

Il precariato pubblico tra normativa italiana e bacchettate dall'Europa (considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia 26 novembre 2014)*

Cinzia De Marco

1. Premessa.	242
2. La contrarietà della disciplina speciale del personale della scuola pubblica ai principi espressi dalla direttiva 99/70.	242
3. La sanzione per la successione abusiva di contratti a tempo determinato: il regime differenziato tra lavoro pubblico e privato.	245
4. La galassia del precariato pubblico e i percorsi di stabilizzazione.	247
5. Il perdurare della violazione della direttiva: tipologia di rapporti e sanzioni applicabili.	250
6. Il post sentenza Mascolo.	251

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 243/2015

1. Premessa.

La recente decisione della Corte di Giustizia dello scorso 26 novembre interviene per l'ennesima volta sulla regolamentazione del contratto a tempo determinato nel settore del pubblico impiego, a seguito di domande pregiudiziali proposte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Corte Costituzionale⁷⁴⁰ e dal Tribunale di Napoli. Le domande, in particolare, riguardavano la compatibilità con l'ordinamento comunitario, e, segnatamente con i principi contenuti nelle clausole 4 e 5 della direttiva 1999/70/Ce sul lavoro a tempo determinato, della normativa italiana concernente le cd. supplenze annuali assegnate, per sopperire alle variabili esigenze di organico, a docenti precari assunti con reiterati contratti a tempo determinato.

Si tratta, in effetti, di una sentenza annunciata; basti ricordare che già il 17 ottobre 2013 la Commissione europea, nelle osservazioni depositate in una delle cause (C-418/13) aveva sollevato forti perplessità sulla disciplina italiana, mettendo in evidenza come «il rinnovo dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio ma al contrario, permanente e durevole, non è giustificato in base alla clausola 5, punto 1, lett a) dell'Accordo quadro, in quanto incompatibile con la premessa sulla quale si fonda l'Accordo quadro ossia che i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro». Del resto, tenuto conto dei precedenti relativi al personale precario di diversi paesi europei, l'esito era pressoché scontato⁷⁴¹.

2. La contrarietà della disciplina speciale del personale della scuola pubblica ai principi espressi dalla direttiva 99/70.

La disciplina del conferimento degli incarichi di supplenza a termine è contenuta nell'art. 4 della l. n. 297/1994, (mod. dalla l. 124/1999) e nel decreto del Ministro della Pubblica Istruzione n. 131/2007, secondo cui i contratti a tempo determinato per il personale docente e tecnico amministrativo riguardano: a) le supplenze annuali su posti vacanti e disponibili in quanto privi di titolare; b) le supplenze temporanee fino al termine delle attività didattiche su posti non vacanti, ma

⁷⁴⁰ Con l'ordinanza n. 207 del 18 luglio scorso, la Corte costituzionale è tornata, a distanza di cinque anni dalla nota ordinanza n. 103 del 2008, a effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. La particolarità sta nella circostanza che i giudici della Consulta hanno effettuato il rinvio, non già, come la volta precedente in via principale ma nell'ambito di un ricorso di legittimità costituzionale in via incidentale, riconoscendo di essere anche in quella sede «giurisdizione nazionale». Cfr. B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in www.forumcostituzionale.it, 2013.

⁷⁴¹ C.giust. 22 novembre 2005, C- 144/04, *Mangold*, in *RIDL*, 2006, 266, con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, C- giust. 4 luglio 2006, C- 212/04, *Adeneler*, *FI*, 2007, IV, 72, con nota di A. M. PERRINO, *Perplessità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*; C. giust. 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino* e C-180/0, *Vassallo*, *RGL*, 2006, II, 601, con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di Giustizia*; C. giust. 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-880/07, *Angelidaki*, *RGL*, 2009, 509, con nota di L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*; C. giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, *RGL*, 2009, II, 58, con nota di E. RAIMONDI *Il contratto a termine tra principi comunitari e interpretazioni nazionali*; C. giust. 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, *DRI* 2010, 1225, con nota di L. CORAZZA, *La Corte di giustizia e la disciplina italiana sul lavoro a termine: sulla dubbia effettività delle clausole di non regresso*; C. giust., ord., 1 ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*, *FI*, 2011, IV, 69; C. giust. 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet* e 15 marzo 2012, C-157/11, *Sibilio*, www.curia.europa.eu. C. giust., 26 gennaio 2012, C-586/10, *Kücük*, *RIDL*, 2012, 747, con nota di A. RICCOBONO, *Successione di contratti a termine per esigenze sostitutive e permanenti: prevenzione degli abusi e «discrezionalità vincolata» degli stati membri dopo la sentenza Küçük*.

egualmente disponibili (cd. organico di fatto); c) le supplenze temporanee (o brevi) per ogni altra necessità (in pratica per sostituire il personale di ruolo assente).

Questo complesso di lavoratori precari viene attinto dalle graduatorie permanenti – in cui sono confluite le graduatorie ad esaurimento (composte da docenti provvisti di abilitazione) e le graduatorie di merito (in cui sono collocati i docenti vincitori di concorso) - e, solo qualora queste siano esaurite, dalle graduatorie di istituto (che riguardano le supplenze temporanee). L'immissione in ruolo è poi collegata all'espletamento di future procedure concorsuali, nelle quali una quota del 50 per cento dei posti viene riservata ai soggetti inseriti nelle suddette graduatorie permanenti.

