

La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel nuovo scontro con la Consulta e nel recente dialogo con la Cassazione*

Vincenzo De Michele

1. Crolla il mito del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego anche nella recente giurisprudenza della Cassazione.	2
2. Il controllo accentrato di costituzionalità e la sentenza Motter della Corte di giustizia sul concorso pubblico (non) discriminante.	13
3. Tra primazia del diritto Ue e controllo accentrato di costituzionalità interna: il giudice comune europeo "precario" e la 2ª sentenza O' Brien della Corte di giustizia.	28
4. La nuova primazia costituzionale del diritto (del lavoro) dell'Unione: la Carta di Nizza e le sentenze Bauer e Max-Planck della Corte di giustizia.	36
5. La sovranità costituzionale nazionale nel rispetto della primazia del diritto Ue: il giudice comune europeo "precario" e l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Commissione Ue.	39
6. La strumentalità della questione di rinvio pregiudiziale nella causa Sciotto sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche.	43
7. Le osservazioni scritte delle parti intervenute nella causa Sciotto.	51
8. L'applicazione estensiva del principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro nella sentenza n.12108/2018 della Cassazione e nella sentenza Sciotto.	55
9. L'interpretazione adeguatrice sulle ragioni oggettive temporanee nella sentenza n.12985/2008 della Cassazione e nella sentenza Sciotto.	61
10. Il principio di condizionalità nelle sentenze Marrosu-Sardino e Santoro e l'equivalenza delle sanzioni antiabusivo tra settori nella sentenza Sciotto.	70
11. Le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Rossato sul diritto al risarcimento dei docenti precari anche quando sopravvenga, dopo l'abuso contrattuale, l'assunzione stabile.	76
12. Lo scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla tutela della riqualificazione a tempo indeterminato di tutto il precariato pubblico nella sentenza n.248/2018 della Consulta.	87

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 383/2019

1. Crolla il mito del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego anche nella recente giurisprudenza della Cassazione.

Tanto tuonò che piovve.

Sotto i colpi di maglio dell'azione coordinata e (inizialmente, v. *infra*) "dialogante" della Corte costituzionale (ordinanza n.207/2013¹; sentenze n.260/2015² e n.187/2016³) e della Corte di giu-

¹ 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. De-nuzzo, *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'assetamento dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia*, in www.dirittocomparati.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.dirittocomparati.it, 2013; A. 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 bussa ancora alle porte della Corte di giustizia dell'Unione europea: brevi note interno alla questione pregiudiziale sui docenti precari nella scuola pubblica*, in www.confrontocostituzionali.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.

² Corte costituzionale, sentenza 11 dicembre 2015, n.260; su cui cfr. V. De Michele, *Le ragioni oggettive "retroattive" del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav.giur.*, 2016, n.2, 151 ss.; L. Menghini, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, su *Riv. giur. lav.*, 2016, 356 ss.; A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, p.1; C. de Martino, *La Corte costituzionale sull'accasualità del contratto a termine: lo strano caso delle fondazioni lirico-sinfoniche*, su *Var. temi dir.lav.*, 2016, 3, pp.599-618.

³ Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2016, n.187, su cui v. M. Miscione, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *Lav. giur.*, 2016, n.8-9, p.745; 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, 615 ss.; 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*, su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, 603-614.

stizia (sentenze Mascolo⁴ e Commissione contro Lussemburgo⁵), come ampiamente anticipato in precedente scritto⁶, sembra finalmente crollato con la sentenza Sciotto⁷ della Corte Ue il falso mito del divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato per abusivo ricorso ai contratti flessibili nel pubblico impiego, nonostante il tentativo della Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018⁸ di riesumarlo (v. *infra*).

Un mito - quello del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego – che, per la verità, era stato accreditato, con precario senso di analisi interpretativa letterale e sistematica del dettato costituzionale, soprattutto dalla dottrina amministrativa⁹ e che aveva condotto a singolari posi-

⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 26 novembre 2014, 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, 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 europeanrights.eu; M. De Luca, *Un gran arrèt 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.

⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 26 febbraio 2015, causa C-238/14, *Commissione* contro *Granducato di Lussemburgo*, EU:C:2015:128, su cui cfr. V. De Michele, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in *Il contratto a termine nel pubblico impiego dopo la sentenza "Mascolo": il difficile raccordo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale*, di D. Garofalo (a cura di), in *Quaderni Dipartimento jonico Università di Bari*, 2015, 3, 39.

⁶ Cfr. V. De Michele, *La risoluzione del Pe sulla precarietà in Europa*, su www.europeanrights.eu, 15 luglio 2018.

⁷ Corte di giustizia Ue, sentenza 25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotto* contro *Fondazione Teatro dell'Opera di Roma*, EU:C:2018:859. La Corte Ue ha così concluso: «La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.»

⁸ Corte cost., Pres. Lattanzi, Est. Coraggio, sentenza 27 dicembre 2018, n.248.

⁹ 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

zioni argomentative, sia delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016¹⁰ sul caso Marrosu-Sardino¹¹ sia del Consiglio di Stato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale sulla questione dell'anzianità di servizio dei raccomandati (assunti a tempo determinato senza concorso con stipendi superiori a quelli di impiegati di altre amministrazioni pubbliche con mansioni equivalenti) ex precari delle Autorità indipendenti (art.75, comma 2, d.l. n.112/2008, norma non convertita in legge), su cui era intervenuta la Corte di giustizia con la sentenza Valenza¹², sconfessando la tesi del Consiglio di Stato che si potesse compensare il favore del legislatore sulla stabilizzazione extra ordinem d'urgenza con il mancato riconoscimento della professionalità acquisita attraverso l'inserimento privilegiato nella pubblica amministrazione.

Addirittura, il Consiglio di Stato nel parere dell'8 aprile 2017 n.464/2017 sull'attuazione della legge delega n.57 del 2016 per la riforma organica della magistratura onoraria aveva invocato l'applicabilità dei controlimiti da parte della Corte costituzionale dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Giudice delle leggi sul caso "Taricco"¹³, nel caso, definito come del tutto improbabile, in cui la Corte di giustizia avesse superato l'originario divieto di conversione nel pubblico

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'entrata 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.».

¹⁰ Cassazione, SS.UU., sentenza 15 marzo 2016, n.5072, su *Mass.giur.lav.*, 8-9, 2016, p.590-607, con breve nota adesiva di A. Vallebona, *Contratti a termine illegittimi nella p.a.: divieto di conversione e misura del danno*, p.589-590; nonché con più ampia e condivisibile nota critica di F. Putaturo Donati, *PA e contratti illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, *ibidem*, p.603-614; sulla sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite v. in dottrina, M. De Luca, *Alla ricerca del giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine ai contratti di lavoro privatizzati alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (non solo) della scuola*, su *cassazione.net*, novembre 2016; 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* del 2 maggio 2016, in www.studiogalleano.it; C. Cordella, *L'abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime «generale» del pubblico impiego privatizzato*, in *Lav.pp.aa.*, 2016, 667 ss.; 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.

¹¹ 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.

¹² 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.Avv.Stato*, 4, pp. 33-34.

¹³ 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.osservatorio.it, 2017, num. 2; F. Bailo, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimito all'ordina-*

impiego, fissato dalla Corte costituzionale con la sentenza n.89/2003¹⁴.

mento 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.rivistaic.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 "diplomantica" 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. Kistoris, *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 www.associazionedeicostituzionalisti.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 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.

¹⁴ Corte costituzionale, sentenza 27 marzo 2003, n.89; su cui cfr. 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.

In realtà, non risponde esattamente alla pur ondivaga posizione della Corte costituzionale l'affermazione su cui lungamente disserta il Consiglio di Stato nel parere n.464/2017, secondo la quale la stabilizzazione legislativa dei magistrati onorari sarebbe in contrasto con l'art.97, comma 4, Cost. e con la giurisprudenza del Giudice delle leggi.

Infatti, nel parere del Consiglio di Stato sull'emanando d.lgs. n.116/2017 non è citata con completezza espositiva la sentenza n.1/1967 della Corte costituzionale, laddove il giudice amministrativo ha sostenuto che il Giudice delle leggi avrebbe affermato che la regola costituzionale del concorso di cui all'art.106 comma 1 Cost. sarebbe l'elemento qualificante della legittimazione istituzionale dei magistrati ordinari perché 'concorre a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati'.

Viceversa, la Corte costituzionale, rigettando la questione di costituzionalità sulle modalità di nomina governativa dei giudici contabili e amministrativi anche sotto il profilo del presunto *vulnus* all'indipendenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per la presenza di "estranei" non di nomina concorsuale, ha affermato testualmente nella sentenza n.1/1967: «*La questione così delimitata non è fondata. Innanzi tutto non è fondata nei confronti dell'art. 106, primo comma. La regola che le nomine dei magistrati abbiano luogo per concorso non è di per sé una norma di garanzia di indipendenza del titolare di un ufficio, sibbene d'idoneità a ricoprire l'ufficio. Può ritenersi, tuttavia, che nell'ambito di un sistema, quale quello delineato dalle norme contenute nel titolo IV sezione I della Carta costituzionale, la nomina per concorso, che pur in quest'ambito patisce eccezioni, concorra a rafforzare e a integrare l'indipendenza dei magistrati.*».

Ne consegue che la Corte costituzionale ha pacificamente riconosciuto che il dettato costituzionale e, in particolare, l'art.106 consente al legislatore, così come l'art.97 comma 4, eccezioni alla regola concorsuale, come è avvenuto nel caso della legge n.217/1974 di "sistemazione giuridico-economica" dei vice pretori onorari incaricati di funzioni giudiziarie e con la legge n.516/1977 di stabilizzazione dei vice pretori onorari reggenti.

Va ricordato, infatti, che l'inciso e ultima parte dell'art.97 comma 4 (già comma 3) Cost. consente testualmente le deroghe («salvo i casi stabiliti dalla legge») alla regola del concorso, seppure legislativamente disposte.

Con la sentenza n.81/1983¹⁵ la Corte costituzionale ha legittimato la discrezionalità del legislatore di ricorrere all'assunzione nel pubblico impiego con modalità diverse da quelle concorsuali, salvo il rispetto del criterio della razionalità dell'intervento: «*non può negarsi al legislatore un'ampia discrezionalità nello scegliere i sistemi e le procedure per la costituzione del rapporto di pubblico impiego e per la progressione in carriera; il limite a questa discrezionalità è dato essenzialmente dall'art. 97, primo comma, Cost., dal quale discende la necessità che le norme siano tali da garantire il buon andamento della P.A.; il che, per quanto attiene al momento della costituzione del rapporto d'impiego, consiste nel far sì che nella P.A. siano immessi soggetti i quali dimostrino convenientemente la loro generica attitudine a svolgere le funzioni che vengono affidate a chi deve agire per la P.A. e, per quanto attiene alla progressione, consiste nel valutare congruamente e razionalmente la attività pregressa del dipendente, sì da trarne utili elementi per ritenere che egli possa bene svolgere anche le funzioni superiori. A tal fine lo stesso art. 97, terzo comma, ritiene*

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza 7 aprile 1983, n.81.

che il sistema preferibile per la prima ammissione in carriera, e cioè per l'accertamento della predetta generica attitudine sia quello del pubblico concorso: ma non lo eleva a regola assoluta, lasciando libero il legislatore di adottare sistemi diversi, purché anch'essi congrui e ragionevoli in rapporto al fine da raggiungere ed all'interesse da soddisfare.».

In perfetta coerenza con il precedente di dieci anni prima, la stessa Corte costituzionale con la sentenza n.266/1993¹⁶ aveva dichiarato illegittima una norma della Regione Sicilia che aveva previsto un concorso riservato per figure professionali, il cui accesso stabile alla pubblica amministrazione era invece regolamentato dalla norma statale dell'art. 16 della l. n. 56/1987, cioè per il tramite degli (ex) Uffici del lavoro.

Questo orientamento non è cambiato, anzi si è approfondito, quando il Giudice delle leggi si è occupato del reclutamento pubblico scolastico e, in particolare, della disciplina prevista dal testo unico sulla scuola di cui al d.lgs. n.297/1994.

Con l'ordinanza n.251/2002 la Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art.36, comma 8, D.lgs. n.29/1993 su fattispecie di docenti precari, utilizzando argomentazioni identiche rispetto a quelle che saranno proposte – su fattispecie di collaboratori scolastici precari – nella sentenza n.89/2003, in cui ha dichiarato infondata la pregiudiziale costituzionale dell'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001, norma identica a quella delibata nel precedente giudizio.

La Corte contestava, infatti, al giudice del rinvio (Tribunale di Torino) di aver apoditticamente affermato che i rapporti di lavoro a tempo determinato con la pubblica amministrazione siano, a seguito della intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, disciplinati esclusivamente dalla legge n. 230 del 1962, facendo *«discendere, da un lato, la (pur implicita) qualificazione dei contratti a termine stipulati dall'amministrazione con i ricorrenti come contratti contra legem e, dall'altro, la valutazione di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale della norma denunciata in quanto preclusiva, per i soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni, della possibilità di trasformazione dei rapporti a termine stipulati in violazione degli artt. 1 e 2 della legge n. 230 del 1962 in rapporti di lavoro a tempo indeterminato»*, senza farsi carico dell'esistenza di una articolata disciplina speciale delle supplenze annuali e temporanee nella scuola, contenuta nell'art.4 della legge n.124/1999, e omettendo qualsiasi riferimento alla citata disciplina e al rapporto in cui la stessa si porrebbe con la legge n. 230/1962, ritenuta applicabile nel giudizio *a quo*.

Qualche mese dopo, con la sentenza n.89/2003 per i collaboratori scolastici precari la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art.36, comma 2, D.lgs. n.165/2001, attestandosi così, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, sulla posizione della salvaguardia del principio del pubblico concorso ex art.97, comma 3, 1ª parte Cost. come modalità principale e prevalente di accesso al reclutamento stabile nel pubblico impiego, affermando la legittimità del divieto di conversione dei contratti flessibili enunciato nella norma del testo unico sul pubblico impiego sottoposta allo scrutinio di costituzionalità, in caso di violazione di norme imperative di legge in materia di reclutamento e di impiego.

¹⁶ Corte costituzionale, sentenza 27 maggio 1993, n.266.

L'ordinanza di rimessione del Tribunale di Pisa sui collaboratori scolastici (che richiama proprio, a sostegno della declaratoria di illegittimità costituzionale, l'art.97, comma 1, Cost. e l'esigenza che i rapporti di lavoro siano stabili perché l'amministrazione pubblica sia efficiente), come quella del Tribunale di Torino sui docenti precari, era intervenuta in un momento in cui la direttiva 1999/70/CE era stata già recepita dal d.lgs. n. 368/2001, anche se la regolamentazione normativa dei contratti a termine era ancora quella della previgente disciplina interna di cui alla legge n.230/1962.

La Corte costituzionale con la sentenza n.89/2003 sembrava aver ripudiato precedenti letture interpretative dell'art.97, commi 1 e 3, Cost., affermando che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, comma 3, Cost.

Così argomentando, pareva che la Consulta avesse invaso anche il campo interpretativo della Corte di giustizia, mettendo in discussione delicati equilibri istituzionali e costituzionali (era già intervenuta anche la modifica dell'art. 117 Cost., con la legge costituzionale 3/2001). Su questo rilievo di incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE della decisione della Corte costituzionale n.89/2003 si era mosso, del resto, il Tribunale di Genova nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo nella causa C-54/04 Marrosu-Sardino, sollevando «*un conflitto di tipo costituzionale*», perché il giudice del rinvio aveva osservato che «*tale sentenza è stata pronunciata senza riferimento alle disposizioni costituzionali che garantiscono il rispetto, all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, degli impegni derivanti dall'ordinamento giuridico comunitario. A suo avviso, ammettere l'applicazione del decreto n. 165 ai fatti del caso di specie solleva il problema del rispetto della direttiva 1999/70*» (v. conclusioni dell'Avvocato generale Poireres Maduro nelle cause C-54/04 e C-180/04, punto 8).

Sembrava effettivamente un *revirement* della giurisprudenza costituzionale, almeno rispetto alla sentenza di venti anni prima n.81/1983 a Costituzione "invariata" e, anzi, rafforzata dalla necessità per il legislatore statale, non solo di godere della ragionevole discrezionalità nel disporre assunzioni stabili nella pubblica amministrazione, ma anche di poterlo fare in ottemperanza agli obblighi comunitari della direttiva 1999/70/CE e della normativa interna di attuazione.

Tuttavia, il divieto di conversione sembrava legato al fatto che non fossero state seguite procedure selettive pubbliche di accesso al lavoro, anche con la tipologia del contratto a tempo determinato.

Infatti, nella fattispecie di causa del giudizio principale dell'ordinanza di legittimità costituzionale del Tribunale di Pisa, si verteva sulla posizione lavorativa n.9 ex dipendenti a tempo determinato comunali, inseriti nelle graduatorie ex art. 16 della legge n.56/1987 presso l'ente locale per l'assunzione a tempo indeterminato o a tempo determinato, che erano transitati all'Amministrazione statale in base all'art.4 della legge n.124/1999 con contratti a termine stipulati nel gennaio 2000 e successivamente prorogati senza soluzione di continuità fino al 31 agosto 2002 per oltre due anni.

I collaboratori scolastici ivi ricorrenti avevano chiesto al giudice del lavoro in via principale il riconoscimento del rapporto a tempo indeterminato ab origine ai sensi dell'art.2, comma 2, della legge n. 230/1962, denunciando l'assenza dei presupposti per una legittima apposizione del termine.

Tuttavia, nell'ordinanza¹⁷ del Tribunale di Pisa il giudice del rinvio affermava che nè i ricorrenti nè l'amministrazione statale costituita nel giudizio principale avevano prodotto tra gli atti di causa i contratti a termine "successivi" e che non era dato conoscere al magistrato del lavoro sulla base di quali presupposti fossero stati stipulati nella fase transitoria di passaggio del personale ATA dagli enti locali allo Stato, con contratti però stipulati ex novo dall'amministrazione scolastica, e che l'amministrazione scolastica non aveva provato in giudizio nè tantomeno richiesto di provare che i collaboratori scolastici ricorrenti, "abusati" continuativamente per oltre due anni, fossero stati chiamati a ricoprire posti non vacanti e disponibili nè aveva provato e neppure chiesto di provare quali fossero le esigenze di servizio e la loro prevedibile durata.

Se ne poteva dedurre che i 9 collaboratori scolastici del giudizio definito in via incidentale dalla Corte costituzionale con la sentenza n.89/2003 non fossero stati assunti con "legittime" supplenze per il tramite della graduatoria permanente provinciale del personale ata con profilo professionale di collaboratore scolastico gestita dall'allora Provveditorato agli studi di Pisa, ai sensi dell'artt. 581 e 582 D.Lgs. n.297/1994, e che quindi i contratti a termine, stipulati al di fuori del legittimo ed esclusivo sistema di reclutamento scolastico delle supplenze all'epoca in vigore (prima della declaratoria di incostituzionalità dell'art.4, commi 1 e 11, della legge n.124/1999 da parte della Corte costituzionale nella sentenza n.187/2016), fossero effettivamente illegittimi in quanto in violazione di norme imperative di legge per vizio genetico del contratto di lavoro, come la stessa Consulta aveva già precisato con l'ordinanza n.251/2002 per i docenti supplenti nel dichiarare inammissibile la questione sollevata dal Tribunale di Torino.

In conseguenza, era possibile argomentare che nel giudizio definito dalla sentenza n.89/2003 il Giudice delle leggi, per quanto riguarda l'obbligo di concorsi pubblici riferito all'assunzione stabile dei collaboratori scolastici, si riferisse alla specifica modalità di accesso ai ruoli di cui all'art.554 D.Lgs. n.297/1994, attraverso concorsi provinciali per titoli, indetti annualmente nei limiti delle vacanze dell'organico dai provveditori agli studi sulla base di un'ordinanza ministeriale, riservato al personale ata con profilo professionale di collaboratore scolastico con almeno due anni di servizio presso l'amministrazione scolastica e, in quanto tale, inserito in apposita graduatoria provinciale c.d. di 1^a fascia.

Successivamente, la Corte costituzionale con la sentenza n.41/2011, in termini con l'ordinanza n.251/2002, ha continuato a dichiarare conforme all'art.97, comma 3, Cost. il meccanismo di reclutamento dei docenti previsto in via "ordinaria" dall'art.399, commi 1-2, D.Lgs. n.297/1994, fondato sul sistema del c.d. "doppio canale" (sentenza Mascolo, punto 89) e, per quanto riguarda le supplenze, dall'art.4, commi 1-3, della legge n.124/1999: *«si evince che la scelta operata dal legislatore con la legge n. 124 del 1999, istitutiva delle graduatorie permanenti, è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito.»*

In conseguenza, il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego nasceva, probabilmente (ma la sentenza n.248/2018 della Consulta, come vedremo, smentirà questa congettura), da una inadeguata analisi e non corretta interpretazione della giurisprudenza costituzionale intervenuta in sede incidentale sulla normativa nazionale, che è stata amplificata con riferimento ai giudizi principali sulle legislazioni regionali in materia di stabilizzazione del personale precario degli enti

¹⁷ Trib. Pisa, ordinanza 7 agosto 2002 n.467/2002 Reg.ord., pubblicata su G.U. n.33 del 30 ottobre 2002.

locali, che sconta però la palese violazione dell'art.117, comma 2, lett.l), Cost., trattandosi di materia che entra nella competenza esclusiva dello Stato.

Recentemente, qualche giorno prima della discussione in Corte costituzionale sul precariato pubblico sanitario non stabilizzato pur essendo stato assunto con procedure selettive e con superamento della clausola di durata di 36 mesi (v. *infra*) nonché del deposito della sentenza Sciotto della Corte di giustizia, la Cassazione con l'ordinanza n.25728/2018¹⁸ pare aver fortemente ridimensionato il campo di operatività del divieto di conversione nel pubblico impiego, quando si sia in presenza di legittime procedure selettive per l'accesso precario alla pubblica amministrazione, per esigenze permanenti e non temporanee.

La Sezione lavoro della Suprema Corte, infatti, decidendo, dopo cinque anni dal deposito del ricorso per cassazione, una controversia in cui la Corte di appello di Firenze aveva respinto la riquilificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel caso di reiterate assunzioni prive di ragioni oggettive temporanee, molte delle quali avvenute ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987, di una dipendente comunale con mansioni di autista di scuola bus, con riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni nella misura equitativamente determinata di quindici mensilità, ha accolto il secondo motivo del ricorso principale del lavoratore e cassato sul punto della mancata conversione a tempo indeterminato la sentenza di secondo grado impugnata, censurando il fatto che la Corte territoriale non avesse valutato se le procedure selettive superate dalla ricorrente potessero, o meno, rientrare tra le procedure concorsuali pubbliche, in base agli artt. 35 e 36 del d.lgs. n. 165/2001, come interpretati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite sulla "nozione" di procedura concorsuale pubblica, cioè in presenza dei seguenti elementi caratterizzanti: il bando iniziale, la fissazione dei criteri valutativi, la presenza di una Commissione incaricata della valutazione dei candidati, la formazione di una graduatoria finale (cfr. Cass., SS.UU., ordinanza n.21198/2017¹⁹).

A sostegno di quella che sembra una vera e propria rivoluzione copernicana nella giurisprudenza di legittimità, che aprirebbe la strada alla conversione "giudiziaria" dei "legittimi" contratti a termine nel pubblico impiego in caso di abusivo ricorso, l'ordinanza n.25728/2018 della Suprema Corte, dopo aver "sfumato" anche le caratteristiche stesse del concorso pubblico per l'assunzione a tempo indeterminato rilevando come le Sezioni unite con la sentenza n.5453/2009²⁰ avessero considerato corretto il ricorso al "sorteggio" come strumento selettivo per l'inserimento stabile nella p.a., ha richiamato, in particolare, la sentenza n.14432/2017²¹ della Cassazione nel suo massimo consenso.

Come sottolineato dalle Sezioni unite nella sentenza n.14432/2017 e in consonanza con le sentenze nn.484/1991 e 266/1993 della Corte costituzionale sul precariato sanitario siciliano, *«l'assunzione da parte di ente pubblico non economico di lavoratori da inquadrare nei livelli retributivo funzionali per i quali non è richiesto titolo di studio superiore a quello della scuola dell'obbligo è effettuata sulla base di selezioni cui gli iscritti nelle liste di collocamento e di mobilità sono avviati numericamente secondo l'ordine delle graduatorie risultante dalle liste medesime, sicché coloro*

¹⁸ Cass., S.L., Pres. Napolitano, Est. Tria, ordinanza 15 ottobre 2018, n.25728.

¹⁹ Cass., SS.UU., Pres. Amoroso, Est. Tria, ordinanza 13 settembre 2017, n.21198.

²⁰ Cass., SS.UU., Pres. Carbone, Est. Amoroso, sentenza 6 marzo 2009, n.5453.

²¹ Cass., SS.UU., Pres. Rordorf, Est. Tria, sentenza 9 giugno 2017, n.14432.

che sono utilmente collocati nella graduatoria hanno un vero e proprio diritto soggettivo all'avviamento a selezione e quindi all'assunzione atteso che la legge non attribuisce all'Amministrazione una potestà discrezionale nell'accertamento dei relativi presupposti, essendo chiamata a svolgere un'attività meramente tecnico-esecutiva di certazione.».

La sentenza n.14432/2017 delle Sezioni unite riguardava, come l'ordinanza n.25728/2018 che la evoca, il precariato pubblico degli enti locali, in cui, su una fattispecie di lavoratore assunto dal Comune di Milano come esecutore dei servizi tecnici-settore servizi funebri, per una durata complessiva di diciotto mesi, in virtù di tre contratti a termine e relative proroghe, che era stato dichiarato "non idoneo" alla successiva procedura selettiva per l'assunzione a tempo indeterminato con lo stesso profilo professionale, espletata ai sensi dell'art.16 della legge n.56/1987.

Il Tribunale di Milano e la Corte di appello di Milano avevano accertato la nullità dei termini apposti ai contratti, con conseguente condanna del Comune di Milano al risarcimento dei danni quantificati in quattro mensilità dell'ultima retribuzione lorda, rigettando la domanda di conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e la domanda di risarcimento dei danni per perdita di chance sulla mancata assunzione a tempo indeterminato.

Le Sezioni unite nella sentenza n.14432/2017, nell'accogliere il motivo di ricorso del lavoratore legato (non più alla richiesta di conversione a tempo indeterminato, ma) alla mancata integrale applicazione dei principi enunciati dalle stesse Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 sul *risarcimento per perdita di chance* per la determinazione del danno da abusiva reiterazione di contratti a termine, oltre all'indennità forfetaria già liquidata in quattro mensilità della retribuzione globale, ha precisato che «*la "chance" consiste nel dimostrare la sussistenza di elevate probabilità, prossime alla certezza, di essere chiamati e quindi di ottenere l'assunzione».*

La decisione n.14432/2017 delle Sezioni unite è indubbiamente (e opportunamente) servita ad indirizzare le argomentazioni e conclusioni della sentenza Santoro della Corte di giustizia²² sul fatto che il datore di lavoro pubblico, per assolvere al proprio (esclusivo, secondo la Corte europea, che ha ribaltato sul punto la posizione delle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016) onere probatorio sulla insussistenza del danno da perdita di *chance*, avrebbe dovuto provare di aver offerto al lavoratore a termine abusato la possibilità di partecipare a procedura selettiva pubblica per l'accesso stabile al servizio, altrimenti legittimando l'integrale risarcimento del danno subito da perdita di opportunità stabile di lavoro nella pubblica amministrazione.

²² Corte di giustizia Ue, sentenza 7 marzo 2018, causa C-494/16, Santoro contro Comune di Valderice e Governo italiano, EU:C:2018:166, su *Riv.it.dir.lav.*, 2018, 3, 693 ss., con nota di F.Siotto, *La via giurisprudenziale europea per la tutela risarcitoria dei precari pubblici*; su cui cfr. V.De Michele, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sui diplomati magistrali e la sentenza Santoro della Corte di giustizia sui precari siciliani: la tutela euounitaria supplisce all'assenza (temporanea) dello Stato di diritto e dell'Europa dei diritti*, su www.europeanrights.eu, 1 marzo 2018; G.Armone, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, su *Quest.giust.*, 24 aprile 2018; P. Tosi, *La sentenza CGUE 7 marzo 2018 in causa C-494/16: ancora sul termine illegittimo nel lavoro pubblico*, in *Lavori Diritti Europa*, 2018, 5.

Una soluzione risarcitoria di questo genere, evidentemente, avrebbe potuto aprire la strada (nonostante le letture minimaliste della Sezione stralcio della Cassazione²³ e della Corte costituzionale nella sentenza n.248/2018 sulla sentenza Santoro), sul piano generale, ad una serie di rivendicazioni di centinaia di migliaia di lavoratori precari pubblici, il cui abusivo ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni a contratti a tempo determinato è nato da una procedura pubblica di reclutamento legittimo di assunzione a termine, per scelta esclusiva ed illegittima del datore di lavoro pubblico in quanto priva di ragioni oggettive temporanee.

Di qui la scelta della Cassazione nell'ordinanza n.25728/2018 di dare seguito alla sentenza n.14432/2017 delle Sezioni unite ed aprire così la strada, prima dell'intervento della Corte costituzionale sulla questione sollevata dal Tribunale di Foggia sul precariato pubblico sanitario (v. *infra*), anche alla soluzione della stabilizzazione in via giudiziaria.

In ogni caso, il mito del divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego si è dissolto clamorosamente con la sentenza Sciotto della Corte di giustizia sui precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

La Corte Ue, presieduta eccezionalmente dal Presidente della Corte Lenaerts, confermando la sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale, ha così concluso: «*La clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.*».

La sentenza Sciotto della Corte di giustizia è chiarissima nell'invitare e, questa volta diffidare, lo Stato italiano a dare applicazione per tutto il pubblico impiego alla sanzione della riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a termine successivi che hanno superato i 36 mesi anche non continuativi di servizio, ai sensi dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, come aveva già affermato al punto 48 dell'ordinanza Affatato²⁴ e al punto 55 della sentenza Mascolo, punto

²³ Cass., VI Sez. L., ordinanza 3 dicembre 2018, n.31174. La Commissione Ue, con eccessivo ottimismo, nella risposta alla Commissione PETI del Parlamento Ue del 30 maggio 2018 alle petizioni n.945/2016 e 268/2017 di due docenti precari della scuola, aveva evidenziato che «*la recente sentenza nella causa C-494/16 Santoro ha affrontato il problema del risarcimento e dovrebbe rendere più semplice in futuro per i lavoratori del settore pubblico vittime di un utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato ottenere, all'interno del sistema giudiziario nazionale, un risarcimento del danno derivante dalla perdita di opportunità*».

²⁴ 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.Avvs.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.

quest'ultimo - con relativa sanzione della conversione a tempo indeterminato – espressamente richiamato dalla risoluzione del Parlamento europeo del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro.

La sentenza Sciotto, infatti, diversamente dalle precedenti pronunce della Corte di giustizia sul precariato pubblico italiano (sentenze Marrosu-Sardino e Vassallo, cit.; ordinanza Affatato, cit.; ordinanza Papalia²⁵; sentenza Santoro), oltre all'invito alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro flessibili in caso di abusivo ricorso che abbiano superato i 36 mesi di servizio non continuativi, contiene anche una vera e propria diffida ad adempiere, quando, al punto 71, richiama la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e il principio comunitario di non discriminazione ivi enunciato, clausola e principio di diretta applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni: «*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.*».

2. Il controllo accentratore di costituzionalità e la sentenza Motter della Corte di giustizia sul concorso pubblico (non) discriminante.

Con ordinanza n.32/2017 reg.ord. il Tribunale di Foggia, per risolvere definitivamente il problema della tutela effettiva di centinaia di migliaia di altri precari pubblici contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego in caso di reclutamento legittimo di tipo concorsuale e di superamento della clausola di durata massima complessiva di 36 mesi dei rapporti di lavoro, seppure per assunzione temporanea, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale che è stata discussa davanti al Giudice delle leggi all'udienza del 23 ottobre 2018, due giorni prima del deposito della sentenza Sciotto della Corte di giustizia, e che presupponeva come *tertium comparationis* proprio la conversione a tempo indeterminato dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche²⁶, oltre che la stabilizzazione del precariato scolastico.

²⁵ 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.

²⁶ Il Tribunale di Foggia con l'ordinanza del 26 ottobre 2016 n.32/2017 reg.ord. ha sollevato la seguente questione di legittimità costituzionale: «*Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt.10, comma 4-ter, del D.Lgs. 6 settembre 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*

La scelta del giudice comune europeo di adire il Giudice delle leggi nazionali e non la Corte di giustizia ha anticipato il nuovo approccio della Corte costituzionale con il problema della doppia pregiudizialità Ue e interna, quale si era già delineato con il primo rinvio pregiudiziale in sede incidentale disposto con l'ordinanza n.207/2013 nella causa C-418/13, nel combinato disposto con la sentenza n.187/2016 della Corte costituzionale che ha dato attuazione alla sentenza Masciolo, e che proseguirà poi con la sentenza n.269/2017²⁷ della Consulta.

Sia la Cassazione con l'ordinanza di legittimità costituzionale n.3831/2018²⁸ sia la giurisprudenza di merito con la pregiudiziale Ue del giudice di pace di L'Aquila in causa C-618/18 con l'ordinanza pregiudiziale del 19 settembre 2018²⁹ hanno seguito la nuova linea tracciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n.269/2017.

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, 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 recepisce la Direttiva 1999/70/CE in attuazione dell'art.117, comma 1, della Costituzione.».

²⁷ Corte cost., 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 accentratore di costituzionalità relativo alla violazione 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.associazione-deicostituzionalisti.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 assai logicamente 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.

²⁸ Cassazione, ordinanza 16 febbraio 2018, n.3831, su cui cfr. V. Piccone, *A prima lettura della sentenza della Corte di cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" 'post' Corte costituzionale*, in www.diritticomparati.it, 2018, n.1; D. Tega, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

²⁹ Il giudice di pace di L'Aquila ha posto il seguente quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia con l'ordinanza del 19 settembre 2018 nella causa C-618/18: «soltanto nel caso di risposta affermativa al quesito sub 1) e tenendo conto della posizione assunta dalla Corte costituzionale italiana n.269/2017 del 14 dicembre 2017 dopo la sentenza M.A.S. e M.B. (EU:C:2017:936) della Corte di giustizia, alla

La dottrina ha già sottolineato, in relazione alla sentenza *Abercrombie*³⁰ della Corte di giustizia, che le argomentazioni del giudice europeo si siano rivelate «*troppo inclini ad assecondare*» gli enunciati presentati dal governo italiano a difesa della misura interna³¹, in questo palesandosi come «*la dimostrazione più evidente della difficoltà per i giudici europei di sindacare le decisioni degli attori politici nazionali in periodi di crisi del processo di integrazione europea*»³².

Il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi nazionali sospettate di contrasto con il diritto dell'Unione europea, pur nel rispetto della facoltà (obbligo per il giudice di ultima istanza) di sollevare questione pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TUEF, si rende necessario per il comportamento stesso della Corte di giustizia, che raramente ha fatto ricorso al rafforzamento dell'interpretazione del diritto comunitario derivato attraverso il richiamo diretto ai principi e ai diritti della Carta di Nizza, anche quando il giudice comune nel rinvio pregiudiziale aveva espressamente richiesto di darne applicazione.

È successo per l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali Ue sia nella sentenza Carratù³³ al punto 49 sul diniego di risposta alla sesta questione pregiudiziale³⁴ sollevata dal Tribunale di Napoli nell'ordinanza di rinvio sia nella sentenza Mascolo al punto sul rifiuto di chiarimenti sulla settima questione pregiudiziale³⁵ proposta dallo stesso giudice partenopeo.

lucce degli artt.31, paragrafo 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'art.267 TFUE e dell'art.4 del Trattato dell'Unione, se la decisione che la Corte di giustizia dovesse adottare nella presente causa pregiudiziale, rilevando il contrasto tra il diritto dell'Unione europea e l'art.2, commi 3 e 3-bis, della legge 13 aprile 1988 n.117, nell'ambito di un procedimento principale in cui parte resistente è una pubblica amministrazione statale, può essere equiparata ad una norma di diritto dell'Unione europea di diretta efficacia ed applicazione da parte del giudice nazionale, consentendo la disapplicazione della disposizione interna ostativa».

³⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 19 luglio 2017, causa C-146/16, EU:C:2017:566.

