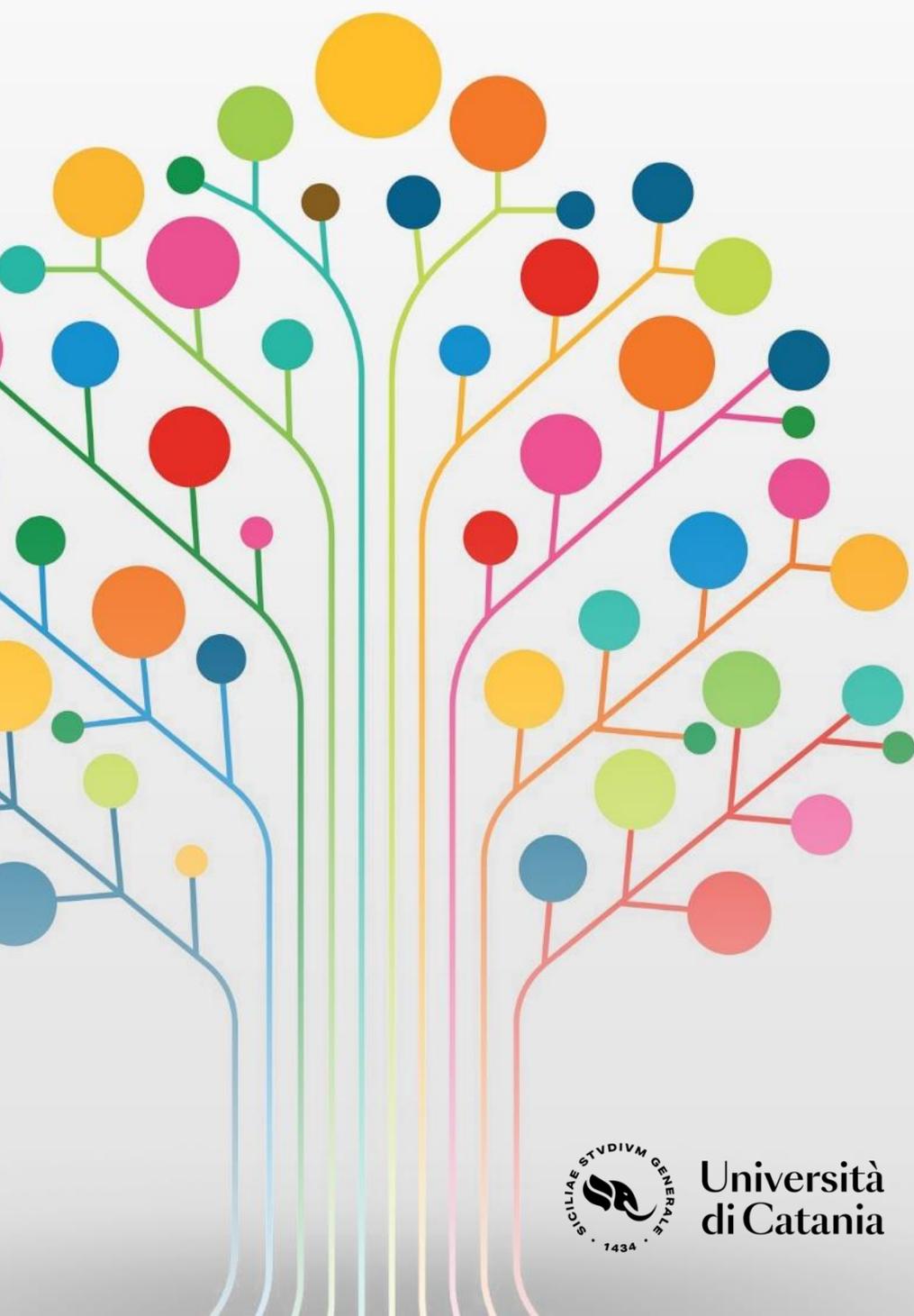


1/2019

20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

VINCENZO DE MICHELE, Studio legale De Michele & Associati

ELENA PASQUALETTO, Università di Padova

VINCENZO FERRANTE, Università Cattolica di Milano

TIZIANO TREU, Università Cattolica di Milano

LUIGI DE ANGELIS, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Genova

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

GIOVANNI CALVELLINI, Università di Siena

GIULIA FROSECCHI, Università di Trento

MARCO TUFO, Università di Trento

NICOLETTA DE ANGELIS, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

GIORGIO FONTANA, Università Mediterranea di Reggio Calabria

SOMMARIO

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
Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?	
Elena Pasqualetto	101
Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici	
Vincenzo Ferrante	117
La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva	
Tiziano Treu	129
Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti: prime riflessioni	
Luigi de Angelis	159
The Social Partners and the Welfare State in Italy: Challenges and Opportunities	
Stefano Giubboni	167
The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?	
Giovanni Calvellini - Giulia Frosacchi - Marco Tufo	177
Le conseguenze del recesso nel contratto di apprendistato. Quando l'interprete deve colmare il vuoto di disciplina	
Nicoletta De Angelis	194
Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro	
Giorgio Fontana	216

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 intorno 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 "cancellata" 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 "diplomatica" ma ferma*, in www.dirittifondamentali.it, 2017, n. 1; M. Gambardella, *I modelli della legalità penale e la "vicenda Taricco"*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 2; F. Giunchedi, *La "regola Taricco" e il rapporto tra fonti europee*, in www.archiviopenale.it, 2017, n. 2; R. E. 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 accentratò 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.constituzionalismo.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 accentratò 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 recepivano 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 preuolo, 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 nomofilia 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 accentrato 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 accentrato di costituzionalità interna: il giudice comune europeo "precario" e la 2ª sentenza O' Brien della Corte di giustizia.