Sul vasto contenzioso instaurato da numerosi precari era intervenuta la Corte di Cassazione⁷⁴² che - considerata la specialità della normativa del comparto scuola - aveva ritenuto l'insussistenza dell'abuso del contratto a termine, rigettando non solo la domanda di conversione, ma ogni istanza di risarcimento danni.

Nella medesima sentenza, la Corte di legittimità aveva dichiarato la piena conformità della normativa nazionale con la clausola 5 dell'Accordo quadro, ritenendo trattarsi con ogni evidenza di un *acte claire* che non lasciava spazio ad alcun ragionevole dubbio sull'esegesi della direttiva 1999/70/CE.

La sentenza, tuttavia, a distanza di appena una settimana, veniva disattesa da un giudice di merito il quale affermava che, «in assenza ultradecennale di periodiche procedure concorsuali», il rinnovo dei contratti stipulati nel settore scolastico ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, l. n. 124/1999 non può considerarsi legittimo atteso il contrasto della norma con « la nozione di ragioni oggettive di carattere temporaneo e non permanente della clausola 5, n.1, lett. a dell'accordo quadro comunitario sul contratto a tempo determinato, nella costante interpretazione della Corte di Giustizia. In conseguenza, una lettura costituzionalmente orientata (art. 117, comma 1, Cost.) della normativa interna imponeva di individuare un parametro equitativo adeguato per punire l'abusivo ricorso ai contratti a termine delle pubbliche amministrazioni scolastiche»⁷⁴³.

La Corte di Giustizia si pronuncia solo per il personale scolastico statale inserito nelle graduatorie permanenti. Nei confronti del personale impiegato negli asili nido comunali, per i quali pure era stata sollevata la questione da parte del Tribunale di Napoli, la Corte di Giustizia dichiara la domanda di pronuncia pregiudiziale irricevibile sulla base di quanto affermato dal Tribunale remittente, secondo cui a questo personale – estraneo alla legislazione speciale- si applicherebbe il d. lgs. 368/2001, in particolare l'art. 5, comma 4 *bis*, con la conseguente trasformazione dei contratti da tempo determinato a tempo indeterminato. Sul punto occorre però precisare che l'art. 10 comma 4 *bis* del d. lgs 368/2001, per come modificato dall'art. 4, comma 4 *bis* del d.l. n. 54/2013, conv. nella l. n. 85/2013, include anche tale personale nella deroga all'applicazione del d. lgs. 368/2001.

La sentenza, accertata l'applicazione all'intero lavoro pubblico della direttiva comunitaria, all'obiezione del governo italiano che la materia delle scuole statali a causa della sua specialità

⁷⁴² Cass. 20 giugno 2012, n. 10127 MGL, 2012, 792 con nota di A. VALLEBONA, *I precari della scuola: la babele è finita*.

⁷⁴³ Trib. Aquila 27 giugno 2012 LG, 2012,777, con nota di V.DE MICHELE, *IL tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*.

resta fuori dall'ambito di applicazione dell'Accordo quadro, precisa (punti 67-70) che questo deve applicarsi a tutte le ipotesi di contratto a tempo determinato, in quanto la facoltà di tenere conto delle esigenze relative a «settori di attività e categorie specifiche di lavoratori» contenuta nel comma 1 della clausola 5 dell'Accordo quadro, presuppone comunque l'applicazione della stessa direttiva (punto 70)⁷⁴⁴.

Partendo da questa premessa, la Corte (punti 91 e 95) perviene alla prima parziale conclusione che la disciplina speciale in questione, nella parte in cui prevede un percorso di stabilizzazione a tempo indeterminato attraverso l'immissione in ruolo del personale dopo l'espletamento di future procedure concorsuali, non è in astratto contraria all'Accordo quadro. E ciò in quanto il settore dell'insegnamento è caratterizzato da un'esigenza di particolare flessibilità, determinata dalla variabilità della popolazione studentesca, idonea a giustificare oggettivamente il ricorso a contratti a tempo determinato per rispondere in maniera adeguata alla domanda scolastica e per non esporre lo Stato a dover immettere in ruolo un numero di docenti significativamente superiore a quello effettivamente necessario per adempiere i propri obblighi.

La procedura indicata è tale secondo la Corte da costituire «ragione obiettiva» per individuare la scadenza dei contratti, e quindi soddisfa uno dei tre requisiti indicati per la prevenzione degli abusi nelle lettere a), (ragioni obiettive), b) (durata massima), e c) (numero dei rinnovi) della clausola 5.1. dell'Accordo quadro

L'incapacità del tracciato normativo di evitare l'utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato stipulati in successione nasce dal fatto che il termine di immissione in ruolo è variabile e incerto, in quanto l'organizzazione delle procedure concorsuali dipende dalle possibilità finanziarie dello Stato e dalle valutazioni discrezionali dell'Amministrazione (punto 105). Ciò però non consente di predeterminare un limite effettivo ai rinnovi dei contratti a tempo determinato («al numero di supplenze annuali effettuate da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante») e quindi fa sì che la successione di contratti soddisfi esigenze permanenti e durevoli e non già transitorie come impone la direttiva.

Non è, poi, conducente la difesa dello Stato italiano che giustifica l'incertezza del *dies ad quem* della trasformazione con esigenze di bilancio perché queste, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte⁷⁴⁵, «non costituiscono ... di per sé, un obiettivo» di politica sociale e quindi «non possono giustificare l'assenza di misure di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5.1 dell'Accordo quadro» (punto 110).

