavoro, attraverso l'applicazione dell'art. 8 della legge 604/66, così rischiando di riaprire la strada all'applicazione dell'art. 18 della legge 300/70, negano, decidendo proprio in sede di legittimità la causa Marrosu e Sardino a suo tempo decisa dal Tribunale di Genova di ritorno dalla Corte europea, avevano negato che il risarcimento potesse trovare analogia con la perdita del posto di lavoro, a cui, si afferma, il precario pubblico non potrà mai aspirare, ed applica l'art. 32 del collegato lavoro (legge 183/2010), afferente l'automatico e forfettizzato risarcimento in caso di illegittimità del contratto a termine, superando così il problema dell'onere della prova a carico del lavoratore censurato dalla ordinanza Papalia della Corte europea. Con un'operazione di sapore funambolico, poi, tenta di equiparare, per il pubblico, il trattamento riservato al privato (al quale il 32 si aggiunge alla conversione del rapporto) riconoscendo la possibilità di far valere un danno ulteriore di perdita di chance, il cui onere resta a carico del lavoratore.

La questione è così stata inevitabilmente sollevata in Corte europea dal Tribunale di Trapani con ordinanza 5 settembre 2016. Questi i quesiti proposti in sede europea¹⁴:

"1) Se rappresenti misura Equivalente ed Effettiva, nel senso di cui alle pronunce della Corte di Giustizia Mascolo (C-22/13 e riunite) e Marrosu (C-53/04), l'attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione (art. 32 co. 5° L. 183/2010) al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l'integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto.

2) Se, il principio di Equivalenza menzionato dalla Corte di Giustizia (fra l'altro) nelle dette pronunce, vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto li lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato."

¹³ Cass., SS.UU., Pres. Rovelli, Est. Amoroso, sentenza 15 marzo 2016, n.5072; su cui cfr. P. Coppola, *Corte di cassazione, Ss.Uu., sentenza n.5072/2016. Incertezze, dubbi, perplessità*, su www.europeanrights.eu, 1 maggio 2016; S. Galleano, *La sentenza 5072/2016 sul risarcimento del danno per abuso del precariato nel settore pubblico - Le Sezioni unite della Cassazione nel paese delle meraviglie*, op. citata; M. Miscione, *Nomofilachia, Sezioni Unite, "diritto vivente (leggendo la relazione 2016 del Primo Presidente della Cassazione)*, su *Lav.giur.*, 2016, IV, 329-332; A. Paolitto, *Il precariato scolastico tra "la buona scuola" e il dialogo "multilevel" delle Corti: l'occasione per un bilancio*, op. cit.; F. Putaturo Donati, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario anche alla luce della sentenza n. 187/2016 della Corte costituzionale sul precariato scolastico*, op. cit.

¹⁴ Il relativo procedimento è stato radicato con il n. C-494/16.

L'omissione della Corte costituzionale sulla pronuncia delle Sezioni unite non è dunque certamente senza motivo.

Lo Stato italiano non ha infatti mai dimostrato una grande coerenza, poiché provvedimenti di stabilizzazione sono ormai la regola nel nostro ordinamento, in presenza di situazioni particolari. Oltre alle privatizzazioni del governo Prodi (Legge 27 dicembre 2006 n. 296 e la Legge 24 dicembre 2007 n. 244) e della buona scuola (la 107 del 2015), rammentiamo qui l'art. 4 della legge 154/05 sui dirigenti dei penitenziari, il comma 87 della legge 107/15 sui dirigenti scolastici, l'art. 11 della legge 124/15 sui segretari comunali: tutte stabilizzazioni di personale senza concorso.

Senza contare poi – ma qui sarebbe forse meglio stendere un velo pietoso – le non edificanti vicende delle Authority, che hanno visto le stabilizzazioni, senza neppure prove selettive, a seguito di decreti legge non convertiti (D.L.111 del 2008) i cui effetti sono stati fatti salvi dalla provvidenziale finanziaria, come nel caso dei dipendenti dell'Autorità garante della concorrenza e nell'analoga vicenda dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (art. 1, co. 519, L. 296 del 2006), vicende che non ci hanno certamente fatto fare una bella figura in Corte di Giustizia europea, come testimoniato dalle sentenze Valenza del 18 ottobre 2012 (in causa c-312/11) e AEEG c/ Bertazzi del 07.03.13 (in causa C-393/11).