Come anticipato, il rapporto tra primazia del diritto dell'Unione e controllo accentrato 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 2^a 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 europei: *«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 allegate 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 acasali dell'art.2, comma 1-bis, d.lgs. n.368/2001 e, quindi, i contratti acasali 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 acasali 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 reinquadrandoli 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 "acausalì"; 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 tescicorea 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 al 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.

Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?*

Elena Pasqualetto

1. L'apprendistato contratto a tempo indeterminato.	102
2. Alcune perplessità sulla scelta qualificatoria del legislatore.	105
3. La giurisprudenza sul recesso al termine della fase formativa.	107
4. Qualche riflessione sul fondamento della regola sul recesso <i>ad nutum</i> al termine dell'apprendistato.	110
5. Una soluzione diversa per le tre sotto-tipologie?	113

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 384/2019

1. L'apprendistato contratto a tempo indeterminato.

Discutere di apprendistato e di libera recedibilità al termine del periodo formativo, auspicare una modifica di questa anacronistica regola può far sorridere in un'epoca in cui ciò che maggiormente sembra interessare al legislatore lavorista è spingere le aziende ad assumere, e ciò anche attraverso la progressiva riduzione delle tutele contro i licenziamenti illegittimi. La questione però è seria ed attuale, anche se si sono gradualmente spenti i tentativi di un'agguerrita giurisprudenza che, sino a qualche tempo fa, battendo la strada dell'interpretazione creatrice, aveva cercato di sradicare un "residuo bellico"¹²⁹ che non dovrebbe più avere diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, pur con tutti i distinguo di cui si dirà.

L'apprendistato è infatti l'unico esempio di contratto espressamente qualificato come a tempo indeterminato nel quale la disciplina limitativa dei licenziamenti, ed in specie la regola di necessaria giustificazione del recesso datoriale, opera sì, ma "quasi" sempre, laddove il "quasi" allude al momento in cui il rapporto entra in una sorta di stato di crisi, ciò che si verifica nel giorno (e solo in quello)¹³⁰ nel quale cui scade il periodo formativo¹³¹.

Vi sono invero altri rapporti a tempo indeterminato sottratti alla disciplina di cui alla l. n. 604/1966, ed in specie alla regola per cui il recesso datoriale deve essere fondato su una giusta o su un giustificato motivo, ma in questi casi l'esclusione è "permanente", nel senso che caratterizza lo svolgimento del rapporto dalla costituzione sino all'estinzione¹³², potendo fondarsi su valide ragioni¹³³. Nell'apprendistato invece il tabù del recesso libero *solo* alla scadenza è rimasto intatto nei decenni, e ciò finisce per ridimensionare in modo drastico il senso dell'evoluzione normativa e degli interventi della Corte costituzionale, che hanno progressivamente portato il rapporto di apprendistato sotto l'ombrello protettivo della normativa vincolistica in materia di licenziamenti, valorizzandone la definizione come rapporto non a termine.