Ritenuto che la disciplina non è coerente con le misure preventive di cui alla clausola 5 punto 1 dell'Accordo quadro, la Corte rileva la carenza di sanzioni per il ricorso abusivo alla successione dei contratti a tempo determinato. Osserva in primo luogo (punto 114) che non trova applicazione l'art. 36 comma 5 del d. lgs. 165/2001 in quanto il diritto al risarcimento del danno ivi previsto consegue alla «violazione di disposizioni imperative», violazione che non sussiste in quanto

⁷⁴⁴ La stessa affermazione è contenuta in C. giust. 3 luglio 2014, nelle cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, *Flamingo*, www.curia.europa.eu, al punto 39, in cui si legge che «conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nel quadro dell'attuazione di detto accordo quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o alle categorie specifici di lavoratori in questione».

⁷⁴⁵ C. giust. 24 ottobre 2013, *Thiele Meneses*, in causa C-220/12, www.curia.europa.eu, punto 43.

nel caso esaminato vi è stata la corretta applicazione della disciplina speciale, ed è questa a non considerare abusiva la successione dei contratti in attesa dello svolgimento delle procedure concorsuali.

In secondo luogo, la Corte prende atto che il settore della scuola è escluso dall'ambito di applicazione del d. lgs 368/2001 ai sensi dell'art. 10 comma 4 *bis*. E pertanto «l'unica possibilità per il lavoratore che abbia effettuato supplenze, ai sensi dell'art. 4 della legge 124/199, in una scuola statale, di ottenere la trasformazione dei suoi contratti di lavoro a tempo determinato successivi in un contratto o in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risiede nell'immissione in ruolo per effetto dell'avanzamento in graduatoria» (punto 116) collegato all'espletamento della procedura concorsuale. Ma poiché l'avveramento di questa condizione è aleatorio nei tempi e nel numero dei soggetti da stabilizzare, questo non può essere considerato «una sanzione a carattere sufficientemente effettivo e dissuasivo al fine di garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'Accordo quadro» (punto 117). In conclusione la normativa nazionale, «da un lato, non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale, ... e, dall'altro non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato» (punto 120).

3. La sanzione per la successione abusiva di contratti a tempo determinato: il regime differenziato tra lavoro pubblico e privato.

La sentenza non individua l'adeguato regime sanzionatorio per contrastare gli abusi determinati dalla successione di contratti a tempo determinato nel settore della scuola e più in generale nel lavoro pubblico. Il problema deve essere affrontato richiamando i criteri espressi dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

In primo luogo occorre verificare se lavoro pubblico e lavoro privato siano settori da considerare equivalenti e quindi per entrambi debba essere previsto il medesimo tipo di sanzione. Non è qui in discussione l'applicazione della clausola 4 dell'Accordo quadro, che regola la parità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato comparabili, ma l'applicazione del più generale principio di parità tra situazioni che presentino le medesime caratteristiche, con specifico riferimento a gruppi di lavoratori di diversi settori produttivi. Tale principio è contenuto, in modo per la verità alquanto criptico, nel primo periodo della clausola 5 punto 1 (obbligo degli stati membri di introdurre norme equivalenti per la prevenzione degli abusi), ma esso va esteso anche alla parte seconda che riguarda il regime sanzionatorio. Al di là, comunque, di quanto espressamente previsto dalla direttiva, la nozione di norma equivalente è nozione di diritto comunitario⁷⁴⁶, nonché espressione del principio di uguaglianza contenuto nell'art. 3 della Costituzione. Da ciò consegue che le modalità di attuazione della clausola 5 in ordine alla prevenzione degli abusi e alla loro sanzione «non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna»⁷⁴⁷.

La Corte non effettua, però, autonomamente un giudizio sull'equivalenza delle disposizioni interne, ma ne rimette la valutazione al giudice del rinvio. A questo, pertanto, spetta il compito di

⁷⁴⁶ *Angelikadi*, cit. punto 70.

⁷⁴⁷ *Marrosu e Sardino*, cit. punto 52.

verificare se nel settore pubblico le misure sanzionatorie siano meno favorevoli di quelle previste nel settore privato e, nel caso affermativo, se la differenza di trattamento risulti giustificata dalle differenti caratteristiche ontologiche tra i due settori.

A tale riguardo, non è condivisibile l'opinione secondo cui a seguito del processo di privatizzazione l'ordinamento sia pervenuto ad una completa parificazione tra lavoro nell'impresa e lavoro nella pubblica amministrazione. In tale settore, infatti, pur essendo stati privatizzati i poteri con i quali la pubblica amministrazione organizza e gestisce il lavoro al suo interno, il rapporto di lavoro resta comunque in parte "funzionalizzato" all'interesse pubblico e quindi ai principi scolpiti nell'art. 97 della Costituzione. Ciò, in particolare, rileva nel momento genetico del rapporto, per il quale vige la regola generale del pubblico concorso affiancata da quella della predeterminazione della dotazione organica in funzione vuoi della garanzia di imparzialità della pubblica amministrazione, vuoi della sua efficienza e del controllo/contenimento della spesa pubblica (cfr. l'art. 97, comma 1, inserito dall'art. 2, l. cost. 20 aprile 2012, n. 1). Se quest'ultimo esula dalle ragioni di «politica sociale» che secondo la Corte di Giustizia possono mitigare il principio di temporaneità⁷⁴⁸ assurgendo a ragioni obiettive giustificatrici dei rinnovi dei contratti a tempo determinato, gli altri due principi, invece, legittimano il differente tipo di sanzione adottato dall'ordinamento interno nell'ipotesi di utilizzo abusivo della successione dei contratti a termine.