³¹ In tale senso, O. Bonardi, *Il divieto di discriminazione per età alla deriva: note sul caso Abercrombie*, in Riv.giur.lav., 4, 2017, p.557.

³² In tale senso, M. Barbera, *Il cavallo e l'asino, in Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, a cura di O. Bonardi, Ediesse, 2017, p.28.

³³ 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.

³⁴ Il Tribunale di Napoli ha sollevato la seguente sesta questione pregiudiziale con l'ordinanza di rinvio nella causa Carratù C-361/12: «Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, dell'uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, del diritto a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6, paragrafo 2, UE (così come modificato dall'articolo 1, paragrafo 8, del Trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'articolo 46 UE) – in combinato disposto con l'articolo 6 della CEDU e con gli articoli 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta – debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (9 anni), di una disposizione normativa, quale il comma 7 dell'articolo 32 della legge n. 183/10, che alteri le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro e che l'efficacia ripristinatoria sia proporzionalmente ridotta all'aumentare della durata del processo, sin quasi ad annullarsi».

³⁵ Il Tribunale di Napoli ha sollevato la seguente settima questione pregiudiziale con l'ordinanza di rinvio nella causa Mascolo C-22/13: «Se i principi generali del vigente diritto [dell'Unione] della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza

La mancata risposta della Corte di giustizia sulla retroattività delle norme ostative alla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari sotto il profilo sia del risarcimento dei danni (sentenza Caratù, punti 47-48) sia della mancata riqualificazione a tempo indeterminato (sentenza Mascolo, punto 55) ha creato molta confusione nella giurisprudenza nazionale e una sostanziale inadeguatezza totale o parziale del meccanismo sanzionatorio interno, costringendo il giudice comune ad ulteriori rimessioni in Corte di giustizia (Tribunale di Trapani per la causa Santoro C-494/16 e Corte di appello di Roma per la causa Sciotto C-331/17), oltre a quella di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Foggia.

A rafforzare l'esigenza di un controllo accentrato di costituzionalità va aggiunta l'opportunità di ridurre il rischio di strumentalizzazione delle cause pregiudiziali in Corte di giustizia, per cui il giudice di merito, per affermare la propria giurisprudenza contraria al consolidato orientamento della Cassazione che aveva correttamente applicato correttamente la direttiva 1999/70/CE e la pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia, può proporre alla Corte europea un quesito che tiene conto di un dato normativo interno alterato rispetto a quello effettivamente applicato nell'ordinamento nazionale, chiedendo il vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione europea di disposizione non più applicabile, per ottenere l'avallo interpretativo della giurisprudenza di Lussemburgo, ingannata dalle osservazioni scritte del Governo italiano, che ha affermato la vigenza della norma interna non più applicabile.

È quello che è accaduto nella causa Motter sul riconoscimento dell'anzianità di servizio ai docenti della scuola pubblica durante il periodo di servizio precario, decisa dalla Corte di giustizia con la recente sentenza del 20 settembre 2018³⁶, sul rinvio pregiudiziale disposto dallo stesso giudice del lavoro del Tribunale di Trento che ha proposto le questioni di legittimità sul precariato della scuola pubblica e dei docenti del Comparto Afam, dichiarate inammissibili dalla Corte costituzionale prima con l'ordinanza n.206/2013 e poi con le ordinanze nn.194 e 195 del 2016.

La vicenda giudiziaria va raccontata, perché la strumentalità della questione pregiudiziale è molto affine a quella della Corte di appello di Roma nella causa C-331/18 Sciotto.

L'art.485 del d.lgs. n.297/1994 prevede(va) testualmente: «*Al personale docente delle scuole di istruzione secondaria ed artistica, il servizio prestato presso le predette scuole statali e pareggiate, comprese quelle all'estero, in qualità di docente non di ruolo, è riconosciuto come servizio di ruolo, ai fini giuridici ed economici, per intero per i primi quattro anni e per i due terzi del periodo eventualmente eccedente, nonché ai soli fini economici per il rimanente terzo. I diritti economici derivanti da detto riconoscimento sono conservati e valutati in tutte le classi di stipendio successive a quella attribuita al momento del riconoscimento medesimo*».

delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, del diritto a un tribunale indipendente e, più in generale, a un equo processo, garantiti dall'articolo 6 TUE (...) – in combinato disposto con l'articolo 6 della [CEDU], e con gli artt. 46, 47 e 52, paragrafo 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (...) – debbano essere interpretati nel senso di ostare, nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70, all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (3 anni e sei mesi), di una disposizione normativa, quale l'articolo 9 del decreto legge n. 70/2011 convertito con L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha aggiunto il comma 4-bis all'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 – atta ad alterare le conseguenze dei processi in corso danneggiando direttamente il lavoratore a vantaggio del datore di lavoro – Stato ed eliminando la possibilità conferita dall'[o]rdinamento interno di sanzionare l'abusiva reiterazione di contratti a termine».

³⁶ Corte di giustizia Ue, sentenza 20 settembre 2018, causa C-466/17, Motter contro Provincia di Trento, EU:C:2018:758.

Omologa norma era prevista per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola pubblica dall'art.569 d.lgs. n.297/1994.

Inoltre, e paradossalmente, gli art.485 (per il personale docente) e 569 (per il personale ata) erano norme di estremo favore per i supplenti della scuola, sia perché calcolavano anche i periodi di servizio nelle scuole pareggiate (ora paritarie) sia perché recepiscono anticipatamente e integralmente il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, dal momento che anche l'ulteriore 1/3 di periodo di servizio precario, dopo i primi quattro anni calcolati per intero anche ai fini giuridici, veniva computato ai fini economici, senza dunque alcun pregiudizio per la progressione "orizzontale" economica del docente della scuola pubblica.

Per evidenti ragioni di risparmio nella spesa pubblica sulle progressioni economiche del personale supplente della scuola pubblica legate originariamente agli scatti biennali di anzianità di cui all'art. 53 della legge n.312/1980, gli artt.485 e 569 d.lgs. n.297/1994 non sono stati mai applicati nell'ordinamento interno perché dette norme sono state abrogate dall'art.47, comma 1, del CCNL del Comparto scuola del 4 agosto 1995, in virtù del combinato disposto dell'art.72, commi 1 e 3, del d.lgs. n.29/2003, norma collettiva confermata dalla successiva contrattazione collettiva di Comparto, che ha introdotto la progressione economica per fasce stipendiali e non più per scatti biennali di anzianità e che così prevede: «*Nei casi previsti dal D.Lgs. n. 297 del 1994, in sostituzione dei provvedimenti di conferimento di supplenza annuale e di supplenza temporanea, si stipulano contratti a tempo determinato ai sensi dell'art. 18. Al personale assunto con contratto di lavoro a tempo determinato spetta il trattamento economico iniziale previsto per il corrispondente personale con contratto di lavoro a tempo indeterminato, con decorrenza dalla data di effettiva assunzione del servizio e fino al termine del servizio medesimo*».

Sulla base del descritto quadro normativo (più precisamente di contrattazione collettiva di comparto avente valore di legge), che prevede per il riconoscimento dell'anzianità professionale dei docenti di scuola pubblica la mancanza di qualsiasi progressione economica e giuridica per i periodi di servizio pre-ruolo, la Cassazione con la sentenza n.22258/2016³⁷ ha disposto, invece, l'equiparazione integrale anche ai fini giuridici ed economici del trattamento economico della progressione professionale dei docenti precari della scuola rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili, cioè rispetto ai docenti di ruolo, applicando direttamente la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e il principio di non discriminazione, alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia³⁸.

³⁷ Cassazione, S.L., sentenza 7 novembre 2016, n.22258.

³⁸ Così motiva la Cassazione nella sentenza n.22258/2016: «*Questa Corte ha già affermato che la interpretazione delle norme Eurounitarie è riservata alla Corte di Giustizia, le cui pronunce hanno carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarle anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa. A tali sentenze, infatti, siano esse pregiudiziali o emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto della Unione Europea, non nel senso che esse creino ex novo norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia erga omnes nell'ambito dell'Unione (fra le più recenti in tal senso Cass. 8.2.2016 n. 2468). Correttamente, pertanto, la sentenza impugnata ha richiamato le statuizioni dalla Corte di Lussemburgo per escludere la conformità al diritto Eurounitario delle clausole dei contratti collettivi nazionali per il comparto scuola, succedutisi nel tempo, in forza delle quali al "personale docente ed educativo non di ruolo spetta il trattamento iniziale previsto per il corrispondente personale docente di ruolo", senza alcun riconoscimento della anzianità di servizio, che, al contrario, le parti collettive hanno valutato e valorizzato per gli assunti a tempo indeterminato, prevedendo un sistema*

Nel comunicato del 7 novembre 2016, contestualmente alle altre sei decisioni di pari data³⁹ della Suprema Corte che intervengono sulla sanzione antiabusiva in materia di precariato scolastico negando sostanzialmente ogni tutela effettiva per valorizzare la scelta del legislatore di stabilizzazione di cui alla legge n.107/2015 sulla “Buona scuola”, l’ufficio stampa della Cassazione ha segnalato l’importanza delle sette sentenze sui supplenti della scuola, perché esse comporterebbero l’adeguamento dello Stato italiano alla direttiva 1999/70/CE nel settore pubblico in questione sia per quanto riguarda la clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (la “condivisa” sentenza n.22258/2016) sia per quanto riguarda le misure antiabusive della clausola 5 dello stesso accordo (le “non condivise” sentenze nn.22252-22253-22254-22255-22256-22257/2016, su cui pende in Corte di giustizia la questione pregiudiziale sollevata dalla Corte di appello di Trento nella causa Rossato C-494/17, in cui il 6 dicembre 2018 l’avvocato generale Szpunar ha depositato le conclusioni scritte che sconfessano la posizione della Cassazione, su cui v.*infra*).

Va ricordato che la Commissione Ue aveva chiuso la procedura di infrazione n.2010/2124 con il parere motivato del novembre 2013, segnalando l’inadempimento della legislazione interna all’applicazione delle due clausole dell’accordo quadro sulla non discriminazione e sulle misure preventive per tutto il personale supplente docente e ata della scuola pubblica, per cui l’adeguamento dello Stato italiano alla direttiva 1999/70/CE è avvenuto soltanto sul piano giurisprudenziale e non normativo, e soltanto grazie all’autorevolezza della Corte nomofilattica nel dare diretta applicazione nei confronti del Miur alla giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha interpretato costantemente (e senza contraddizioni, fino alla sentenza Motter) la clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, norma di diretta applicazione secondo la Corte Ue.

In conseguenza, anche la prescrizione quinquennale dei diritti maturati dai supplenti della scuola pubblica per l’anzianità professionale dei periodi di servizio pre-ruolo, congelati dalla contrattazione collettiva alla fascia iniziale stipendiale, decorre, ai sensi del combinato disposto dell’art.4, comma 43⁴⁰, della legge n.183/2011 e dell’art.2935 c.c., soltanto da quando quei diritti possono

di progressione stipendiale secondo fasce di anzianità. Anche in questa sede il Ministero, pur affermando l’esistenza di condizioni oggettive a suo dire idonee a giustificare la diversità di trattamento, ha fatto leva su circostanze che prescindono dalle caratteristiche intrinseche delle mansioni e delle funzioni esercitate, le quali sole potrebbero legittimare la disparità. Ha insistito, infatti, sulla natura non di ruolo del rapporto di impiego e sulla novità di ogni singolo contratto rispetto al precedente, già ritenuti dalla Corte di Giustizia non idonei a giustificare la diversità di trattamento (si rimanda alle sentenze richiamate nella lettera d del punto che precede), nonché sulle modalità di reclutamento del personale nel settore scolastico e sulle esigenze che il sistema mira ad assicurare, ossia sulle ragioni oggettive che legittimano il ricorso al contratto a tempo determinato e che rilevano ai sensi della clausola dell’Accordo quadro, da non confondere, per quanto sopra si è già detto, con le ragioni richiamate nella clausola 4, che attengono, invece, alle condizioni di lavoro che contraddistinguono i due tipi di rapporto in comparazione, in ordine alle quali nulla ha dedotto il ricorrente.».

³⁹ Cassazione, S.L., sentenze 7 novembre 2016, n.22552-22553-22554-22555-22556-22557, su Riv.it.dir.lav., 2017, II, 347 ss., con nota di L. Calafà, *The ultimate say della Cassazione sul “caso scuola”*; in senso conforme, Cass., 2148/17; 290/17; 211/17; 75/17; 55/17; 27566/16; 27565/16; 27564/16; 25563/16; 25562/16; 25382/16; 25381/16; 25380/16; 24816/16; 24815/16; 24814/16; 24813/16; 24276/16; 24275/16; 24273/16; 24272/16; 24130/16; 24129/16; 24128/16; 24127/16; 24126/16; 24041/16; 24040/16; 24039/16; 24038/16; 24037/16; 24036/16; 24035/16; 24034/16; 23867/16; 23866/16; 23751/16; 23750/16; 23535/16; 23534/16; 22553/16; 22554/17; 22555/17; 22556/17. Per un’analisi critica delle sentenze sul precariato scolastico cfr. V. De Michele, *Le modifiche alla riforma della “Buona scuola” nel “decreto dignità”*, in Lav.giur., 2018, 10, 883 ss.

⁴⁰ L’art.4, comma 43, della legge 12 novembre 2011, n.183 ha disposto che «la prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da mancato recepimento nell’ordinamento dello Stato di direttive o altri provvedimenti obbligatori comunitari soggiace, in ogni caso, alla disciplina di cui all’articolo 2947 del codice civile e decorre dalla data in cui il fatto, dal quale sarebbero derivati i diritti se la

essere esercitati e riconosciuti nell'ordinamento interno come risarcimento dei danni per responsabilità extracontrattuale dello Stato, cioè dal 7 novembre 2016, data del deposito della sentenza n.22258/2016 della Cassazione e della corretta trasposizione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Non vi è traccia nella sentenza n.22258/2016 della Cassazione dell'abrogato art.485 d.lgs. n.297/1994, peraltro correttamente non invocato nel ricorso per cassazione del Miur tra le norme oggetto del sindacato di legittimità.

La Suprema Corte ha richiamato come normativa applicabile soltanto l'art.47, comma 1, CCNL del 4 agosto 1995, e l'art. 48 del CCNL 26 maggio 1999 che, in conformità all'art.72, comma 1, d.lgs. n.29/1993 (ora art.69, comma 1, d.lgs. n.165/2001), prevede che «*le norme legislative, amministrative o contrattuali non esplicitamente abrogate o disapplicate dal presente CCNL, restano in vigore in quanto compatibili*», confermando che tutte le norme incompatibili con il trattamento economico determinato dalla contrattazione collettiva sono abrogate o non più applicabili, compresi gli artt.485 e 526 d.lgs. n.297/1994 e ad eccezione dell'art.53, ultimo comma, della legge n.312/1980 per gli scatti di anzianità dei docenti di religione supplenti.

Il principio stabilito dalla Cassazione nella sentenza n.22258/2016 è stato ribadito da innumerevoli pronunce della Suprema Corte⁴¹, in guisa tale da poterlo considerare ormai diritto vivente nell'ordinamento nazionale, al punto che i Tribunali e le Corti di appello, ad eccezione di una giurisprudenza estremamente minoritaria, che evidentemente ignorava il meccanismo legislativo di abrogazione/non applicazione dell'art.485 d.lgs. n.297/1994, si erano adeguati alla nomofiliachia nazionale.

Viceversa, per la ricostruzione della carriera del personale docente della scuola pubblica dopo l'assunzione in ruolo, opera soltanto l'art.66, comma 6, CCNL Comparto scuola del 4 agosto 1995, che così dispone: «*6. Restano confermate, al fine del riconoscimento dei servizi di ruolo e non di ruolo eventualmente prestati anteriormente alla nomina in ruolo e alla conseguente stipulazione del contratto individuale di lavoro a tempo indeterminato, le norme di cui al D.L. 19 giugno 1970, n. 370, convertito, con modificazioni dalla legge 26 luglio 1970, n. 576, e successive modificazioni e*

direttiva fosse stata tempestivamente recepita, si è effettivamente verificato», qualificando l'azione come di risarcimento dei danni per fatto illecito (extracontrattuale) con prescrizione quinquennale..

⁴¹ Cfr. Cass., ordinanze nn. 26678/2017, 26783/2017, 26784/2017, 26786/2017, 24266/2017; 24265/2017; 24264/2017; 24263/2017; 24262/2017; 24261/2017; 24260/2017; 24259/2017; 24258/2017; 24257/2017; 24256/2017; 24255/2017; 24254/2017; 24253/2017; 24038/2017; 24037/2017; 23890/2017; 23720/2017; 23611/2017; 23496/2017; 23495/2017; 23494/2017; 23449/2017; 23447/2017; 23446/2017; 23445/2017; 23444/2017; 23282/2017; 23215/2017; 23214/2017; 23213/2017 23212/2017; 23211/2017; 23210/2017; 23209/2017; 23208/2017; 22737/2017; 22736/2017; 22284/2017; 22236/2017; 22194/2017; 22177/2017; 21995/2017; 21872/2017; 21683/2017; 21682/2017; 21681/2017; 21676/2017; 19679/2017; 19678/2017; 19677/2017; 19676/2017; 19672/2017; 19665/2017 19326/2017; 19136/2017; 19135/2017; 19131/2017, 18874/2017; 18873/2017; 18872/2017; 18866/2017; 18865/2017; 18714/2017; 18713/2017; 18712/2017; 18711/2017; 18710/2017; 18708/2017; 18707/2017; 18705/2017; 18704/2017; 18703/2017; 18702/2017; 18700/2017; 18699/2017; 18698/2017; 18697/2017; 18696/2017; 18591/2017; 18590/2017; 18589/2017; 18588/2017; 18587/2017; 18586/2017; 18585/2017; 18584/2017; 18246/2017; 18245/2017; 18145/2017; 18144/2017; 18110/2017; 18109/2017; 18044/2017; 17962/2017; 17960/2017; 17959/2017; 17958/2017; 17957/2017; 17956/2017; 17955/2017; 17954/2017; 17953/2017; 17952/2017; 17933/2017; 17932/2017; 17931/2017; 17930/2017; 17929/2017; 17711/2017; 17710/2017; 17709/2017; 17677/2017; 15799/2017; 15729/2017; 15728/2017; 15727/2017; 15724/2017; 15723/2017; 15722/2017; 15721/2017; 15720/2017; 15719/2017; 15577/2017; 15575/2017; 15426/17, 15422/2017; 15421/2017; 15419/2017; 15300/2017; 15296/2017; 15294/2017; 15290/2017; 15289/2017; 15089/2017; 14907/2017, 14668/2017, 13411/2017; 13224/2017; 13223/2017; 13223/2017, 13386/2017.

integrazioni, nonché le relative disposizioni di applicazione, così come definite dall'art. 4 del D.P.R. 23 agosto 1988, n. 399.».

Rilevante, ai fini della soluzione della problematica, è anche il comma 2 dello stesso art.66: «2. Per il personale docente educativo e ATA l'inserimento nelle nuove posizioni stipendiali avverrà sulla base dell'anzianità maturata al 31/12/95. La differenza tra l'anzianità riconosciuta al 31/12/95 e l'anzianità immediatamente inferiore prevista dalla tabella B è utile al fine dell'acquisizione della posizione retributiva successiva. A tal fine le frazioni di anno si arrotondano ad anno intero se superiori a sei mesi, e non producono effetti se inferiori.».

L'art.146, punto 1), lett.g), n.8), del CCNL Comparto scuola del 29 novembre 2007 richiama tra le norme contrattuali ancora in vigore proprio l'art.66, comma 6, del CCNL del 4 agosto 1995, e quindi il d.l. 19 giugno 1970, n. 370, che detta regole in materia di riconoscimento del servizio prestato prima della nomina in ruolo dal personale insegnante e non insegnante delle scuole di istruzione elementare, secondaria e artistica.

L'art.3 del d.l. n.370/1970, in materia di ricostruzione di carriera del personale docente, così dispone: «Al personale insegnante il servizio di cui ai precedenti articoli viene riconosciuto agli effetti giuridici ed economici per intero e fino ad un massimo di quattro anni, purché prestato con il possesso, ove richiesto, del titolo di studio prescritto o comunque riconosciuto valido per effetto di apposito provvedimento legislativo. Il servizio eccedente i quattro anni viene valutato in aggiunta a quello di cui al precedente comma agli stessi effetti nella misura di un terzo, e ai soli fini economici per i restanti due terzi. I diritti economici derivanti dagli ultimi due terzi di servizio previsti dal comma precedente, saranno conservati e valutati anche in tutte le classi successive di stipendio. Ai docenti di cui al primo comma dell'articolo 1, che siano privi della vista, e al personale direttivo e docente delle scuole elementari statali o parificate per ciechi il servizio non di ruolo comunque prestato è riconosciuto per intero agli effetti giuridici ed economici.».

Il d.P.R. 31 maggio 1974, n. 417 con l'art. 81, comma 1, ha disposto che «Al personale docente di cui al presente decreto, il servizio eccedente i quattro anni previsto dal secondo comma dell'art. 3 del decreto-legge 19 giugno 1970, n. 370, convertito, con modificazioni, nella legge 26 luglio 1970, n. 576, viene riconosciuto nella misura di due terzi agli effetti giuridici ed economici e per il restante terzo ai soli fini economici.».

Del personale non di ruolo docente e non docente della scuola pubblica si occupa per la prima volta l'art.53 della legge 11 luglio 1980, n.312, che introduceva gli scatti biennali di anzianità come (unica) progressione economica, poi soppressi dal CCNL Comparto scuola del 4 agosto 1995 ad eccezione degli insegnanti di religione.

L'art.4 d.P.R. n.399/1988 ha introdotto la progressione di carriera per fasce stipendiali in base alle annualità di servizio di cui alla tabella A del d.P.R., come sarà poi riproposto con le classi stipendiali e i c.d. "gradoni" di 6/7 anni di anzianità di servizio con il CCNL 4 agosto 1995, che ha anche abolito gli aumenti biennali nell'ambito delle classi.

Con circolare del 20 settembre 1996, n. 595 (avente ad oggetto "Comparto scuola. Contratto collettivo nazionale di lavoro sottoscritto il 4 agosto 1995. Inquadramento, trattamento e progressione economica del personale") il MIUR ha così chiarito sulla ricostruzione di carriera: «3) Il comma 2 dell'art. 66, nel fare riferimento all'anzianità da ciascuno maturata alla data del 31 dicembre 1995, nulla rileva in ordine alle caratteristiche dell'anzianità medesima, nel senso che non

fa alcuna distinzione, com'è invece previsto dalla pregressa normativa, tra l'anzianità riconosciuta ai fini giuridici ed economici e quella valutabile ai soli fini dell'attribuzione degli aumenti biennali. Ciò stante, è da ritenere che le anzianità sopra indicate (così come già avvenuto in applicazione dell'art. 4, comma 3 del D.P.R. 399/88, al raggiungimento di determinate anzianità di servizio), siano entrambe ugualmente utili ai fini dell'inquadramento nelle nuove posizioni stipendiali, previste dalla tabella B annessa al C.C.N.L. 4) Per effetto del rinvio operato dal comma 6 dell'art. 66 del CCNL, restano confermate le norme concernenti il riconoscimento dei servizi di ruolo e non di ruolo previste dal D.L. 19 giugno 1970, n. 370 e successive modificazioni e integrazioni nonché le relative disposizioni applicative così come definite all'art. 4 del D.P.R. 23 agosto 1988, n. 399. In particolare, per il personale ATA, ai sensi del comma 13 del predetto art. 4, l'anzianità utile va determinata valutando direttamente, in complesso, il servizio di ruolo nella cattedra di appartenenza, il servizio non di ruolo eventualmente prestato nelle diverse qualifiche ed anche l'eventuale servizio di ruolo prestato nelle carriere inferiori.».

In sintesi: sono da tenere distinti il concetto di "inquadramento retributivo" del personale supplente e quello di "ricostruzione di carriera" del personale assunto a tempo indeterminato dopo il superamento dell'anno di prova.

Il primo è dato dall'anzianità utile ai fini della carriera del personale docente supplente, che, sulla base dell'art.485 D.Lgs. n.297/1994, era regolamentato con modalità identiche a quelle previste dall'art.3 d.l. n.370/1970 (come modificato dall'art.81, comma 1, d.P.R. 31 maggio 1974, n. 417), ma di fatto non era mai stata riconosciuta, perché neutralizzata dall'art.526 D.Lgs. n.297/1994, che sarà poi sostituito dall'art.47, comma 1, del CCNL Comparto scuola del 4 agosto 1995, a sua volta disapplicato dalla Cassazione con la sentenza n.22558/2016 per consentire che il servizio pre-ruolo fosse calcolato alla stregua di quello di ruolo ai fini dell'esatto inquadramento retributivo ossia con la collocazione del docente supplente nella fascia di anzianità prevista in base, appunto, all'anzianità utile ai fini della carriera.

Connessa con l'inquadramento retributivo è la cd. "ricostruzione di carriera", che interviene in un momento successivo ossia se e quando il docente è immesso nei ruoli, previa domanda da farsi ai sensi dell'art. 10 del d.l. 370/1970.

La suddetta ricostruzione ha creato, dopo la cd. privatizzazione del pubblico impiego a partire dal D.Lgs. n.29/1993, problemi applicativi, una volta che è venuta meno la differenza tra servizio utile ai fini giuridici/economici e quello utile ai soli fini economici, per la verità già irrilevante ai fini del riconoscimento dei diritti economici in tutte le classi successive di stipendio, come precisato dall'art.3, comma 3, d.l. n.370/1070. Il primo era quello che determinava il raggiungimento della posizione stipendiale in base all'anzianità utile ai fini della carriera, il secondo, all'interno della rispettiva posizione stipendiale, consentiva ulteriori aumenti biennali, corrispondenti al 2,50% dell'importo della posizione stipendiale di appartenenza senza incidere mai sul passaggio alla successiva classe superiore. Detti aumenti previsti dalla tabella "A" annessa al contratto del d.p.r. 399/1988 sono stati definiti "aumenti biennali convenzionali".

Il problema si è quindi posto dall'entrata in vigore del contratto del 4.08.1995 che, introducendo le nuove progressioni stipendiali di cui alla tabella "B", divise in sette fasce stipendiali da 0 a 35 anni di servizio, non ha più contemplato la doppia progressione giuridica ed economica e solo economica.

A questo punto, come evidenziato nella circolare “confessoria” del MIUR n.595/1996, dovendo trovarsi un compromesso sono state tenute in vita le sole disposizioni contrattuali, poichè dell'art. 485 D.Lgs. n.297/1994 non vi è più traccia a partire dal CCNL del 4.08.1995.

In buona sostanza, proprio alla luce dell'art.66, commi 2 e 6, del CCNL del Comparto scuola del 1995, che ha abrogato l'art.485 d.lgs. n.297/1994 ed ha previsto la vigenza del d.l. n.370/1970 ai fini della ricostruzione di carriera del personale docente della scuola pubblica, nell'interpretazione della predetta contrattazione collettiva già correttamente enunciata dal MIUR nella circolare n.595/1996 (e poi abiurata nella illegittima prassi amministrativa successiva), l'anzianità di servizio per i periodi pre-ruolo del personale docente, ai fini della ricostruzione di carriera, va calcolata per intero, senza più alcuna differenza tra anzianità giuridica ed economica ed anzianità solo economica.

Nel CCNL del nuovo Comparto Istruzione e Ricerca del 19 aprile 2018, seppure nell'ambito, rispettivamente, della Sezione “Università e Aziende Ospedaliero-Universitarie” e della Sezione “Istituzioni ed Enti di ricerca e sperimentazione”, gli artt.54, comma 1, e 83, comma 1, disciplinano il trattamento economico-normativo del personale con contratto a tempo determinato, prevedendo con identica formulazione che «*Al personale assunto a tempo determinato si applica il trattamento economico e normativo previsto dalla contrattazione collettiva vigente per il personale assunto a tempo indeterminato*», così soddisfacendo il principio di uguaglianza e non discriminazione sulle condizioni di lavoro previsto dall'art.6 della abrogata legge n.230/1962, dall'art.6 dell'abrogato D.Lgs. n.368/2001 e dalla normativa attualmente vigente dell'art.25 del D.Lgs. n.81/2015.

Anche le predette disposizioni contrattuali seppure nell'ambito di Sezioni diverse da quella della Scuola, indirizzano sul piano interpretativo nel senso di escludere ogni differenziazione, priva di senso logico e di rigore sistematico, tra anzianità giuridica ed economica e anzianità solo economica anche per la ricostruzione di carriera dei docenti a tempo indeterminato della scuola pubblica che hanno superato l'anno di prova.

Viceversa, il Tribunale di Trento con ordinanza del 18 luglio 2017, assumendo la vigenza dell'art.485 d.lgs. n.297/1994 e l'esistenza di un contrasto tra la Cassazione e una parte della giurisprudenza di merito, ha sollevato questioni pregiudiziali⁴² che tendevano a travisare comple-

⁴² Il Tribunale di Trento con l'ordinanza Motter ha sollevato le seguenti questioni pregiudiziali: «1) Se, ai fini dell'applicazione del principio di non discriminazione ex clausola 4 dell'accordo quadro, la circostanza riguardante l'iniziale verifica oggettiva della professionalità, mediante concorso pubblico, con esito positivo, costituisca un fattore riconducibile alle condizioni di formazione, di cui il giudice nazionale deve tener conto al fine di stabilire se sussista la comparabilità tra la situazione del lavoratore a tempo indeterminato e quella del lavoratore a tempo determinato, nonché al fine di accertare se ricorra una ragione oggettiva idonea a giustificare un diverso trattamento tra lavoratore a tempo indeterminato e lavoratore a tempo determinato; 2) se il principio di non discriminazione ex clausola 4 dell'accordo quadro osti a una norma interna, quale quella dettata dall'articolo 485, comma 1, del decreto legislativo n. 297, del 16 aprile 1994, la quale dispone che, ai fini della determinazione dell'anzianità di servizio al momento dell'immissione in ruolo con contratto a tempo indeterminato, fino a quattro anni il computo dei servizi svolti a tempo determinato si effettua per intero, mentre per quelli ulteriori si riduce di un terzo a fini giuridici e di due terzi a fini economici, in ragione della mancanza, ai fini dello svolgimento di lavoro a tempo determinato, di un'iniziale verifica oggettiva della professionalità, mediante concorso pubblico, con esito positivo; 3) se il principio di non discriminazione ex clausola 4 dell'accordo quadro osti a una norma interna, quale quella dettata dall'articolo 485, comma 1, del decreto legislativo n. 297, del 16 aprile 1994, la quale dispone che ai fini della determinazione dell'anzianità di

tamente il senso e le modalità applicative di una norma di favore comunque abrogata dalla contrattazione collettiva per ragioni finanziarie di blocco della progressione economica dei supplenti scolastici, inserendo elementi di discriminazione inesistenti legati ad una procedura concorsuale che, per i docenti, è quella del c.d. “doppio canale” di reclutamento di cui all’art.399 d.lgs. n.297/1994, in un contesto fattuale in cui la lavoratrice Motter aveva maturato servizio precario con sole supplenze annuali fino al 31 agosto⁴³.

In buona sostanza, che cosa accade nella prassi amministrativa scolastica: gli uffici periferici del Miur, che durante i periodi di servizio precario dei docenti supplenti non hanno mai applicato l’art.485 d.lgs. n.297/1994 (perché abrogato dalla contrattazione collettiva) e che non possono far riferimento ad un sistema di certificazione dei servizi pre-ruolo basato sulla contribuzione (mai) versata⁴⁴ dalla pubblica amministrazione scolastica, lo resuscitano richiamando la norma *ad usum delphini* soltanto quando il docente è stato assunto a tempo indeterminato e presenta la domanda di ricostruzione di carriera allegando tutta la certificazione dei periodi di servizio antecedenti alla nomina in ruolo.

In questa fase il Miur ha sempre “applicato” parzialmente l’art.485 d.lgs. n.297/1994, escludendo dalla ricostruzione di carriera ai fini della progressione economica orizzontale per fasce stipendiali sia i periodi di servizio pre-ruolo nelle scuole paritarie sia un terzo del periodo di servizio pre-ruolo dopo i primi quattro anni computati per intero anche ai fini giuridici, nonostante la norma abrogata sia chiarissima nel disporre il computo ai fini economici anche di questa restante parte del servizio esclusa ai soli fini giuridici (ad esempio, per la mobilità del personale).

Incredibilmente, accogliendo la prospettazione del giudice del rinvio e le argomentazioni del Governo italiano nelle osservazioni scritte sull’attuale vigenza dell’abrogato art.485 d.lgs. n.297/1994 e non accogliendo l’istanza di trattazione orale della lavoratrice ricorrente nel giudizio principale, tendente a chiarire l’inesistenza di qualsiasi problematica interpretativa alla luce della giurisprudenza granitica della Cassazione e del fatto che si discuteva su una norma abrogata e non più applicabile, la Corte di giustizia con la sentenza Motter ha così deciso: «*La clausola 4 dell’Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in*

servizio al momento dell’immissione in ruolo con contratto a tempo indeterminato, fino a quattro anni il computo dei servizi svolti a tempo determinato si effettua per intero, mentre per quelli ulteriori si riduce di un terzo a fini giuridici e di due terzi a fini economici, in ragione dell’obiettivo di evitare il prodursi di discriminazioni alla rovescia in danno dei dipendenti di ruolo assunti a seguito del superamento di un concorso pubblico».

⁴³ Infatti, così la Corte di giustizia ha ricostruito i fatti di causa nella sentenza Motter ai punti 10-11: «*10. L’8 settembre 2014 la Provincia autonoma di Trento ha proceduto alla ricostruzione della carriera dell’interessata ai fini del suo inquadramento nella pertinente fascia retributiva ai sensi di una normativa applicabile a decorrere dal 1° gennaio 2012. Conformemente all’articolo 485, paragrafo 1, del decreto legislativo n. 297, del 16 aprile 1994, alla sig.ra Motter è stata a tal fine riconosciuta un’anzianità di 80 mesi sui 96 mesi effettivamente prestati. I primi quattro anni sono stati computati per intero, i quattro successivi limitatamente ai due terzi, vale a dire 32 mesi su 48. Essa è stata inquadrata nella prima fascia. 11 Il 2 dicembre 2016 la sig.ra Motter ha presentato un ricorso dinanzi al Tribunale di Trento (Italia), al fine di ottenere che la Provincia autonoma di Trento computasse l’intera anzianità da essa maturata anteriormente alla conclusione del contratto a tempo indeterminato per l’esercizio delle stesse funzioni, a titolo degli otto contratti a tempo determinato conclusi in successione per gli anni scolastici dal 2003/2004 al 2010/2011.*».

⁴⁴ 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 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.

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 non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, la quale, ai fini dell'inquadramento di un lavoratore in una categoria retributiva al momento della sua assunzione in base ai titoli come dipendente pubblico di ruolo, tenga conto dei periodi di servizio prestati nell'ambito di contratti di lavoro a tempo determinato in misura integrale fino al quarto anno e poi, oltre tale limite, parzialmente, a concorrenza dei due terzi.».

Peraltro, la Corte di giustizia nella sentenza Motter aveva ben chiara la posizione della Suprema Corte, come si legge al punto 15: *«Il giudice del rinvio fa osservare che la giurisprudenza italiana non appare concorde su tale punto. La Corte suprema di cassazione (Italia) ha infatti statuito che, nel settore scolastico, la clausola 4 dell'accordo quadro impone di riconoscere ai docenti l'anzianità di servizio maturata con contratti a tempo determinato, ai fini di garantire la loro parità di trattamento rispetto ai docenti con contratti a tempo indeterminato. Per contro, diversi giudici di grado inferiore avrebbero adottato la soluzione opposta.».*

La Corte di giustizia nella sentenza Motter ha, inoltre, contraddittoriamente (rispetto alla stessa ordinanza di rinvio, che fonda la discriminazione sul ruolo conseguito senza procedura concorsuale) rigettato al punto 34⁴⁵ l'unica argomentazione del rinvio pregiudiziale del Tribunale di Trento, secondo cui non vi sarebbe comparabilità di situazioni con i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che la docente ex precaria in questione non avesse superato un concorso pubblico per l'immissione in ruolo.