Per quanto riguarda la conversione del rapporto si ricorda inoltre che la Presidenza della Repubblica, retta oggi, non a caso, proprio dall'ex giudice costituzionale che aveva scritto l'ordinanza n. 207 del 2013, procederà alla stabilizzazione dei dipendenti assunti a termine (con decreto 26/N del 2016: la notizia è stata data dall'Ufficio stampa del Quirinale).

Ma la decisione del Quirinale acquista un'importanza che travalica la mera notizia della stabilizzazione (che avviene senza concorso, salvo una semplice valutazione di idoneità), poiché nel comunicato ufficiale del Colle, si legge che il provvedimento è stato adottato rispettati i principi della normativa statale pur non essendo vincolanti per gli organi costituzionali, retti dal principio dell'autodichia. Dunque il Presidente Mattarella ha voluto rimarcare che la stabilizzazione dei lavoratori che operano a termine da anni, ove ne abbiano diritto, ovviamente e non a caso si parla di chi lavora da più di 36 mesi, come nel privato, è un dovere per tutte le amministrazioni dello Stato, prima fra tutte proprio quella della Presidenza che, come organo costituzionale non vi sarebbe tenuto in ragione del principio della autodichia. Una lezione di stile che non ha certo fatto felici i giudici di Piazza Cavour ma che la dice lunga sulla confusione che regna sulla questione e che rileva non poco sia nella sentenza 187/16 che nel procedimento incidentale nato dall'ordinanza qui in commento.

Ma anche a voler prescindere da tali considerazioni, come sembrano avere fatto (definitivamente?) le Sezioni unite della Cassazione, resta che appare comunque alquanto arduo negare, ad esempio, la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato per il mancato svolgimento di un concorso, laddove in molti dei casi l'accesso al posto di lavoro a tempo determinato è conseguenza di un apposito concorso, ovvero l'assunzione sia stata effettuata – come spesso avviene, e come comunque era avvenuto nel caso dei cuochi liguri Marrosu e Sardino, oggetto della sentenza 5072/2016 – secondo metodi selettivi.

E va detto che la pressoché totalità dei precari storici italiani sono stati assunti a seguito di specifiche selezioni effettuate pubblicamente¹⁵, se non addirittura a seguito di specifico concorso.

Qui le Sezioni unite avrebbero dovuto spiegare qual è il bene sociale che deve prevalere in una situazione in cui l'assunzione è comunque stata effettuata secondo criteri oggettivi ed è dunque esente da sospetti di favoritismo, che è poi quello che l'obbligo del concorso è finalizzato ad evitare, insieme alla condivisibile esigenza della scelta del migliore. Ma non è forse tale quella di chi ha superato un concorso, ancorché per lo svolgimento temporaneo di mansioni identiche a quelle svolte dal dipendente di ruolo o, comunque, è stato selezionato secondo criteri oggettivi?

Né, la risposta può essere quella che il divieto di assunzione senza concorso è legato alla natura pubblica del datore di lavoro, come afferma una parte della giurisprudenza (cfr., per tutte ed ivi numerosi richiami: Cass. del 23.06.15 n. 14169, Pres. Vidiri, est. D'Antonio), posto che il divieto nel pubblico è giustificato, appunto, dal principio del libero accesso agli impieghi pubblici e della scelta del migliore: e si ricomincia daccapo.

Sono questioni dunque fondamentali, trattate nella sentenza 5072 del 2016 perché da sempre presenti nel dibattito sul pubblico impiego ma che vengono liquidate frettolosamente dalle Sezioni unite dietro la pervicace, ostinata e mai compiutamente giustificata difesa dell'inapplicabilità della conversione dei rapporti a tempo indeterminato nel pubblico impiego.

Ed in tale difesa si sono aperte non poche crepe a seguito della pronuncia della Corte costituzionale 187 del 2016.

Al punto 12 la Consulta, dopo avere sottolineato che dopo la pronuncia della Corte europea Mascolo, residuavano ancora ambiti di intervento per chiudere il cerchio, osserva infatti:

12. – Tali spazi riguardano in particolare le ricadute sanzionatorie dell'illecito.

¹⁵ Magari si tratta di selezioni "riservate" che però la Corte costituzionale 187 del 2016 ha ritenuto pienamente legittime, anzi auspicabili quale soluzione più "lungimirante", al fine di "cancellare" gli effetti dell'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine.