Facendo leva sulla perdurante specialità della disciplina del rapporto, la Corte Costituzionale⁷⁴⁹ e la giurisprudenza di legittimità limitano la sanzione al risarcimento del danno⁷⁵⁰, in maniera conforme alla previsione contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165/2001. Anche la stessa Corte di Giustizia considera legittima l'esclusione del diritto alla conversione,⁷⁵¹ in quanto ritiene che l'Accordo quadro lasci agli stati membri margini di discrezionalità sulla scelta tra l'uno o l'altro strumento sanzionatorio, purché questo sia dissuasivo per l'amministrazione ed effettivo per il lavoratore, nonché, più in generale efficace per l'attuazione della direttiva stessa.

Quanto alla dissuasività, nell'ordinamento italiano essa viene individuata nella previsione, contenuta nell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, di una serie di sanzioni a carico dei dirigenti che hanno effettuato l'assunzione illegittima, che consistono nella responsabilità dirigenziale e nella perdita della retribuzione di risultato, nonché, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave, nelle responsabilità patrimoniale ed erariale. Tali misure sono state ritenute adeguate dalla Cassazione⁷⁵² e dalla Corte di Giustizia⁷⁵³. Poco opportunamente, però, è stata eliminata la sanzione a

⁷⁴⁸ Angelikadi, cit., punto 96.

⁷⁴⁹ Corte cost., 3 marzo 1986 n. 40, in GC, 1986, 1253 e Corte cost., 27 marzo 2003, n. 89, in GC, 2004, 2901, con nota di E. MENEGATTI, *La persistente «specialità» del lavoro a termine nel pubblico impiego al vaglio della Corte Costituzionale*.

⁷⁵⁰ Non mancano, tuttavia, pronunce che applicano la conversione del rapporto, nell'ambito della giurisprudenza di merito, cfr., ad esempio Trib. Napoli 16 giugno 2011, in LPA., 2011, 491, con nota di M. FERRETTI, *Contratto a tempo determinato nel pubblico impiego e regime sanzionatorio: i rimedi "creativi" della giurisprudenza di merito*; Trib. Siena, 27 settembre 2010 e Trib. Livorno 25 gennaio 2011, in RGL, 2011, 416, con nota di A. FEDERICI, *La conversione del rapporto a termine nel pubblico impiego è una ipotesi sempre meno isolata*.

⁷⁵¹ Adeneler, cit., punto 91; Marrosu e Sardino, cit., punti 44 e 57; Vassallo, cit., punti 33-42; Angelikadi, cit., punti 179-190; Affatato, cit., punto 38.

⁷⁵² Cass. 30 gennaio 2012, n. 392, in RIDL, 2012, II, 144, con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, D. Lgs. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*.

⁷⁵³ Affatato, cit., punto 51

carico dell'amministrazione del divieto di procedere a nuove assunzioni per tre anni, che era stato introdotto dalla l. n. 244/2007 (art. 3 comma 79), e che, quindi, estendeva l'effetto dissuasivo anche all'organo di indirizzo politico-amministrativo.

Il nodo problematico più rilevante attiene all'effettività del risarcimento del danno. Su questo punto va segnalata l'evoluzione della giurisprudenza che, sollecitata dalla Corte di Giustizia⁷⁵⁴, ha di recente abbandonato il criterio tradizionale secondo cui il danno deve essere sempre provato (sia pure attraverso presunzioni) ai sensi dell'art. 1218 c.c.⁷⁵⁵, ed ha ritenuto che il diritto al risarcimento nasca *ex se*, (danno evento), quale automatica conseguenza sanzionatoria della violazione di norme imperative⁷⁵⁶ e necessaria conformazione dell'ordinamento interno ai principi dell'Accordo quadro. Se quest'indirizzo si va consolidando presso i giudici di merito, la Cassazione sembra tuttavia ancora incerta tra l'una e l'altra strada⁷⁵⁷.

Resta comunque il fatto che, in assenza di puntuale indicazione del legislatore, il danno viene risarcito in via equitativa utilizzando le più svariate forme di forfetizzazione, tra cui quella che fa ricorso all'applicazione dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010⁷⁵⁸. L'operazione ermeneutica è ardita, in quanto l'innesto della norma nel settore del lavoro pubblico sembra escluso dalla lettera e dalle finalità della disposizione, che presuppone la conversione del contratto a tempo determinato⁷⁵⁹, ma essa consente di individuare nel diritto interno «una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo»⁷⁶⁰.

4. La galassia del precariato pubblico e i percorsi di stabilizzazione.

L'indagine, a questo punto, deve spostarsi all'analisi dei diversi tipi di precariato nel nostro pubblico impiego.

Innanzitutto vanno esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva e, quindi, dalle misure di contrasto all'utilizzazione abusiva dei contratti a termine, i lavori socialmente utili presso amministrazioni pubbliche, in quanto questi non assumono la veste giuridica di rapporti di lavoro subordinato⁷⁶¹, e svolgono una funzione di tipo assistenziale, ascrivibile all'area tutelata dall'art. 38

⁷⁵⁴ C.giust. 12 dicembre 2013, *Papalia*, punto 34, in causa C-50/13, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*

⁷⁵⁵ Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, cit.