Alle stesse conclusioni il Collegio lussemburghese a tre giudici della sentenza Motter era pervenuto qualche mese prima con l'ordinanza Centeno Meléndez⁴⁶, dichiarando il contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato della norma interna spagnola che riservava la partecipazione al regime di evoluzione professionale orizzontale del personale amministrativo e tecnico dell'Università di Saragozza ai funzionari e ai dipendenti con contratto di lavoro subordinato stabile, escludendo le persone impiegate come funzionari interinali. Anche in questo caso la Corte Ue rigetta ai punti 68-70 dell'ordinanza l'argomento del governo spagnolo che sussisterebbe una ragione oggettiva per discriminare i funzionari precari nel fatto che i funzionari professionali hanno superato un concorso pubblico per l'accesso in ruolo.

⁴⁵ Così la sentenza Motter della Corte di giustizia al punto 34: *«Peraltro, l'ipotesi secondo cui la qualità delle prestazioni dei docenti neo-assunti a tempo determinato sarebbe inferiore a quella dei vincitori di concorso non appare conciliabile con la scelta del legislatore nazionale di riconoscere integralmente l'anzianità maturata nei primi quattro anni di esercizio dell'attività professionale dei docenti a tempo determinato. Inoltre, una simile ipotesi, se risultasse verificata, comporterebbe da parte delle autorità nazionali l'organizzazione di concorsi sufficientemente frequenti al fine di provvedere alle esigenze di assunzione. Orbene, non sembra che ciò accada, dato che, dalle osservazioni presentate alla Corte dalla ricorrente nel procedimento principale, risulta che i concorsi di selezione sono organizzati solo sporadicamente, tenendo presente che gli ultimi hanno avuto luogo negli anni 1999, 2012 e 2016. Una situazione del genere, la cui verifica spetta al giudice del rinvio, sembra difficilmente compatibile con la tesi del governo italiano secondo cui le prestazioni dei docenti a tempo determinato sono inferiori rispetto a quelle dei docenti a tempo indeterminato assunti mediante concorso.».*

⁴⁶ Corte di giustizia Ue, ordinanza 22 marzo 2018, causa C-315/17, Centeno Meléndez, EU:C:2018:207.

Viceversa, la Corte di giustizia ai punti 49-50⁴⁷ ha sconfessato quanto precisato al punto 34 e si è lanciata in considerazioni che non fanno parte dell'esperienza professionale pre-ruolo della ricorrente Motter, che ha svolto otto anni di supplenze annuali senza soluzione di continuità e quindi senza alcuna possibilità di discriminazione alla rovescia con il personale già assunto in ruolo.

Una sequenza di false argomentazioni da parte del governo italiano su presupposti fattuali e giuridici inesistenti (il reclutamento scolastico è ancora fondato sul doppio canale dell'art.399 d.lgs. n.297/1994, in cui il concorso pubblico rappresenta soltanto il 50% della modalità di selezione scelta dal legislatore nell'ambito della sua discrezionalità e nel rispetto dell'art.97, comma 4, Cost., come peraltro già accertato dalla sentenza Mascolo della Corte europea) si è trasformata in una incredibile serie di apodittiche e contraddittorie affermazioni interpretative della sentenza Motter, del tutto slegate dai fatti di causa e dai precedenti della Corte, oltre che priva di ogni logica perché letteralmente la norma interna in questione computa integralmente ai fini economici, cioè ai fini della progressione orizzontale per fasce stipendiali, senza alcuna riduzione, neanche di un terzo, dei periodi di servizio pre-ruolo.

La controprova dell'errore commesso dalla Corte di giustizia nella sentenza Motter la ritroviamo nelle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 6 dicembre 2018 (EU:C:2018:994) nella causa Rossato C-494/17 (su cui, più approfonditamente, v. *infra*).

L'Avvocato generale polacco, infatti, si "diverte" ai punti 37-41 ad occuparsi, dedicandovi un intero paragrafo denominato "sul computo parziale dell'anzianità", del clamoroso errore in cui era incorsa la difesa erariale nelle osservazioni scritte della causa Rossato, in cui la Corte di appello di Trento aveva sollevato un'unica questione pregiudiziale⁴⁸, che riguardava esclusivamente la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e la mancanza di misure preventive e sanzionatorie contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato dei docenti dei Conservatori di musica (Comparto Afam).

⁴⁷ Così la sentenza Motter della Corte di giustizia ai punti 49-50, in palese contrasto con quanto affermato al punto 34: «49 *Risulta infatti dalle osservazioni di tale governo che la normativa nazionale di cui al procedimento principale mira, in parte, a rispecchiare le differenze tra l'esperienza acquisita dai docenti assunti mediante concorso e quella acquisita dai docenti assunti in base ai titoli, a motivo della diversità delle materie, delle condizioni e degli orari in cui questi ultimi devono intervenire, in particolare nell'ambito di incarichi di sostituzione di altri docenti. Il governo italiano sostiene che, a causa dell'eterogeneità di tali situazioni, le prestazioni fornite dai docenti a tempo determinato per un periodo di almeno 180 giorni in un anno, vale a dire circa due terzi di un anno scolastico, sono computate dalla normativa nazionale come annualità complete. Fatta salva la verifica di tali elementi da parte del giudice del rinvio, un siffatto obiettivo appare conforme al principio del «pro rata temporis» cui fa espressamente riferimento la clausola 4, punto 2, dell'accordo quadro. 50 Inoltre, si deve constatare che la mancata verifica iniziale delle competenze mediante un concorso e il rischio di svalutazione di tale qualifica professionale non impone necessariamente di escludere una parte dell'anzianità maturata a titolo di contratti di lavoro a tempo determinato. Tuttavia, giustificazioni di questo genere possono, in determinate circostanze, essere considerate rispondenti a un obiettivo legittimo. A tale riguardo, occorre rilevare che dalle osservazioni del governo italiano risulta che l'ordinamento giuridico nazionale attribuisce una particolare rilevanza ai concorsi amministrativi. La Costituzione italiana, al fine di garantire l'imparzialità e l'efficacia dell'amministrazione, prevede infatti, al suo articolo 97, che agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si acceda mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.».*

⁴⁸ 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.».

Infatti, il Governo italiano nelle osservazioni scritte si era difeso, anche in questa causa come nella causa Motter, puntando sulla compatibilità comunitaria dell'art.485 d.lgs. n.297/1994 ai fini del calcolo del calcolo (parziale) dell'anzianità di servizio, problematica che non aveva trovato alcuna rilevanza nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Trento, che non riguardava la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Per rimediare all'errore, l'avvocatura di Stato aveva chiesto la riunione, ai fini della trattazione orale, delle due cause Motter e Rossato, riunione che la Corte di giustizia non ha disposto, decidendo la causa Motter senza discussione orale e senza conclusioni né scritte né orali dell'Avvocato generale Sharpston.

L'Avvocato generale Szpunar nelle conclusioni scritte della causa Rossato finge, allora, di equivocare, riferendo ai punti 37 e 38 che secondo il giudice del rinvio (la Corte di appello di Trento) il sig. Rossato avrebbe beneficiato di un computo parziale della sua anzianità al momento della sua immissione in ruolo in forza della normativa anteriore alla legge n. 107/2015, vale a dire a partire dal gennaio del 2014 (punto 37), in applicazione dell'art.485 d.lgs. n.297/1994 (punto 38).

Ma queste deduzioni erano contenute soltanto nelle osservazioni scritte del Governo italiano, non certamente nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, che non si occupava dell'anzianità di servizio e dell'art.485 d.lgs. n.297/1994, mai evocato nel giudizio principale dal momento che il prof. Rossato aveva iniziato il contenzioso quando era ancora docente precario del Conservatorio di musica Bonporti di Trento.

A questo punto l'Avvocato generale Szpunar si trastulla a fingere di rispondere ai dubbi del giudice del rinvio (che sul punto non aveva manifestato alcun quesito) per fornire al punto 39 una propria "personale" interpretazione della sentenza Motter della Corte di giustizia, fortemente ridimensionata e riallineata nell'alveo della sentenza Valenza, in base alla quale la Corte ha riconosciuto che talune differenze di trattamento tra i dipendenti pubblici di ruolo assunti al termine di un concorso generale e quelli assunti dopo aver acquisito un'esperienza professionale sulla base di contratti di lavoro a tempo determinato possono, in linea di principio, essere giustificate dalle diverse qualifiche richieste e dalla natura delle mansioni di cui i predetti devono assumere la responsabilità (sentenza Motter, punto 46, che richiama il punto 60 della sentenza Valenza).

Praticamente, l'Avvocato generale Szpunar ha cancellato quasi con un colpo di spugna la seconda parte della sentenza Motter, quella in cui la Corte di giustizia era entrata in contraddizione con se stessa, cioè con la sentenza Valenza.

Infine, come svegliandosi da uno stato autoipnotico, l'Avvocato generale Szpunar si è accorto sarcasticamente che l'ordinanza di rinvio della Corte di appello di Trento non si era occupata dell'anzianità di servizio del docente precario e ha chiuso sull'anzianità di servizio al punto 41 affermando che, alla luce delle considerazioni che precedono (del tutto inutili), *«la questione pregiudiziale deve essere intesa nel senso che essa ha ad oggetto unicamente la circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, dell'assenza totale di risarcimento del danno causato dal ricorso abusivo ad una successione di contratti a tempo determinato per i docenti che sono stati immessi in ruolo in forza della normativa anteriore alla legge n. 107/2015 e che, di conseguenza, sono stati privati dei loro diritti risarcitori esistenti, in quanto misura sanzionatoria ai sensi dell'accordo quadro e della giurisprudenza della Corte.»*

Insomma, l'Avvocato generale Szpunar si è reso conto di aver divagato rispetto alla questione specifica sollevata dal giudice del rinvio, ma non ha cancellato nella stesura finale delle sue con-

clusioni i cinque punti “estranei”, così approfittando per sottolineare l’errore difensivo del Governo italiano e la non coerenza della sentenza Motter rispetto all’interpretazione giurisprudenziale della clausola 4 dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Questa fantozziana, più che kafkiana situazione, creata dalla sentenza Motter che ha fatto esultare il Miur come vittoria straordinaria sul contenzioso seriale finalizzato alla ricostruzione di carriera del personale docente assunto a tempo indeterminato, provocherà, a parere di chi scrive, gli scenari da commedia dell’arte (giuridica) che di seguito si vanno già delineando.

Primo scenario: il Tribunale di Trento potrebbe dare ragione, in sede di riassunzione della causa, alla docente Motter, nel momento in cui l’unica ragione oggettiva della discriminazione diretta con docenti di ruolo assunti per concorso è stata rigettata dalla Corte di giustizia al punto 34 della fantasiosa sentenza, non sussistendo alcuna discriminazione indiretta sul piano fattuale per l’assoluta coincidenza del servizio di 365 giorni per anno scolastico del periodo di pre-ruolo rispetto al periodo di ruolo.

Secondo scenario: la Corte di cassazione potrebbe interrogarsi (ed essere interrogata dai giudici di merito⁴⁹) sulla mancata delibazione, nella sentenza n.22258/2016 e in tutte le successive decisioni conformi, dell’art.485 d.lgs. n.297/1994: infatti, vi è già una rimessione in questa direzione, prima della sentenza Motter, della VI Sezione⁵⁰ alla IV Sezione lavoro della Suprema Corte in una causa in cui il Miur è ricorrente e il docente è rimasto intimato.

Terzo scenario: la Cassazione, si auspica, potrebbe accorgersi che le questioni sull’anzianità di servizio sia del personale docente che del personale ata sono state già tutte risolte con la esautiva sentenza n.22258/2016, perché l’art.485 d.lgs. n.297/1994, che era una norma di tutela integrale di tutti i periodi di servizio pre-ruolo anche nelle scuole paritarie dei docenti precari, con il riconoscimento della progressione economica in costanza delle supplenze e anche per la parte non computata ai fini giuridici, non è stata mai applicata dal Miur perché abrogata e/o congelata definitivamente dalla contrattazione collettiva e, quando essa è stata “ripristinata” sul piano amministrativo, è stata applicata parzialmente e *in malam partem*.

In conclusione, la scelta della Corte costituzionale con la sentenza n.269/2017 di dare priorità alla questione di legittimità “interna” rispetto alle istanze pregiudiziali Ue avrebbe potuto contribuire, soprattutto nelle situazioni in cui la Corte di giustizia si è già pronunciata molte volte e non sempre in modo coerente o esaustivo per la soluzione della problematica interpretativa (si fa espresso

⁴⁹ Cfr. Tribunale Foggia, Est. Antonucci, sentenza 6 novembre 2018, n.6070, che invece “disapplica”, ignorandola, la sentenza Mitter della Corte di giustizia su ricostruzione di carriera del personale ata, applicando la sentenza n.22258/2016 della Cassazione.

⁵⁰ Cassazione, VI Sez., ordinanza interlocutoria 16 luglio 2018, n.18867, che così motiva la rimessione della causa al ruolo della IV Sezione lavoro in pubblica udienza: «*in ordine alla questione sollevata, attinente alla conformità o meno alla disciplina comunitaria intesa a sancire il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine della normativa interna posta dal D.Lgs. n. 297 del 1994, art. 485, che esclude il riconoscimento integrale del servizio pre-ruolo nei confronti del personale reiteratamente assunto a tempo indeterminato e poi immesso in ruolo, non si rinvergono precedenti della Corte*»

riferimento alla sentenza Mangold⁵¹, alle due ordinanze Vino⁵², nonché alla sentenza Fiamingo⁵³) ad evitare percorsi interni *extravagantes* che minano la credibilità dell'intero ordinamento giudiziario e provocano il caos nel contenzioso seriale nei confronti delle pubbliche amministrazioni, soprattutto quando sia il giudice del rinvio sia il Governo italiano non seguono il principio di leale cooperazione con le Istituzioni europee, posto alla base dei Trattati Ue, come è accaduto, con opposti risultati sul piano delle risposte della Corte comunitaria, nella causa Motter e, vedremo, nella causa Sciotto.

Tuttavia, al primo test di credibilità del controllo accentratore di costituzionalità sul precariato pubblico sanitario sollevata dal Tribunale di Foggia, sembra di poter amaramente concludere nel senso che l'approccio della Corte costituzionale con il diritto dell'Unione europea e con la giurisprudenza della Corte di giustizia non ha (ancora) una stabilità giuridica idonea a garantire il rispetto da parte dello Stato italiano dei Trattati Ue e, soprattutto, la tutela effettiva dei diritti fondamentali garantiti della Carta di Nizza e dalla Costituzione nazionale.

3. Tra primazia del diritto Ue e controllo accentratore di costituzionalità interna: il giudice comune europeo "precaro" e la 2ª sentenza O' Brien della Corte di giustizia.

Come anticipato, il rapporto tra primazia del diritto dell'Unione e controllo accentratore di costituzionalità delle leggi interne è stato affrontato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Giudice di pace di L'Aquila nella causa Di Girolamo C-618/18 sulla inaccettabile situazione di precarietà lavorativa e di mancanza assoluta di tutele previdenziali della magistratura onoraria, con l'attenzione rivolta al ruolo della stessa Corte di giustizia dopo la declaratoria di irricevibilità della precedente ordinanza di rinvio pregiudiziale dello stesso giudice sulla stessa questione nella causa C-472/17⁵⁴.

⁵¹ 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.

⁵² Corte di giustizia Ue, ordinanza 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino contro Poste italiane*, EU:C:2010:677; nonché ordinanza 22 giugno 2011, causa C-161/11, *Vino contro Poste italiane*, EU:C:2011:420.

⁵³ Corte di giustizia Ue, sentenza 3 luglio 2014, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13 *Fiamingo ed altri contro Rete ferroviaria italiana*, EU:C:2013:2044; su *Riv.it.dir.lav.*, 2015, II, 291 ss., con nota di E.Ales, *La nuova disciplina del contratto a termine è conforme al diritto comunitario? Una risposta (nel complesso) positiva*. In dottrina v. L. Menghini, *Diritto speciale nautico, diritto comune e diritto eurounitario: le loro interferenze nelle pronunce della Cassazione e della Corte di giustizia Ue sul contratto di arruolamento a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu, 2015; A.Vimercati, *Lavoro marittimo, se tra due part time non passano 60 giorni il rapporto diventa a tempo indeterminato*, su *Guida dir.*, 1° settembre 2014; 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 www.europeanrights.eu, 2015.

⁵⁴ Corte di giustizia Ue, ordinanza 6 settembre 2018, causa C-472/17, *Di Girolamo contro Ministero della giustizia*, EU:C:2018:648.

Nella seconda ordinanza di rinvio pregiudiziale (causa C-618/18) il Giudice di pace di L'Aquila ha sollevato un primo quesito pregiudiziale, diverso da quelli proposti nella precedente ordinanza nella causa C-472/17, chiedendo alla Corte di giustizia se la normativa interna in materia di responsabilità civile dei magistrati - che equipara ai fini della responsabilità disciplinare, civile e amministrativa la violazione manifesta della legge nazionale e la violazione manifesta del diritto dell'Unione -, applicabile anche al giudice del rinvio, sia in contrasto con il diritto dell'Unione e con la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di responsabilità civile dello Stato per inadempimento alla disciplina dell'Unione da parte del giudice di ultima istanza, inducendo il giudice nazionale ad applicare, per evitare sanzioni personali disciplinari ed economiche, la normativa interna che viola in maniera manifesta il diritto dell'Unione europea, come nella fattispecie del procedimento principale.

In effetti, chiarisce il Giudice di pace di L'Aquila, il legislatore nazionale con la legge n.18/2015 ha inteso modificare la disciplina della responsabilità civile dei magistrati di cui alla legge n.117/1988, all'evidente fine di condizionare i giudici per negare l'effettività delle decisioni della Corte di giustizia (e non per rispettarne le indicazioni) quando si pronunciano in senso sfavorevole allo Stato quale parte del processo.

L'apparente intenzione del legislatore della legge n.18/2015 sarebbe stata quella di applicare la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di responsabilità per le decisioni degli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza in contrasto con il diritto dell'Unione, nelle sentenze *Köbler*⁵⁵, *Traghetti del Mediterraneo*⁵⁶ e *Commissione contro Repubblica italiana*⁵⁷.

In base a tali decisioni i giudici -- come tutti gli organi statali, ivi comprese le autorità amministrative e gli enti locali -- sono tenuti a disapplicare la normativa nazionale contrastante con il diritto dell'Unione fornito di efficacia diretta, ovvero, ove possibile, ad interpretare la prima conformemente al secondo, adottando i provvedimenti necessari ad assicurare ed agevolare la piena efficacia di tale diritto, proprio al fine di non determinare una responsabilità dello Stato in tal senso.

Secondo il giudice "precario" del rinvio pregiudiziale, il legislatore nazionale, escludendo in passato qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, sarebbe venuto meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado.

In buona sostanza, il nuovo testo dell'art.2, commi 3 e 3-bis, della legge n.117/1988, come modificato dalla legge n.18/2015, costruirebbe, secondo il Giudice di pace di L'Aquila, una nozione di responsabilità per dolo o colpa grave «in caso di violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» che pone il giudice nazionale di fronte alla scelta - che comunque

⁵⁵ Corte di giustizia Ce, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513.

⁵⁶ Corte di giustizia Ce, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, EU:C:2006:391.

⁵⁷ Corte di giustizia Ue, sentenza 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione contro Repubblica italiana*, EU:C:2011:775.

venga esercitata sarebbe causa di responsabilità civile e disciplinare nei confronti dello Stato nelle cause in cui parte sostanziale è la stessa amministrazione pubblica, come nella fattispecie di causa - se violare la normativa interna disapplicandola (nella fattispecie della causa principale, la legge n.374/1971, in cui si esclude il diritto del giudice di pace alle ferie retribuite, non qualificando il rapporto di lavoro del giudice onorario con l'amministrazione della giustizia come impiego pubblico) applicando il diritto dell'Unione europea (articoli 1, paragrafo 3, e 7 della direttiva 2003/88, clausole 2 e 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70 e articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), nell'interpretazione della giurisprudenza della Corte di giustizia nelle sentenze *O' Brien*⁵⁸ e *King*⁵⁹, in particolare, o invece violare il diritto dell'Unione europea applicando la predetta normativa interna ostativa al riconoscimento della tutela già riconosciuta.

Nella precedente ordinanza di rinvio pregiudiziale del 31 luglio 2017 nella causa C-472/17 il Giudice di pace di L'Aquila sostiene di non aver ritenuto opportuno sollevare il primo quesito pregiudiziale della seconda ordinanza, essendo sufficiente, all'epoca, ritenere che l'art.2, commi 3 – 3-bis, della legge n.117/1988, come modificato dalla legge n.18/2015, potesse ricevere un'interpretazione costituzionalmente e "comunitariamente" orientata, cioè che la manifesta violazione della legge nazionale da parte del giudice non potesse operare e comportare la sua responsabilità civile nei casi in cui la predetta norma interna, da disapplicare o non applicare, era in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Il giudice del rinvio, infatti, riteneva ancora operante il principio della primazia del diritto dell'Unione europea, sancito nella dichiarazione n.17 allegata ai Trattati: «*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*».

Viceversa, l'ordinanza del 6 settembre 2018 della Corte di giustizia nella causa C-472/17 parrebbe mettere in discussione il principio della primazia del diritto dell'Unione europea, nella parte in cui tace sull'argomentazione, condivisa dal giudice del rinvio, che il diritto richiesto dal giudice di pace ricorrente fosse fondato sull'applicabilità diretta del diritto dell'Unione che prevaleva sulla norma interna ostativa, e non sull'uso strumentale e ipotetico del processo, che, a rigore, avrebbe dovuto escludersi già sulla base dell'evidente e dichiarata difficoltà, in termini di opportunità e di coerenza del sistema di protezione dei diritti fondamentali, di questo giudice adito (e competente nei termini innanzi meglio esplicitati) a decidere di questioni riguardanti lo status e la vita lavorativa di un altro giudice di pace precario, in un contesto interno di inadempimento normativo e giurisprudenziale delle direttive 1999/70 e 2003/88 già accertato o denunciato dal Consiglio d'Europa, dal Parlamento europeo e dalla Commissione europea.

Inoltre, come anticipato, il Giudice di pace di L'Aquila nell'ordinanza del 19 settembre 2018 nella causa C-618/18 ha posto alla Corte di giustizia un secondo quesito, cioè se, alla luce degli artt.31, paragrafo 2, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dell'art.267 TFUE e dell'art.4 del Trattato dell'Unione, la decisione che la Corte di giustizia dovesse adottare nella causa pregiudiziale, rilevando il contrasto tra il diritto dell'Unione europea e l'art.2, commi 3 e 3-

⁵⁸ Corte di giustizia Ue, sentenza 1° marzo 2012, causa C-393/10, *O' Brien*, EU:C:2012:110.

⁵⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 29 novembre 2017, causa C-214/16, *King*, EU:C:2017:914.

bis, della legge 13 aprile 1988 n.117, nell'ambito di un procedimento principale in cui parte resistente è una pubblica amministrazione statale, può essere equiparata ad una norma di diritto dell'Unione europea di diretta efficacia ed applicazione da parte del giudice nazionale, consentendo la disapplicazione della disposizione interna ostativa.

Il giudice del rinvio ha evidenziato che la Corte costituzionale italiana ai punti da 5.1. a 5.2 con la sentenza n.269/2017 ha fissato i limiti del rapporto tra diritto dell'Unione e ordinamento interno attraverso l'incidente di costituzionalità, che il giudice nazionale dovrebbe rispettare nel caso in cui la causa principale rientrasse nella situazione, come nella fattispecie della causa principale, della c.d. "doppia pregiudizialità", costituzionale e "comunitaria".

È vero, secondo il Giudice di pace di L'Aquila, che la Corte costituzionale nelle ordinanze n.194 e n.195/2016, adottate contestualmente alla sentenza n.187/2016, aveva assunto una posizione diversa da quella poi articolata nella sentenza n.269/2017.

Infatti, sempre in materia di precariato pubblico scolastico, cioè nell'ambito di giudizi principali in cui parte resistente era la pubblica amministrazione statale, la Corte costituzionale con le ordinanze nn.194-195/2016 aveva precisato, in applicazione della sentenza Mascolo della Corte di giustizia, che «*secondo il costante orientamento di questa Corte, «i principi enunciati dalla Corte di giustizia, riguardo a norme oggetto di giudizio di legittimità costituzionale, si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno con il valore di ius superveniens, condizionando e determinando i limiti in cui quelle norme conservano efficacia e devono essere applicate anche da parte del giudice a quo» (ordinanze n. 80 del 2015, n. 124 del 2012 e n. 216 del 2011).*».

Il giudice del rinvio ritiene che, alla luce della sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale, le decisioni della Corte di giustizia possano avere efficacia diretta nell'ordinamento interno, ai fini della soluzione del quesito proposto, in caso di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, i cui artt.31, paragrafo 2, e 47 sono stati invocati nel secondo quesito, come norme primarie dei Trattati ai sensi dell'art.6 del Trattato dell'Unione.

È condivisibile, infatti, secondo il Giudice di pace di L'Aquila, quanto affermato dalla dottrina⁶⁰, secondo cui «*Il giudice competente ad interpretare la Carta è la Corte di Giustizia dell'Unione europea: e lo è anche con riferimento all'art 54 della Carta stessa, e dunque dell'interpretazione "in armonia" (che non significa "in conformità") con le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Nessuna Corte costituzionale può di conseguenza riservarsi il potere di interpretare la Carta unilateralmente, in armonia con le proprie tradizioni costituzionali, perché è solo nel dialogo con la Corte di Giustizia che i valori di una Costituzione possono assurgere a tradizioni costituzionali comuni*».

Tuttavia, le due diverse sentenze della grande sezione della Corte di giustizia sullo stesso caso "Taricco" a distanza di due anni l'una⁶¹ dall'altra⁶² hanno destato forti perplessità, nel giudice del rinvio e in moltissimi altri giudici nazionali, sull'effettivo valore della Carta dei diritti fondamentali

⁶⁰ V. L. S. Rossi, *La sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale italiana: obiter creativi (o distruttivi?) sul ruolo dei giudici italiani di fronte al diritto dell'Unione europea*, su www.federalismi.it, 31 gennaio 2018.

⁶¹ Corte di giustizia Ue, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

⁶² Corte di giustizia Ue, sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B., EU:C:2017:936.

e di quello delle sentenze della Corte di giustizia che interpretano e applicano i diritti (e i principi) riconosciuti nella Carta.

Per aiutare la Corte di giustizia a fornire una risposta esaustiva sul punto, il Giudice di pace di L'Aquila nell'ordinanza della causa C-618/18 ha fatto presente che, a suo giudizio, non sussistono principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale che possano impedire, nella fattispecie della causa principale, l'applicazione diretta della decisione della Corte europea che dovesse valutare come in contrasto con il diritto primario dell'Unione le norme interne, perché il diritto alle ferie retribuite anche nei confronti di un lavoratore a tempo determinato è riconosciuto dall'art.36, comma 3, della Costituzione, oltre che dall'art.31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, e ha la stessa (o forse maggiore) dignità di diritto fondamentale costituzionale ed europeo del principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art.25 della Costituzione, nella sua recente estensione al regime interno della prescrizione dei reati finanziari commessi dai grandi evasori di Iva comunitaria nella causa C-42/17.

Nel condividere integralmente i quesiti pregiudiziali proposti dal Giudice di pace di L'Aquila nella 2ª ordinanza pregiudiziale nella causa C-618/18, chi scrive fa presente che la pronuncia di irricevibilità sulla 1ª ordinanza pregiudiziale Di Girolamo nella causa C-472/17 ricorda, in combinato disposto, quanto accaduto, e duramente censurato, con l'ordinanza Crocefissa Savia⁶³ sul personale ata transitato dagli enti locali allo Stato e con le due ordinanze Vino⁶⁴ sulla causale "finanziaria" Poste, i cui gravissimi errori sul campo di applicazione del diritto dell'Unione europea sono stati "faticosamente" e definitivamente superati e sconfessati dalla Corte di giustizia soltanto con la sentenza Scattolon⁶⁵ (l'ordinanza Crocefissa) e con la sentenza Sciotto, in commento.

In ogni caso, va riconosciuto che, se la Corte di giustizia non è infallibile e può sbagliare e ha errato anche sull'ambito della sua competenza di giudice della nomofilachia autentica della normativa europea, la Cgue ha anche dimostrato la grandissima capacità di (riconoscere implicitamente e) correggere i propri errori, alzando il livello di tutela sostanziale dei diritti fondamentali dei lavoratori pubblici precari, proprio nel settore della giustizia e della magistratura onoraria.

Infatti, la Corte suprema del Regno Unito, nonostante la Brexit, ha continuato a dialogare con la Corte di giustizia e ha sottoposto la seguente seconda questione pregiudiziale nella causa C-432/17, rispetto a quella già definita dalla Corte di giustizia con la sentenza *O' Brien*, nell'ambito del giudizio principale che vede contrapporre il giudice onorario Patrick O' Brien e il Ministero della giustizia (già Dipartimento per gli affari costituzionali): «*Se la direttiva 97/81 e, in particolare, la clausola 4 dell'accordo quadro ad essa allegato, relativa al principio di non discriminazione, imponga che i periodi di anzianità precedenti il termine di trasposizione della direttiva debbano essere presi in considerazione ai fini del calcolo dell'importo della pensione di vecchiaia di un lavoratore a tempo parziale, qualora essi siano considerati nel calcolo della pensione di un lavoratore a tempo pieno comparabile*».

⁶³ Corte di giustizia Ce, ordinanza 3 ottobre 2008, causa C-287/08, Crocefissa Savia e a. contro Miur, EU:C:2008:539; con commento critico di V. De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Lav.giur.*, 2, 2010, 113 ss.; *idem*, *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso*, in *Lav.giur.*, 2012, 3, 223 ss.

⁶⁴ Sulle critiche alla 1ª ordinanza *Vino* della Corte di giustizia, cfr. V. De Michele, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2010 e l'interpretazione "infinita" sul contratto a termine*, in *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), 2011, Milano, pp.605-752.

⁶⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 6 settembre 2011, causa C-108/10, Scattolon contro Miur, EU:C:2011:542.

Il sig. O'Brien ha svolto le funzioni di giudice a tempo parziale, retribuito sulla base di onorari giornalieri, nel periodo intercorrente dal 1° marzo 1978 al 31 marzo 2005, vale a dire per un periodo essenzialmente antecedente al termine di trasposizione della direttiva 97/81 nel Regno Unito, scaduto il 7 aprile 2000. All'epoca, il regime nazionale delle pensioni per le professioni del settore giudiziario non prevedeva la concessione di una pensione di vecchiaia, per effetto delle funzioni svolte, ai giudici a tempo parziale retribuiti sulla base di onorari giornalieri.

La corresponsione delle pensioni ai magistrati professionali britannici è disciplinata dal Judicial Pensions Act 1981 nonché dal Judicial Pensions and Retirement Act.

Per effetto delle due leggi, la pensione è dovuta a chiunque venga collocato a riposo lasciando una «carica giudiziaria rispondente alle condizioni richieste» (*qualifying judicial office*), subordinatamente alla condizione di aver raggiunto il 65esimo anno di età e, quanto a coloro che ricadono nella sfera d'applicazione della legge del 1993, di aver compiuto quantomeno cinque anni di servizio nell'ambito di tale carica.

All'epoca del collocamento a riposo del sig. O'Brien una «carica giudiziaria rispondente alle condizioni richieste» era riconosciuta unicamente ai magistrati a tempo pieno ed ai magistrati percettori di stipendio, ad esclusione quindi dei magistrati a tempo parziale retribuiti sulla base di onorari giornalieri, quali i *recorders*.

Tanto secondo il regime del 1981 quanto secondo il regime del 1993, l'importo della pensione dovuta a un giudice a tempo pieno, come in Italia, si basa sullo stipendio percepito nell'ultimo anno di attività nonché sul numero degli anni di servizio prestati nell'ambito della carica giudiziaria alla data del collocamento a riposo.

Al momento del collocamento a riposo è parimenti prevista la corresponsione di una somma forfettaria, il cui importo si basa su quello della pensione di vecchiaia, come il trattamento di fine servizio per i magistrati professionali italiani.

La Corte di giustizia con la prima sentenza O' Brien del 2012 aveva già dichiarato il contrasto della normativa interna, che escludeva i magistrati onorari *recorders* dal beneficio della pensione a retribuzione differita riservato ai magistrati professionali, con la nozione di «lavoratori che hanno un contratto o un rapporto di lavoro», contenuta nella clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, che figura nell'allegato alla direttiva 97/81/CE. Secondo la Corte Ue l'esclusione dal beneficio di tale tutela può essere ammessa solo qualora il rapporto che lega i giudici al Ministry of Justice sia, per sua propria natura, sostanzialmente diverso da quello che vincola ai loro datori di lavoro i dipendenti rientranti, secondo il diritto nazionale, nella categoria dei lavoratori.

Dopo la prima sentenza O' Brien, la Corte suprema del Regno Unito con sentenza del 6 febbraio 2013 dichiarava che, all'epoca dei fatti oggetto del procedimento principale, il sig. O'Brien doveva essere considerato quale lavoratore a tempo parziale, ai sensi della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro, e che non era stata dedotta alcuna giustificazione oggettiva per derogare al principio secondo cui la retribuzione dei giudici a tempo parziale deve fondarsi sulla stessa base prevista per i giudici a tempo pieno, salvo adeguamento pro rata temporis, riconoscendo, quindi, al magistrato onorario il diritto alla concessione di una pensione di vecchiaia alle stesse condizioni previste per un *circuit judge* (giudice di Tribunale di secondo grado).

La causa veniva quindi rinviata dinanzi all'Employment Tribunal (Tribunale del lavoro) ai fini della determinazione del quantum della pensione spettante al sig. O'Brien. Dinanzi a detto giudice sorvegliava la questione se, a tal fine, occorresse tener conto dell'intero periodo durante il quale l'interessato è stato in carica a decorrere dalla sua nomina, avvenuta il 1° marzo 1978, vale a dire 27 anni, ovvero unicamente del periodo in cui questi è rimasto in carica successivamente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva 97/81, ossia meno di 5 anni. L'Employment Tribunal (Tribunale del lavoro) riteneva che occorresse tener conto dell'intero periodo in cui l'interessato è stato in carica, mentre l'Employment Appeal Tribunal (Tribunale d'appello del lavoro) decideva in senso contrario, e la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Corte d'appello di Inghilterra e Galles - sezione civile) confermava quest'ultima decisione, avverso la quale il sig. O'Brien proponeva ricorso, nuovamente, dinanzi alla Suprema Corte britannica.

Secondo la decisione di rinvio pregiudiziale, la maggior parte dei membri della Corte suprema del Regno Unito è incline a ritenere che la direttiva 97/81 produca l'effetto di vietare discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale al momento di esigibilità della pensione di vecchiaia. La direttiva si applicherebbe *ratione temporis* nel momento in cui la pensione di vecchiaia diviene esigibile successivamente all'entrata in vigore della direttiva. Laddove parte dell'anzianità di servizio sia stata maturata anteriormente a tale data, la direttiva stessa si applicherebbe agli effetti futuri della fattispecie.

Vi era, però, secondo la Suprema Corte del Regno Unito un profilo di incertezza interpretativa legato alla sentenza *Ten Oever*⁶⁶ della Corte di giustizia, secondo cui la peculiarità della retribuzione dei magistrati professionali consisterebbe in una dissociazione temporale tra costituzione del diritto alla pensione, che si realizza progressivamente durante tutto il corso della carriera del lavoratore, e la corresponsione effettiva della prestazione, differita, per contro, al raggiungimento di una determinata età.

La Corte di giustizia con la seconda recente sentenza *O'Brien*⁶⁷ ha statuito che la direttiva 97/81/CE dev'essere interpretata nel senso che, in una fattispecie come quella oggetto del procedimento principale, i periodi d'anzianità precedenti la scadenza del termine di trasposizione della direttiva 97/81, come modificata dalla direttiva 98/23, rilevano ai fini della determinazione dei diritti alla pensione di vecchiaia.

La Corte Ue, con secca e condivisibile motivazione, evidenzia che, da un lato in nessun momento il governo del Regno Unito ha chiesto alla Corte di limitare nel tempo gli effetti della sentenza della prima sentenza *O'Brien* e che, comunque, la limitazione degli effetti nel tempo può essere ammessa unicamente nella sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta; dall'altro lato, per quanto attiene all'argomento del governo del Regno Unito, secondo cui occorrerebbe distinguere il calcolo dell'anzianità richiesta per la maturazione di una pensione di vecchiaia dai diritti alla pensione, la Corte rileva che la circostanza che un diritto alla pensione sia definitivamente acquisito al termine del corrispondente periodo di attività non consente di affermare che la situazione giuridica del lavoratore debba essere considerata definitivamente acquisita e osserva, a tal proposito, che solo successivamente e tenendo conto dei periodi di anzianità rilevanti

⁶⁶ Corte di giustizia Ce, sentenza 6 ottobre 1993, causa C-109/91, *Ten Oever*, EU:C:1993:833.