A questo proposito può essere utile ricordare come la scelta di qualificare esplicitamente l'apprendistato quale contratto di lavoro a tempo indeterminato sia stata compiuta, per la prima volta, con il T.U. sull'apprendistato (d.lgs. 14 settembre 2011, n. 167)¹³⁴. Ed invero nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che pure ha rivoluzionato la disciplina di questa tipologia contrattuale,

¹²⁹ Una norma "sopravvissuta", come si legge in Pret. Piove di Sacco, 1 giugno 1981, in *Or. giur. lav.*, 1981, p. 1110.

¹³⁰ Stigmatizza la peculiarità della soluzione e le perplessità che essa solleva anche F. CHIETERA, *Licenziamento in costanza di apprendistato e apparato sanzionatorio*, in *Lav. giur.*, 2018, p. 161.

¹³¹ Come recita infatti l'art. 42, comma 4, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in coincidenza con questo momento «le parti possono recedere dal contratto, ai sensi dell'art. 2118 c.c., con preavviso decorrente dal medesimo termine». Invece, per il terzo comma del medesimo articolo, durante l'apprendistato (e si deve intendere durante il periodo formativo) «trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo», mentre se nessuna delle parti recede alla scadenza «il rapporto prosegue come *ordinario* rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato» (così ancora il comma 4).

¹³² Peculiare è, in realtà, il discorso relativo al rapporto con patto di prova, ma anche in questo caso la libera recedibilità perdura per l'intero periodo dell'esperimento, non avendo quindi valenza istantanea.

¹³³ Si veda sul punto l'analisi di M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V., Wolters Kluwer, Padova, 2017, p. 405, sulle ipotesi residuali di licenziamento libero.

¹³⁴ In argomento, M. DE TRIZIO, *Licenziamento illegittimo dell'apprendista nel periodo formativo e applicabilità delle tutele per i lavoratori subordinati a tempo indeterminato*, in *Il giuslavorista.it*, 29 agosto 2107.

non ne era contenuta alcuna definizione¹³⁵, e quindi non vi era alcuna specifica presa di posizione in ordine ad una questione, che pure aveva affaticato a lungo gli studiosi¹³⁶, in maggioranza schierati a favore della tesi secondo cui si trattava, comunque, di un rapporto a tempo indeterminato¹³⁷.

In verità già il Ministero del lavoro, in un interpello del 2009, aveva sostenuto (con una certa ampiezza di argomentazioni) la natura a tempo indeterminato di tale contratto e, volendo risalire assai più indietro nel tempo, una precisa indicazione in tal senso era venuta addirittura dalla Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 14 del 1970¹³⁸, aveva negato l'assimilabilità dell'apprendistato ad un contratto a termine, e lo aveva fatto proprio facendo leva sullo stesso argomento speso dalla dottrina più sopra citata¹³⁹, e cioè rilevando come le norme sulla durata massima dell'apprendistato, contenute nell'art. 7 della l. n. 25/1955, mirassero a tutelare dell'apprendista, impedendo l'eccessivo protrarsi della condizione giuridica speciale del tirocinante.

Il d.lgs. n. 81/2015, che contiene la normativa attualmente in vigore dell'apprendistato, ha ripreso pedissequamente la formula definitoria del T.U., ed infatti si apre con la netta affermazione per cui esso «è un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani».

¹³⁵ Da ciò Trib. Venezia, 5 agosto 2016, deduce (erroneamente) che sotto la vigenza del d.lgs. n. 276/2003 l'apprendistato avesse natura di contratto a termine, «in considerazione della libera recedibilità al termine del detto periodo».