⁷⁵⁶ Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, Cass., 2 dicembre 2013, n. 26951, *RIDL*, 2014, 76, con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni QUOSQUE TANDEM ...*; Trib. Aquila 27 giugno 2012, cit.

⁷⁵⁷ Da ultimo, per un ritorno alla regola tradizionale, vedi Cass. 31 luglio 2014, n. 17455, a quanto consta inedita.

⁷⁵⁸ In tal senso Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, in *Giust. Civ. mass.*, 2013. Sulla retroattività di tale misura risarcitoria cfr. Corte cost. 3 maggio 2012, n. 112, in *MGL*, 2012, 869, con nota di M.C. DEGOLI, *Efficacia retroattiva dell'indennità onnicomprensiva per il termine illegittimo: conferma della legittimità costituzionale*.

⁷⁵⁹ Cfr. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *ADL*, 2012, 637, con nota di M. MALIZIA, *La Corte costituzionale salva l'indennità forfetizzata: certezza e semplificazione versus effettività delle tutele*, secondo cui «lo Stato datore di lavoro pubblico ... non figura neppure tra i destinatari della disposizione censurata».

⁷⁶⁰ Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, in *DRI*, 2013, 761, con nota di B. DE MOZZI, *Ancora sull'indennità forfetaria onnicomprensiva nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato dopo la l. n. 92/2012*.

⁷⁶¹ C. giust. 15 marzo 2012, *Sibilio*, C- 157/11, in *DRI*, 2012, 907, con nota di I. MARIMPIETRI, *Corte di giustizia e lavori socialmente utili: l'ambito applicativo dell'accordo-quadro e della direttiva 1999/70/CE*.

Cost.⁷⁶².

Ciò, però, in astratto, perché in concreto occorre verificare quali siano le caratteristiche che assume la prestazione di lavoro e, quindi, la sussistenza o meno degli elementi caratterizzanti l'esistenza della subordinazione. Inoltre, qualora il caso concreto possa sussumersi nel tipo contrattuale di cui all'art. 2094 c.c., la sua esclusione sarebbe possibile soltanto ai sensi della clausola 2 punto 2 dell'Accordo quadro, secondo cui la facoltà di disapplicazione da parte degli stati membri è limitata ai «rapporti di formazione professionale iniziale di apprendistato» e ai «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»⁷⁶³.

Restano parimenti fuori dal perimetro tracciato dalla direttiva le forme di collaborazione coordinata e continuativa (sempre che il programma negoziale o le modalità di svolgimento del rapporto non configurino il tipo del contratto subordinato) e i contratti di somministrazione di lavoro (artt. 7 e 36 del d. lgs. n. 165 del 2001)⁷⁶⁴.

L'applicazione dell'Accordo/Direttiva riguarda, dunque, il ricorso abusivo ai contratti a termine in senso stretto nel settore del lavoro pubblico; ed in esso va tenuta distinta l'ipotesi generale di utilizzo di tali contratti nei diversi comparti da quella più specifica del personale docente e tecnico amministrativo della scuola pubblica.

In ordine alla prima, com'è noto, le assunzioni successive a termine hanno costituito storicamente un vero e proprio sistema parallelo di reclutamento del personale, utilizzato per eludere il principio dell'accesso mediante concorso, il rispetto delle dotazioni organiche e i vincoli di bilancio e di contenimento della spesa pubblica⁷⁶⁵. Si è così andato sviluppando nel tempo un precariato ipertrofico, che ha trovato la sua ragion d'essere in politiche clientelari anche al fine di garantire alla classe politica dominante un vasto bacino elettorale, alimentato dalla promessa di proroghe e stabilizzazioni piuttosto che determinato dalla necessità di assicurare l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il fenomeno già nel 2006 aveva assunto proporzioni ingovernabili tanto che, sotto la spinta delle organizzazioni sindacali, governo e parlamento decidono di porvi rimedio con le leggi n. 296/2006 e 244/2007 (leggi finanziarie per il 2007 e il 2008), operando in una duplice direzione: da un canto viene modificato l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 prevedendosi che le pubbliche amministrazioni possano assumere esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, e non possano avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente

⁷⁶² Cass. 7 luglio 2003, n. 10651, in *Gius*, 2004, 57.

⁷⁶³ *Adeneler*, cit., punto 57.

⁷⁶⁴ Per l'esclusione del lavoratore interinale cfr. Corte giust. 11 aprile 2013, *Oreste*, C – 290/2012, in *RGL*, 2013, 415, con nota di F. SIOTTO, *Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di Giustizia «questa o quella pari (non) sono»*.