⁶⁷ Corte di giustizia Ue, sentenza 7 novembre 2018, causa C-432/17, *O'Brien*, EU:C:2018:879.

il lavoratore potrà effettivamente avvalersi di tale diritto ai fini della corresponsione della propria pensione di vecchiaia (punti 34 e 35).

Una notazione: desta un senso di amarezza verificare come la Suprema Corte del Regno Unito, che ha un potere nomofilattico interno che lambisce e spesso assorbe i compiti di una Corte costituzionale nei sistemi di *civil law*, continui a dialogare con la Corte di giustizia e ad accettare la primazia del diritto dell'Unione europea, nonostante si approssimi la data per la fuoriuscita di UK dal sistema Ue.

In Italia, le Corti superiori della giurisdizione civile (Sezioni unite, sentenza n.12721/2017) e di quella amministrativa (Consiglio di Stato, sentenza n.3556/2017) affermano la natura volontaria e non subordinata dell'attività dei magistrati onorari, negando ogni tutela sostanziale e previdenziale e ignorando la sentenza O' Brien della Corte di giustizia.

Infine, la Corte di giustizia con la sentenza *King* ha riconosciuto che deve essere qualificato come «lavoratore» ai sensi della direttiva 2003/88 e ha diritto di beneficiare l'indennità per ferie annuali retribuite chi ha lavorato in base a un «*contratto di lavoro autonomo con retribuzione basata sulle sole commissioni*» (punto 13), come in misura prevalente nel caso dei magistrati onorari italiani.

Anche in questo caso, non vi è stato nessun effetto positivo diretto della maggior tutela dei diritti fondamentali riconosciuta dalla Corte di giustizia in applicazione delle direttive sociali.

Forse maggiori più stabili risultati potranno essere maturati nell'ordinamento interno nel settore del diritto del lavoro, dopo la costituzionalizzazione delle principali norme della Carta dei diritti fondamentali, che la Corte Ue ha proposto nelle due sentenze Bauer e Willmeroth⁶⁸ e Max-Planck⁶⁹.

⁶⁸ 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 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.».

⁶⁹ 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

4. La nuova primazia costituzionale del diritto (del lavoro) dell'Unione: la Carta di Nizza e le sentenze Bauer e Max-Planck della Corte di giustizia.

Infatti, con le recentissime e contestuali sentenze Bauer e Willmeroth e Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften la Corte comunitaria, in grande sezione, si è trovata a dover rispondere, ancora una volta, alla problematica del possibile effetto diretto della normativa derivata dell'Unione europea, come già interpretato dalla giurisprudenza della Corte Ue, nell'ambito di una controversia che riguarda soltanto soggetti privati, in una fattispecie di norma interna tedesca che impedisce, senza possibilità di interpretazione conforme, da un lato il diritto degli eredi di un lavoratore deceduto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute a causa della morte del titolare del diritto (causa Bauer), dall'altro il diritto del lavoratore al momento della risoluzione del rapporto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute (causa Max-Planck).

Le ordinanze pregiudiziali erano particolarmente insidiose, perché provenivano dalla Cassazione del lavoro tedesca che, diversamente dalla prevalente giurisprudenza di merito, non intendeva dare diretta applicazione alla sentenza Bollacke⁷⁰, con cui la Corte di giustizia, in una controversia tra privati in cui il diritto all'indennità sostitutiva delle ferie non godute per cessazione del rapporto di lavoro era maturato nel 2011 (quindi successivamente all'entrata in vigore del Trattato Ue) aveva dichiarato il contrasto con l'art.7 della direttiva 2003/88/CE sull'orario di lavoro di prassi nazionali (e non tanto della legislazione, che invece poteva essere agevolmente interpretata in senso favorevole al lavoratore) della giurisprudenza della Corte federale del lavoro, che escludeva il riconoscimento del diritto agli eredi in caso di risoluzione del rapporto per decesso del lavoratore.

La Corte di giustizia nelle due sentenze, in un quadro normativo interno in parte modificato dopo la sentenza Bollacke per l'inserimento di termini di esercizio del diritto delle ferie con onere di richiesta a carico del lavoratore, ha distinto tra effetto diretto nei confronti delle pubbliche amministrazioni del diritto derivato Ue quando il precetto comunitario sia sufficientemente chiaro, preciso e incondizionato, come nel caso dell'art.7 della direttiva 2003/88/CE, ed effetto diretto nei confronti dei privati del solo diritto primario dell'Unione quando la norma sia, anche in questo

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 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.».

⁷⁰ Corte di giustizia Ue, sentenza 12 giugno 2014, causa C-118/13, Bollacke, EU:C:2014:1755. La Corte Ue aveva così concluso: «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, deve essere interpretato nel senso che osta a legislazioni o prassi nazionali, quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che prevedono che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue senza dare diritto ad un'indennità finanziaria a titolo delle ferie non godute, quando il rapporto di lavoro termina per decesso del lavoratore. Il beneficio di una tale indennità non può dipendere da una previa domanda dell'interessato.».

caso, chiara, precisa e incondizionata, come l'art.31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁷¹, che ha lo stesso valore dei Trattati.

La Corte Ue, rimuovendo finalmente tutte le polemiche e le incertezze interpretative nate in conseguenza della pessima sentenza Mangold del 2005 sull'applicazione diretta alle controversie tra privati del principio di non discriminazione per età, ha precisato, alla luce della recente sentenza Smith⁷², che, *«anche se chiara, precisa ed incondizionata, una disposizione di una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi ai privati non può essere applicata in quanto tale nell'ambito di una controversia che ha luogo esclusivamente tra privati»* (sentenza Bauer, punto 77) e, richiamando la sentenza Fenoll⁷³ sul diritto alle ferie annuali del disabile inserito nei Cat francesi a cui era stato riconosciuto dalla Corte di Lussemburgo lo status di lavoratore subordinato, ha chiarito che *«l'articolo 7 della direttiva 2003/88 non può quindi essere invocato in una controversia tra privati allo scopo di garantire la piena efficacia del diritto alle ferie annuali retribuite e di disapplicare ogni disposizione di diritto nazionale contraria»* (sentenza Bauer, punto 78).

In conseguenza, la grande sezione riconosce che l'art.31, paragrafo 2, della Carta, è una disposizione chiara, precisa e incondizionata, che *«riflette il principio essenziale del diritto sociale dell'Unione al quale non è possibile derogare se non nel rispetto delle rigorose condizioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in particolare, del contenuto essenziale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite»* (sentenza Bauer, punto 84), e che può essere invocata e applicata direttamente nei confronti dei privati, a differenza di quanto previsto dall'art.27 della Carta, sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, nella fattispecie esaminata nella sentenza Association de médiation sociale⁷⁴, che rinvia per l'esercizio dei diritti informativi e sindacali ai *«casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»*.

Fondamentale, ai fini dell'applicazione estensiva dell'art.51, paragrafo 1, della Carta dell'ambito di applicazione di tutte le disposizioni della stessa Carta dei diritti Ue anche ai soggetti privati, oltre che alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente dell'attuazione del diritto dell'Unione, è la constatazione che la normativa derivata Ue (art.7 della direttiva 93/104/CEE e art.7 della direttiva

⁷¹ 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*, Bari, 2015, 195-203.

⁷² Corte di giustizia Ue, sentenza 7 agosto 2018, causa C-122/17, Smith, EU:C:2018:631, punto 43 e giurisprudenza ivi citata. La Corte Ue ha così concluso: *«Il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 288 TFUE, dev'essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, investito di una controversia tra singoli, che si trovi nell'impossibilità di interpretare le disposizioni del suo diritto nazionale contrarie ad una disposizione di una direttiva che soddisfa tutte le condizioni richieste per produrre un effetto diretto in un senso conforme a quest'ultima disposizione, non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare tali disposizioni nazionali nonché una clausola contenuta, conformemente a queste ultime, in un contratto di assicurazione. In una situazione come quella di cui trattasi nel procedimento principale, la parte lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione o la persona surrogata nei diritti di tale parte potrebbe tuttavia invocare la giurisprudenza scaturita dalla sentenza del 19 novembre 1991, Francovich e a. (C-6/90 e C-9/90, EU:C:1991:428), per ottenere eventualmente, da parte dello Stato membro, il risarcimento del danno subito.»*

⁷³ Corte di giustizia Ue, sentenza 26 marzo 2015, causa C-316/13, Fenoll, EU:C:2015:200.

⁷⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 15 gennaio 2014, causa C-176/12, Association de médiation sociale, EU:C:2014:2.

2003/88/CE) non ha istituito direttamente il diritto alle ferie annuali retribuite, che è principio essenziale del diritto sociale dell'Unione ed ha natura imperativa e categorica (anche) perché trova origine in vari atti internazionali, elaborati dagli Stati membri a livello di Unione, come l'art.8 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁷⁵, peraltro menzionata all'articolo 151 TFUE, come la Carta sociale europea⁷⁶, di cui tutti gli Stati membri sono parti in quanto vi hanno aderito nella sua versione originaria, nella sua versione riveduta o nelle due versioni, anch'essa menzionata all'articolo 151 TFUE, e come la convenzione n. 132 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, del 24 giugno 1970, relativa ai congedi annuali pagati, come riveduta, i cui principi sono richiamati dal considerando 6 della direttiva 2003/88 (sentenza Bauer, punto 81).

Del resto, sottolinea la Corte Ue, richiamando il proprio recente precedente della sentenza Egenberger⁷⁷, sottolinea di aver già ammesso che il divieto di discriminazione sancito all'articolo 21, paragrafo 1, (e l'art.47 sul diritto ad un equo processo davanti ad un giudice indipendente e imparziale) della Carta è di per sé sufficiente a conferire a un soggetto privato un diritto invocabile in quanto tale in una controversia che lo vede opposto a un altro soggetto privato, senza, quindi, che vi osti l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta (sentenza Bauer, punto 89).

Con le due sentenze del 6 novembre 2018 Bauer e Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, con la sentenza Smith del 7 agosto 2018 e con la sentenza Egenberger, tutte in grande sezione della Corte di giustizia viene per la prima volta costituzionalizzato il diritto del lavoro dell'Unione e rimossa definitivamente la giurisprudenza "flessibile" e deresponsabilizzante

⁷⁵ La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata adottata in occasione del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989 e il relativo testo è riportato nel documento della Commissione COM (89) 471 del 2 ottobre 1989. Sulla Carta comunitaria cfr. M. De Luca, *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, in AA.Vv., *Dimensione sociale del mercato unico europeo*, Giuffrè, 1990, 61 ss.; C. La Macchia, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *DLRI*, 1990, 790 ss.; C. Petitti, *La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs: un progrès?*, in *DS*, 1990, 387 ss.

⁷⁶ 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.

⁷⁷ 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.»

delle sentenze Mangold e Wippel⁷⁸⁷⁹, con effetti diretti anche nelle controversie tra privati quando la norma primaria della Carta dei diritti fondamentali, che ha lo stesso valore dei Trattati, abbia contenuto imperativo e categorico, sia chiara, precisa e incondizionata nel riconoscere ai singoli il diritto sociale, come già accertato con l'art.21 sul divieto di discriminazione, con l'art.47 sul giusto processo, con l'art.31, paragrafo 2, sul diritto alle ferie annuali e, si aggiunge, con l'art.20 sul diritto di tutte le persone all'uguaglianza davanti alla legge.

La Corte Ue ha così risposto all'autorevole dottrina⁸⁰ che, alla luce della sentenza n.269/2017 della Corte costituzionale, rappresentava la possibilità che lo stesso Giudice delle leggi sollevasse ulteriore pregiudiziale alla Corte di giustizia perché il Collegio sovranazionale chiarisse, come parametro interposto, il contenuto e la portata della Carta dei diritti fondamentali. Le due sentenze del 6 novembre 2018 della Corte comunitaria hanno rimosso ogni dubbio sul fatto che diverse norme della Carta hanno (e devono avere in base ai Trattati) applicazione diretta (e non interposta) negli ordinamenti nazionali anche nelle controversie tra privati.

Per tornare alla risposta che la Corte di giustizia dovrà dare al Giudice di pace di L'Aquila (e a tutti i giudici nazionali, compresi la Cassazione e il Consiglio di Stato, che hanno qualificato il rapporto della magistratura onoraria con il Ministero della giustizia come "volontariato", escludendo la sussistenza di lavoro subordinato, parasubordinato o autonomo) sulla 2ª ordinanza di rinvio pregiudiziale della causa Di Girolamo C-618/18, non pare che essa possa discostarsi da quanto affermato nella sentenza King, innanzi citata, richiamata al punto 59 della sentenza Bauer e ai punti 24, 42, 44 e 54 della sentenza Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften.

5. La sovranità costituzionale nazionale nel rispetto della primazia del diritto Ue: il giudice comune europeo "precario" e l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti della Commissione Ue.

In questa ottica di confronto/dialogo tra primazia del diritto dell'Unione europea e rispetto della sovranità costituzionale nazionale si pone, anche, l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del 16 ottobre 2018 proposta dal Giudice di pace di Bologna, iscritta come causa C-658/18 (PPU) Governo della Repubblica italiana, che solleva ulteriori quesiti⁸¹ per risolvere la problematica della tutela effettiva giuridica, economica, previdenziale della magistratura onoraria, rafforzando le pregiudiziali

⁷⁸ Corte di giustizia Ce, sentenza 12 ottobre 2004, C-312/02, *Nicole Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG.*, EU:C:2004. Su cui cfr. A. Nicolai, *Rechtssicherheit für die Arbeit auf Abruf?*, in *Der Betrieb*, 2004, 2812-2814; E. Bagianti, *Il lavoro intermittente e l'ordinamento comunitario*, in *Giur.it.*, 2005, 1382-1389; V. Bavaro, *Lavoro a chiamata e Corte di giustizia a proposito di fattispecie ed effetti discriminatori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, 777-786; L. Corazza, *Lavoro intermittente e discriminazioni indirette: dalla Corte di Giustizia qualche indicazione sulla natura del lavoro intermittente senza obbligo di risposta alla chiamata*, in *Mass.giur.lav.*, 2005, 185-189; G. Ricci, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 267-277.

⁷⁹ Sulla formazione di un diritto del lavoro europeo nell'ambito del pilastro sociale Ue si rimanda a V. De Michele, *Subordinazione e autonomia, lavoro agile e occasionale tra (post) Jobs act e diritto europeo*, in *La nuova frontiera del lavoro: autonomo – agile – occasionale*, di D. Garofalo (a cura di), Adapt University Press, 2018.

⁸⁰ 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.

⁸¹ Il Giudice di pace di Bologna con l'ordinanza del 16 ottobre 2018 in causa C-658/18 (PPU) Governo della Repubblica italiana ha posto i seguenti quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia: «1) Se il giudice di pace, quale giudice del rinvio pregiudiziale, rientra nella nozione di giudice comune europeo competente a proporre istanza di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE, anche se l'ordinamento interno non gli riconosce, per la sua precarietà lavorativa, condizioni di lavoro equivalenti a quelle dei magistrati professionali

precedenti tuttora pendenti, in una fattispecie di azione di risarcimento dei danni proposta per la mancata attuazione da parte dello Stato italiano nei confronti del magistrato onorario ricorrente delle direttive sociali 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato e 2003/88/CE sull'orario di lavoro, nella misura delle indennità corrisposte al magistrato professionale con pari anzianità di servizio per il periodo di ferie nel mese di agosto 2018, non retribuito.

Il Giudice di pace del rinvio pregiudiziale appare sostenere decisamente l'azione del nuovo esecutivo e, in particolare, l'inserimento nel contratto di governo della soluzione della questione della magistratura onoraria con la revisione della penalizzante riforma Orlando di cui al d.lgs. n.116/2017.

pur svolgendo le stesse funzioni giurisdizionali con incardimento nell'ordinamento giudiziario nazionale, in violazione delle garanzie di indipendenza e di imparzialità del giudice comune europeo, indicate dalla Corte di giustizia nelle sentenze Wilson (EU:C:2006:587, punti 47-53), Associação Sindical dos Juizes Portugueses (EU:C:2018:117, punto 32 e punti 41-45), Minister for Justice and Equality (EU:C:2018:586, punti 50-54). 2) Nel caso di risposta affermativa al quesito sub.1), se l'attività di servizio del giudice di pace ricorrente rientra nella nozione di «lavoratore a tempo determinato», di cui, in combinato disposto, agli articoli 1, paragrafo 3, e 7 della direttiva 2003/88, alla clausola 2 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70 e all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nell'interpretazione della Corte di giustizia nelle sentenze O' Brien (EU:C:2012:110) e King (EU:C:2017:914), e, in caso di risposta affermativa, se il magistrato ordinario o professionale possa essere considerato lavoratore a tempo indeterminato equiparabile al lavoratore a tempo determinato "giudice di pace", ai fini dell'applicazione delle stesse condizioni di lavoro di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70. 3) Nel caso di risposta affermativa ai quesiti sub. 1) e sub.2), se l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con l'art.267 TFUE, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue in materia di responsabilità dello Stato italiano per manifesta violazione della normativa comunitaria da parte del Giudice di ultima istanza nelle sentenze Köbler (EU:C:2003:513), Traghetti del Mediterraneo (EU:C:2006:391) e Commissione contro Repubblica italiana (EU:C:2011:775), siano in contrasto con l'art.2, commi 3 e 3-bis, della legge 13 aprile 1988 n.117 sulla responsabilità civile dei magistrati, che prevede la responsabilità del giudice per dolo o colpa grave «in caso di violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea» e che pone il giudice nazionale di fronte alla scelta - che comunque venga esercitata è causa di responsabilità civile e disciplinare nei confronti dello Stato nelle cause in cui parte sostanziale è la stessa amministrazione pubblica, particolarmente quando il giudice della causa è un giudice di pace con lavoro a tempo determinato privo di tutele effettive giuridiche, economiche e previdenziali -, come nella fattispecie di causa, se violare la normativa interna disapplicandola e applicando il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di giustizia, o invece violare il diritto dell'Unione europea applicando le norme interne ostative al riconoscimento della tutela e in contrasto con gli articoli 1, paragrafo 3, e 7 della direttiva 2003/88, con le clausole 2 e 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70 e con l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. 4) Se, ai sensi degli articoli 2, 4, commi 2 e 3, 6, comma 1, 9, 10, comma 1, 17, comma 1, del Trattato dell'Unione, in combinato disposto con l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, costituisce violazione qualificata idonea a fondare l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione europea prevista dall'art.340, comma 2, del TFUE, il comportamento della Commissione europea, che si rifiuta di avviare una procedura di infrazione o di deferire alla Corte di giustizia con il ricorso per inadempimento per la violazione del diritto dell'Unione da parte di uno Stato, quando, come nella fattispecie di causa, si sono verificate le seguenti situazioni: • con la comunicazione DG EMPL/B2/DA-MAT/sk (2016), pervenuta in data 10 giugno 2016 alle autorità pubbliche italiane, la Commissione a giugno 2016 ha chiuso con esito negativo, preannunciando la prossima apertura di una procedura di infrazione, il caso EU Pilot 7779/15/EMPL, accertando l'incompatibilità con il diritto Ue della disciplina nazionale che regola il servizio prestato dai magistrati onorari, in materia di reiterazione abusiva di contratti a termine, di disparità di trattamento in materia di retribuzione rispetto ai magistrati ordinari o professionali, di ferie e di congedo di maternità, procedura di infrazione che all'attualità non è stata mai avviata; • la stessa Commissione con la comunicazione del 21 dicembre 2016 C(2016) 8600 final ha precisato di avere il potere discrezionale di decidere se e quando avviare procedure di infrazione o deferire il caso alla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza riconosce il fatto che i cittadini non vinceranno i ricorsi presentati contro la Commissione, se quest'ultima rifiuta di avviare una procedura d'infrazione. 5) Indipendentemente dalle risposte di cui ai quattro quesiti che precedono, se gli articoli 268, 274 e 340, comma 2, TFUE possono essere interpretati alla luce degli articoli 2, 4, commi 2 e 3, 6, comma 1, 9, 10, comma 1, 17, comma 1, del Trattato dell'Unione, in combinato disposto con l'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel senso che l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione non possa essere sottratta alla competenza delle giurisdizioni nazionali, in una fattispecie, come quella di causa, in cui la mancata applicazione nell'ordinamento interno del diritto dell'Unione che garantisce il principio dell'indipendenza e dell'imparzialità dei giudici sia stata determinata come concausa dalla violazione qualificata da parte della Commissione dei compiti e degli obblighi derivanti dal ruolo di custode dei Trattati, e dal potere discrezionale della Commissione di decidere se e quando avviare procedure di infrazione o deferire il caso alla Corte di giustizia, la cui giurisprudenza riconosce il fatto che i cittadini non vinceranno i ricorsi presentati contro la Commissione, se quest'ultima si rifiuta di avviare una procedura d'infrazione, rendendo così inefficace la competenza della Corte di giustizia a decidere, in via esclusiva, la controversia sulla responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione.».

Tuttavia, diversamente dalle pregiudiziali precedenti, il magistrato del rinvio pregiudiziale chiede alla Corte di giustizia se possa essere considerato giudice comune europeo un giudice di pace, come il giudice del rinvio, che non è messo nelle condizioni di lavoro per essere giudice indipendente e imparziale, inamovibile, perché precario e sprovvisto sul piano economico di una retribuzione corrispondente alle responsabilità legate all'esercizio di funzioni giudiziarie e della tutela previdenziale.

Il giudice del nuovo rinvio pregiudiziale sulla magistratura onoraria italiana denuncia una crisi sistemica della tutela giurisdizionale in materia civile nell'ordinamento interno determinata da una crisi sistemica della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea, a causa dell'inadempimento strutturale della Commissione europea al compito di custode dei Trattati, per aver rifiutato di attivare una procedura di infrazione già preannunciata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri come imminente in data 10 giugno 2016 con la chiusura negativa del caso EU Pilot 7779/15/EMPL.

La Commissione Ue, infatti, aveva preannunciato nella comunicazione DG EMPL/B2/DA-MAT/sk (2016) del giugno 2016 la prossima apertura di una procedura di infrazione, mai attuata, per l'incompatibilità con il diritto UE della disciplina nazionale che regola il servizio prestato dai magistrati onorari (giudici e viceprocuratori), in materia di reiterazione abusiva di contratti a termine, di disparità di trattamento in materia di retribuzione con i magistrati professionali, di ferie non retribuite e di congedo di maternità.

Eppure, la Commissione europea sia nell'audizione del 28 febbraio 2017 sulle petizioni dei giudici onorari davanti al Parlamento Ue sia nelle osservazioni scritte del 28 novembre 2017 della causa C-472/17 Di Girolamo sulla stessa questione affrontata dal Giudice di pace di Bologna sia nella comunicazione scritta del 28 febbraio 2018, sempre in risposta alle petizioni dei magistrati onorari, alla Commissione PETI del Parlamento europeo ha continuato a rappresentare la stessa situazione di inadempimento integrale del secondo e del terzo governo della XVII legislatura alle direttive 1999/70/CE e 2003/88/CE, già rappresentata nella comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri notificata il 10 giugno 2016.

Secondo l'ordinanza di rinvio, non risulta che questa informazione sia stata mai trasmessa dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri al Parlamento, obbligo che invece è previsto dall'art.4, comma 3, lett.e), della legge 24 dicembre 2012, n.234 ("Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"), normativa che prevedeva e prevede il Ministro degli Affari europei come autorità pubblica nazionale onerata dei rapporti diretti con l'Unione europea e con il Parlamento nazionale, figura istituzionale che non è stata inserita nella compagine governativa nel secondo governo della XVII legislatura entrato in carica il 22 febbraio 2014 fino al 12 dicembre 2016 e neanche in quella del successivo governo, mentre è stata ripristinata nel primo governo dell'attuale XVIII legislatura, attualmente in carica.

Dopo 28 mesi, secondo il giudice del rinvio pregiudiziale, permane il rifiuto inspiegabile della Commissione di attivare la procedura di infrazione su inadempimento già accertato.

Addirittura il Parlamento Ue nella risoluzione del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro, che risponde anche alle petizioni dei magistrati onorari, ha diffidato la Commissione europea ad attivare immediatamente le procedure di infrazione per il corretto adempimento da parte dell'Italia alla direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato.

Il giudice del rinvio evidenzia lo sforzo dell'attuale governo di risolvere la situazione di precarietà lavorativa della magistratura onoraria, con l'istituzione con il decreto del 21 settembre 2018 del Ministro della giustizia di un tavolo tecnico e composto da rappresentanti della magistratura onoraria e della magistratura professionale, per trovare la migliore soluzione possibile per il futuro.

Per il passato, di cui invece si deve occupare il giudice del rinvio pregiudiziale quale giudice comune europeo, vi è una situazione di diniego assoluto di ogni possibilità di tutela anche risarcitoria, poiché il d.lgs. n.116/2017 nega il fondamento stesso della tutela, cioè il riconoscimento in favore dei magistrati onorari dello status di lavoratori subordinati equiparati per funzioni e condizioni di lavoro ai magistrati professionali, sotto il profilo economico, giuridico, previdenziale e della inamovibilità dell'incarico, ontologicamente precario.

Evidente appare, allora, secondo il Giudice di pace di Bologna, l'accordo tra il secondo governo della XVII legislatura e la Commissione europea di non contrastare le riforme destabilizzanti e precarizzanti del Jobs act, della scuola e della magistratura onoraria, consentendo di tollerare così anche il rifiuto di avviare procedure di infrazione contro la Germania per l'eccesso di surplus della bilancia commerciale e contro la Francia per il costante sfioramento del rapporto del 3% deficit/pil, mentre all'Italia viene addirittura contestata dalla Commissione di Juncker il mero raggiungimento del 2,4%, secondo il peggior metodo intergovernativo, che costituisce la negazione del metodo comunitario nelle scelte di governo dell'Unione europea e, quindi, la negazione della stessa Unione europea.

A questo punto il giudice del rinvio pregiudiziale è costretto a chiedersi se esistono ancora i presupposti per un sistema giurisdizionale eurounitario di tutela dei diritti fondamentali, e, in particolare, se il giudice onorario è ancora giudice comune europeo, pur essendo negato il presupposto per l'indipendenza e l'imparzialità del giudice comune europeo, cioè la stabilità lavorativa e l'equiparazione con le condizioni di lavoro della magistratura professionale, che gode della garanzia dell'inamovibilità e della sostanziale immunità rispetto alla legge sulla responsabilità civile dei magistrati, modificata dal secondo governo della XVII legislatura, che può essere contestata, con tutte le conseguenze disciplinari ed economiche, soltanto ad un giudice precario che osi ritenersi ancora giudice comune europeo ed applicare il diritto dell'Unione, andando così a violare, disapplicandola, la norma interna in contrasto con la normativa comunitaria.

Inoltre, il giudice onorario bolognese chiede che venga riconosciuta come ammissibile davanti al giudice nazionale l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione europea, per il risarcimento dei danni subiti dalla magistratura onoraria a causa del comportamento inerte della Commissione europea che non garantisce più il proprio ruolo di custode dei Trattati e che si difende, in una comunicazione del 21 dicembre 2016 C(2016) 8600 final dal titolo "Diritto dell'Unione: risultati migliori attraverso una migliore occupazione", a pag.8, dichiarando la sua piena discrezionalità nel rifiutarsi di avviare le procedure di infrazione anche di fronte a macroscopici casi di inadempimento ai regolamenti e alle direttive europee: «*La Commissione promuove l'interesse generale dell'Unione e garantisce l'applicazione dei trattati. In qualità di custode dei trattati ha il dovere di monitorare l'operato degli Stati membri nell'attuazione della legislazione dell'UE e di garantire la conformità della loro normativa e delle loro prassi a tale legislazione, sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nell'esercizio di tale ruolo la Commissione ha il potere discrezionale di decidere se e quando avviare procedure di infrazione o deferire il caso alla Corte di giustizia. Di conseguenza la giurisprudenza riconosce il fatto che i cittadini non vinceranno i ricorsi presentati contro la Commissione, se quest'ultima rifiuta di avviare una procedura*

d'infrazione. Essere "un'Unione europea più grande e più ambiziosa sui temi importanti e più piccola e più modesta sugli aspetti meno rilevanti" dovrebbe tradursi in un approccio più strategico ed efficace all'attuazione in termini di gestione delle infrazioni. Nell'attuare questo approccio, la Commissione continuerà a valutare il ruolo essenziale svolto dai singoli autori delle denunce nell'individuare problemi più ampi in merito all'attuazione del diritto dell'UE che incidono sugli interessi di cittadini e di imprese.».

L'inerzia consapevole della Commissione nell'adottare la messa in mora ai sensi dell'art.258 TFUE sulla situazione dei giudici onorari e la comunicazione della Commissione del 21 dicembre 2016 C(2016) 8600 final appaiono una scelta politica in contrasto con lo spirito dei Trattati nella direzione di un metodo intergovernativo di soluzione dei problemi nel territorio dell'Unione, che costituisce, *ex se*, la prova di una crisi sistemica della tutela giurisdizionale eurounitaria.

Secondo il giudice del rinvio, per il rispetto dei principi di sussidiarietà, di leale cooperazione, di diritto ad un equo processo e una tutela effettiva davanti ad un giudice imparziale, di legittimazione sul fondamento della democrazia rappresentativa delle scelte di governo sia nelle Istituzioni europee che negli Stati membri, è indispensabile che l'azione di responsabilità extracontrattuale nei confronti dell'Unione europea per il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente a causa del comportamento della Commissione europea, in via esclusiva o in solido con il Governo dello Stato membro, possa essere esercitata anche davanti al giudice nazionale, nel momento in cui la Commissione europea ha preconstituito le condizioni per vanificare e rendere ineffettiva la competenza esclusiva della Corte di giustizia sulla predetta azione.

Ritiene, infatti, il giudice onorario bolognese che il diritto al risarcimento dei danni preteso dalla ricorrente giudice di pace, che egli valuta come fondato, debba anche essere considerato alla luce della responsabilità per illecito extracontrattuale della Commissione europea, e un'eventuale preclusione dell'estensione all'Unione europea dell'azione giudiziaria proposta davanti al giudice nazionale finirebbe per ledere principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano, con l'obbligo per il giudice interno di adire la Corte costituzionale per la declaratoria di illegittimità *in parte qua* della legge di ratifica dei Trattati europei, come già avvenuto nella nota questione "Taricco".

Anche nel caso dell'ordinanza del Giudice di pace di Bologna si può pervenire alla conclusione che le due sentenze della grande sezione della Corte di giustizia del 6 novembre 2018 hanno risposto anticipatamente ai quesiti pregiudiziali, consentendo in prospettiva ai giudici nazionali la tutela dei diritti fondamentali della magistratura ordinaria con l'applicazione diretta della normativa dell'Unione e della Carta dei diritti, senza necessità di coinvolgere (anche) le responsabilità della Commissione Ue.

6. La strumentalità della questione di rinvio pregiudiziale nella causa Sciotto sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

Con l'ordinanza del 15 maggio 2017 nella causa Sciotto C-331/17 la Corte di appello di Roma ha sollevato un'unica questione pregiudiziale: «*Se la normativa nazionale (in particolare di cui all'art. 3, comma 6, del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64, convertito, con modificazioni, nella legge 29 giugno 2010, n. 100, nella parte in cui stabilisce che: "Non si applicano, in ogni caso alle fondazioni lirico-sinfoniche le disposizioni dell'articolo 1, commi 01 e 2, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368")*, sia contraria alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato,

concluso il 18 marzo 1999, che figura nell'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.».

Così come è accaduto nella causa Motter, la “tautologica” domanda di rinvio pregiudiziale, lungi dall'essere espressione del dialogo del giudice nazionale con la Corte UE, manifesta, in realtà, anche nella parziale e contraddittoria ricostruzione del pur complesso quadro normativo e giurisprudenziale, una precisa posizione interpretativa del rifiuto, da parte della Corte di appello, di *applicare in subiecta materia* la giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze Mascolo e Commissione contro Granducato di Lussemburgo, citt.), della Corte costituzionale (sentenze n.260/2015 e n.187/2016; ordinanze nn.194 e 195/2016, che hanno applicato le sentenze Mascolo e Commissione contro Granducato di Lussemburgo della Corte di giustizia), della Cassazione a Sezioni unite (sentenza n. 21691/2016), della Sezione lavoro della Suprema Corte⁸², della stessa Corte di appello di Roma⁸³.

Infatti, la Sezione lavoro della Cassazione, a partire dalla sentenza n.5748/2014 e con l'orientamento costante innanzi citato (ignorato nell'ordinanza di rinvio e non applicato alla fattispecie della causa Sciotto), ha affermato: «*Non appare peraltro sostenibile che con il rinnovato vigore del Decreto Legge n. 64 del 2010, articolo 3 il legislatore abbia voluto riaffermare la impossibilità della conversione dei rapporti di lavoro a termine del personale delle fondazioni lirico-sinfoniche per tutte le ipotesi di nullità dei contratti, comprese quelle derivanti da vizi genetici di forma o riguardanti la mancanza delle ragioni giustificative del termine: tale tesi trascura di considerare che il divieto di conversione, nel vigore della Legge n. 426 del 1977, trovava il suo sostegno normativo non già (o, meglio, non solo) nell'articolo 3 Legge cit. - giacché la norma si limitava a vietare i rinnovi dei contratti sancendo la nullità di diritto delle assunzioni, ma tacendo sulle conseguenze in punto di trasformazione - quanto piuttosto nella natura di ente pubblico non economico degli enti lirici e nella qualificazione stricto sensu pubblicistica del rapporto di lavoro, oltre che in specifiche disposizioni di legge (v. Legge n. 498 del 1992, cit.: sul punto, per tutte, Cons. Stato, 20 luglio 2006, n. 4602).*».

La Corte costituzionale, con la sentenza n.153/2011⁸⁴, ha dapprima evidenziato che proprio il D.L. n.64/2010 aveva accentuato la natura pubblica delle Fondazioni lirico-sinfoniche come «*organismi nazionali di diritto pubblico*», compatibile «*con la forma giuridica privata dell'ente (anche in forma societaria)*», purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006).».

Successivamente, con la sentenza n.260/2015 (pure richiamata nell'ordinanza di rinvio, ma non applicata alla fattispecie della causa Sciotto) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 40, comma 1-bis, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (inserito in sede di conversione dall'art. 1, comma 1, della l. 9 agosto 2013, n. 98), nella parte in cui prevede che l'art. 3,

⁸² Cfr. Cassazione, S.L., sentenze n. 208/2017; n. 18512/2016; n. 17064/2015; n.10924/2014; n. 10217/2014; n.10124/2014; n.10123/2014; n.10122/2014; n. 7243/2014; n. 6547/2014; n. 5749/2014; n. 5748/2014; n. 18263/2013; n. 11573/2013; n. 247/2011.

⁸³ Con le osservazioni scritte della lavoratrice Sciotto sono state allegare le 13 sentenze della Corte di Roma che si sono adeguate alla Cassazione, con l'unica eccezione della sentenza n. 2572/2016, decisa dallo stesso Collegio che ha proposto la domanda pregiudiziale nella causa C-331/17.

⁸⁴ Corte costituzionale, sentenza 21 aprile 2011, n.153, su cui cfr. A. Bruni – N. Guasconi, *Sulla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici*, in Rass. Avvocatura Stato, 2011, n.4, p.85.

comma 6, primo periodo, del d.l. 30 aprile 2010, n. 64 (convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 29 giugno 2010, n. 100), si interpreta nel senso che alle fondazioni lirico-sinfoniche, fin dalla loro trasformazione in soggetti di diritto privato, non si applicano le disposizioni di legge che prevedono la stabilizzazione del rapporto di lavoro come conseguenza della violazione delle norme in materia di stipulazione di contratti di lavoro subordinato a termine.

La Corte costituzionale nella sentenza n.260/2015, difendendo il consolidato orientamento della Cassazione favorevole alla riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a tempo determinato dei dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche in caso di vizio genetico del contratto o di mancanza di ragioni oggettive, ha richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia *in subiecta materia*: «L'illegittimità costituzionale della norma, in quanto retroattiva, si coglie anche sotto un distinto e non meno cruciale profilo. Nell'estendere il divieto di conversione del contratto a tempo determinato oltre i confini originariamente tracciati, includendo anche l'ipotesi di un vizio genetico del contratto a tempo determinato, la norma pregiudica un aspetto fondamentale delle tutele accordate dall'ordinamento ai rapporti di lavoro, in un contesto già connotato in senso marcatamente derogatorio rispetto al diritto comune. Del resto, con riguardo ai lavoratori dello spettacolo, la Corte di giustizia ha valorizzato il ruolo della "ragione obiettiva" come mezzo adeguato a prevenire gli abusi nella stipulazione dei contratti a tempo determinato e come punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità dell'impiego e le irriducibili peculiarità del settore (sentenza 26 febbraio 2015, nella causa C-238/14, Commissione contro Granducato di Lussemburgo, che riprende le affermazioni della sentenza della Corte di giustizia, 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, Mascolo ed altri).».