Anche di tali ricadute si è occupata la Corte di giustizia, ma la pronuncia a questo proposito dà atto che la normativa comunitaria in materia non prevede misure specifiche, rimettendone l'individuazione alle autorità nazionali e limitandosi a definirne i caratteri essenziali (dissuasività, proporzionalità, effettività).

Molto chiari, al riguardo, i paragrafi 77 e 79 della sentenza Mascolo. Nel primo in particolare si legge: «[...] quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche nell'ipotesi in cui vengano nondimeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro [...]».

La sentenza, dunque, anche se ritiene di precisare alcune delle misure che possono essere adottate (procedure di assunzione certe, anche nel tempo, e risarcimento del danno), non ne esclude altre purché rispondenti ai requisiti ricordati. In tal modo, tuttavia, essa non dà risposta alla questione della necessità o meno del riconoscimento del diritto al risarcimento in capo ai soggetti che abbiano subito un danno a seguito dell'inadempimento dello Stato italiano, questione che costituisce l'oggetto reale dei giudizi a quibus.

12.1.– Sull'esercizio di tale discrezionalità s'impone una integrazione del dictum del giudice comunitario, che non può che competere a questa Corte.

E prosegue, trattando della legge 107 del 2015, la c.d. "buona scuola":

13.– La questione, se esaminata alla luce della sola normativa vigente all'epoca della sua sollevazione, dovrebbe essere risolta in senso positivo; senonché viene a questo punto in rilievo la normativa sopravvenuta prima ricordata, con le misure che il legislatore ha inteso adottare con l'evidente finalità di garantire la corretta applicazione dell'accordo quadro.

La verifica della incidenza della nuova disciplina sulla questione in esame, diversamente da quanto avviene nei giudizi di costituzionalità meramente interni, in cui è necessario il rinvio al giudice a quo per una sua ulteriore delibazione, costituisce parte integrante della pronuncia di questa Corte.

Difatti, le misure in questione, oltre a svolgere la funzione tipica preventiva-punitiva delle sanzioni, nell'interpretazione del Giudice dell'Unione rifluiscono sull'illecito "cancellandolo" (paragrafo 79), attesa la loro natura riparatoria. Nella prospettiva dell'ordinamento comunitario quel che conta è che di fatto ne possano beneficiare i soggetti lesi: è dunque indubbia la rilevanza di misure anche sopravvenute.

14.– Venendo all'esame della legge n. 107 del 2015, le sue finalità sono chiaramente indicate con riguardo alla disposizione che, nell'originario disegno di legge (Atto Camera 2994, XVII legislatura), prevedeva la durata dei contratti di lavoro a tempo determinato della scuola (art. 12 del citato d.d.l.). Nella relazione illustrativa si precisava, infatti, che: «La disposizione intende adeguare la normativa nazionale a quella europea, al fine di evitare l'abuso nella successione dei contratti di lavoro a tempo determinato per il personale docente e non docente della scuola pubblica. Ciò a seguito della pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 [...]. In proposito la Corte di giustizia dell'Unione europea nella citata sentenza ha evidenziato il contrasto delle norme italiane in materia di contratti a tempo determinato nel settore scolastico con quanto previsto dalla clausola 5 della direttiva 1999/70/CE. Si introduce il limite temporale di trentasei mesi come durata massima per i rapporti di lavoro a tempo determinato del personale scolastico (docente, educativo, amministrativo tecnico e ausiliario) per la copertura di posti vacanti e disponibili presso le istituzioni scolastiche ed educative statali da considerarsi complessivamente, anche non continuativi».

Indi, dopo avere esaminato la disciplina di cui alla legge 107 del 2015 di stabilizzazione nel settore scolastico, al punto 18 osserva:

18.– Quanto alle situazioni pregresse, occorre distinguere a seconda del personale interessato.

18.1.– Per i docenti, si è scelta la strada della loro stabilizzazione con il piano straordinario destinato alla «copertura di tutti i posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto».

Esso è volto a garantire all'intera massa di docenti precari la possibilità di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino al totale scorrimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della legge n. 107 del 2015, permettendo loro di ottenere la stabilizzazione grazie o a meri automatismi (le graduatorie) ovvero a selezioni blande (concorsi riservati).

In tal modo vengono attribuite serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo a tutto il personale interessato, secondo una delle alternative espressamente prese in considerazione dalla Corte di giustizia.