⁷⁶⁵ Cfr. A. GARILLI, *Flessibili e precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro a termine dopo la legge 6 agosto 2008*, n. 133, a cura di A. BELLAVISTA – A. GARILLI – M. MARINELLI, Milano, 2009, 111 ss.

alle autonomie territoriali⁷⁶⁶, dall'altro introducendo una forma di sanatoria per i rapporti di durata triennale nel quinquennio antecedente alla data del 31 dicembre 2006, in deroga ai vincoli di bilancio e con procedure di valutazione/selezione semplificate e attivate previa modifica delle dotazioni organiche (art. 1, commi 417-419 e 513-558 l. 296/2006 e art. 3 commi 86-113 l. 244/2007).⁷⁶⁷

Tuttavia la crisi economico-finanziaria del Paese blocca il processo, e nel 2008 i piani di stabilizzazione vengono limitati all'interno degli stanziamenti ordinari, circoscrivendo l'assunzione dei precari in una misura percentuale ridotta del *turn over* (art. 66 d.l. n. 112/2008, conv. nella l. n. 133/2008). Un'ulteriore restrizione è prevista nel 2009 quando le procedure di stabilizzazione sono ricondotte nell'ordinario sistema di reclutamento concorsuale e si prevede soltanto la possibilità di una riserva di posti (in misura inferiore al 50 per cento) ed il riconoscimento di un punteggio preferenziale per i precari quale valorizzazione dell'esperienza professionale acquisita (art. 17, d.l. n. 78/2009 conv. nella l. n. 102/2009). Nel 2013, con il d.l. n. 101 conv. nella l. n. 125/2013, si dà la possibilità alle pubbliche amministrazioni di effettuare nuovi concorsi per il periodo 2014-2016, istituendo un complesso sistema di procedure, articolato su due tipi di reclutamento, ordinario e transitorio, con riserva di posti al 40 o al 50 per cento per i cd. precari storici e per quelli che hanno maturato negli ultimi cinque anni decorrenti dalla data di entrata in vigore della legge almeno tre anni di servizio⁷⁶⁸. Nel contempo, poiché si prevede che solo una parte degli oltre 120.000 precari impiegati (escluso il personale della scuola) possa essere stabilizzato, i contratti a termine vengono ulteriormente prorogati fino al 31 dicembre 2014; e una nuova proroga viene, poi, disposta con la legge di stabilità per il 2015. In ogni caso, l'indizione dei concorsi resta subordinata al rispetto del patto di stabilità interno (secondo cui la spesa del personale non deve essere pari o superiore il 40 per cento delle uscite correnti, sulla base di quanto indicato dall'art 76, comma 7, del dl. 112/2008) e alle dotazioni organiche delle singole amministrazioni.

Inoltre viene introdotta nell'art. 36 del d. lgs. 165/2001, al fine di prevenire ulteriori fenomeni di precariato, una disposizione che obbliga le amministrazioni le quali, per esigenze di carattere temporaneo o eccezionale, debbano far ricorso a personale straordinario, a utilizzare «i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato», in attesa che si possa procedere alla loro definitiva assunzione.

I vincoli posti alle amministrazioni per attivare le procedure concorsuali, senza dubbio non consentiranno l'assorbimento entro il 31 dicembre 2016 di tutto il personale precario. Le maggiori difficoltà all'applicazione della legge si riscontrano nel mezzogiorno d'Italia dove quasi tutti gli enti locali, presso i quali si annida la fetta più consistente di contratti a tempo determinato, hanno sfiorato i limiti derivanti dal patto di stabilità. Il fenomeno è particolarmente vistoso ad esempio in Sicilia, in cui i precari superano le 22.000 unità, e ciò ha costretto il legislatore ad inserire (con la l. n. 147/2013) nell'art. 4, comma 9 *bis* del citato decreto 101 del 2013, un capoverso con il quale è autorizzata la deroga ai vincoli al fine di consentire la proroga dei contratti a tempo determinato al 31 dicembre 2014, ed una ulteriore deroga sarà inserita nella legge di stabilità per il

⁷⁶⁶ Successivamente sostituito dall'art. 49 del d.l. 112/2008 conv. nella l. 133/2008 e modificato dall'art. 4 comma 1 del d.l. 101/2013 conv. nella l.n. 125/2013.

⁷⁶⁷ Cfr. B. CARUSO, *La regolazione «a doccia scozzese» del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi*, in *LPA*, 2008, 221.

⁷⁶⁸ Cfr. B. GAGLIARDI, *La conversione del «Decreto D'Alia» e la riforma del reclutamento dei pubblici dipendenti*, in *Giorn dir. amm.*, 2013, 347.

2015.

5. Il perdurare della violazione della direttiva: tipologia di rapporti e sanzioni applicabili.

Questa breve rassegna della confusa disciplina del precariato pubblico e le incertezze sull'effettiva stabilizzazione dei lavoratori utilizzati con contratto a tempo determinato, conduce a ritenere che, seguendo il tracciato indicato dalla Corte di Giustizia, risulti, anche per il futuro, evidente la violazione da parte dello Stato italiano della direttiva 1999/70/Ce. Infatti il termine finale del 31.12.2016, previsto dal d.l. n. 101/2013, non costituisce affatto una circostanza precisa e concreta e quindi, per dirla con la Corte, comporta il rischio reale di determinare un ricorso abusivo ai rapporti a tempo determinato (punti 87-88). Con la conseguente applicazione della sanzione del risarcimento del danno, risultando non consentita la trasformazione dei rapporti cui osta il principio costituzionale sopra richiamato dell'accesso agli impieghi della pubblica amministrazione mediante concorso.

Deve, però, precisarsi che la p.a. è tenuta ad osservare la durata massima totale di trentasei mesi di tale tipo di rapporti anche nel caso in cui utilizzi, in attesa di definitiva assunzione, coloro che si siano utilmente collocati nelle graduatorie relative ai concorsi a tempo indeterminato. Solo per costoro, nell'ipotesi di sfioramento della durata massima si potrebbe ipotizzare la conversione del contratto sulla base del ricordato principio di equivalenza.