Così operando, la Corte costituzionale con la sentenza n.260/2015 ha mostrato indifferenza, ai fini della tutela effettiva della stabilità lavorativa in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, sulla natura pubblica o privata delle Fondazioni liriche-sinfoniche, rigettando le argomentazioni del Governo italiano, che aveva difeso⁸⁵ la norma interpretativa dichiarata illegittima, con la motivazione dell'eccessivo costo per le risorse pubbliche - da cui le Fondazioni liriche sono finanziate – in caso di riqualificazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato "abusati", con espresso richiamo, appunto, della sentenza n.153/2011 della Corte costituzionale che le ha qualificate organismi nazionali di diritto pubblico (sostanzialmente Enti pubblici non economici), evidenziandone la natura pubblicistica anche dell'attività svolta. Difesa che la difesa erariale ribadirà anche nelle osservazioni scritte della causa Sciotto.

La sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale è stata censurata già a gennaio 2016 da minoritaria dottrina⁸⁶, per «errori in fatto e in diritto» che sarebbero stati commessi nella sentenza del Giudice delle leggi, che avrebbe applicato erroneamente i principi della sentenza *Mascolo* e non

⁸⁵ Così viene riportata la posizione del Governo italiano nella sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale: «La difesa dello Stato replica che la disciplina impugnata ha natura interpretativa, in quanto isola una delle varianti di senso (il divieto generale di stabilizzazione dei rapporti irregolari), coerente con la finalità di contenere la spesa pubblica e con le peculiarità di un settore contraddistinto da un'attività stagionale. A dire dell'Avvocatura generale dello Stato, la norma censurata rinviene la sua ragion d'essere nella spiccata impronta pubblicistica delle fondazioni lirico-sinfoniche, sovvenzionate in misura prevalente dallo Stato e dagli enti locali, qualificabili, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 153 del 2011), come organismi nazionali di diritto pubblico. Non si potrebbe istituire, pertanto, alcun raffronto tra i rapporti di lavoro instaurati dalle fondazioni e i rapporti di lavoro che intercorrono con gli imprenditori privati. Inoltre, i ragguardevoli disavanzi di esercizio del settore integrano «razionali e congrue motivazioni di spiccato rilievo pubblicistico», idonee a giustificare l'introduzione di un assoluto divieto di conversione dei contratti a termine in contratti a tempo indeterminato.».

⁸⁶ A.M. Perrino, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro it.*, 2016, n.1, I, p.1.

quelli della 1ª ordinanza *Vino*, trattandosi di singoli contratti a tempo determinato privi di ragioni oggettive.

Con sentenza del 31 maggio 2016 n.11374 la Cassazione rigettava il ricorso n.17368/2011 R.G. proposto da una lavoratrice che aveva impugnato, con ricorso depositato nel 2007, due contratti a tempo determinato stipulati con Poste italiane, privi di ragioni oggettive temporanee perché motivati dal mero ricorso ad una clausola generale ed astratta, l'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001. In particolare, veniva dichiarato infondato il primo e principale motivo del ricorso, in cui si era denunciata la violazione dell'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001, perché, secondo la Suprema Corte, l'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 rappresentava una autonoma causale di ricorso al contratto a tempo determinato e non si aggiungeva alle ragioni oggettive temporanee previste dall'articolo precedente. La acausalità dei due contratti a tempo determinato impugnati nel 2007 viene compensata, secondo la sentenza n.11374/2016 delle Sezioni unite, dall'applicazione anche alla fattispecie di causa della clausola di durata di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (punto 59).

Ignorando la sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale e la granitica giurisprudenza della Cassazione sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche, con la sentenza n.11374/2016⁸⁷ la Cassazione a Sezioni unite ha così legittimato i contratti acausali dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 e, quindi, i contratti acausali del Jobs act.

La Cassazione a Sezioni unite ha omesso di motivare sul punto dell'inapplicabilità *ratione temporis* alla fattispecie di causa (due contratti a tempo determinato stipulati nel 2007 ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001), introdotta con ricorso al Tribunale di Roma depositato a luglio 2007, dell'art.5, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001, norma entrata in vigore dopo oltre cinque mesi dall'inizio della controversia della lavoratrice postale senza alcun effetto retroattivo sui processi in corso, ma con un effetto retroattivo ai contratti a tempo determinato stipulati prima della sua effettiva entrata in vigore (a decorrere dal 1° aprile 2009, dopo la fase transitoria prevista dall'art.1, comma 43, della legge n.247/2007) solo "in aggiunta" alla tutela delle ragioni oggettive di cui all'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001.

La Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n.11374/2016 ha rigettato tutte le sette istanze pregiudiziali presentate dalla lavoratrice. In particolare, per quanto riguarda quelle sulle nozioni comunitarie di ragioni oggettive e di contratti successivi la Cassazione a Sezioni unite ha sostenuto ai punti 67-76 che non erano applicabili i principi enunciati nella sentenza *Adeneler*⁸⁸ della Corte di giustizia, perché l'ordinamento interno prevede una misura preventiva adeguata quale l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, ai sensi della clausola 5, punto 1, lett.b), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Tuttavia, contraddittoriamente la Corte rigettava (punto 79) anche

⁸⁷ Cassazione, S.U., sentenza 31 maggio 2016, n.11374. Lo stesso principio di diritto sui contratti acausali di Poste italiane è stato ribadito dalla Cassazione nelle successive decisioni (Cass., SS.UU., sentenze nn.13375-13376- 13529/2016; VI Sez. L, ordinanze nn.1874-6103-6281-10488-10590/2017; Sez.lav., sentenza n.14874/2017).

⁸⁸ 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. 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.

la specifica pregiudiziale sulla compatibilità Ue dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 con la clausola 5, punto 1, lett.b), dell'accordo quadro perchè "non rilevante" ai fini della decisione, in quanto le mansioni svolte nei due contratti a termine impugnati erano equivalenti, mentre vi era servizio, precedente ai due contratti a termine impugnati, per 57 mesi.

Al punto 81 della sentenza n.11374/2016 la Cassazione a Sezioni unite ha concluso legittimando la nuova disciplina dei contratti a tempo determinato del Jobs act (legge n.78/2014 e d.lgs. n.81/2015): «*In conclusione, per le ragioni esposte, i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato stipulati in successione tra loro tra le parti del presente giudizio sono conformi alla disciplina del lavoro a tempo determinato dettata dal Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368 e successive integrazioni, applicabile ratione temporis. A sua volta, la disciplina italiana applicabile al rapporto, e cioè la normativa sulla successione di contratti a tempo determinato dettata dal Decreto Legislativo n. 368 del 2001, articolo 5, integrata dalla L. n. 247 del 2007, articolo 1, comma n. 40 e n. 43, è conforme ai relativi principi fissati dall'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, stipulato tra le organizzazioni sindacali CES, UNICE e CEEP il 18 marzo 1999, recepito nella Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE.*».

Viceversa, la Corte costituzionale con la sentenza n.187/2016 e con le ordinanze nn.194 e 195/2017 ha dato continuità, purtroppo a distanza di due anni interrotta dalla sentenza n.248/2018 della Consulta, alla precedente sentenza n.260/2015 ed ha affermato che la stabilizzazione dei lavoratori pubblici a tempo determinato della scuola è l'unica sanzione che rimuove definitivamente le conseguenze di un abusivo ricorso ai contratti a termine attraverso il conferimento di supplenze annuali prive di ragioni oggettive, dichiarando così illegittimo costituzionalmente l'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 in applicazione della sentenza *Mascolo* della Corte di giustizia (sentenza n.187/2016), qualificata come «*ius superveniens*» (ordinanze nn.194 e 195 del 2016).

La Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n.21691/2016 ha confermato, per quanto riguarda i lavoratori dello spettacolo, quanto specificamente già deciso dalla Sezione lavoro della Suprema Corte per lo specifico settore dei dipendenti a tempo determinato delle Fondazioni lirico-sinfoniche, affermando che «*In tema di assunzioni a termine dei lavoratori dello spettacolo, ai fini della legittimità dell'apposizione del termine, è necessario che ricorrano la temporaneità della occasione lavorativa rappresentata dalla trasmissione o dallo spettacolo (che non devono essere necessariamente straordinari o occasionali, ma di durata limitata nell'arco di tempo della programmazione complessiva, e quindi destinati ad esaurirsi), la specificità del programma (che deve essere quantomeno unico, ancorché articolato in più puntate o ripetuto nel tempo) e la connessione reciproca tra specificità dell'apporto del lavoratore e specificità del programma o spettacolo (per cui il primo concorre a formare la specificità del secondo o è reso necessario da quest'ultima specificità), di modo che l'assunzione riguardi soggetti il cui apporto lavorativo sia tale da realizzare un peculiare contributo professionale, tecnico o artistico, che non sia facilmente fungibile con il contributo realizzabile dal personale a tempo indeterminato dell'impresa. (Principio affermato ai sensi dell'art. 360-bis, n. 1, c.p.c.)*».

In buona sostanza, il quesito pregiudiziale posto dalla Corte di appello di Roma nella causa Sciotto era del tutto avulso e in contrasto logico-interpretativo con la descritta giurisprudenza della Cassazione, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia (giurisprudenza tutta citata anche nell'ordinanza di rinvio), che doveva costituire per il giudice del rinvio «diritto vivente» per quanto riguarda il principio di diritto enunciato dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale, e cioè che

l'interpretazione adeguatrice ai principi costituzionali e del diritto dell'Unione europea dell'art.3, comma 6, D.L. n.64/2010, portava all'applicazione della stessa regola generale prevista per tutti gli altri dipendenti a tempo determinato pubblici e privati, secondo cui i vizi genetici o la mancanza di ragioni oggettive di cui all'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 (norma comunque applicabile alla fattispecie di causa, ma non citata nell'ordinanza di rinvio) anche del primo o unico contratto a tempo determinato comportano la riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, in applicazione della clausola 5, n.1, lett.a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Si tratta, come evidenziato dalla sentenza n.12985/2008⁸⁹ della Cassazione - la cui interpretazione "comunitariamente" orientata sulla necessaria sussistenza delle ragioni oggettive temporanee per giustificare l'apposizione del termine alla luce della sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia ha trovato l'avallo della Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009 e della Corte di giustizia nella sentenza *Sorge*⁹⁰ proprio in riferimento all'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 e - come sottolineato dalla Cassazione nella consolidata giurisprudenza sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche -, le ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, in applicazione della clausola 5, n.1, lett.a) dell'accordo quadro, costituivano (e costituiscono) l'unica misura preventiva prevista dall'ordinamento interno (anche) per i dipendenti delle "Fondazioni di produzione musicale" o Fondazioni lirico-sinfoniche nel recepire la direttiva 1999/70/CE, stante il divieto di applicazione della normativa sui contratti successivi enunciato nell'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001 (cfr. punto 8 dell'ordinanza di rinvio).

La Corte di appello di Roma nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale ha ignorato (nella parte in cui ribadivano la vigenza della misura delle ragioni oggettive) tutti i precedenti della Cassazione che intervenivano specificamente con l'interpretazione adeguatrice anche dell'art.3, comma 6, D.L. n.64/2010, dalle sentenze n.5748/2014 e n.6547/2014 fino alla più recente sentenza n.208/2017, che è intervenuta proprio su un primo e unico contratto a tempo determinato stipulato dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, ritenuto illegittimo perché privo di ragioni oggettive, in applicazione dei principi di diritto enunciati dalla Corte costituzionale nella sentenza n.260/2015.

Infatti al punto 9 dell'ordinanza di rinvio la Corte di appello di Roma ha citato soltanto due precedenti della Cassazione antecedenti alla sentenza n. 5748/2014 (si tratta delle sentenze n. 18263/2013 e n.11573/2011), per poi trascrivere all'ultimo periodo non integralmente il principio di diritto enunciato dalla sentenza n.6547/2014: «L'art. 3, comma 6°, decreto legge n. 64/2010, convertito in legge con modificazioni, con legge 29 giugno 2010, n. 100, nella parte in cui dispone che alle fondazioni lirico sinfoniche, fin dalla loro trasformazione soggetti di diritto privato e al

⁸⁹ Cfr. Cassazione, S.L., sentenza 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, n. 9, 903, con nota di V. De Michele, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del legislatore*. In dottrina, si veda A.M. Perrino, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *Il Foro it.*, 2008, n. 12, 3576; A. Olivieri, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 891; critico A. Vallebona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 8-9, 643.

⁹⁰ 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 supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *Lav.giur.*, 2010, 9, 865-883.

periodo anteriore alla data di entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, continua ad applicarsi l'art. 3, quarto e quinto comma, della legge 22 luglio 1977, n. 426 ha un valore meramente confermativo dell'inapplicabilità ai rapporti di lavoro del personale dipendente delle norme in tema di rinnovi dei contratti a tempo determinato, dovendosi intendere tale termine riferito alla continuazione del rapporto di lavoro dopo la sua scadenza e oltre la durata indicata dal legislatore, alla riassunzione del lavoratore effettuata prima della scadenza del periodo minimo fissato dalla legge, nonché, infine, alle assunzioni successive effettuate senza soluzione di continuità.».

Sul principio di diritto la sentenza n.6547/2014, infatti, nell'ultimo periodo precisa: «L'art. 3 non riguarda invece i vizi afferenti alla mancanza dell'atto scritto e alla insussistenza delle ipotesi tipiche ovvero delle ragioni di carattere produttivo che legittimano l'apposizione del termine».

Risulta molto evidente che la Corte costituzionale con la sentenza n.260/2015 si è limitata a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.40, comma 1-bis, D.L. n.69/2013, proprio sul presupposto che all'art.3, comma 6, 3° periodo, D.L. n.64/2010, come interpretato dalla Cassazione con giurisprudenza consolidata, non andava ad escludere (anche) le ragioni oggettive quale unica misura preventiva contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato da parte delle Fondazioni lirico-sinfoniche, altrimenti il Giudice delle leggi avrebbe provveduto a dichiarare illegittimo (anche) l'art.3, comma 6, 3° periodo, D.L. n.64/2010 e non solo la norma interpretativa, nella parte in cui escludeva ogni tipo di tutela preventiva e sanzionatoria *in subiecta materia*⁹¹.

L'ordinanza della Corte di appello di Roma fonda al punto 11 i motivi del rinvio pregiudiziale su presupposti giuridici inesistenti o sulla manipolazione "omissiva" dei principi enunciati dalla costante giurisprudenza della Cassazione e dalla sentenza n.260/2015 della Corte costituzionale, oltre che al di fuori del contesto fattuale del giudizio principale.

⁹¹ Infatti, la Corte costituzionale ha così motivato nella sentenza n.260/2015 sul punto: «Come emerge dai lavori parlamentari e, in particolare, dalla relazione illustrativa del disegno di legge di conversione (A.S. n. 1014, XVII Legislatura) del d.l. n. 91 del 2013, il cui art. 11, comma 19, ultimo periodo, è l'antesignano della norma oggi impugnata, l'esigenza di introdurre una norma interpretativa scaturisce da una «giurisprudenza estesa su tutto il territorio nazionale», che ha inteso in senso restrittivo il divieto di stabilizzazione sancito nel 2010, limitandolo alle ipotesi dei rinnovi. Il legislatore imputa alla giurisprudenza di avere travisato il senso del d.l. n. 64 del 2010, «che intendeva evitare la stabilizzazione dei rapporti di lavoro». Confliggerebbe, dunque, con tale ratio legis l'interpretazione restrittiva, che, già prima dell'intervento della norma di interpretazione, aveva ricevuto l'avallo della Corte nomofilattica (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 30 luglio 2013, n. 18263, e 26 maggio 2011, n. 11573, che inaugurano un orientamento conforme, riferito alla norma interpretata ed espresso, fra le molte, pur dopo l'entrata in vigore della norma interpretativa, da Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenze 19 maggio 2014, n. 10924, 12 maggio 2014, n. 10217, 27 marzo 2014, n. 7243, 20 marzo 2014, n. 6547, 12 marzo 2014, n. 5748). Si può dunque affermare che la disciplina censurata attribuisce alla disposizione del d.l. n. 64 del 2010 un contenuto precettivo dissonante rispetto al significato della parola "rinnovi", accreditato da una costante elaborazione della giurisprudenza di legittimità. Non si può ritenere, pertanto, che la norma interpretativa sia servita al legislatore, per emendare un'imperfezione del testo originario, ripristinando il significato autentico della disposizione interpretata, o che abbia risolto contrasti interpretativi, forieri di incertezze rilevanti. 6.– La disposizione impugnata, che non interferisce con il divieto di stabilizzazione nelle ipotesi di proroghe e di rinnovi illegittimi, opera in una latitudine circoscritta e riguarda la sola ipotesi della violazione delle norme sull'illegittima apposizione del termine. La norma impugnata lede, in pari tempo, l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria (sentenza n. 209 del 2010, per l'indissolubile legame che unisce tali valori dello stato di diritto, posti in risalto anche dall'ordinanza di rimessione della Corte fiorentina). L'affidamento, nel caso di specie, risultava corroborato da un assetto normativo risalente, imperniato sulla distinzione tra i rinnovi e le fattispecie di illegittimità originaria del contratto a tempo determinato, e da una giurisprudenza che gli stessi lavori parlamentari menzionano e che la legge interpretativa consapevolmente ribalta, ripercuotendosi sui giudizi in corso e su vicende non ancora definite. La disciplina impugnata, priva di un appiglio semantico con la norma oggetto di interpretazione, lede, inoltre, l'autonomo esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto è suscettibile di definire i giudizi in corso, travolgendo gli effetti delle pronunce già rese.».

Non è coerente, infatti, sul piano giurisprudenziale e fattuale che il giudice del rinvio al punto 11 affermi: «*Nel caso concreto, per pervenire alla decisione della controversia, è necessario esaminare anche i contratti stipulati successivamente al maggio 2010 (ossia al di fuori dell'ambito di operatività della norma interpretativa retroattiva dichiarata costituzionalmente illegittima). Si pone la questione della compatibilità con la normativa dell'Unione europea sotto il profilo della tutela del lavoratore nei casi di reiterazione oltre il triennio di rinnovi e proroghe dei contratti a tempo determinato per prestazioni di lavoro artistico, in un contesto in cui, in base alla successione di norme in materia: - vige il divieto di stabilizzazione (v. supra, sub. 6); - vige il blocco delle assunzioni (v. supra, sub. 8)*».

La Corte di appello del tutto erroneamente ha affermato che sussiste il divieto di stabilizzazione di cui al punto 6, in cui si limita a trascrivere alle lettere b), c), d), le disposizioni giuridiche nazionali pertinenti, cioè rispettivamente l'art.3, comma 6, D.L. n.69/2010 [lettera a)], l'art.3 della legge n.426/1977 [lettera b)] e l'art.1, commi 01 e 2, d.lgs. n.368/2001 [lettera c)].

Né vige il blocco delle assunzioni, come affermato dalla Corte di appello facendo richiamo del punto 8 dell'ordinanza di rinvio, in cui, oltre all'art.11, comma 4, D.lgs. n.368/2001, è trascritto l'art. 11, comma 19, D.L. n.91/2013, secondo cui il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato presso le fondazioni lirico-sinfoniche è instaurato esclusivamente a mezzo di apposite procedure selettive pubbliche.

L'art. 11, comma 19, D.L. n.91/2013, operando per il futuro, non ha alcun rilievo ai fini della decisione della controversia nel giudizio principale, essendo stati stipulati tutti i contratti a tempo determinato dedotti in causa prima della sua entrata in vigore.

Né la Signora Sciotto Martina ha chiesto o poteva chiedere al giudice del lavoro con il ricorso introduttivo in primo grado la tutela prevista dall'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 per il superamento dei 36 mesi di servizio «con mansioni equivalenti» alle dipendenze del medesimo datore di lavoro, come erroneamente affermato dalla Corte di appello al punto 16 dell'ordinanza di rinvio, poiché, secondo il giudice rimettente, «*la complessiva durata massima di 36 mesi costituisce un parametro tendenziale del sistema delle assunzioni a tempo determinato*».

Per giustificare la sanzione (non richiesta dalla ricorrente) dell'applicazione della clausola di durata massima complessiva dei 36 mesi, la Corte di appello, in primo luogo, ha assunto apoditticamente al punto 1 dell'ordinanza che la Signora Martina Sciotto avrebbe superato i 36 mesi di servizio (in realtà, si tratta di n.833 giorni, più di due anni ma meno di tre anni), e poi richiama il «diritto vivente» della Cassazione con la sentenza n.22552/2016 della Sezione lavoro sul precariato scolastico, con la sentenza n.5072/2016⁹² delle Sezioni unite sul precariato pubblico (che ha definito il caso *Marrosu-Sardino*, su cui è intervenuta la Corte di giustizia con la sentenza del 7

⁹² 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 euounitaria 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.

settembre 2006) e con la sentenza n.11374/2016 (cit.) delle Sezioni unite sull'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001.

Inoltre, per far comprendere quale sia poi il percorso “sanzionatorio” cui potrebbe accedere la Corte di appello nel caso di esito (scontato, perché già accertato al punto 17 dell'ordinanza di rinvio il totale inadempimento alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato del legislatore nazionale) della questione pregiudiziale, il giudice rimettente ha richiamato proprio la sentenza n.5072/2016 della Cassazione a Sezioni unite che, in materia di lavoro flessibile alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, riconosce soltanto l'indennità forfetaria di cui all'abrogato art.32, comma 5, della legge n.183/2010 nella misura da 2,5 a 12 mensilità di retribuzione, senza il diritto alla conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine, in quanto la Suprema Corte «è pervenuta alla configurazione di un danno da precarizzazione, di diretta derivazione dalla normativa europea, di cui può chiedere il risarcimento il lavoratore che abbia reso una prestazione lavorativa a termine in una situazione di ipotizzata illegittimità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro o, più in generale, di abuso del ricorso a tale fattispecie contrattuale, essenzialmente in ipotesi di proroga, rinnovo o ripetuta reiterazione contra legem.».

In realtà, come appare dalla semplice sommatoria dei giorni di servizio, la lavoratrice tersicorea Sciotto, non avendo superato i 36 mesi di lavoro alle dipendenze dello stesso datore pubblico al momento del deposito del ricorso introduttivo (n.833 giornate di lavoro complessive), non avrebbe mai potuto richiedere la tutela “reintegratoria” e di riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine, prevista dall'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, sia per il dato normativo di cui all'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001, cioè per la letterale non applicazione alle Fondazioni di produzione musicale o lirico-sinfoniche della normativa sui contratti successivi, di cui agli artt.4 e 5 del d.lgs. n.368/2001, sia per la mancanza del presupposto fattuale del superamento dei 36 mesi al momento del deposito del ricorso giudiziale in primo grado.

In conseguenza, non si comprendeva quale utilità potesse avere per il giudice del rinvio la risposta positiva della Corte di giustizia al quesito pregiudiziale nei termini in cui è stato (erroneamente) posto, cioè l'accertamento dell'assoluta mancanza di misure preventive di cui alla clausola 5, n.1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nei confronti dei dipendenti assunti a termine presso le Fondazioni lirico-sinfoniche, neanche della misura delle ragioni oggettive che invece la granitica giurisprudenza della Cassazione ha già accertato *in subiecta materia*.

Quindi i motivi indicati al punto 11 dell'ordinanza di rinvio per giustificare il rinvio pregiudiziale erano meramente strumentali all'affermazione, da parte della Corte di appello di Roma, di un'interpretazione della normativa interna contraria ed opposta rispetto ai principi di tutela sulle ragioni oggettive temporanee, di cui era stata chiesta applicazione nel ricorso introduttivo del giudizio principale, enunciati dalla Cassazione nelle dodici sentenze innanzi citate (ed avallata dalla Corte costituzionale con la sentenza n.260/2015) con specifico riferimento alla lettura costituzionalmente e “comunitariamente” orientata dell'art.3, comma 6, D.L. n.64/2010, che l'ordinanza di rinvio ha ignorato.

7. Le osservazioni scritte delle parti intervenute nella causa Sciotto.

Pur mettendo in rilievo la strumentalità dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nei termini innanzi precisati, nelle osservazioni scritte della ricorrente Sciotto è stato affermato che non vi fossero

gli estremi per chiedere che la domanda pregiudiziale possa essere dichiarata inammissibile o irricevibile ai sensi dell'art.100, paragrafo 2, del Regolamento di procedura della Corte, a causa delle parziali informazioni fornite dal giudice del rinvio e dalla irrilevanza dei motivi addotti per giustificare il quesito pregiudiziale, in contrasto con la situazione fattuale di causa e con la giurisprudenza consolidata della Cassazione e della Corte costituzionale.

Infatti, da un lato le osservazioni scritte della lavoratrice e la documentazione allegata erano sicuramente sufficienti ad integrare il deficit di informazioni dell'ordinanza di rinvio e a giustificare, seppure reinquadrando nell'alveo tracciato dalla domanda giudiziale sulla riqualificazione a tempo indeterminato dei numerosi contratti a tempo determinato impugnati anche per il servizio precedente al maggio 2010, per vizi genetici e/o per mancanza delle ragioni oggettive specificate nei contratti di assunzione, i motivi del rinvio pregiudiziale, la cui richiesta ai sensi dell'art.267 TFUE era partita dalla stessa parte ricorrente, seppure su presupposti giuridici e fattuali molto diversi da quelli che hanno "motivato" la Corte di appello di Roma.

Secondo la parte ricorrente, l'"intenzione" del legislatore nazionale con l'art.3, comma 6, D.L. n.64/2010 era quella di eliminare nei confronti dei lavoratori artistici alle dipendenze di fondazioni lirico-sinfoniche le tutele preventive e sanzionatorie imposte contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato dalla direttiva 1999/70/CE, così come l'intenzione del legislatore nazionale con il d.lgs. n.81/2015, eliminando ogni riferimento alla direttiva 1999/70/CE e sopprimendo l'obbligo di giustificare con ragioni oggettive l'apposizione del termine al contratto di lavoro, ha inteso precarizzare tutti i contratti di lavoro a tempo determinato sia nel lavoro privato che nel lavoro pubblico, generalizzando il "sopravvenuto" rifiuto di adempimento agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea già manifestati nei confronti dei lavoratori artistici alle dipendenze di fondazioni lirico-sinfoniche.

Quindi, l'opinione del giudice del rinvio, per quanto espressione di una giurisprudenza isolata, non era estranea alla reale volontà del legislatore nazionale, con conseguente ammissibilità e rilevanza del quesito pregiudiziale, anche alla luce dell'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dell'esigenza di parte ricorrente di ricevere effettiva e rapida risposta di giustizia ad una situazione che, comunque, entra indiscutibilmente nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Viceversa, la Fondazione Teatro dell'Opera di Roma nelle osservazioni scritte della causa Sciotto, ai punti da 10 a 12 alle pagg.11-14, ha chiesto che la questione pregiudiziale venisse dichiarata inammissibile, affermando la permanenza dell'unica misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee anche nel settore delle Fondazioni lirico-sinfoniche, richiamando e producendo in giudizio la sentenza n.12985/2008 della Cassazione.

La Commissione Ue non ha preso posizione circa eventuali profili di inammissibilità/irricevibilità della questione pregiudiziale, ma ha concluso al punto 56 delle osservazioni scritte della causa Sciotto, nel senso che l'accordo quadro, ed in particolare la sua clausola 5, osta ad una normativa interna, come quella in causa nel giudizio principale, che non prevede alcuna misura ai sensi di tale clausola per prevenire abusi nel ricorso allo strumento del contratto di lavoro a tempo determinato.

La Commissione Ue ai punti 7 e 8 delle osservazioni scritte ha evidenziato, condivisibilmente, che le ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE anche per il primo ed eventualmente unico contratto a tempo

determinato continuavano a costituire, nonostante il Jobs act, la misura preventiva applicabile nell'ordinamento interno, ad eccezione delle Fondazioni lirico-sinfoniche (punto 9 osservazioni scritte Commissione).

Infatti, secondo la Commissione Ue l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 nel testo applicabile alla fattispecie di causa sarebbero stati sostituiti da disposizioni di identico tenore, rispettivamente l'art.1, comma 1, e l'art.19, comma 4, del d.lgs. n.81/2015, in quanto, secondo il punto 1 della clausola 5 dell'accordo quadro, in relazione anche al n.7 delle considerazioni generali dello stesso accordo quadro: «27.sussiste un abuso ove vi sia un utilizzo successivo dei contratti di lavoro a tempo determinato in assenza di ragioni oggettive. 28. Al riguardo, nella citata sentenza Commissione c. Lussemburgo sui lavoratori saltuari nel settore dello spettacolo, la Corte ha ricordato l'obiettivo della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro, che è quello di limitare il ricorso a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, considerato come una potenziale fonte di abuso in danno dei lavoratori, e ciò mediante un certo numero di disposizioni di "tutela minima" tese ad evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti..... 32. Nella citata sentenza, la Corte ha quindi concluso nel senso che non è compatibile con la clausola 5 dell'accordo quadro una normativa nazionale che non faccia dipendere l'impiego di personale a tempo determinato da specifiche esigenze legate alla natura dell'attività esercitata, ma che preveda tale possibilità di impiego in maniera generale e astratta, a tal punto da permettere che dei lavoratori possano essere assunti a tempo determinato anche per compiti che, per loro natura, non sono temporanei.» (osservazioni Commissione, punti 27-28 e 32).

Prosegue, inoltre, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto ai punti 35-38⁹³ sulla necessità delle ragioni oggettive temporanee per giustificare l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Infine, la Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa Sciotto ai punti 46-51, richiamando in particolare le sentenze de Diego Porras⁹⁴ (punti 21, 25, 30-32) e Impact⁹⁵ (punti 59-60) della Corte di giustizia, è intervenuta a stigmatizzare la discriminazione operata nei confronti dei lavoratori tra i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e i lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro, per i quali il ricorso al contratto a tempo determinato dev'essere giustificato da ragioni obiettive, proponendo la disapplicazione delle

⁹³ Così la Commissione ai punti 35-38 delle osservazioni scritte della causa Sciotto: «35. Orbene, in primo luogo, come indicato dalla giurisdizione di rinvio, la legislazione che è applicabile nel giudizio principale non prevede l'individuazione delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", invece richieste, per i contratti di lavoro a tempo determinato, prima dall'art. 1, par. 1 del d. lgs. 368/2001 e ora dall'art. 1, par. 1 del d.lgs. 81/2015. L'esclusione della necessità di indicare tali ragioni deriva testualmente dall'art. 3, par. 6, del decreto legge 64/2010, come convertito. 36. Non sussiste quindi alcun elemento, deducibile dalla normativa nazionale, che consenta di individuare delle specifiche esigenze legate alle attività presso le fondazioni lirico-sinfoniche, tali da giustificare il ricorso continuato a contratti di lavoro a tempo determinato. 37. In particolare, dalla ricostruzione dei fatti di causa svolta dal giudice del rinvio, risulta che la Sig.ra Sciotto sia stata assunta alle dipendenze del Teatro dell'Opera di Roma per circa quattro anni con mansioni ben definite, il cui oggetto è rimasto immutato, avendo essa prestato sempre le stesse funzioni. 38. In circostanze del genere, va ancora aggiunto, sulla base di quanto rilevato dalla giurisdizione di rinvio, sembra potersi concludere che l'uso della contrattazione a termine sia stato strumentale alla necessità di far fronte a bisogni di carattere ricorrente e continuativo. Esso è dunque abusivo ai sensi della clausola 5 dell'accordo quadro.».

⁹⁴ Corte di giustizia Ue, sentenza 14 settembre 2016, C-596/14, de Diego Porras contro Ministero de Defensia, EU:C:2016:683.

⁹⁵ Corte di giustizia Ce, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, EU:C:2008:223.

norme interne ostative alla tutela effettiva di riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro e di risarcimento dei danni⁹⁶.

La soluzione della “disapplicazione” proposta dalla Commissione Ue, come anticipato, è stata già adottata dalla consolidata giurisprudenza della Cassazione per i dipendenti delle Fondazioni lirico-sinfoniche, affermando la diretta applicazione delle ragioni “obiettive” come causa giustificativa dell’apposizione del termine contrattuale e ripristinando il rapporto tra la regola del contratto a tempo indeterminato e l’eccezione del contratto a tempo determinato, superando (cioè disapplicando), alla luce delle due nozioni di ragioni oggettive e di contratti successivi enunciate della sentenza Adeneler della Corte di giustizia, il dato normativo interno totalmente ostativo all’applicazione di qualsiasi misura preventiva e sanzionatoria contro l’utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato nel settore pubblico dello spettacolo lirico-sinfonico.

Il Governo italiano, intervenuto nel procedimento pregiudiziale, ha contestato le osservazioni scritte della Commissione (e delle parti principali del processo), confermando la natura pubblica delle Fondazioni lirico-sinfoniche e la legittimità della normativa interna che non consentiva alcun tipo di tutela effettiva⁹⁷.

⁹⁶ Così la Commissione ai punti 46-51 delle osservazioni scritte della causa Sciotto sul principio di non discriminazione: «46. In quarto e ultimo luogo, oltre ad una evidente contrarietà a quanto richiesto dalla clausola 5 dell'accordo quadro e all'obiettivo di disciplinare il ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, va ancora rilevato come la disciplina in causa nel giudizio principale crei una vera e propria discriminazione tra i lavoratori a tempo determinato alle dipendenze delle fondazioni lirico-sinfoniche e i lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro, per i quali il ricorso al contratto a tempo determinato dev'essere giustificato da ragioni obiettive e, ove esso venga prorogato oltre i trentasei mesi, dà luogo automaticamente ad un contratto di lavoro a tempo determinato, facendo altresì conseguire all'interessato il diritto al risarcimento del danno. 47. La Commissione considera che una tale disparità di trattamento non è giustificata da alcuna ragione obiettiva e, come tale, essa è del tutto contraria al principio di non discriminazione, che costituisce un ulteriore obiettivo dell'accordo quadro, ossia quello di garantire la parità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato, come stabilito anche alla clausola 1, punto a), dell'accordo quadro. 48. Tale disparità di trattamento è contraria anche alla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, la quale è applicabile al caso di specie nella misura in cui, da un lato, il legislatore italiano non ha distinto mediante l'indicazione di ragioni obiettive la categoria dei lavoratori alle dipendenze di fondazioni lirico-sinfoniche dalla categoria di altri lavoratori dipendenti (punti 35 e 38 delle presenti osservazioni scritte) e, dall'altro, coloro che lavorano con contratto a tempo determinato alle dipendenze di soggetti diversi da dette fondazioni hanno la possibilità, oltre il trentaseiesimo mese, di diventare lavoratori a tempo indeterminato (punti da 42 a 54 delle presenti osservazioni scritte), essi divengono quindi dei "lavoratori a tempo indeterminato comparabili" ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro. 49. Orbene, sulla base della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, sono vietate le discriminazioni relative alle "condizioni di impiego", tra le quali, nel caso Diego Porras, la Corte ha fatto rientrare un'"indennità" corrisposta alla cessazione del rapporto di lavoro, precisando che era contrario alla clausola in questione dell'accordo quadro l'aver previsto della indennità per alcuni lavoratori e non per altri. 50. La Commissione ritiene che anche il risarcimento del danno per utilizzo abusivo del contratto a tempo determinato oggetto prima dell'art. 32, comma 5, della legge 183/2010 e poi dell'art. 28, par. 2, del d. lgs. 81/2015 possa essere considerato come una condizione di impiego ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, posto che esso viene corrisposto, peraltro su base forfettaria e mediante una condanna al pagamento di una "indennità onnicomprensiva", a seguito del verificarsi di una circostanza particolare che riguarda l'esistenza del rapporto di impiego, ossia il fatto che detto rapporto, a tempo determinato, prosegue oltre il trentaseiesimo mese, trasformandosi in rapporto a tempo indeterminato. 51. In tal senso, poiché la clausola 4, punto 1 dell'accordo quadro è una disposizione che ha un contenuto sufficientemente preciso e incondizionato per poter essere fatta valere davanti al giudice nazionale, come stabilito dalla Corte nella sentenza Impact, nel caso di specie rimarrebbe alla Sig.ra Sciotto la possibilità di far valere detta clausola direttamente dinanzi al giudice nazionale, ottenendo almeno la disapplicazione delle disposizioni nazionali che, senza alcuna giustificazione obiettiva, limitano fortemente la tutela dei lavoratori a tempo determinato delle fondazioni lirico-sinfoniche rispetto a quanto previsto per chi lavora alle dipendenze di soggetti diversi da dette fondazioni.».