La scelta è più lungimirante rispetto a quella del risarcimento, che avrebbe lasciato il sistema scolastico nell'attuale incertezza organizzativa e il personale in uno stato di provvisorietà perenne; 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.).

Pare evidente a chi scrive che le affermazioni, storiche, della Corte costituzionale, aprano ampi spazi ad una possibile stabilizzazione in ipotesi di abuso, che viene, senza mezzi termini definita la più rispettosa della sentenza Mascolo¹⁶ e la più lungimirante tra le tante possibili.

A ciò si aggiunga che le recenti sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 de Diego Porras, Martínez Andrés e Castrejana López, Pérez López sul precariato pubblico sanitario sembrano andare nel senso indicato¹⁷. In particolare si ricorda la sentenza Perez Lopez del 14 settembre (C-16/15) che, al punto 32 afferma: "Seppure, in mancanza di una specifica disciplina dell'Unione in materia, le modalità di applicazione di tali norme spettino all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi, esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività) (sentenze del 3 luglio 2014, Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punto 63 e giurisprudenza ivi citata, nonché del 26 novembre 2014, Mascolo e a., C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13, EU:C:2014:2401, punto 78)".

Appare evidente che entra quindi in gioco la questione della parità di trattamento e, segnatamente, la clausola 4 della Direttiva.

3) L'ordinanza del 26 ottobre del Tribunale di Foggia

In questo percorso si inserisce l'ordinanza qui in commento, che della parità di trattamento fa il percorso argomentativo più convincente, soprattutto nel riferimento al trattamento riservato ai dipendenti pubblici assunti come privati¹⁸, oggetto dello specifico passo della sentenza Perez Lopez sopra citato.

Certo, resta il problema della misura alternativa, che nell'ordinanza si presuppone inesistente mentre, come si è visto, pur con tutti i limiti che la contraddistinguono e che si sono esaminati, il massimo organo della nomofilachia ha individuato nell'art. 32 del collegato lavoro.

Indubbiamente, il confine tra l'esistenza o meno è alquanto labile, al punto che facilmente si può sostenere che l'insufficienza della sanzione ben può farne ritenere la sostanziale inesistenza ed inidoneità, tanto più laddove la misura di fatto inconsistente, non dissuasiva, non equivalente e, soprattutto, non "energica", viene "definita" dall'organo che dovrebbe mettere la parola definitiva alla questione.

¹⁶ Definita, lo ricordiamo, *ius superveniens* nella parallela ordinanza 194 del 2016 (ultimo periodo) dalla Corte costituzionale

¹⁷ Sul punto si rinvia a quanto più diffusamente osservato da V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, in via di pubblicazione su www.europeanrights.eu.

¹⁸ Altri esempi in V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, op. cit.

Sicuramente il gioco al ribasso delle Sezioni unite porta acqua al mulino della disparità di trattamento.

E dunque siamo, se non ad un match finale ad un punto di non poca importanza: da un lato chi ritiene, come il Tribunale di Foggia, che l'applicazione della norma di cui all'art. 5 comma 1 bis (ora art. 17 D.Lgs. 81/2015) - che prevede la costituzione dei rapporti a tempo indeterminato - sia direttamente applicabile in forza del principio di non discriminazione, perché ormai principio immanente nell'ordinamento nazionale, al punto di non sollevare (almeno subordinatamente) la questione di costituzionalità anche dell'art. 36 come interpretato dalle SS.UU..

Dall'altro chi, come il Tribunale di Trapani, che di fatto pensa che la conversione venga da sé una volta individuata correttamente la misura alternativa, sostanzialmente insostenibile per il bilancio pubblico, che porta inevitabilmente ad imboccare obtorto collo la strada della conversione, come è successo con la scuola.

Vi è comunque da dire, in conclusione, che entrambe le strade sembrano cosa buona e giusta, posto che l'importante è arrivare alla soluzione definitiva del problema del precariato in Italia e che si ponga fine ad una situazione vergognosa per uno stato moderno che obbliga centinaia di migliaia di persone a vivere senza un futuro e nella costante incertezza, pur occupando posti stabili e permanenti nella pubblica amministrazione da anni in attesa della prossima proroga.

Come diceva il presidente della repubblica popolare cinese che ha guidato la rivoluzione culturale del suo popolo: non importa il colore del gatto, l'importante è che prenda il topo.

Sergio Galleano