Inoltre, nelle ipotesi di trasformazione a tempo indeterminato, tutti i periodi di lavoro svolti prima dell'assunzione definitiva dovranno essere presi in considerazione per determinare l'anzianità di servizio⁷⁶⁹.

Sembra improbabile che il legislatore nazionale possa, perdurando le situazioni di crisi economico-finanziaria, risolvere definitivamente in tempi brevi questo formidabile problema; sicché appare opportuno che si intervenga, nel caso di superamento della durata «di trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro» (art. 5, comma 4bis, d. lgs. n. 368/2001, che trova applicazione nel lavoro pubblico ai sensi dell'art. 36, comma 5 ter del d. lgs. n. 165/2001), predeterminando l'indennità da corrispondere in funzione risarcitoria in una misura che tenga conto della durata dei contratti abusivi e che sia sufficientemente effettiva e dissuasiva per garantire la piena efficacia della direttiva⁷⁷⁰.

In caso contrario c'è da augurarsi che la Corte di Cassazione superi definitivamente il principio dell'onere della prova perché, come detto, contrario all'*acquis communautaire*, e individui un'indennità forfetizzata e onnicomprensiva per i danni causati dall'illegittima successione dei contratti.

Ad analoghe conclusioni deve pervenirsi per il precariato della scuola pubblica, in cui a titolo di

⁷⁶⁹ Corte giust. 18 ottobre 2012, *Valenza*, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, in *DRI*, 2012, 1189, con nota di D. COSTA, *Sul diritto agli scatti di anzianità dei lavoratori temporanei; la parità di trattamento riguarda le carriere lavorative*.

⁷⁷⁰ Corte giust., 12 dicembre 2013, *Papalia*, C- 50/13, in *LPA*, 2013, 1033, con nota di B. CIMINO, *Restano incerte le prospettive del precariato pubblico dopo l'ordinanza Papalia della Corte di giustizia*.

risarcimento del danno una delle prime sentenze depositate dopo l'intervento della Corte di Giustizia riconosce al personale supplente, sulla base del principio di parità di trattamento di cui alla clausola 4 dell'Accordo quadro, gli scatti di anzianità, la retribuzione per i periodi di *vacatio* estiva e nel caso di messa in mora dell'amministrazione scolastica, la tredicesima mensilità e l'indennità sostitutiva delle ferie e dei permessi⁷⁷¹.

È dubbio, ad avviso di chi scrive, che ai precari della scuola sia richiesto per comminare la sanzione il superamento del triennio di rapporti a tempo determinato, in quanto, per espressa disposizione (cfr. art. 10, comma 4 *bis*) il d. lgs. n. 368/2001 esclude dal suo ambito di applicazione tale comparto. A meno che non si pervenga ad una declaratoria di illegittimità costituzionale di quest'ultima norma, ancora tuttavia non rimessa al giudizio di legittimità della Corte Costituzionale, la quale, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, dovrà pronunciarsi, secondo le ordinanze di rimessione dei tribunali di Roma e di Lamezia Terme, sulla sola legittimità dell'art. 4, commi 1 e 11, della l. n. 124/1999.⁷⁷²

Inoltre anche per tale settore si può discutere se vada applicata la sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato esclusivamente nei confronti del personale inserito nelle graduatorie permanenti quale vincitore di concorso.

Nel tentativo di arginare gli effetti della sentenza, il cui esito era, come detto, scontato, il Governo, ha previsto nel disegno di legge di stabilità per il 2015 nell'ambito del piano «La buona scuola», l'istituzione di un fondo destinato, tra l'altro, all'assunzione di circa 150.000 docenti da effettuarsi tra il 2015 e il 2016. Tuttavia questo intervento non è sufficiente a paralizzare gli effetti della sentenza della Corte di Giustizia in quanto, anzitutto, per il principio di irretroattività (della legge) non potranno sanarsi gli effetti della nullità (per violazione della direttiva) dei rapporti costituiti prima dell'entrata in vigore della legge, e in secondo luogo perché l'operazione è solo parziale non garantendo la stabilizzazione di tutti i docenti e restando del tutto esclusa quella del personale tecnico-amministrativo.

Va peraltro segnalato che un freno alle azioni giudiziarie è contenuto nell'art. 32, comma 3, della l. n. 183/2010, nel testo modificato dall'art. 1, comma 11, della l. n. 92/2012, secondo cui il soggetto interessato deve impugnare la nullità del termine apposto al contratto entro 120 giorni dalla cessazione del rapporto e depositare il ricorso davanti al tribunale nei successivi 180 giorni⁷⁷³. Tutto ciò, beninteso, con la precisazione che per i contratti che si sono susseguiti senza soluzione di continuità o con interruzioni inferiori a 120 giorni, questi termini decadenziali decorrono dalla cessazione definitiva del rapporto di lavoro.

6. Il post sentenza Mascolo.

In seguito alla decisione della Corte di Giustizia vanno segnalate due sentenze della Cassazione,

⁷⁷¹Trib. Sciacca 3 dicembre 2014 in www.dirittocivilecontemporaneo.com; cfr. anche Trib. Torino 5 dicembre 2014, inedita.