⁹⁷ La Corte di giustizia nella sentenza Sciotto così ricostruisce la posizione del Governo italiano ai punti 41-41: «41 Il governo italiano ritiene che la normativa nazionale di cui trattasi nel procedimento principale non introduca un'autorizzazione generale e astratta a ricorrere a contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, ma contenga, al contrario, disposizioni particolari e precise in materia. 42 Il governo italiano sottolinea, anzitutto, in sostanza, che le fondazioni lirico-sinfoniche come la resistente nel procedi-

Il Governo, inoltre, ha evidenziato nella richiesta di trattazione orale dell'11 dicembre 2017 che «*la causa riveste notevole importanza per le autorità italiane, in quanto mette in discussione la legittimità del contratto di lavoro a tempo determinato in tutto il settore delle fondazioni musicali, con una notevole incidenza economica per il bilancio dell'Unione, oltre che dello Stato*».

Come appariva evidente, difficilmente il bilancio dell'Unione europea e quello dello Stato italiano avrebbero potuto essere messi in crisi dalla situazione che sarebbe stata determinata con la trasformazione a tempo indeterminato di poche centinaia di contratti a tempo determinato nel settore pubblico delle Fondazioni lirico-sinfoniche.

La preoccupazione del Governo, invece, sembrava rivolta alle conseguenze che avrebbe potuto avere la decisione della Corte di giustizia nella causa Sciotto, in grado di scatenare un contenzioso enorme sulla riqualificazione dei contratti a tempo determinato illegittimi per mancanza di ragioni oggettive temporanee sia nel settore pubblico che nell'impiego privato, ove avesse accolto le conclusioni della Commissione Ue sull'interpretazione comunitariamente orientata del Jobs act con l'inammissibilità ontologica di contratti a termine "acausal"; opinione, peraltro, condivisa dalle parti del processo principale, la lavoratrice ricorrente e il datore di lavoro Fondazione Teatro dell'Opera di Roma, che ha addirittura allegato alla propria memoria difensiva la sentenza n.12985/2008 della Cassazione sulle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, l'unica decisione che la Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009⁹⁸ ha qualificato come "diritto vivente" in *subiecta materia*.

8. L'applicazione estensiva del principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro nella sentenza n.12108/2018 della Cassazione e nella sentenza Sciotto.

Il principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro, evocato dalla Commissione europea nelle osservazioni scritte della causa Sciotto per giustificare la disapplicazione delle norme interne ostative alla tutela effettiva in favore del soggetto discriminato, ha trovato la prima efficace applicazione nella recente sentenza della Cassazione n.12108/2018⁹⁹, che a sua volta ha dato attuazione correttamente all'ordinanza Maturi¹⁰⁰ della Corte di giustizia, intervenuta, su questione

mento principale, nonostante il fatto che siano costituite in forma di persone giuridiche di diritto privato, sono assimilabili a enti pubblici. Esso si basa poi sulla circostanza che i contratti di lavoro nel settore di attività di tali fondazioni sono tradizionalmente conclusi a tempo determinato, e pone in particolare l'accento, in tale contesto, sull'obiettivo, costituzionalmente protetto, dello sviluppo della cultura italiana e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano. Inoltre, esso evidenzia talune particolarità inerenti a tale settore, in quanto ogni rappresentazione artistica presenta un carattere peculiare e i contratti di lavoro conclusi ai fini di una rappresentazione artistica si distinguono necessariamente da quelli conclusi ai fini di rappresentazioni artistiche precedenti. Infine, il governo italiano espone che il divieto legale di trasformare contratti di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato in detto settore è motivato da due considerazioni, strettamente legate al carattere intrinsecamente pubblico di enti quali la resistente nel procedimento principale, l'una relativa alla necessità di contenimento della spesa pubblica connessa al finanziamento di siffatti enti, l'altra diretta ad evitare l'aggiramento della norma secondo la quale l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato è subordinata all'organizzazione di concorsi. Il governo italiano ritiene che la tutela dei lavoratori sia sufficientemente garantita dalla chiamata in causa della responsabilità dei dirigenti delle fondazioni lirico-sinfoniche nel caso in cui ricorrano a contratti contrari alle disposizioni di legge applicabili.».

⁹⁸ Corte di giustizia Ce, sentenza 15 aprile 2008, causa C-268/06, Impact, EU:C:2008:223.

⁹⁹ Cassazione, S.L., Pres. Bronzini, Est. Lorito, sentenza 17 maggio 2018, n.12108.

¹⁰⁰ 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.

pregiudiziale sollevata dalla stessa Suprema Corte con le ordinanze n.6101 e n.6102 del 2017¹⁰¹ in materia di licenziamento discriminatorio per 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.

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.269/2017¹⁰², rifiutandosi di adire preliminarmente la Consulta per il controllo accentrato di costituzionalità. Nel giudizio di rinvio neanche la Corte di appello di Roma¹⁰³ 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-sinfoniche¹⁰⁴.

La sentenza n.12108/2018 della Cassazione avrà un'influenza notevole, anche testuale, nell'elaborazione delle argomentazioni della sentenza Sciotto della Corte di giustizia, segno evidente che, salvo l'incidente di percorso della sentenza Motter, comincia a funzionare il protocollo di accordo sulla cooperazione tra CGUE e Suprema Corte di Cassazione, sottoscritto il 26 maggio 2017.

¹⁰¹ Cassazione, S.L., Pres. Napolitano, Rel. Lorito, ordinanze di rinvio pregiudiziale 9 marzo 2017, nn.6101 e 6102 in cause C-142/17 e C-143/17.

¹⁰² Chiarisce preliminarmente la Cassazione nella sentenza n.12108/2018 al punto 12: «questa Corte ritiene non opportuno (salve le determinazioni del giudice di appello che dovrà dare effettività al *decisum* della Corte di giustizia disapplicando la normativa interna che realizza una disparità di trattamento tra ballerini e ballerine) seguire l'impostazione di cui alla sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale (e quindi sollevare incidente di costituzionalità sul punto) in quanto in primo luogo la Corte ha già seguito la strada del rinvio pregiudiziale per valutare la compatibilità della normativa interna con il diritto dell'Unione cui la Corte di giustizia ha dato una univoca risposta positiva cui si tratta di dare effettività nel rispetto del principio costituzionale (e sovranazionale) del giusto processo, cui è demandato il giudice di merito.».

¹⁰³ Corte app. Roma, Pres. Est. Cannella, sentenza 29 ottobre 2018, n.4003.

¹⁰⁴ Così precisa la Cassazione nella sentenza n.12108/2018 al punto 15 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.».

Infatti, come già anticipato, il punto più importante della sentenza Sciotto non è quello interpretativo sulla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, norma di non diretta applicazione, su cui comunque il Collegio lussemburghese presieduto da Lenaerts, con chiarezza e senza ombra di equivoci, ha precisato che la riqualificazione a tempo indeterminato anche nel pubblico impiego per superamento dei 36 mesi di servizio è la sanzione da applicare in caso di abusivo ricorso ai contratti a termine, invitando il giudice del rinvio a darne esecuzione disapplicando così (anche) l'art.11, comma 4, del d.lgs. n.368/2001, che priva i precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche dalla tutela della successione contrattuale, così come la Cassazione con la sua consolidata giurisprudenza ha disapplicato la norma interna che impediva la sanzione della conversione a tempo indeterminato dell'unico rapporto di lavoro a termine privo di ragioni oggettive temporanee.

La parte più importante della sentenza Sciotto è il punto 71, in cui la Corte di giustizia valorizza finalmente in orizzontale il principio di uguaglianza e non discriminazione sulle condizioni di lavoro di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE, con efficacia diretta per la disapplicazione delle norme ostative sia nei confronti delle pubbliche amministrazioni come nel caso Sciotto per le Fondazioni lirico-sinfoniche sia nelle controversie tra privati, in questo caso utilizzando la norma primaria dell'art.20 della Carta: *«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»*.

La sentenza Sciotto della Corte Ue rivede, quindi, completamente l'opposta posizione assunta nelle due ordinanze VINO sui contratti acausali di Poste italiane di cui all'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001.

Infatti, con la prima ordinanza del 13 gennaio 2010 il Tribunale di Trani nella causa C-20/10 VINO aveva sollevato, tra gli altri quesiti, la seguente questione pregiudiziale: *«se il principio generale di non discriminazione e di uguaglianza comunitario osta ad una disciplina interna (come quella dettata dall'art. 2, comma 1 bis, del D. Lgs. 368/2001), che, in attuazione della direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalla CES, dall'UNICE e dal CEP abbia introdotto nell'ordinamento interno una fattispecie "acausale" che penalizzi i dipendenti della S.p.a. Poste Italiane, nonché, rispetto a questa Società, anche altre imprese dello stesso o di altro settore»*.

La Corte di giustizia era già intervenuta sulla questione con la sentenza Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols¹⁰⁵ su fattispecie di unico contratto a tempo determinato di breve durata molto simile a quella che la Cgue sarebbe stata chiamata ad affrontare qualche mese dopo nella causa *Vino* C-20/10, motivando il contrasto della norma interna austriaca (sostanzialmente identica a quella dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001) con il principio di uguaglianza e non discriminazione, trasfuso nella clausola 4 dell'accordo quadro comunitario sulla disciplina del contratto a tempo determinato, ai punti 39-47.

La questione sembrava, quindi, pacificamente risolta e la ricorrente *Vino* aveva chiesto fissarsi udienza di trattazione orale, proprio invocando la descritta soluzione del principio di non discriminazione su un unico contratto a tempo determinato applicato dalla Corte di giustizia nella sentenza Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, oltre alle risposte fornite dal collegio a cinque giudici della III sezione della Corte di giustizia nella sentenza *Sorge*, nella cui causa l'avvocato generale Jääskinen ricordò alla Corte nella nota 5 delle sue conclusioni del 22 aprile 2010 che era pendente, su un unico contratto a tempo determinato di Poste italiane avente ad oggetto il d.lgs. n.368/2001 e la clausola 8 dell'accordo quadro, la causa C-20/10 *Vino*, precisando, altresì,

¹⁰⁵ Corte di giustizia Ue, sentenza 22 aprile 2010, causa C-486/08, Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, EU:C:2010:215. Così la Corte motiva ai punti 39-47: «39 Per quanto riguarda i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato di una durata massima di sei mesi, tra cui quelli occupati occasionalmente con contratti di lavoro di durata limitata ad un giorno, che continuano ad essere esclusi dall'ambito di applicazione dello L-VBG, occorre constatare che il semplice fatto che tali lavoratori non fruiscono dei diritti accordati dalla legge in parola ha per conseguenza che sono trattati in maniera meno favorevole rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato o che lavorano a tempo parziale.40 Si deve precisare al riguardo che la fruizione di taluni diritti emananti, secondo il Land Tirolo, da altre disposizioni applicabili alla categoria dei lavoratori esclusi dall'ambito di applicazione dello L-VBG, può solo attenuare, nella specie, l'effetto del trattamento sfavorevole dei suddetti lavoratori risultante da tale esclusione. 41 In tale contesto occorre rilevare che, a norma della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato e del principio di non discriminazione, il diverso trattamento di un lavoratore a tempo determinato rispetto ad un lavoratore a tempo indeterminato comparabile può giustificarsi solo con ragioni oggettive. 42 Orbene, secondo la costante giurisprudenza della Corte, la nozione di «ragioni [oggettive]» ai sensi della clausola 5, punto 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere intesa nel senso che essa si riferisce a circostanze precise e concrete che contraddistinguono una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare, in tale peculiare contesto, l'utilizzo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi. Dette circostanze possono risultare, segnatamente, dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi i contratti in questione, dalle caratteristiche ad esse inerenti o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (sentenza 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, Racc. pag. I-6057, punti 69 e 70, nonché 13 settembre 2007, causa 307/05, *Del Cerro Alonso*, Racc. pag. I-7109, punto 53). Tale stessa interpretazione si impone, per analogia, in relazione all'identica nozione di «ragioni oggettive» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato (sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punto 56). 44 Ciò premesso, la nozione di «ragioni oggettive» ai sensi della suddetta clausola dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima sia prevista da una norma interna generale ed astratta. Tale nozione richiede, al contrario, che la disparità di trattamento in causa risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria (sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punti 57 e 58). 45 Dati tali principi, il Land Tirolo considera che il diverso trattamento dei lavoratori di cui all'art. 1, n. 2, lett. m), dello L-VBG è giustificato da ragioni oggettive connesse all'attuazione dell'imperativo di gestione rigorosa del personale. Il governo austriaco afferma che sarebbe estremamente difficile e oneroso da un punto di vista amministrativo creare impieghi permanenti oltre quanto necessario concludendo contratti di lavoro con persone per le quali non è preso a priori in considerazione un rapporto di lavoro a lungo termine. Un siffatto approccio impedirebbe il perseguimento di un obiettivo legittimo di politica sociale e di organizzazione del mercato del lavoro. 46 Tuttavia un siffatto argomento non può avere successo. Infatti, da una parte, la gestione rigorosa del personale rientra in considerazioni di bilancio che non potrebbero giustificare una discriminazione (v., in tal senso, sentenza 23 ottobre 2003, cause riunite C-4/02 e C-5/02, *Schönheit e Becker*, Racc. pag. I-12575, punto 85). Dall'altra, la Commissione europea sottolinea con giusta ragione che la finalità della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non è quella di creare necessariamente impieghi permanenti. 47 Discende da quanto precede che la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, figurante in allegato alla direttiva 1999/70, deve interpretarsi nel senso che osta ad una disposizione nazionale come l'art. 1, n. 2, lett. m), dello L-VBG, che esclude dall'ambito di applicazione di tale legge i lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato della durata massima di sei mesi o occupati solo occasionalmente.».

al punto 33 che la clausola 4 dell'accordo quadro relativa alla non discriminazione, avente portata generale, sembrava applicabile a tutti i contratti di lavoro a tempo determinato, ivi compreso un primo o unico contratto di tale tipo.

Viceversa, senza fissare l'udienza di trattazione orale richiesta dalla lavoratrice, in data 11 novembre 2010 venne depositata l'ordinanza *Vino* di altra sezione – la VIII - a tre giudici della Corte di giustizia, completamente diversa nei suoi componenti rispetto a quelli che, pochi mesi prima, avevano deciso la causa *Sorge*, della cui decisione non vi era alcun richiamo nella decisione sulla causa C-20/10.

Incredibilmente, la Corte di giustizia nell'ordinanza *Vino* afferma che l'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 appare al di fuori del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE, che le ragioni finanziarie che hanno indotto il legislatore a emanare la nuova disposizione "acausale" solo per Poste italiane erano legittime e rispondevano a legittimi obiettivi sociali, infine, ai punti 50-59¹⁰⁶, che la questione della discriminazione e dell'applicazione della clausola 4 dell'accordo

¹⁰⁶ Così motiva la Corte di giustizia nell'ordinanza *Vino* ai punti 50-59 sulla irricevibilità della questione di non discriminazione: «50 Con la sua quarta questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se i principi della parità di trattamento e di non discriminazione debbano essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale, quale quella prevista dall'art. 2, comma 1 bis, del d.lgs. n. 368/2001, dato che quest'ultima stabilisce una disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato assunti da un'impresa, quale Poste Italiane, nonché tra quest'ultima e i suoi concorrenti, per quanto concerne l'obbligo di indicare le ragioni obiettive del ricorso a un primo o unico contratto a tempo determinato. 51 Ai sensi degli artt. 92, n. 1, e 103, n. 1, del suo regolamento di procedura la Corte, quando è manifestamente incompetente a conoscere di una domanda di pronuncia pregiudiziale, sentito l'avvocato generale, può, senza proseguire il procedimento, statuire con ordinanza motivata. 52 I principi della parità di trattamento e di non discriminazione fanno parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Questi principi sono stati consacrati, in particolare, dagli artt. 20 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Tuttavia, le disposizioni di detta Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del suo art. 51, n. 2, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati (v. sentenza 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB.*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 51). 53 Pertanto, occorre verificare se una disparità di trattamento quale quella descritta nel punto 50 della presente ordinanza sia soggetta al diritto dell'Unione. 54 A questo riguardo occorre constatare che, come si evince dai 'considerando' quattordicesimo e diciassettesimo della direttiva 1999/70, nonché dal terzo comma del preambolo, dai punti 7-10 delle considerazioni generali e dalla clausola 1 dell'accordo quadro, quest'ultimo non ha lo scopo di armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato, bensì mira unicamente, mediante la fissazione di principi generali e di requisiti minimi, a stabilire un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (v., in tal senso, sentenze 13 settembre 2007, causa C-307/05, *Del Cerro Alonso*, Racc. pag. I-7109, punti 26 e 36, e 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, Racc. pag. I-2483, punto 111). 55 Orbene, la clausola 4 dell'accordo quadro, che riguarda specificamente l'applicazione del principio di non discriminazione, si limita a prevedere, secondo il suo disposto, che i lavoratori a tempo determinato non debbano essere trattati, per quanto riguarda le condizioni di impiego, in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili, a meno che non sussistano ragioni oggettive per un diverso trattamento. 56 Da ciò deriva che, nell'ambito dei contratti di lavoro a tempo determinato, il principio di non discriminazione è stato attuato e concretizzato dall'accordo quadro unicamente per quanto riguarda le disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e quelli a tempo indeterminato comparabili (v., in tal senso, sentenza *Del Cerro Alonso*, cit., punti 27 e 37, nonché 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 39 e 41). 57 Viceversa, le eventuali disparità di trattamento tra determinate categorie di lavoratori a tempo determinato, del tipo di quelle di cui sarebbe oggetto, secondo il giudice del rinvio, il sig. *Vino* nella causa principale, non sono soggette al principio di non discriminazione sancito dall'accordo quadro. 58 Per quanto concerne la clausola 5 dell'accordo quadro, la quale riguarda la prevenzione contro l'uso abusivo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, benché essa possa imporre eventualmente agli Stati membri l'obbligo di adottare, conformemente al suo punto 1, lett. a), una misura che richieda il ricorso a ragioni oggettive (v., in tal senso, sentenze 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, Racc. pag. I-6057, punti 64-67; 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, Racc. pag. I-7213, punto 50, e causa C-180/04, *Vassallo*, Racc. pag. I-7251, punto 35; *Impact*, cit., punti 69 e 70; *Angelidaki e a.*, cit., punti 79-82 e 94; ordinanze 12 giugno 2008, causa C-364/07, *Vassilakis e a.*, punto 80; *Koukou*, cit., punti 53-55, e 1° ottobre 2010, causa C-3/10, *Affatato*, punti 43 e 44), un siffatto obbligo verte unicamente, tenuto conto dell'oggetto di questa

quadro sul lavoro a tempo determinato era irricevibile perché non poteva operarsi la comparazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo determinato, ma soltanto tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

L'assurdità della soluzione della Corte di giustizia nell'ordinanza *Vino* non convinse il Tribunale di Trani, che con la seconda ordinanza *Vino* del 1° aprile 2011 nella causa C-161/11 ha sollevato il seguente quesito pregiudiziale: «*Se il principio generale di non discriminazione e di uguaglianza comunitario osti ad una disciplina interna (come quella dettata dall'art. 2, comma 1-bis, del D. Lgs. 368/2001), che abbia introdotto nell'ordinamento interno una fattispecie "acausale" che penalizzi i dipendenti della S.p.a. Poste Italiane, nonché, rispetto a questa Società, anche altre imprese dello stesso o di altro settore*».

La Corte di giustizia ha risposto immediatamente con la 2ª ordinanza *Vino* nella causa C-161/11, confermando la precedente ordinanza e precisando al punto 39 che per applicare il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda il caso del primo e unico contratto a termine occorre una apposita direttiva: «*A questo proposito occorre sottolineare che un principio, come quello ipotizzato dal giudice del rinvio, che si applichi alle disparità di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato relativamente all'obbligo di indicare le ragioni oggettive per la stipula di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato presuppone scelte di carattere normativo, fondate su una ponderazione degli interessi in gioco e la previa fissazione di norme precise e dettagliate, e non può essere dedotto dal principio generale di non discriminazione. Infatti, i principi generali del diritto dell'Unione rivestono rango costituzionale, laddove il principio ipotizzato dal giudice del rinvio è contrassegnato da un grado di specificità che necessita di un'elaborazione legislativa la quale, a livello dell'Unione, viene realizzata mediante un atto di diritto derivato dell'Unione (sentenze 15 ottobre 2009, causa C-101/08, *Audiolux e a.*, Racc. pag. I-9823, punti 62 e 63, nonché 29 ottobre 2009, causa C-174/08, *NCC Construction Danmark*, Racc. pag. I-10567, punto 42).*».

L'Avvocato generale Mengozzi, che ha recentemente concluso il prestigioso incarico alla Corte lasciando traccia del suo lavoro in un bellissimo messaggio ai colleghi, nelle conclusioni scritte della causa *Regojo Dans* ha ammesso nella lunghissima nota 73, a distanza di quattro anni, l'errore commesso dalla Corte di giustizia nelle due ordinanze *Vino*¹⁰⁷, invitando la Corte a fornire un'interpretazione estensiva del principio di non discriminazione.

clausola, sul rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione e non si applica pertanto alla conclusione di un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato (v. citate sentenze *Mangold*, punti 40-43, e *Angelidaki e a.*, punto 90, nonché, in tal senso, ordinanza 23 novembre 2009, cause riunite da C-162/08 a C-164/08, *Lagoudakis*, punto 11). 59 Da ciò deriva che, come si evince dal punto 41 della presente ordinanza, l'accordo quadro non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato, del tipo di quello concluso dal sig. *Vino* nella causa principale, con ragioni obiettive (v. sentenza *Angelidaki e a.*, cit., punto 90).».

¹⁰⁷ Così evidenzia l'avvocato generale Mengozzi, nella lunga nota 73 delle conclusioni scritte della causa *Regojo Dans* (EU:C:2015:326), l'errore interpretativo commesso dalla Corte nell'ordinanza *Vino* sul principio di uguaglianza e non discriminazione, errore poi ripetuto nell'ordinanza *Rivas Montes*: «*Sottolineo che la situazione su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi nella presente causa si distingue da quella sfociata nell'ordinanza *Rivas Montes* (C-178/12, EU:C:2013:150). In tale ordinanza, la Corte era chiamata ad occuparsi della disposizione spagnola che prevedeva, con riferimento ai dipendenti di ruolo, la considerazione, ai fini del calcolo degli scatti di anzianità, di tutti i periodi anteriori di servizio, a prescindere dall'amministrazione nella quale essi erano stati svolti. La stessa disposizione prevedeva, per contro, con riferimento agli agenti assunti con contratto, la considerazione dei soli periodi di servizio svolti nella stessa am-*

A distanza di otto anni dalla 1^a ordinanza Vino, scopriamo, così, con le sentenze Sciotto e Bauer che non occorre una modifica della legislazione europea per affermare l'efficacia diretta del principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo determinato nel quadro di comparabilità della clausola 4 dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, sotto l'ombrello protettivo dell'art.20 della Carta di Nizza.

Il Tribunale di Trani aveva ragione e la flessibilità del Jobs act, di derivazione dalla legislazione postale, non aveva nessuna "ragione oggettiva" se non quella di favorire lo Stato e la sua più grande impresa.

Nel frattempo, il contenzioso postale si è trasferito in Corte europea dei diritti dell'uomo, ove sono stati dichiarati ricevibili i primi ricorsi su fattispecie stipulate ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 sia in caso di unico contratto (n.44915/18) sia di pluralità di contratti (n.44728/18).

9. L'interpretazione adeguatrice sulle ragioni oggettive temporanee nella sentenza n.12985/2008 della Cassazione e nella sentenza Sciotto.

Il Tribunale di Trani nel dialogo non fecondo con la Corte di giustizia si era mosso nel solco interpretativo della sentenza Mattone-Nobile del 2008 sul primo e unico contratto a tempo determinato stipulato da Poste italiane ai sensi dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001, convertito a tempo indeterminato per mancanza di ragioni oggettive temporanee.

ministrazione. La Corte ha dichiarato di non essere competente a pronunciarsi sulla conformità di tale disposizione spagnola alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Essa ha rilevato che gli agenti reclutati con contratto erano assunti o a tempo determinato o a tempo indeterminato, e che tutti gli agenti reclutati con contratto erano trattati in maniera identica (erano presi in considerazione unicamente i periodi di servizio svolti nella stessa amministrazione). Essa ne ha desunto che la disparità di trattamento dedotta era fondata non già sulla durata determinata o indeterminata del rapporto di lavoro, bensì sulla natura giuridica di quest'ultimo (di ruolo o contrattuale). Una siffatta differenza di trattamento non rientrava pertanto nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Orbene, nell'ordinanza Rivas Montes, nella quale un agente reclutato con contratto a tempo determinato invocava il beneficio di detta clausola 4, non tutti gli agenti erano stati assunti con contratto a tempo determinato: taluni erano a tempo indeterminato; tuttavia, tutti venivano trattati nella stessa maniera. Per contro, nella presente causa, nella quale un membro del personale reclutato occasionalmente invoca il beneficio della stessa clausola 4, tutti i membri de personale reclutato occasionalmente lo sono a tempo determinato; e tutti vengono trattati in maniera identica (nessuno ha diritto agli scatti controversi). In ogni caso, la soluzione accolta dalla Corte nell'ordinanza Rivas Montes mi sembra criticabile. Infatti, nella misura in cui la ricorrente era stata assunta a tempo determinato, e taluni lavoratori a tempo indeterminato (i dipendenti di ruolo) beneficiavano del vantaggio ad essa negato, sarebbe stato preferibile, a mio avviso, ritenere che fosse integrata una disparità di trattamento vietata dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. Negare alla sig.ra Rivas Montes, come fatto dalla Corte, il beneficio di tale clausola 4 si risolve nell'esigere che tutti i lavoratori a tempo indeterminato comparabili (dipendenti di ruolo e agenti assunti con contratto a tempo indeterminato), e non solo taluni lavoratori a tempo indeterminato comparabili (i dipendenti di ruolo), beneficino del vantaggio negato al lavoratore a tempo determinato che si reputa vittima di una discriminazione. Siamo in presenza in tal caso, mi sembra, di un'interpretazione restrittiva della citata clausola 4, mentre gli obiettivi di detto accordo quadro e il suo effetto utile richiedono un'interpretazione ampia della clausola in parola. Infine, rilevo che nell'ordinanza Vino, sulla quale si fonda la Corte nell'ordinanza Rivas Montes, nessun lavoratore a tempo indeterminato poteva beneficiare del vantaggio rivendicato dal ricorrente, in quanto un siffatto vantaggio consisteva nell'indicazione obbligatoria, nel contratto di lavoro a tempo determinato, della ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato (posto che l'omissione di una siffatta indicazione comportava la riqualificazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato). Si era dunque effettivamente in presenza di una disparità di trattamento fra taluni lavoratori a tempo determinato (quelli al servizio, come il ricorrente, delle poste italiane, la cui normativa prevedeva che il contratto non doveva menzionare la ragione per la quale esso era concluso a tempo determinato) e altri lavoratori a tempo determinato (quelli che beneficiavano delle disposizioni di diritto comune, ossia il cui contratto doveva menzionare la ragione per la quale esso era a tempo determinato). V. ordinanza Vino (C-20/10, EU:C:2010:677, punti 15, 16 e 57).».

Si tratta della fondamentale sentenza n.12985/2008 della Cassazione - la cui interpretazione "comunitariamente" orientata sulla necessaria sussistenza delle ragioni oggettive temporanee di carattere sostitutivo per giustificare l'apposizione del termine alla luce della sentenza Adeneler della Corte di giustizia ha trovato l'avallo della Corte costituzionale nella sentenza n.214/2009 e della Corte di giustizia nella sentenza Sorge proprio in riferimento all'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 - e come sottolineato dalla Suprema Corte nella sentenza n.5748/2014 e nella consolidata giurisprudenza di legittimità sul precariato pubblico degli Enti lirici, le ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato, in applicazione della clausola 5, n.1, lett.a) dell'accordo quadro, costituivano l'unica misura preventiva prevista dall'ordinamento interno (anche) per i dipendenti delle "Fondazioni di produzione musicale" nel recepire la direttiva 1999/70/CE, stante il divieto di applicazione della normativa sui contratti successivi enunciato nell'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001.

Come anticipato, per giustificare la sanzione (non richiesta dalla ricorrente Sciotto nel giudizio principale) dell'applicazione della clausola di durata massima complessiva dei 36 mesi, la Corte di appello di Roma ha assunto apoditticamente al punto 1 dell'ordinanza che la Signora Martina Sciotto avesse superato i 36 mesi di servizio (in realtà, si tratta di n.833 giorni, più di due anni ma meno di tre anni), e poi ha richiamato al punto 16 il «diritto vivente» della Cassazione con la sentenza n.22552/2016 della Sezione lavoro sul precariato scolastico, con la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite sul precariato pubblico e con la sentenza n.11374/2016 delle Sezioni unite sull'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001, norma acausale per i contratti a tempo determinato di Poste italiane che ha legittimato la riforma del c.d. Jobs act di cui agli artt.19-29 d.lgs. n.81/2015, con cui il governo delegato, facendo scomparire ogni riferimento alle ragioni oggettive come condizione giustificativa dell'apposizione del termine ai contratti di lavoro e omettendo ogni richiamo alla direttiva 1999/70/CE, ha precarizzato i rapporti di lavoro a tempo determinato.

Nelle osservazioni scritte della lavoratrice Sciotto nella causa C-331/17 al punto 62 è stato precisato alla Corte di giustizia che la fattispecie di causa, così come "reinterpretata" dalla Corte di appello nell'ordinanza di rinvio con lo spostamento della tutela antiabusiva da quanto richiesto nella domanda giudiziale (mancanza di ragioni oggettive temporanee) a quanto erroneamente opinato dal giudice rimettente (superamento della clausola di durata massima complessiva), ricorda molto l'esito del giudizio di impugnativa dei contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001, definito con la sentenza n.11374/2016 della Cassazione a Sezioni unite, indicata al punto 16 dell'ordinanza di rinvio come decisione paradigmatica per giustificare i motivi del rinvio pregiudiziale.

In effetti, come lo stesso art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 prima dell'intervento "correttivo" della sentenza n.12985/2008 della Cassazione, l'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 era una clausola generale ed astratta introdotta per "liberalizzare" le assunzioni a termine di Poste italiane dall'art.1, comma 558, della legge finanziaria n.266/2005, con decorrenza 1 gennaio 2006 e con efficacia fino al 31 dicembre 2016.

Ovviamente diversa rispetto alla "tardiva" legittimazione giurisprudenziale della Corte di legittimità dei contratti "acausali" di Poste italiane sia sulle ragioni sostitutive (cfr. sentenze nn.1576 e 1577 del 2010 sul sostitutivo Poste) che sulla causale finanziaria di cui rispettivamente agli artt.1, comma 1, e 2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001, davanti alla Corte di giustizia, è stata la posizione

del Governo italiano e di Poste italiane nelle osservazioni scritte della causa C-98/09 Sorge, definita dalla sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010, su un unico contratto di Poste italiane stipulato ai sensi dell'art.1, comma 1, d.lgs. n.368/2001 per generiche ragioni sostitutive.

È stato il Governo italiano nella causa Sorge C-98/09 a suggerire alla Corte di giustizia alle pagg. 14 -16 punti 33 - 38 delle osservazioni scritte¹⁰⁸, depositate il 16 luglio 2009, la soluzione interpretativa sulle ragioni oggettive come unica misura sanzionatoria effettiva contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, che sarà confermata dalla Corte di giustizia Ue nella sentenza Sorge del 24 giugno 2010, recependo quanto enunciato dalla Cassazione nella sentenza n.12985/2008.

Addirittura, nella causa Sorge l'autorevole difesa di Poste, come avverrà a distanza di otto anni con le citate osservazioni scritte della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma nella causa Sciotto, è del tutto in linea con la posizione del Governo italiano nella stessa causa Sorge, con specifico

¹⁰⁸ Il governo italiano ha così argomentato ai punti 33-38 delle osservazioni scritte della causa Sorge C-98/09: «33. Il giudice a quo non ha sottoposto a codesta Corte l'esame anche del comma 2, e ha circoscritto la questione al solo comma 1. In tal modo il giudice a quo ha sezionato la normativa nazionale, sottoponendone all'esame della Corte solo la parte che egli reputa "non accettabile", ed espungendone una parte essenziale (il secondo comma) che invece fa sistema con la parte denunciata e non può esserne separata. Infatti la normativa sul termine considerata nella sua interezza, cioè nella inscindibile connessione di primo e secondo comma può essere interpretata nel senso di escludere qualsiasi dubbio di regresso di tutela; cioè può essere interpretata, comunque, in modo conforme al divieto di regresso posto dalla clausola 8 n.3. 34. Che tale interpretazione sia possibile è agevole dimostrare. Nel momento in cui il secondo comma impone che il contratto "specifichi" per iscritto le ragioni di cui al comma 1, è evidente che la norma appresta una tutela piena al lavoratore a termine a fronte di possibili impieghi abusivi delle cause di giustificazione del primo comma. Se si appone il termine per "ragioni sostitutive", queste vanno "specificate", che significa esposte in modo dettagliato e verificabile, e non soltanto enunciate in maniera generica, se il contratto non indica chi e perché il lavoratore assunto a termine deve sostituire. Al riguardo si deve sottolineare un punto di estrema importanza sistematica che l'ordinanza trascura di rappresentare a codesta Corte: l'art. 1 comma 39 della legge 24.12.2007 n.247 (finanziaria 2008) ha premesso al comma 1 dell'art. 1 d. lgs. 368/2001 un comma 01 che, come si è visto, statuisce: "il contratto di lavoro subordinato è di regola a tempo indeterminato". Il che vuol dire che il contratto a tempo determinato è pur sempre, anche nella configurazione parzialmente rinnovata datagli dal d. lgs. 368/2001, ipotesi eccezionale rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato; per cui la specificazione delle ragioni del ricorso al contratto a tempo determinato deve essere, come detto, concreta e sostanziale. 35. In questa prospettiva l'art.1 commi 1 e 2 accresce la tutela rispetto al vetusto art.1 della legge 230/62. Questo prevedeva, in fondo, solo garanzie di tipo formale, facili da adempiere, appunto, nella forma, ma altrettanto facili da violare nella sostanza. Il comma 3 richiedeva che solo l'apposizione del termine risultasse da atto scritto; non anche la sua giustificazione. Il comma 2 lett. b) prevedeva, poi, che in caso di contratto "per sostituzione" questo indicasse il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. Soddisfatti questi requisiti di forma del contratto, l'apposizione del termine diveniva sostanzialmente inattuabile nella sostanza. Si tenga presente che delle altre cause di giustificazione previste dall'art. 1 comma 2 non era neppure richiesta l'indicazione scritta nel contratto. 36. Il sistema attuale introduce invece una garanzia di tipo sostanziale. In primo luogo estende la necessità di specificazione scritta a tutte le cause di giustificazione del termine, e non solo a quella "sostitutiva"; sicché viene meno la ragione di prevedere un modo particolare e tassativo di scrivere nel contratto questa giustificazione, perché ora, nel quadro di un indubbio avanzamento complessivo della tutela, essa non è più l'unica da menzionare obbligatoriamente, e viene quindi attratta nel regime di "esternazione contrattuale" finalmente comune a tutte le altre. 37. In secondo luogo, si dispone, come già detto, che l'esternazione contrattuale delle cause di giustificazione del termine deve essere "specificata", cioè verificabile nella sua effettività sostanziale. In breve, si accolla al datore di lavoro l'onere di provare che la giustificazione esisteva e che era una cosa seria; in ciò aprendosi anche un evidente spazio di controllo giurisdizionale sull'impiego del potere datoriale di applicare l'art. 1. Per cui è certo che se non sussistevano reali e comprovate (dal datore di lavoro) necessità di sostituire lavoratori non utilizzabili, il termine per "ragioni sostitutive" non può essere apposto. 38. Può quindi dirsi dimostrato che, se si collegano i due commi dell'art. 1 d. lgs. 368/2001, ne risulta una tutela più sostanziale e, quindi, più avanzata, rispetto all'impianto rigidamente formale (come tale facilmente eludibile) della storica legge 230. Quantomeno, ne risulta che è tutto da dimostrare l'assunto dogmaticamente postulato dall'ordinanza di rinvio secondo cui il sistema attuale sarebbe meno garantista del precedente. Il che è sufficiente ad escludere qualsiasi ipotesi di non conformità del sistema alla clausola 8 n.3.».

richiamo e condivisione della sentenza n.12985/2008 della Cassazione, come precisato a pag. 12, punti 18-23¹⁰⁹.

Il legislatore con l'art.1, comma 1-bis, della legge n.92/2012 (c.d. riforma Fornero) si adeguò alla giurisprudenza di merito e all'ordinanza *Vino* sui contratti acausali di Poste italiane stipulati ai sensi dell'art.2 comma 1-bis d.lgs n.368/2001, estendendo a tutti i datori di lavoro privati e pubblici l'ipotesi dell'unico contratto dichiaratamente "acausale", della durata massima di un anno e non prorogabile, che poteva essere stipulato dal datore di lavoro soltanto in caso di prima utilizzazione del lavoratore in precedenza mai impiegato, con una specie di contratto a termine "in prova" *una tantum*.

La stessa legge n.92/2012 ha anche modificato l'art.5 comma 3 d.lgs. n.368/2001, adeguando l'intervallo minimo non lavorato tra un contratto a tempo determinato e l'altro stipulato tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro (due mesi o tre mesi, a seconda che il contratto iniziale a termine avesse una durata fino a sei mesi o superiore a sei mesi) alla nozione comunitaria di "contratti successivi" enunciata dalla sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia.

Anche la Cassazione, derogando al principio generale affermato nella sentenza n.12985/2008 e ribadito in tutti gli altri settori diversi da Poste fino alla sentenza n.208/2017 su un unico contratto

¹⁰⁹ Poste italiane ha così argomentato ai punti 18-23 delle osservazioni scritte della causa *Sorge* C-98/09: ««18. Il Giudice nazionale ritiene che l'art.1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, nel non pretendere più "quantomeno esplicitamente che, nel contratto, siano specificamente indicati il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione" rappresenti "certamente un arretramento di tutela per il lavoratore, che non può più pretendere che, già nel contratto, gli siano fornite quelle informazioni che la precedente normativa legale imponeva al datore di lavoro, al chiaro fine di porlo nelle condizioni di valutare preventivamente la "serietà" e l'effettività della causale negoziale impiegata e, conseguentemente, l'opportunità di agire in giudizio, nonché il rischio di trovarsi, nel processo, di fronte a situazioni "di fatto" che non gli fosse consentito valutare in anticipo o che fossero addirittura sopravvenute alla stessa stipula del contratto. 19. Appare evidente come le affermazioni del Giudice nazionale non abbiano preso in considerazione le statuizioni della giurisprudenza di legittimità italiana (Corte di Cassazione, sent., 21/05/2008, n. 12985) in cui si è chiarito che «L'art. 1 D.Lgs. n. 368/2001 conferma il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro è normalmente a tempo indeterminato, costituendo la apposizione del termine una ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto al detto principio (...). Il termine era e rimane elemento accidentale del contratto di lavoro e la previsione della specificazione delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive con forma scritta ad substantiam fonda la sua ratio sulla garanzia della certezza della natura del contratto, responsabilizzando il consenso del lavoratore; ciò consente al giudice il controllo effettivo del contenuto del sinallagma e la verifica, attraverso la applicazione della clausola generale, della conformità tra gli interessi programmati dalle parti e gli interessi riconosciuti meritevoli di tutela attraverso la regolamentazione del contratto medesimo. La sanzione, in caso di invalidità del termine, è la conseguenza logica di detta ratio, sia nel caso in cui il termine non risulti da atto scritto sia nel caso in cui manchi la indicazione di una sufficiente ragione giustificativa. Nell'uno e nell'altro caso, la sanzione è quella della conversione in rapporto a tempo indeterminato, per nullità parziale della clausola oppositiva del termine.». 20. Alla luce dei principi espressi dalla Corte di Cassazione, appare destituito di qualsiasi fondamento l'assunto del Tribunale di Trani per cui il regime introdotto dall'art.1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 abbia determinato – con riferimento alle assunzioni a termine per ragioni sostitutive – un abbassamento di tutele dei lavoratori a termine. 21. Ed infatti, il datore di lavoro è sempre tenuto a specificare per iscritto le ragioni sostitutive che hanno determinato (e giustificato) la conclusione di un contratto a tempo determinato – con un conseguente effetto di cristallizzazione delle ragioni medesime – fermo restando che, ove il lavoratore ritenga o verifichi che tali ragioni non siano sussistenti o siano incongrue, lo stesso ha il diritto di devolvere al giudice l'accertamento relativo a tale profilo, cui potrà seguire, in caso di dimostrata insussistenza delle ragioni giustificative, una declaratoria di invalidità del termine apposto al contratto. 22. Non si vede quindi come il venire meno dell'obbligo di specificare il nominativo del lavoratore da sostituire – in ragione del regime introdotto dall'art.1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 – abbia potuto determinare un abbassamento delle tutele dei lavoratori assunti per ragioni sostitutive. 23. Ed infatti, tanto nell'ambito del precedente regime, che in quello attuale, indipendentemente dalla circostanza che il nominativo del lavoratore da sostituire sia indicato o meno nel contratto di assunzione, se il giudice accerta – con gli amplissimi poteri istruttori allo stesso conferiti – che in concreto non sussista una effettiva e specifica ragione sostitutiva che abbia giustificato l'assunzione del lavoratore a tempo determinato, la clausola relativa all'apposizione del termine viene ad essere dichiarata invalida, con la garanzia a favore dei lavoratori interessati del medesimo livello di tutela proprio del previgente modello di disciplina della fattispecie.»».

a tempo determinato di Fondazione lirico-sinfonica, con le sentenze nn.11658/2012, 11659/2012 e 13221/2012, ha ritenuto legittimo il primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive stipulato da Poste italiane ai sensi dell'art.2 comma 1-bis d.lgs. n.368/2001.

A rappresentare plasticamente che la deroga interpretativa di favore valeva soltanto per i contratti a termine di PI, con tre ordinanze¹¹⁰ ha sollevato questioni pregiudiziali Ue sul lavoro marittimo a tempo determinato dell'impresa pubblica Rete ferroviaria italiana, ribadendo la lettura comunitariamente orientata della normativa interna di recepimento della direttiva 1999/70/CE, già enunciata dalla Cassazione nella sentenza n.12985/2008, ritenendo che l'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 e le ragioni oggettive temporanee da specificare per ogni singolo contratto a tempo determinato costituissero l'unica misura preventiva e sanzionatoria effettiva prevista dall'ordinamento interno contro l'abusivo ricorso ai contratti a termine.

Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione sul lavoro marittimo riaprono il contrasto interno nella giurisprudenza comunitaria tra la (sbagliatissima) sentenza Mangold e la sentenza Adeneler.

Il contrasto giurisprudenziale, come si è visto, era sfociato addirittura in due distinte e contrastanti pronunce sul contenzioso di singoli contratti trimestrali acausali di PI, a distanza di pochi mesi l'una dall'altra e affidate a due Collegi diversi, la sentenza Sorge e l'ordinanza Vino, su cui la Corte di giustizia si dichiarava incompetente ad applicare il principio di uguaglianza e non discriminazione e la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ponendosi in contrasto con le sentenze Adeneler, Angelidaki¹¹¹, Sorge e Carratù, che muovono dal presupposto che anche sul primo ed eventualmente unico contratto a tempo determinato va applicata almeno la misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee, ove non siano applicabili le altre due misure preventive della clausola di durata massima e del numero massimo dei rinnovi.

Le domande pregiudiziali sollevate dalla Suprema Corte in materia di lavoro marittimo sui contratti a tempo determinato "acausali" di RFI, altra impresa pubblica statale, andavano così ad incidere su un problema organizzativo del contenzioso seriale sui contratti a termine di Poste italiane, che la stessa Cassazione stava faticosamente tentando di risolvere.

L'esplosione del contenzioso seriale sui contratti a tempo determinato è un fenomeno legato quasi esclusivamente agli abusi incontrollati di Poste italiane e, in misura minore e per effetto del contenzioso PI, che, proprio con l'adesione nel 2001 a Confindustria, riuscì a farsi modellare la prima riforma liberalizzatrice del d.lgs. n.368/2001, a cui seguirono, dopo l'intervento "correttivo" della giurisprudenza, la causale finanziaria dell'art.2 comma 1-bis; le modifiche introdotte con il d.l. n.112/2008 con il famoso art.4-bis d.lgs. n.368/2001 che interveniva sui processi in corso, dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n.214/2009, con l'allora presidente Marcegaglia impegnata in Commissione lavoro a censurare la sentenza n.12985/2008 della Cassazione, che avrebbe messo in crisi il sistema delle imprese reintroducendo le causali sul piano interpretativo; l'art.32 della legge n.183/2010 (c.d. Collegato lavoro 2010), che interveniva con un sistema di decadenze dell'azione di impugnativa (comma 3) e con la previsione di un'indennità

¹¹⁰ Cassazione, S.L., ordinanze nn.15560/2013 e 15561/2013 del 20 giugno 2013 e n.16680/2013 del 9 luglio 2013.

¹¹¹ Corte di giustizia CE, sentenza 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki ed altri v. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis*, EU:C:2009:250; su cui cfr. V. De Michele, *Contratto a termine e precariato*, cit., p.75-81; M. Miscione, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav.giur.*, 2009, 437.

forfetaria onnicomprensiva (comma 5) che sostituiva il risarcimento del danno secondo le regole civilistiche, con una riduzione del tetto massimo per PI (comma 6) e con un'applicazione retroattiva anche ai processi in corso (comma 7), anche in Cassazione.

Poste italiane ha avuto enormi rendite finanziarie dalla normativa di favore innanzi descritta, beneficiando di un turn over non solo senza costi, ma con notevolissime entrate e sopravvenienze attive, poiché i lavoratori a termine che avevano vinto in giudizio erano costretti a stipulare verbali di conciliazione in sede sindacale sulla base dei tanti accordi collettivi stipulati nel settore postale, sempre in concomitanza con la disciplina di favore postale introdotta dal legislatore, per "consolidare" il posto di lavoro, rinunciando al risarcimento dei danni già riscosso al netto delle trattative fiscali e previdenziali (queste ultime non versate da PI, perché assoggettata, ancora oggi, alla contribuzione del pubblico impiego nonostante la privatizzazione), che dovevano però restituire ratealmente al lordo, cioè nella misura del 40-45% in più rispetto a quanto percepito sulla base di una sentenza emessa in nome del popolo italiano.

Questo è stato il sistema Poste di turn over del personale e questo ha determinato la proliferazione del contenzioso sui contratti a tempo determinato e l'occupazione abusiva degli armadi della magistratura del lavoro e della Cassazione.

Subito dopo il rinvio pregiudiziale Ue della Cassazione sul lavoro marittimo e in contrasto con le ordinanze della Suprema Corte sulle ragioni oggettive come unica misura preventiva prevista dall'ordinamento interno contro l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, con sentenza n.28441/2013¹¹², la Cassazione ha dichiarato legittimi cinque contratti a tempo determinato "acausali" stipulati da Poste italiane ai sensi dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 per i periodi lavorativi 2/11/2006 – 31/1/2007, 17/9/2007 – 31/10/2007, 1/4/2008 – 30/6/2008, 3/11/2008 – 31/1/2009, 1/7/2009 – 30/9/2009, senza far alcun cenno all'art.5 comma 4-bis d.lgs. n.368/2001 come misura preventiva idonea a "compensare" il venir meno delle ragioni oggettive temporanee.

È dunque per tamponare le conseguenze negative (per l'impresa pubblica) sul contenzioso Poste del rinvio pregiudiziale sul lavoro marittimo, seguendo il "nuovo" orientamento della Cassazione sulla pluralità dei contratti a tempo determinato acausali di PI di cui all'art.2 comma 1-bis d.lgs. n.368/2001, che il legislatore è intervenuto a modificare nuovamente il d.lgs. n.368/2001 con il decreto legge n.34/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 78/2014, togliendo ogni riferimento alle ragioni oggettive (tutti i contratti a termine diventano "acausali", non soltanto il primo e unico) come misura di prevenzione dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato e confondendo, così, le proroghe contrattuali (in numero massimo di 5 per la durata massima di 36 mesi, compreso il contratto iniziale) e i rinnovi contrattuali, di cui all'art.5, comma 4, d.lgs. n.368/2001.

Inizialmente la stessa Commissione Ue aveva legittimato il Jobs act e la scelta del legislatore italiano con il d.l. n.34/2014 di cancellare (solo nominalmente) la tutela della misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee, archiviando il 2 luglio 2015 la richiesta della CGIL di apertura della procedura di infrazione con la denuncia CHAP(2014)2554.

¹¹² Cassazione, S.L., sentenza 19 dicembre 2013, n.28441.

Esemplare fu il resoconto della seduta del 7 maggio 2014 presso il Senato della Repubblica, dove è stato votato con la fiducia il testo emendato in sede di conversione del d.l. n. 34/2014, contenente le “rivoluzionarie” modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001.

Il relatore¹¹³ Ichino, in quell'occasione, garantì la compatibilità comunitaria e costituzionale della nuova disciplina sul lavoro a termine, che avrebbe finalmente allineato l'Italia agli Stati più avanzati e avrebbe cancellato quelle norme anacronistiche che hanno bloccato la flessibilità in ingresso delle imprese e la creazione di nuova occupazione, «in attesa della riforma del mercato del lavoro che dovrà contenere anche i servizi all'impiego, il contratto di ricollocazione, la ridefinizione degli ammortizzatori sociali», prevista a sua volta dalle deleghe contenute nel disegno di legge governativo n. 1428 presentato il 3 aprile 2014, già in corso di esame in Parlamento.

Contemporaneamente, il 7 maggio 2014 i difensori italiani dei lavoratori in sede di trattazione orale delle pregiudiziali riunite Fiamingo ed altri sollevate dalla Cassazione sul lavoro marittimo a tempo determinato hanno contestato l'idoneità delle modifiche al d.lgs. n. 368/2001 introdotte dal d.l. n. 34/2014, anche (e soprattutto) nel testo definitivo che si stava approvando in sede di conversione, ad assicurare gli obiettivi e le garanzie della direttiva 1999/70/CE contro gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato.

Senonché, come era prevedibile, con la sentenza Fiamingo sui contratti acausali trimestrali dei lavoratori marittimi di Rete Ferroviaria italiana la Corte europea si è espressa nel senso della legittimazione temporanea dei (o non ingerenza interpretativa sui) contratti acausali del decreto “Poletti” d.l. n.34/2014, convertito in legge in Parlamento il 7 maggio 2014 (legge n.78/2014).

Le ordinanze Vino e la sentenza Fiamingo sono state superate dalla stessa Corte di giustizia, prima con l'ordinanza presidenziale del 17 settembre 2014¹¹⁴ di rettifica e correzione dell'errore in fatto del punto 20 della sentenza Fiamingo, e poi con la sentenza Commissione contro Lussemburgo, la prima e unica formale sentenza della Corte europea di condanna di uno Stato membro per inadempimento alla direttiva 1999/70/CE.

Il ricorso per inadempimento che ha portato alla sentenza Commissione contro Lussemburgo è stato presentato una settimana dopo l'udienza del 7 maggio 2014 ed è evidentemente il frutto della sollecitazione alla Commissione Ue dal Collegio della III sezione della Corte europea in sede di discussione orale della causa Fiamingo, quando la difesa dei lavoratori marittimi lamentò che le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione e la difesa della causalità del contratto a

¹¹³ Fu Ichino, come è noto, l'ideatore della causa pregiudiziale Job Centre, che portò alla distruzione del sistema di collocamento pubblico monopolista con la sentenza dell'11 dicembre 1997 della Corte di giustizia (causa C-55/96, EU:C:1997:603), mettendo in crisi anche il reclutamento del personale con professionalità medio-basse nel pubblico impiego (art.16 l. n.56 del 1987) e aprendo la strada, già prima della legge Treu n.196/1997 e del contestuale trasferimento delle funzioni di gestione di inesistenti o ineffettivi servizi alle Regioni e alle Province con il d.lgs. n.469/1997, all'appalto di mera manodopera con le cooperative prima e con le agenzie di lavoro interinale poi.

¹¹⁴ Con ordinanza del presidente della III sezione della Corte di giustizia del 17 settembre 2014 (ECLI:EU:C:2014:2238) è stato corretto, senza ricorrere al procedimento di revocazione della sentenza per errore in fatto determinante, ai sensi dell'art.159 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il punto 20 della sentenza Fiamingo nella parte in cui riteneva che i contratti a termine della fattispecie di causa prevedessero un intervallo non lavorato l'uno dall'altro inferiore a 60 giorni, determinando così l'errore in diritto nella decisione della Corte europea per l'indicazione al giudice del rinvio (la Cassazione) di applicare una norma interna – l'art. 326 del codice della navigazione – palesemente inapplicabile al caso, trattandosi invece di una pluralità di contratti a tempo determinato per il tramite del collocamento pubblico della gente di mare con cadenza annuale e della durata di 78 giorni, con un intervallo l'uno dall'altro ben superiore a 60 giorni.

tempo determinato nella disciplina del d.lgs. n.368/2001 sin dal primo ed eventualmente unico rapporto avevo spinto il Governo nazionale ad introdurre con decretazione di urgenza la disciplina dei contratti acausali, per eliminare tutte le tutele antiabusive.

D'altra parte, è oggetto del merito della causa Sciotto che, con la sentenza n.260/2015 sui precari delle Fondazioni lirico-sinfoniche, la Corte costituzionale ha applicato il principio delle ragioni oggettive temporanee come causa giustificativa "immanente" della legittima apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato, affermato prima dalla Cassazione nella sentenza n.12985/2008 e poi ribadito dalla Corte di giustizia nelle sentenze Mascolo e Commissione contro Granducato di Lussemburgo, espressamente citate dalla Corte costituzionale.

La Corte di giustizia con la sentenza Sciotto supera definitivamente il problema dei contratti "acausali" legittimati dalla sentenza Mangold, dalle ordinanze Vino e dalla sentenza Fiamingo, e riafferma il principio della centralità del contratto a tempo indeterminato nella direttiva 1999/70/CE e la regola del rapporto stabile rispetto all'eccezione del lavoro precario, che trova giustificazione soltanto per quelle ragioni oggettive temporanee che erano state già individuate come (unica) causa giustificativa dell'apposizione del termine dalla sentenza Adeneler (citata 3 volte), e che sono state poi ribadite nella sentenza Mascolo (citata 16 volte) e nella sentenza Commissione/Lussemburgo (citata 9 volte), queste ultime espressamente richiamate dalla Corte costituzionale nella sentenza n.260/2015.

Ai punti 41-42 la Corte Ue ha sintetizzato la posizione del Governo italiano nelle osservazioni scritte, che ripropone le stesse questioni già rigettate dalla giurisprudenza costante della Cassazione e della Corte costituzionale, e che verranno puntualmente e puntigliosamente sconfessate dal Collegio di Lussemburgo ai punti da 37 a 58, tutti dedicati alle ragioni oggettive di cui alla clausola 5, n.1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Sulle ragioni oggettive temporanee nel settore dello spettacolo degli Enti lirici la Corte chiarisce che è vero che le esigenze artistiche o tecniche connesse alla rappresentazione di uno spettacolo possono essere tali da rendere necessaria un'assunzione temporanea e che lo stesso vale qualora occorra provvedere alla sostituzione di un artista o di un tecnico non disponibile, in particolare, a causa di malattia o di maternità (punto 48). Tuttavia, non si può ammettere che contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in modo permanente e duraturo, di compiti nelle istituzioni culturali di cui trattasi che rientrano nella normale attività del settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche (punto 49).

Insomma, la Corte di giustizia nella sentenza Sciotto non si sposta dall'univoca giurisprudenza della Cassazione e della Corte costituzionale *in subiecta materia*, e insiste sulla gravità della mancanza delle ragioni oggettive come misura preventiva antiabusiva, respingendo altresì la richiesta della Fondazione Teatro dell'Opera di Roma di irricevibilità della domanda pregiudiziale, fondata sul fatto che la Corte non è competente a pronunciarsi sull'interpretazione del diritto nazionale, come richiesto dal giudice del rinvio, nel contempo evitando abilmente l'insidiosa situazione, rappresentata dalla ricorrente Sciotto nelle sue osservazioni scritte, che la questione del superamento della clausola di durata dei 36 mesi non poteva applicarsi alla fattispecie di causa sia in fatto (perché la tersicorea non aveva maturato quel servizio al momento del deposito del ricorso) sia in diritto (per l'inapplicabilità al settore della disciplina dei contratti successivi, ai sensi dell'art.11, comma 4, d.lgs. n.368/2001).

Infatti, la Corte Ue, a differenza di quanto fece nella sentenza Mascolo indicando nella ricostruzione dei fatti di causa i periodi di servizio scolastico complessivamente maturati dal singolo docente o personale ata che era parte ricorrente nei procedimenti principali, si limita a chiarire, da un lato, che la signora Sciotto è stata impiegata come tertsicorea di fila dalla Fondazione Teatro dell'Opera di Roma in forza di plurimi contratti a tempo determinato con causali legate a diverse rappresentazioni artistiche programmate durante il periodo dal 26 giugno 2007 al 30 ottobre 2011 (punto 17), e, dall'altro, che, con la domanda principale presentata al Tribunale di Roma (che l'aveva rigettata), faceva valere che nei suoi contratti di lavoro non erano indicate le esigenze tecniche, organizzative o produttive specifiche che avrebbero giustificato la loro conclusione a tempo determinato e che, pertanto, la ricorrente aveva chiesto l'accertamento dell'illegittimità dei termini apposti in detti contratti, la conversione del suo rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato e il risarcimento dei danni subiti (punto 18).

Quindi, la Corte di giustizia ha colto perfettamente la natura strumentale della domanda pregiudiziale, nella parte in cui, pur non essendo oggetto della controversia nel giudizio principale, il *«giudice del rinvio si pone la questione se la tutela dei lavoratori che hanno concluso, con le fondazioni lirico-sinfoniche, una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, per un periodo totale superiore a tre anni, risponda ai requisiti del diritto dell'Unione, poiché la disciplina nazionale applicabile a tale settore non richiede l'indicazione di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti, non contiene indicazioni circa la durata massima dei contratti, non specifica il numero massimo dei rinnovi di tali contratti a tempo determinato, non contiene norme equivalenti e non limita a ragioni sostitutive la stipulazione di contratti a tempo determinato in detto settore.»* (punto 23).

Tuttavia, il Collegio lussemburghese presieduto da Lenaerts decide di fornire comunque una risposta, allargando notevolmente l'ambito della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, già molto più esteso di quello riservato al giudizio di costituzionalità delle leggi nazionali, perché *«nulla impedisce alla Corte di dare una risposta utile al giudice del rinvio fornendogli gli elementi di interpretazione attinenti al diritto dell'Unione che consentiranno a questo stesso giudice di statuire sulla compatibilità del diritto interno con il diritto dell'Unione»* (punto 28), addirittura reinterpretando la domanda pregiudiziale *«sollevata come volta, in sostanza, ad accertare se la clausola 5 dell'accordo quadro debba essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato qualora il rapporto di lavoro perduri oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche.»* (punto 29).

In definitiva, la risposta della Corte sulla tutela effettiva del precariato pubblico italiano ha valenza generale, perché essa opera sia rispetto alla mancanza delle ragioni oggettive temporanee di cui agli artt.1, commi 01, 1 e 2, e 4 d.lgs. n.368/2001 (punti 12-13) sia rispetto alla violazione della disciplina della successione dei contratti a tempo determinato, con particolare riferimento a quella che le stesse Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016 considerano come la più delle grave delle situazioni di abusivo ricorso, il superamento della clausola di durata massima complessiva di 36 mesi anche non continuativi di servizio con mansioni equivalenti, di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001 (punto 14).

10. Il principio di condizionalità nelle sentenze Marrosu-Sardino e Santoro e l'equivalenza delle sanzioni antiabusive tra settori nella sentenza Sciotto.

Come sottolineato dalla più autorevole dottrina¹¹⁵, con la sentenza Marrosu-Sardino del 7 settembre 2006 la Corte di giustizia elaborò l'incertezza soluzione della compatibilità condizionata con il diritto comunitario dell'art.36, comma 5 (allora comma 2), d.lgs. n.165/2001, la norma che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, prevede il divieto assoluto di conversione a tempo indeterminato dei contratti a termine nel pubblico impiego, salvo il diritto al risarcimento dei danni, sanzione su cui la Corte Ue disegnò inattuabili contenuti di adeguatezza, proporzionalità, equivalenza, dissuasività rispetto ad altre sanzioni applicate nell'ordinamento interno e, in particolare, a quella all'epoca applicata della riqualificazione a tempo indeterminato nel settore privato, ai sensi degli artt.1, commi 1 e 2, 4 e 5 del d.lgs. n.368/2001.

Con la sentenza Marrosu-Sardino la Corte evitò di mettersi in contrasto con la sentenza n.89/2003 della Corte costituzionale, elaborando la tesi della possibilità di distinguere, ai fini delle sanzioni in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pp.aa., tra il settore pubblico e il settore privato: «il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova nella causa C-53/04 Marrosu-Sardino: *«Il giudice del rinvio sottolinea che la Corte costituzionale ha giudicato, nella sua sentenza 13 marzo 2003, n. 89, che l'art. 36, secondo comma, prima frase, del d. lgs. n. 165/2001 è conforme ai principi costituzionali di uguaglianza e di buon andamento dell'amministrazione, sanciti dagli artt. 3 e 97 della Costituzione italiana. La Corte costituzionale ha considerato che il principio fondamentale secondo cui l'accesso all'impiego negli enti pubblici si effettua mediante concorso, in applicazione dell'art. 97, terzo comma, della Costituzione, rende legittima la differenza di trattamento esistente tra i lavoratori del settore privato e quelli dell'amministrazione pubblica nel caso di accertata illegittimità al momento della conclusione di una successione di contratti a tempo determinato.»* (punto 14).

Alla sentenza Marrosu-Sardino seguirono immediatamente le leggi di stabilizzazione del precariato pubblico di cui alle finanziarie per il 2007 e per il 2008 nn.296/2006 (art.1, commi 519 e 558) e 244/2007 (art.3, comma 90), che vedevano come presupposto legittimante l'assunzione stabile l'aver superato procedure selettive e maturato 36 mesi di servizio alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Contestualmente alla legge finanziaria per il 2008, che ridisegnava l'art.36 d.lgs. n.165/2001 limitando fortemente l'uso dei contratti flessibili da parte dei datori di lavoro pubblici, con la legge n.247/2007 (c.d. Collegato lavoro) venne inserito l'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001, come disposizione di durata massima complessiva dei rapporti a termine successivi, che rispondeva alla misura preventiva di cui alla clausola 5, n.1, lettera b), dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Queste disposizioni normative non furono sufficienti ad evitare la proliferazione del precariato pubblico, al punto che con l'ordinanza del dicembre 2009 il Tribunale di Rossano Calabro (Est. Coppola) fu costretto a sollevare una complessa domanda pregiudiziale nella causa Affatato C/10 con ben sedici quesiti, che riguardavano l'intera galassia della flessibilità del pubblico impiego, compresi i contratti a tempo determinato acasuali di Poste italiane, rappresentando una totale

¹¹⁵ Cfr. M. De Luca, *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati*, in Atti del Convegno nazionale del Centro studi "D. Napoletano" del 9 – 10 marzo 2007 all'Unical di Arcavacata di Rende, in *Lav.prev.oggi*, suppl. n.6, 2008, 261.

mancanza di sanzioni effettive nel settore pubblico contro l'abusivo ricorso alla contrattazione a termine. La particolarità di questa domanda pregiudiziale sta nel fatto che il giudice del rinvio ha introdotto la problematica dell'individuazione della nozione di "settore" ai fini della direttiva 1999/70/CE, ritenendo che la distinzione da operare non fosse quella della sentenza Marrosu-Sardino tra settore pubblico e settore privato, ma tra settori merceologici, quali il settore scuola, il settore sanitario, il settore enti locali, il settore Poste, ecc.

Sbrigativamente la Corte di giustizia con l'ordinanza Affatato si tolse dall'imbarazzo di dover rivedere la propria decisione Marrosu-Sardino, dichiarando irricevibili 12 dei 16 quesiti, che non riguardavano specificamente il settore sanitario all'interno del quale aveva operato il lavoratore ricorrente, ma cogliendo l'occasione per confermare al punto 48 che la sanzione adeguata ad eliminare le conseguenze dell'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego era la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti temporanei successivi per il superamento della clausola di durata di cui all'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

Un anno dopo il problema della diffusione del precariato pubblico non solo in Italia, ma anche in Europa, venne segnalato dall'avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni scritte depositate il 15 settembre 2011 nella causa Jansen C-313/10, in una causa pregiudiziale in cui veniva contestata la compatibilità con la nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee della sentenza Adeneler della norma tedesca che consentiva l'apposizione del termine giustificata da ragioni finanziarie nel pubblico impiego.

L'avvocato generale Jääskinen ha sottolineato che i datori di lavoro del settore pubblico beneficiano, in forza di una normativa come quella controversa nella causa principale, di un potere in grado di condurli ad abusare della conclusione di contratti a tempo determinato, in quanto, fissando le loro priorità di bilancio, tali datori di lavoro potrebbero preconstituirsì il motivo che giustifica il ricorso a tale forma di contratto autodispensandosi così dal rispetto di principi essenziali del diritto del lavoro.

Evidenziava, altresì, che tale rischio d'abuso ha una conseguenza tanto maggiore in quanto è stato osservato un netto aumento del ricorso ai dipendenti assunti a contratto, e non a dipendenti che fruiscono di contratti a tempo indeterminato o dello status di impiegato pubblico di ruolo, per sopperire ad esigenze del settore pubblico, e ciò non soltanto in Germania ma nella maggior parte degli Stati membri dell'Unione europea¹¹⁶.

L'avvocato generale Jääskinen ha evidenziato, inoltre, che dalla proposta che ha portato all'adozione della direttiva 1999/70¹¹⁷ risulta che la flessibilità derivante dalla presa in considerazione delle «esigenze di settori specifici» di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro dev'essere collegata all'«attenzione particolare» di cui ha chiaramente formato oggetto «la situazione specifica delle

¹¹⁶ In nota 53 delle conclusioni l'avvocato generale Jääskinen cita, in particolare, A. Fitte-Duval, «Contrat à durée indéterminée dans la fonction publique: les risques d'une transposition inadaptée», *Actualité Juridique Fonctions Publiques*, 2007, pagg. 4 e segg.

¹¹⁷ Punti 26-31 della motivazione della proposta di direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso fra l'UNICE, il CEEP e la CES, del 28 aprile 1999 [COM(1999) 203 def., pagg. 6 e 7].

piccole e medie imprese» (PMI) al momento dell'elaborazione del testo dell'accordo quadro, conformemente all'articolo 137, paragrafo 2, CE (divenuto articolo 153 TFUE)¹¹⁸.

Nella proposta innanzi richiamata la Commissione ha affermato che le diverse disposizioni dell'accordo quadro che essa menziona, tra cui quelle della clausola 5, «*indicano la volontà delle parti sociali di lasciare, nell'attuazione dei diritti e dei doveri previsti dall'accordo, margini di manovra che dovrebbero consentire di tener conto sia delle esigenze specifiche dei lavoratori sia di quelle delle imprese in settori e categorie specifici di lavoratori e di imprese, non ultime le PMI*» (conclusioni Jääskinen, punto 62).

Per contro, i lavori preparatori della direttiva 1999/70 non fanno alcun cenno di una sorte speciale che sia stata prevista a beneficio del settore pubblico, nell'ambito della redazione della clausola 5 dell'accordo quadro e non pare che i posti di lavoro da coprire nel settore di cui trattasi siano per tradizione o addirittura per natura temporanei, al contrario di quanto può avvenire per taluni rami di attività (conclusioni Jääskinen, punto 63).

Pertanto, l'avvocato generale della causa Jansen C-313/10, che non arriverà mai a decisione perché il Land tedesco appellante aderì subito all'autorevole opinione di Jääskinen e preferì rinunciare all'appello e alla sentenza europea, ha contestato la soluzione della Corte di giustizia nella sentenza Marrosu-Sardino di distinguere, ai fini sanzionatori e dell'equivalenza delle misure antiabusiva, tra settore pubblico e settore privato, perché questa distinzione non risponderebbe, come era stato già evidenziato (senza risposta) dal Tribunale di Rossano Calabro nell'ordinanza di rinvio della causa Affatato C-3/10, alla nozione di settore di cui alla direttiva 1999/70/CE.

La problematica della definizione del "settore" è stata risolta dal Tribunale di Napoli (Est. Coppola) nelle quattro ordinanze di rinvio pregiudiziale nelle cause, poi riunite, Mascolo C-22/13, Forni C-61/13, Racca C-62/13 e Russo C-63/13, formulando il seguente quesito: «*Quando debba ritenersi che un rapporto di lavoro sia alle dipendenze dello "Stato", ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70 ed in particolare anche dell'inciso "settori e/o categorie specifiche di lavoratori" e quindi sia atto a legittimare conseguenze differenti rispetto ai rapporti di lavoro privati.*».

Anche in questo caso, con la sentenza Mascolo la Corte di giustizia non ha fornito alcuna risposta specifica al quesito, avendo già risolto la problematica del precariato pubblico scolastico con la conclusione sull'inidoneità del sistema di reclutamento del personale supplente, docente e ata, alle dipendenze dello Stato ad assicurare il rispetto della direttiva 1999/70/CE. Tuttavia, ai punti 69, 92, 95, 114 e 118 la sentenza Mascolo fa espresso riferimento al settore dell'insegnamento, distinto dal settore pubblico.

Incidentalmente, però, la Corte Ue nella storica decisione del 26 novembre 2014 sul precariato scolastico non si lascia sfuggire l'opportunità di rispondere al Tribunale di Napoli sul quesito della riqualificazione a tempo indeterminato per superamento della clausola di durata, già individuato al punto 48 dell'ordinanza Affatato ma non applicato nell'ordinamento interno in presunta violazione del principio di leale cooperazione, confermando al punto 55 anche per i precari pubblici

¹¹⁸ Tale articolo dispone che le direttive adottate in materia di politica sociale devono «evitare di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese». V., altresì, punto 11 delle considerazioni generali dell'accordo quadro.

degli Enti locali l'adeguatezza e l'equivalenza, come misura antiabusiva, dell'art.5, comma 4-bis, d.lgs. n.368/2001.

Nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale della causa Santoro C-494/16 il Tribunale di Trapani ha riproposto la questione dell'equivalenza sanzionatoria in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato tra settore privato e settore pubblico, ritenendo insoddisfacente la soluzione del danno comunitario individuata dalle Sezioni unite nella sentenza n.5072/2016.

Nonostante le sollecitazioni all'udienza del 13 luglio 2017 del Presidente Avv. Michele De Luca a rimuovere la condizionalità espressa con la sentenza Marrosu-Sardino per totale inadeguatezza di ogni sanzione nell'ordinamento interno ed applicare il principio della primazia e dell'applicazione diretta della normativa dell'Unione, la Corte di giustizia con la sentenza Santoro ha concordato con le osservazioni scritte della Commissione e le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella parte in cui rilevavano che la comparazione, ai fini dell'applicazione del principio dell'equivalenza, andava operata rispetto ad altre categorie di lavoratori nel pubblico impiego e non nel lavoro privato (punto 33), anche perché, diversamente dal caso trattato nella sentenza Martínez Andrés e Castrejana López¹¹⁹, la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite ha comunque fissato una tutela minima sanzionatoria in caso di successione illegittima dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, cioè l'indennità forfetaria di cui all'art.32, comma 5, della legge n.183/2010 (punto 35).

Tuttavia, la Corte ha precisato che dalla decisione di rinvio si ricava parimenti che, secondo la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione, il lavoratore può anche chiedere il risarcimento del danno derivante dalla perdita di opportunità di impiego (punto 36), anche se ha preso atto che, secondo il Tribunale di Trapani, non si potrebbe escludere che le disposizioni di diritto interno che disciplinano la valutazione del danno siano tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte di detto lavoratore, dei diritti che gli sono attribuiti dall'ordinamento dell'Unione, segnatamente del suo diritto al risarcimento del danno sofferto a causa del ricorso abusivo, da parte del suo ex datore di lavoro pubblico, a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato (punto 37).