⁷⁷² Analogo interrogativo può porsi per il personale sanitario del servizio sanitario nazionale, anch'esso escluso dall'applicazione del d. lgs. n. 368/2001.

⁷⁷³ Sulla legittimità della retroattività della norma cfr. Corte cost. 21 maggio 2014, n. 155, in *MGL*, 2014, 564, con nota di P. PIZZUTI, *Contratto a termine e decadenza retroattiva: non è leso il principio di parità di trattamento*.

emesse a distanza di una settimana fra loro, che pervengono a risultati non univoci e tre sentenze del Tribunale di Napoli.

La prima sentenza della Cassazione, infatti, del 23 dicembre 2014⁷⁷⁴ in materia di sanità, richiamando implicitamente la sentenza *Mascolo*, e argomentando da quelle *Papalia* e *Carratù*, con un *obiter dictum*, ha affermato che in caso di superamento del periodo di trentasei mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4-*bis* del d. lgs. n. 368/2001 occorre rendere «effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato». Sembrerebbe di capire che tale affermazione sarebbe supportata dalla considerazione della difficoltà di fornire la prova del danno subito a causa dell'utilizzo abusivo da parte del datore di lavoro pubblico di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato. La Corte, pertanto, esclude la possibilità di una lettura dell'art. 36 del d. lgs. n. 165/2001 conforme alle indicazioni della Corte di Giustizia, pervenendo a negare che il danno vada qualificato come automatica conseguenza della violazione della direttiva e quindi risarcito indipendentemente dalla prova della sua effettiva sussistenza.

A tale conclusione è pervenuto anche il giudice di Napoli, che aveva proposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva 1999/70/Ce con riguardo al personale della scuola, dichiarando la costituzione del rapporto a tempo indeterminato e condannando l'amministrazione a corrispondere al lavoratore le retribuzioni maturate nei periodi di interruzione del rapporto nonché a ricostruire integralmente la sua carriera. Il giudice affrontando la questione del divieto di conversione *ex tunc* del contratto nullo nel settore pubblico previsto dall'art. 36 d.lgs. 365/200, effettua un singolare distinguo, e, con un'operazione giuridicamente alquanto discutibile, afferma che nell'ipotesi di superamento del periodo di trentasei mesi non si avrebbe la sanzione della conversione dell'ultimo contratto ritenuto nullo, vietata nel settore pubblico, ma la «costituzione» automatica di un rapporto «con presunzione *iusuris et de iure* di stabilità dell'esigenza» cui l'assunzione era preordinata. Si tratterebbe, dunque, di una «sanzione esterna al contratto», avente lo scopo di prevenire e reprimere l'abusiva reiterazione di rapporti a termine.⁷⁷⁵

Da ultimo la Cassazione, con sentenza del 30 dicembre 2014⁷⁷⁶, ha statuito che in materia di pubblico impiego, la reiterazione o la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato in violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori benché non può, in ogni caso, determinare la costituzione o la conversione del rapporto in uno a tempo indeterminato, ma comporta il diritto del lavoratore al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 36, comma 5 del d.lgs. n. 165 del 2001. Tale norma va interpretata, (sebbene con riferimento a fattispecie diverse da quelle del precariato scolastico), nel senso di «danno comunitario», quale sanzione a carico del datore di lavoro, per la cui liquidazione la Corte propone di utilizzare, quale parametro, il criterio indicato dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, e cioè l'indennità in alternativa alla riassunzione prevista, in caso di licenziamento illegittimo nel settore privato per i rapporti sorretti dalla tutela obbligatoria.

⁷⁷⁴ Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, in www.altalex.it.

⁷⁷⁵ Trib. Napoli 21 gennaio 2015, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

⁷⁷⁶ Cass. 30 dicembre 2014, n. 27481, in www.dirittocivilecontemporaneo.com.

La Corte perviene a tale risultato ritenendo che non sia possibile applicare il risarcimento nella misura indicata dall'art. 32 della l. n. 183/2010 in quanto la norma «riguarda le diverse ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato nel lavoro privato» ed esclude, inoltre, il ricorso al criterio dell'indennità in luogo della reintegrazione di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori «anch'esso applicabile ad una fattispecie che non ha nessuna attinenza con il lavoro pubblico». Quest'ultima affermazione non è chiara in quanto è pacifico che l'art. 18 (nella versione di cui alla l. n. 108/1990 o in quella introdotta dalla l. n. 92/2012) è comunque applicabile a tale settore. Forse la Corte ha inteso negare il ricorso in via analogica alla norma in quanto questa prevedendo la reintegrazione non potrebbe essere accostata, relativamente al regime sanzionatorio, alle ipotesi di contratti a termine abusivi per i quali nel lavoro pubblico sarebbe escluso ogni ipotesi di stabilizzazione.

Mettendo a confronto le sentenze citate risulta palese che la questione dell'applicazione di misure sanzionatorie volte a reprimere l'abuso alla successione dei contratti a termine sia ancora controversa. Si spera, perciò, nella decisione della Corte costituzionale che dovrà pronunciarsi sul rinvio da parte della Corte di Giustizia, tuttavia poiché i tempi probabilmente, non saranno brevi, considerato che il componente redattore della sentenza è stato eletto alla più alta carica istituzionale, sarebbe auspicabile un'operazione di raccordo fra i vari collegi della Sezione lavoro della Cassazione, ovvero un pronunciamento delle Sezioni Unite al fine di evitare futuri contrasti di giudicato.