A questo punto la Corte di giustizia nella sentenza Santoro ha costruito le presunzioni a favore del lavoratore precario pubblico della prova del risarcimento integrale del danno da perdita di occupazione di lavoro dalla mancanza di prova positiva, a totale carico delle pubbliche amministrazioni nei giudizi principali, dell'applicazione, da parte dello stesso datore di lavoro pubblico e dei suoi dirigenti (e nei confronti degli stessi dirigenti), delle disposizioni di legge individuate dallo stesso Governo italiano e dalla sentenza n.5072/2016 come norme ostative e dissuasive per prevenire e sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a termine, cioè l'art.36, commi 5, 5-quater e 6, d.lgs. n.165/2001.

Infatti, la Corte europea è partita dal presupposto che, tenuto conto delle difficoltà inerenti alla dimostrazione dell'esistenza di una perdita di opportunità, occorre constatare che il ricorso a presunzioni dirette a garantire a un lavoratore, che abbia sofferto, a causa dell'uso abusivo di con-

¹¹⁹ Corte di giustizia Ue, sentenza 14 settembre 2016, C-184/15 e C-195/15, *Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*, EU:C:2016:680; su cui cfr. V. De Michele, *Le sentenze "spagnole" della Corte di giustizia Ue e la stabilizzazione del precariato pubblico in Italia e in Europa*, in www.europeanrights.eu, novembre 2016.

tratti a tempo determinato stipulati in successione, una perdita di opportunità di lavoro, la possibilità di cancellare le conseguenze di una siffatta violazione del diritto dell'Unione è tale da soddisfare il principio di effettività (punto 50); e che la circostanza che il provvedimento adottato dal legislatore nazionale per sanzionare l'uso abusivo di contratti a tempo determinato da parte dei datori di lavoro del settore privato costituisca la tutela più ampia che possa essere riconosciuta a un lavoratore non può, di per sé, avere come conseguenza quella di attenuare il carattere effettivo delle misure nazionali applicabili ai lavoratori rientranti nel settore pubblico (punto 51).

In particolare, la Corte di giustizia al punto 52 della sentenza Santoro ha rilevato che la normativa nazionale prevede altre misure destinate a prevenire e sanzionare il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato:

- l'art.36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 dispone che le amministrazioni sono tenute a recuperare, nei confronti dei dirigenti responsabili, le somme pagate ai lavoratori a titolo di risarcimento del danno sofferto a causa della violazione delle disposizioni relative al reclutamento o all'impiego, quando detta violazione sia dovuta a dolo o colpa grave;
- l'art.36, comma 5-quater, d.lgs. n.165/2001 prevede che la violazione dell'assunzione nulla del lavoratore, perché priva del concorso pubblico e delle stesse condizioni eccezionali o temporanee che la possano giustificare, dovrebbe essere, presa in considerazione ai fini della valutazione dell'operato di detti dirigenti i quali, a causa della citata violazione, non potrebbero ottenere un premio di risultato;
- inoltre, l'art.36, comma 6, TUPi prevede che le amministrazioni pubbliche che abbiano agito in violazione delle norme relative al reclutamento o all'impiego non possano procedere, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi a detta violazione.

A ciò va aggiunta anche la presunzione che la pubblica amministrazione abbia bandito il concorso pubblico per la copertura del posto vacante e disponibile temporaneamente ricoperto dal lavoratore precario, a cui viene così offerta l'opportunità di lavoro stabile attraverso la possibilità di partecipare ad una procedura selettiva pubblica, che mancava al momento dell'accesso nella pubblica amministrazione, in guisa tale da provare la sussistenza (o la insussistenza) della presunzione che, qualora un concorso fosse stato organizzato in modo regolare, egli lo avrebbe superato (punto 54).

Perché fosse chiara l'inversione dell'onere della prova a carico della pubblica amministrazione sull'esistenza delle condizioni che limitano o annullano il diritto del lavoratore precario "abusato", oltre all'indennità forfetaria comunque spettante, all'integrale risarcimento del danno per la perdita di opportunità di lavoro, la Corte Ue ha onerato il giudice nazionale di verificare se tali elementi, vertenti sulle sanzioni che possono essere pronunciate nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei loro dirigenti in caso di ricorso abusivo a contratti a tempo determinato, rivestano un carattere effettivo e dissuasivo tale da garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro (sentenza Santoro, punto 53).

È evidente che l'applicazione della sentenza Santoro della Corte di giustizia comporterebbe uno stravolgimento delle regole che governano la flessibilità in entrata nel pubblico impiego, non perché tali regole vengano modificate dal *dictum* della Corte di Lussemburgo, ma perché esse acqui-

sterebbero un'effettività sanzionatoria che, fino ad ora, non hanno mai avuto, trattandosi di disposizioni che rientrano nella nota categoria delle norme di tipo "canzonatorio" o, se si preferisce, che sono state emanate per non essere mai applicate o applicabili.

In conseguenza, in giudizio il datore di lavoro pubblico dovrebbe provare di aver posto in essere tutte le seguenti attività e di aver realizzato tutte le seguenti condizioni: a) trasmissione alla Corte dei conti degli atti per l'avvio del procedimento di responsabilità erariale nei confronti del Dirigente che ha assunto senza concorso il lavoratore a tempo determinato e/o senza che sussistessero le ragioni oggettive eccezionali o temporanee per assumerlo; b) non concessione del premio di risultato il Dirigente "abusante"; c) valutazione negativa ai fini della progressione di carriera nei confronti del Dirigente "abusante", in conseguenza dell'abuso operato; d) non aver proceduto, a nessun titolo, ad assunzioni nei tre anni successivi all'abusivo ricorso ai contratti flessibili; e) aver bandito regolari concorsi pubblici per l'assunzione a tempo indeterminato, dando possibilità di accesso (privilegiato o riservato, andrebbe aggiunto) al lavoratore precario abusato.

Se tale prova positiva non verrà fornita (peraltro si tratta di attività gestoria della pubblica amministrazione, che dovrebbe essere posta in essere su iniziativa degli stessi Dirigenti "abusanti", come già sottolineato dall'avvocato generale Szpunar nelle sue conclusioni della causa Santoro), la conseguenza non potrà che essere l'integrale risarcimento del danno subito dal lavoratore per l'abuso, che ha comportato la perdita definitiva di occasione di lavoro stabile, che farebbe inevitabilmente scattare non solo risarcimenti dei danni complessivamente miliardari per l'ancora elevatissima platea degli aventi diritto, ma anche l'obbligo di attivare le azioni di responsabilità erariale che riguarderebbero sia i Dirigenti responsabili che gli amministratori pubblici, che hanno ommesso di vigilare.

Si tratta, chiaramente, di un'operazione interpretativa inaccettabile per i giudici nazionali e inapplicabile per il contrasto con regole fondamentali dell'ordinamento interno, fatta per sollecitare il Governo italiano e le pubbliche amministrazioni ad accelerare i processi di stabilizzazione del precariato pubblico avviati con l'art.20 del d.lgs. n.75/2017 (c.d. riforma Madia).

Viceversa, la Corte di giustizia nella sentenza Sciotto, evidentemente confortata dal sostegno all'azione della giurisprudenza comunitaria in favore di una maggior tutela dei lavoratori a tempo determinato, soprattutto nel pubblico impiego, da parte del Parlamento Ue nella risoluzione del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro e del richiamo esplicito proprio del punto 55 della sentenza Mascolo, ha eliminato in un colpo solo tutte le prudenze e le incertezze delle precedenti decisioni in materia di precariato pubblico italiano.

Infatti, innanzitutto la Corte fa riferimento ripetutamente al "settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche" (punti 21, 29, 36, 44, 46, 49, 59, 60, 61, 62, 66, 71 e 72) e parte dal presupposto il personale di tale settore, contrariamente ai lavoratori di cui trattasi nella causa che ha condotto alla sentenza Santoro, non ha diritto all'attribuzione di un'indennità ai fini del risarcimento del danno subito (punto 62).

Preliminarmente, secondo la Corte Ue, l'argomento relativo al carattere pubblico delle fondazioni lirico-sinfoniche quali la resistente nel procedimento principale, si deve sottolineare che un siffatto carattere non incide sulla tutela di cui beneficia un lavoratore in base alla clausola 5 dell'accordo quadro. Infatti, secondo una giurisprudenza costante, la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro sono applicabili anche ai contratti di lavoro a tempo determinato conclusi con le amministrazioni e gli altri enti del settore pubblico, poiché la definizione della nozione di «lavoratori a tempo

determinato» ai sensi dell'accordo quadro, figurante nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro (punto 43).

In conseguenza, la Corte nella sentenza Sciotto ha concluso, sul piano di sua competenza, nel senso che la clausola 5 dell'accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore.

Al piano interpretativo la Corte Ue ha unito anche quello "precettivo", perché, raccogliendo gli spunti della Commissione europea, ha eliminato ogni possibilità di distinguere tra settore pubblico e settore privato sul piano dell'equivalenza sanzionatoria, per precisare che, 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 (punto 71).

Viene così meno la condizionalità eurounitaria di cui alla sentenza Marrosu-Sardino della norma sul risarcimento dei danni e i giudici nazionali potranno ricorrere alla disapplicazione delle norme ostative alla tutela della riqualificazione a tempo indeterminato, quanto meno al verificarsi del superamento dei 36 mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro pubblico.

Anche se, come vedremo, la Corte costituzionale nella sentenza n.248/2018 la pensa diversamente, avendo ignorato, *ratione temporis*, la decisione della Corte di giustizia depositata due giorni dopo l'udienza pubblica di discussione e la conseguente camera di consiglio.

11. Le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nella causa Rossato sul diritto al risarcimento dei docenti precari anche quando sopravvenga, dopo l'abuso contrattuale, l'assunzione stabile.

Le (più volte citate) conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar nella causa Rossato C-494/17, depositate il 6 dicembre 2018, costituiscono un'ulteriore conferma dell'impianto argomentativo sin ad ora seguito, che individua nella riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a tempo determinato successivi nel caso di superamento dei 36 mesi di servizio come l'unica sanzione effettiva ad eliminare, definitivamente, le conseguenze dell'abusivo ricorso alla contrattazione flessibile nel pubblico impiego.

Come ha evidenziato la Corte di appello di Trento ai punti 6-8 dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale il prof. Fabio Rossato aveva (il docente, stimato musicista, campione del mondo di fisarmonica, è

morto qualche giorno prima del deposito delle conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar) insegnato (quasi) ininterrottamente dal 18 novembre 2003 fino all'immissione in ruolo, avvenuta con la stipulazione di contratto a tempo indeterminato in data 2 settembre 2015 (ma con decorrenza 1° gennaio 2014), in forza di una sequenza di contratti a tempo determinato, rinnovati annualmente anche nel corso della controversia, stipulati ai sensi dell'art.2, comma 6, della legge n.508/1999 e dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, su cattedre annuali per posti di insegnamento effettivamente vacanti e disponibili, il cui periodo di servizio è fissato, diversamente che per il settore della scuola pubblica, dal 1 novembre al 31 ottobre dell'anno successivo, come per le Università pubbliche, a cui le Istituzioni di Alta Formazione e Specializzazione Artistica e Musicale (d'ora innanzi AFAM) sono sostanzialmente equiparate.

Tutte le supplenze annuali dall'anno accademico 2003/2004 fino all'anno accademico 2014/2015 erano state attribuite al prof. Rossato, ai sensi degli artt.2, comma 6, della legge n.508/1999 e 4, comma 1, della legge n.124/1999, dapprima in base alla graduatoria dell'Istituzione musicale in cui ha prestato servizio dal 18 novembre 2003 al 31 ottobre 2006 (Conservatorio Statale di Musica di Trento F.A. Bonporti), successivamente, dal 1 novembre 2006 al 31 ottobre 2015, in base alla graduatoria nazionale pubblica per la classe di concorso CODI/18 – fisarmonica approvata, in base alla legge n.143/2004, in data 15 settembre 2006.

L'immissione in ruolo del prof. Rossato era avvenuta con la stipulazione del contratto a tempo indeterminato in data 2 novembre 2015, ma con decorrenza giuridica retroattiva dal 1/1/2014, in base alla nota MIUR n. 8893/2015, in ragione della posizione nella graduatoria nazionale permanente CODI/18 – fisarmonica di cui alla legge n.143/2004, innanzi citata, trasformata dall'art.19, comma 1, D.L. n.104/2013 (convertito con modificazioni dalla legge n.128/2013), in graduatoria nazionale a esaurimento, utile per l'attribuzione degli incarichi di insegnamento con contratto a tempo indeterminato e determinato.

Nella domanda introduttiva del giudizio di primo grado il prof. Rossato aveva chiesto nei confronti del MIUR e del Conservatorio Statale di Musica di Trento F.A. Bonporti di dichiararsi l'illegittimità delle clausole di apposizione del termine per ogni singola supplenza annuale, in quanto priva di ragioni oggettive temporanee ai sensi dell'art.1, commi 1 e 2, d.lgs. n.368/2001 e/o di dichiarare l'illegittimità della sequenza contrattuale per violazione della normativa sui contratti successivi ai sensi dell'art.5, commi 4 e 4-bis, d.lgs. n.368/2001, con la riqualificazione a tempo indeterminato dei contratti a termine illegittimi o, in subordine, con diritto al risarcimento dei danni subiti per la precarizzazione del rapporto di lavoro, oltre al riconoscimento dell'anzianità maturata ai fini retributivi in applicazione del principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Il quesito pregiudiziale posto dalla Corte di appello di Trento con l'ordinanza del 17 luglio 2017, atteneva alla domanda di riqualificazione a tempo indeterminato o, in subordine, di risarcimento dei danni subiti per l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, che non era stata accolta dal Tribunale di Rovereto nella sentenza n.78/2012 e che era stata riproposta dal prof. Rossato con l'appello incidentale, in un momento in cui non era ancora avvenuta l'assunzione a tempo indeterminato con il contratto stipulato il 2 novembre 2015 e la decorrenza giuridica dal 1/1/2014.

A precisare il quadro della normativa interna relativa alle assunzioni a tempo indeterminato dei docenti del Comparto AFAM va segnalato che, nella ricostruzione della disciplina applicabile, la

Corte di appello di Trento al punto 8 ha trascritto l'art.270, comma 1, del d.lgs. n.297/1994 (testo unico sulla normativa scolastica), che, analogamente all'art.399, comma 1, dello stesso decreto per il reclutamento a tempo indeterminato del personale docente del Comparto Scuola, ha previsto la procedura del c.d. doppio canale di reclutamento (50% dei posti assegnabili attraverso concorsi per titoli ed esami e il restante 50% attingendo a graduatorie nazionali permanenti, descritto al punto 89 della sentenza Mascolo, EU:C:2014:2401) anche per i docenti e il personale A.T.A. (ausiliario, tecnico, amministrativo) dei Conservatori di musica e delle altre Istituzioni di Alta Formazione e Specializzazione Artistica e Musicale del Comparto AFAM

Va anche segnalato, però, che l'art.270, comma 1, d.lgs. n. 297/1994 non è stato mai attuato dal MIUR, in quanto dall'entrata in vigore del decreto fino all'attualità non sono mai stati banditi concorsi pubblici per titoli ed esami per il reclutamento stabile dei docenti delle Istituzioni di Alta Formazione e Specializzazione Artistica e Musicale del Comparto AFAM, con conseguente precarizzazione dei rapporti di lavoro di tale personale, assunto, come nel caso del prof. Rossato, sempre a tempo determinato con supplenze annuali su posti vacanti e disponibili ai sensi dell'art.4, commi 1 e 12, della legge n.124/1999, dapprima dalle graduatorie delle singole Istituzioni pubbliche musicali, poi dalle graduatorie nazionali permanenti di cui all'art.2-bis del decreto legge 7 aprile 2004, n.97, convertito con modificazioni dalla legge 4 giugno 2004, n.143, che nella prassi vengono indicate come graduatorie nazionali ex lege 143/2004.

Nel 2001 fu bandito l'ultimo concorso riservato per titoli, che interessò una esigua parte di lavoratori del settore, il cui requisito di accesso era il possesso di almeno 360 giorni di servizio.

L'art.2, comma 7, della legge n.508/1999 ha previsto, infatti, in mancanza di concorsi pubblici per titoli ed esami, che per le assunzioni a tempo indeterminato dei docenti del Comparto AFAM, limitatamente alla copertura dei posti in organico che si rendevano disponibili, si faceva ricorso alle sole graduatorie nazionali previste dall'art.270, comma 1, d.lgs. n.297/1994, che venivano trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Nel caso del prof. Rossato la specifica graduatoria nazionale permanente della classe di concorso - CODI/18 – fisarmonica ex lege 143/2004 è stata approvata dal MIUR in data 15 settembre 2006 e la prima assunzione a tempo determinato del docente ricorrente su cattedra vacante e disponibile (supplenza annuale) per il tramite della predetta graduatoria è stata effettuata, ai sensi dell'art.4, commi 1 e 12, della legge n.124/1999, per l'anno accademico 2006/2007, cioè dal 1° novembre 2006 al 31 ottobre 2007, così come le successive supplenze annuali fino al contratto a tempo indeterminato stipulato soltanto in data 2 novembre 2015, nel corso del giudizio di 2° grado davanti alla Corte di appello di Trento.

È vero che il d.l. n. 97/2004 (convertito con la legge n. 143/2004) all'art. 2 bis sanciva che i docenti precari, che avevano alla data dell'entrata in vigore della legge prestato servizio per 360 giorni nelle Istituzioni del Comparto AFAM, come nel caso del prof. Rossato, venivano inseriti in specifiche graduatorie nazionali permanenti, per le assunzioni sia a tempo indeterminato nella misura del 50% dei posti assegnati annualmente ai sensi dell'art.270, comma 1, d.lgs. n.297/1994 sia per le assunzioni a tempo determinato per supplenze annuali su posti vacanti e disponibili ai sensi dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999 o per supplenze temporanee in sostituzione di personale con diritto alla conservazione del posto di lavoro (per malattia, maternità, ecc.) ai sensi dell'art.4, comma 3, della legge n.124/1999.

Tuttavia, diversamente dai docenti del Comparto Scuola, per i docenti delle Istituzioni del Comparto AFAM la norma di compensazione dell'art.399, comma 2, d.lgs. n.297/1994, in base alla quale, nel caso la quota parte del 50% dei posti riservati alle graduatorie dei concorsi per titoli ed esami presentasse carenze parziali o totali di docenti candidati (anche per esaurimento delle graduatorie concorsuali), il MIUR avrebbe potuto integrare (ma l'amministrazione scolastica non lo ha mai fatto, così operando con il blocco dei concorsi dal 1999 al 2012 la perdita di flessibilità nel reclutamento, censurato dalla sentenza Mascolo della Corte di giustizia) la quota parte di assunzioni a tempo indeterminato mancanti per indisponibilità di posti nelle graduatorie concorsuali attingendo alle graduatorie permanenti (provinciali) ad esaurimento, di cui all'art.401, comma 1, del d.lgs. n.297/1994, era sostituita dal citato art.2, comma 6, della legge n.508/1999, che prevedeva che (tutte) le assunzioni a tempo indeterminato per i posti disponibili fossero assegnate alle graduatorie nazionali permanenti trasformate in graduatorie ad esaurimento.

Pertanto, fino all'entrata in vigore dell'art.19, comma 1, del d.l. n.104/2013, cioè fino all'anno accademico 2013/2014 compreso, il MIUR, in mancanza di concorsi pubblici per titoli ed esami, non ha mai effettuato assunzioni a tempo indeterminato per il tramite delle graduatorie permanenti ex lege 143/2004 nella quota parte del 50% di cui all'art.270, comma 1, d.lgs. n.297/1994, perché per le assunzioni a tempo indeterminato dei docenti AFAM si procedeva esclusivamente attraverso le graduatorie ad esaurimento di cui all'art.2, comma 6, della legge n.508/1999.

Il MIUR ha proceduto alle assunzioni a tempo indeterminato dalle graduatorie ex lege 143/2004 soltanto dall'anno accademico 2014/2015, in realtà dal 1° novembre 2015 con retrodatazione giuridica al 1/1/2014 come nel caso del prof. Rossato, in base all'entrata in vigore dell'art.19, comma 1, d.l. n.104/2013, che ha trasformato le graduatorie nazionali permanenti ex lege 143/2004 in graduatorie nazionali ad esaurimento ed ha autorizzato le assunzioni a tempo indeterminato per il tramite delle predette graduatorie soltanto nei limiti della quota parte del 50% riservato ai posti assegnati annualmente alle assunzioni stabili dall'art.270, comma 1, d.lgs. n.297/1994.

Dalle precisazioni innanzi fatte sulla normativa interna applicabile alle assunzioni a tempo indeterminato dei docenti del Comparto AFAM può ricavarsi un primo ordine di considerazioni.

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 viene 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 Mascolo, punti 15, 55 e 59-61; ordinanza Affatato, 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 Sorge, punti 13-14 e 45; sentenza Carratù, punto 47; sentenza Mascolo, punti 86-88, 92-93 e conclusioni).

D'altra parte, la Corte costituzionale con la sentenza n.187/2016, in applicazione della sentenza Mascolo (EU:C:2014:2401) di codesta Corte, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con efficacia ex tunc dell'art.4, comma 1, della 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), ha affermato che la decisione Mascolo della Corte di giustizia costituisce *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 ha 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 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 ha 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, questo ragionamento) smentirà 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.

Ma il Tribunale di Trento non ha risposto alle sollecitazioni della Corte costituzionale con l'ordinanza n.206/2013 e il risultato è stato costringere la Corte costituzionale a limitare 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, diversamente da quanto opinato dalla Corte di appello di Trento nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale nella causa Rossaro, non sembrava doversi imputare alla Corte costituzionale ma alle sole decisioni della Cassazione sul precariato scolastico del 7 novembre 2016 (v., per tutte, Cass., n.22552/2016), in combinato disposto con la sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite sul "danno comunitario" e sul sostanziale svuotamento delle specifiche sanzioni antiabusive 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 presentava quei profili di ambiguità e di incertezza interpretativa, che avrebbero potuto prestare 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, va 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».

Il Governo italiano nelle osservazioni scritte della causa Rossato ha evidenziato che il quesito pregiudiziale era irricevibile sotto due profili, innanzitutto perché la normativa interna sottoposta dal giudice del rinvio al vaglio di compatibilità con il diritto dell'Unione – la legge n.107/2015 – non si applicherebbe alla fattispecie di causa, che sarebbe disciplinata dagli artt. 270 e 485 d.lgs.n.297/1994, e in secondo luogo perché i fatti di causa non sarebbero stati illustrati con chiarezza e in modo puntuale, in particolare in ordine ad alcuni periodi di rinnovi per pochi giorni, che creerebbero una situazione di incertezza nell'individuazione delle varie tipologie di supplenza, annuale, su organico di fatto o temporanee, previste dall'art.4, commi da 1 a 3, della legge n.124/1999.

La stessa eccezione di irricevibilità della questione pregiudiziale è stata proposta dal Governo italiano nelle osservazioni scritte della causa C-494/16 e la Corte di giustizia li aveva respinti ai punti 20-23 della sentenza Santoro, così come ha fatto l'Avvocato generale Szpunar ai punti 19-23 delle sue conclusioni scritte nella causa Rossato.

Del resto, i contratti a tempo determinato della fattispecie di causa sono stati continuativi e annuali (dal 1 novembre al 31 ottobre dell'anno successivo, secondo l'articolazione dell'anno accademico del Comparto AFAM) e quelle che il Governo italiano individua come possibili supplenze temporanee non sono altro che delle assegnazioni provvisorie di incarico per consentire l'inizio delle attività accademiche, in attesa dell'incarico annuale che veniva assegnato, con qualche giorno di ritardo rispetto alle assegnazioni che il MIUR faceva per il tramite delle graduatorie nazionali, allo stesso docente che, presumibilmente e come è sempre avvenuto nel caso del ricorrente, sarebbe risultato destinatario dell'incarico annuale fino al 31 ottobre dell'anno successivo a quello di inizio delle lezioni.

D'altra parte, in ordine alla disciplina interna applicabile alla fattispecie della causa Rossato, nelle osservazioni scritte del docente ai punti da 9 a 13 è stato chiarito che effettivamente le disposizioni dell'art.1, commi 95, 131 e 132 della legge n.107/2015 non sono applicabili formalmente al Comparto AFAM, ma che la stessa Corte costituzionale nell'ordinanza n.195/2016, sulla stessa fattispecie di docenti del Comparto AFAM in servizio precario presso il Conservatorio "Bonporti", parte nel procedimento principale anche di questa controversia, da un lato aveva dichiarato che la sentenza Mascolo era "ius superveniens" rispetto alla (in)compatibilità con il diritto dell'Unione dell'art.4, comma 1, della legge n.124/1999, che era stato contestualmente dichiarato illegittimo con la sentenza n.187/2016 della stessa Corte costituzionale, dall'altro aveva indicato, cripticamente (e, dopo la sentenza n.248/2018 della Consulta, del tutto incomprensibilmente) al giudice del merito di risolvere la causa sull'abusivo ricorso alla successione dei contratti a tempo determinato nel Comparto AFAM alla luce della sopravvenuta legge n.107/2015.

In conseguenza, tutta la giurisprudenza di merito si era adeguata alle decisioni della Corte costituzionale e della Cassazione sul precariato dei docenti del Comparto Scuola, applicandole anche ai docenti del Comparto AFAM, con la conseguenza che alla Corte di appello di Trento era preclusa ogni ulteriore valutazione sulla normativa applicabile, se non attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale e la verifica interpretativa se quella normativa interna, ritenuta applicabile alla fattispecie di causa alla luce delle pronunce delle Corti superiori nazionali, fosse o meno in contrasto con il diritto dell'Unione.

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 escluso 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.

Per quanto riguarda il merito delle argomentazioni, nelle osservazioni scritte il Governo italiano, come già anticipato, riproponeva sostanzialmente le stesse argomentazioni delle osservazioni scritte della causa Motter C-466/17, in cui però la fattispecie di causa riguardava il riconoscimento dell'intera anzianità professionale dei docenti della scuola pubblica in applicazione della clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

Ancora una volta, come nei casi risolti dalla Corte di giustizia con la sentenza Valenza, il Governo italiano e il Consiglio di Stato (Pres. Coraggio, stesso Estensore della sentenza n.248/2018 della Corte costituzionale) con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale n.2929/2011 nella causa Valenza hanno confuso le misure interne finalizzate a dare applicazione alla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato sul principio di non discriminazione sulle condizioni di lavoro con quelle misure che lo Stato membro deve introdurre per prevenire e, se del caso, sanzionare l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, come previsto dalla clausola 5 dello stesso accordo quadro.

Peraltro, nella fattispecie di causa non era neanche applicabile l'art.485 d.lgs. n.297/1994, previsto soltanto per il personale docente della scuola pubblica, per cui il prof. Rossato non aveva

beneficiario, al momento dell'assunzione a tempo indeterminato, della ricostruzione parziale dei periodi di pre-ruolo come supplente annuale, ma dell'integrale ricostruzione di carriera secondo la progressione professionale ed economica prevista dal CCNL del Comparto AFAM anche per i periodi di servizio a tempo determinato precedenti l'assunzione, soltanto sulla base delle sentenze della Corte di giustizia e, in particolare, per quanto riguarda l'ordinamento interno, della citata sentenza Valenza, che ha(hanno) fissato il principio dell'applicazione diretta della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato nei confronti delle pubbliche amministrazioni, disapplicando eventuali norme interne che discriminano senza ragioni oggettive i lavoratori a tempo determinato rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato sulle condizioni di lavoro, con particolare riferimento alla progressione di anzianità.

Infine, prima dell'udienza di trattazione orale del 27 settembre 2018 della causa Rossato davanti alla I Sezione della Corte di giustizia, l'art.1, comma 131, della legge n.107/2015 è stato abrogato con decorrenza dal 14 luglio 2018 dall'art.4-bis del decreto legge 12 luglio 2018, n.87, convertito dalla legge n.96/2018, trattandosi di norma chiaramente destinata a precarizzare a tempo indefinito i rapporti di lavoro nella scuola pubblica, così come il comportamento dello Stato italiano e del Conservatorio "Bonforti" ha provocato l'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato anche dei rapporti di lavoro dei docenti del Comparto Afam e del prof. Rossato, in particolare, senza che vi fosse alcuna norma interna che giustificasse tale abuso.

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 discosti 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 sul precariato pubblico in generale (sentenza n.5072/2016) e sul precariato scolastico in particolare (sentenze del 7 novembre 2016) 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 dal Giudice delle leggi nella sentenza n.248/2018 - sempre *ratione temporis* perché la causa risulta dall'intestazione della decisione già decisa in camera di consiglio un mese e mezzo prima delle conclusioni di Szpunar - ma che pare essere stato interpretato come vera e propria invasione della 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.

12. Lo scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla tutela della riqualificazione a tempo indeterminato di tutto il precariato pubblico nella sentenza n.248/2018 della Consulta.

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 confermarci 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 è proprio la 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 mostrò 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 sono stati anche quelli della sentenza n.187/2016 della Consulta sul precariato scolastico: l'udienza pubblica si è 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 del 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.

È un atto di superbia, di arroganza istituzionale, di disprezzo nei confronti della tutela dei diritti fondamentali e dell'avvocatura del libero foro che ha difeso i lavoratori pubblici precari, di cui la Corte costituzionale si degnava di sintetizzare le argomentazioni in questo modo: *«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 Mascio 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 e inaccettabile 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-Sardino 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 tersicoree.

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 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.25728/2018, 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 così superficialmente e distrattamente rigettata dalla Consulta.

Il cuore non pulsante della pronuncia in commento lo si ritrova nella trascrizione del dispositivo della sentenza Santoro della Corte di giustizia, che avrebbe confermato la compatibilità eurounitaria della sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite.

Esattamente il contrario di quanto affermato nella decisione europea, che ha invertito l'onere della prova sulla perdita di chance, demolendo dall'interno la sentenza del massimo consesso della Cassazione e l'infelice principio/non principio del "danno comunitario", che l'Avvocato generale Szpunar cancellerà definitivamente nelle sue conclusioni della causa Rossato.

Tutti hanno interpretato la sentenza Santoro, che peraltro interviene dichiaratamente su fattispecie di contratti a tempo determinato nulli per mancanza di procedure pubbliche selettive di accesso al lavoro (i circa 22.000 precari degli enti pubblici territoriali siciliani, che dopo la sentenza Santoro sono in via di stabilizzazione a tempo indeterminato), nel senso del superamento della

sentenza n.5072/2016 delle Sezioni unite: la Commissione europea¹²⁰, il Parlamento europeo nella risoluzione del 31 maggio 2018 contro la precarietà dei rapporti di lavoro, la dottrina¹²¹.

La Corte costituzionale no, continuando il lungo calvario delle sentenze manipolative della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza n.392/2012 della Cassazione (che aveva stravolto l'ordinanza Affatato) per proseguire con le sentenze sul precariato scolastico n.10127/2012 (che aveva alterato l'interpretazione che poteva agevolmente ricavarsi in senso contrario delle sentenze Angelidaki e Kucuk) e n.22552/2016 (che aveva stravolto il senso e la portata della sentenza Mascolo) della Suprema Corte.

Tutte le decisioni della Cassazione sul precariato pubblico che hanno preteso di interpretare ed applicare correttamente le sentenze della Corte di giustizia in *subiecta materia* sono state puntualmente censurate da specifiche decisioni della Corte europea e le Sezioni unite del 2016 rientrano in questa triste casistica, che la prossima sentenza Rossato confermerà.

La decisione in commento, dunque, appare l'epigono infelice del tentativo, abortito prematuramente, di affermare il controllo accentrato 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 demolendo il ruolo e l'indipendenza della giurisdizione comune europea, imbrigliata in una rete bucata 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.

È ben evidente il precedente giudiziario di questa pessima sentenza, la peggiore che la Corte costituzionale potesse inventarsi per negare l'effettività della tutela dei lavoratori pubblici precari in un vero contesto eurounitario: la vicenda dei raccomandati dell'Autorità indipendenti, di cui, come anticipato, si è occupato direttamente l'Estensore della sentenza n.248/2018.

Infatti, il Consiglio di Stato aveva proposto quattro identiche ordinanze del 13 maggio 2011¹²² 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.

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

¹²⁰ Come già ricordato, la Commissione Ue, nella risposta alla Commissione PETI del Parlamento Ue del 30 maggio 2018 alle petizioni n.945/2016 e 268/2017 di due docenti precari della scuola, aveva evidenziato che *"la recente sentenza nella causa C-494/16 Santoro ha affrontato il problema del risarcimento e dovrebbe rendere più semplice in futuro per i lavoratori del settore pubblico vittime di un utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato ottenere, all'interno del sistema giudiziario nazionale, un risarcimento del danno derivante dalla perdita di opportunità"*.

¹²¹ Cfr. G. Arnone, *Principio di effettività e diritto del lavoro*, cit.

¹²² 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.

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 Cerro¹²³, 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*.

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.

¹²³ 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.

La Corte europea nella sentenza Valenza 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 1º 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 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 è 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, do-

veva 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 Valenza¹²⁴, 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 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.».*

¹²⁴ 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.

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 Papalia, conclusioni; sentenza Mascolo, punto 55), poi diffidando lo Stato italiano a dare applicazione alla tutela effettiva 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 irragionevole e 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 I¹²⁵ e Bertazzi II¹²⁶) 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 riasorbibili (€ 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. 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’uscieri 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;

¹²⁵ Corte di giustizia Ue, ordinanza 7 marzo 2013, causa C-393/11 A.E.E.G. contro Bertazzi ed a., EU:C:2013:143.

¹²⁶ Corte di giustizia Ue, ordinanza 4 settembre 2014, causa C-152/14 A.E.E.G. contro Bertazzi ed a., EU:C:2014:2181.

- ai dipendenti precari degli Enti pubblici economici, assunti ai sensi del D.Lgs. n.368/2001, sup-pure 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 pre-cisato 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 as-soggettato 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 tren-tasei mesi presso le pubbliche amministrazioni, che hanno superato procedure concorsuali o se-llettive o previste ex lege, come disposto dall’art.1, comma 519, della legge n.296/2006 (cfr. sen-tenza 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 tren-tasei 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 pub-blica, 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 specializza-zione 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 ga-rantita 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 con-corso 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 ser-vizio, a cui è stata garantita la stabilità lavorativa dal decreto n.26/N dell’aprile 2016 del Presi-dente 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 trasmis-sione Report del 29 novembre 2015 dal titolo “La Gran Corte”, cit.);
- ai LSU con mansioni di collaboratori scolastici sottratti ad una potenziale manovalanza delin-quenziale (art.1 commi 622-626 della legge 27 dicembre 2017, n.205, in applicazione dell’art.1,

comma 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.

Il *tertium 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 Mascio 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.

Dopo la sentenza n.12108/2018, la Suprema Corte con ordinanza n.13678/2018¹²⁷, ha sollevato nuova questione pregiudiziale, rifiutandosi di aderire all'obiter dictum del controllo accentrato di costituzionalità di cui alla sentenza n.269/2017 del Giudice delle leggi e preferendo il dialogo diretto con la Corte di giustizia che *«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 posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali.»*

Vale la pena, a proposito di rapporti tra Corte di giustizia e Corti costituzionali, ricordare la *lectio magistralis* di Andreas Voßkuhle, appena insediato come nuovo Presidente del Bundesverfassungsgericht¹²⁸, 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 rammarricarsi che il Bundesverfassungsgericht non occupi più una posizione solitaria dal punto di vista giuridico-costituzionale, perché in conseguenza della 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 co-*

¹²⁷ Cassazione, Pres. Bronzini, Est. Leone, ordinanza 31 maggio 2018, n.13678, iscritta al n.C-396/18 Cafaro contro CAI. La Corte di legittimità ha sollevato le seguenti pregiudiziali Ue: *«Se la normativa nazionale di cui al DPCM del 9 settembre 2008, in attuazione dell'art. 748 co. 3, del codice della navigazione, dispositivo del regolamento sui limiti di impiego del personale navigante di DQ 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; 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 (art. 21, n. 1) cui la Direttiva 2000/78 dà espressione concreta.»*

¹²⁸ A.Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in NVwZ, p.1, n.4, 2010.

stituzionali 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.».

Al di fuori del concetto di "verbund", del circuito del sistema di tutela multilevel "eurounitario", vi è il caos.

E la Corte costituzionale con la sentenza n.248/2018 ha scelto il caos, 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 e, a parere di chi scrive, nessuna competenza specifica.