¹³⁶ Se ne era occupato, in particolare G. SUPPIEI nella voce "Apprendista" dell'*Enciclopedia del diritto* del 1958, contestando la tesi secondo cui il tirocinio doveva ritenersi sempre a tempo determinato e ciò in considerazione della specialità del rapporto, conformemente alla formula di cui all'art. 2097 c.c. Ed in effetti, che l'apprendistato fosse da considerarsi un rapporto speciale lo precisavano sia l'art. 2134 cc., sia l'art. 1 della l. 19 gennaio 1955, n. 25, ma, sopravvenuta qualche anno dopo la l. 18 aprile 1962, n. 230, la Corte costituzionale (con la sentenza n. 14 del 1970) aveva rilevato come questa riservasse l'applicazione della disciplina sul contratto a termine ad un elenco circoscritto di ipotesi speciali, al quale l'apprendistato restava del tutto estraneo. Ulteriore argomento a favore della costruzione dell'apprendistato come contratto a termine (contestata però, come si è detto, da G. SUPPIEI) era fondato sull'art. 7 della l. n. 25/1955, in base al quale l'apprendistato non poteva avere una durata superiore a quella stabilita dai contratti collettivi e comunque, a quella "legale" di cinque anni. SUPPIEI aveva però giustamente rilevato come l'art. 7 non fosse norma volta a garantire la permanenza del tirocinio fino alla scadenza dei termini indicati, prefigurandosi piuttosto l'obiettivo di porre limiti massimi alla durata dell'apprendistato e lasciando aperta la possibilità, per le parti, di confezionare il rapporto come rapporto a termine oppure a tempo indeterminato, in questo caso recedibile *ad nutum*, salvo preavviso. A riprova della inaccettabilità della tesi di una coincidenza necessaria della durata del tirocinio con i limiti di durata massimi (di fonte legale o collettiva), SUPPIEI richiamava poi l'art. 19 della l. n. 25/1955, che prevedeva il mantenimento in servizio dell'apprendista, con la qualifica conseguita mediante le prove di idoneità, nel caso in cui al termine del tirocinio nessuna delle parti avesse dato disdetta ex art. 2118 c.c. Dal citato art. 19 si desumeva infatti che «il contratto di tirocinio può protrarre i suoi effetti anche oltre il periodo massimo previsto dall'art. 7», anche se, ovviamente, in caso di protrazione «il rapporto di tirocinio si tramuta(va) in comune rapporto di lavoro». In sostanza, la legge del 1955 non disciplinava il momento di estinzione del rapporto di tirocinio, ma limitava nel tempo la possibilità di conservare la posizione di apprendista. Nel caso in cui le parti avessero quindi scelto di configurare l'apprendistato come contratto a termine, avrebbero dovuto attenersi alla disciplina generale di tale istituto, e quindi a quanto previsto dall'allora vigente art. 2097 c.c., con conseguente estinzione automatica del rapporto in un momento successivo al compiersi del periodo di apprendistato. Se invece la scelta delle parti fosse caduta sulla modalità a tempo indeterminato, esso avrebbe potuto estinguersi in conformità a quanto previsto dall'art. 2118 c.c.

¹³⁷ Pur con le perplessità di F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 145/2012, p. 58, per il quale «rimase un mistero più inspiegabile di quello trinitario che un apprendistato tipizzato da una causa mista, esauribile entro una durata massima, potesse fin dalla sua nascita essere considerato a tempo indeterminato, come se questa sua causa fosse destinata a perpetuarsi *sine die*».

¹³⁸ Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 10 della l. 15 luglio 1966, n. 604, nella parte in cui escludeva gli apprendisti dall'indennità di anzianità. Sulla sentenza della Corte, in modo critico, cfr. C. CESTER, *L'apprendistato e la legge sui licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav.*, 1971, I, p. 123.

¹³⁹ G. SUPPIEI nel suo scritto del 1958.

L'opzione qualificatoria sembra dunque netta¹⁴⁰ ed è condivisa dalla giurisprudenza prevalente¹⁴¹. Ed in effetti essa appare confortata dai dati normativi, primi fra tutti proprio quelli (cui prima si è fatto riferimento) che attengono alla disciplina del recesso dal contratto, i quali, da un lato, rinviano alle regole generali in materia di licenziamenti¹⁴² e, dall'altro, escludono la risoluzione automatica del rapporto alla scadenza. Se, in particolare, le parti non recedono al termine del periodo formativo, il rapporto prosegue «come ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato». Qui il legislatore opportunamente sottolinea che ciò che si modifica, nel caso di prosecuzione del rapporto dovuta alla “virtuosa” inerzia delle parti, non è la durata della relazione, che era e resta a tempo indeterminato, bensì la natura del rapporto stesso, che da speciale (o, quanto meno, assoggettato ad alcune regole particolari) diviene “standard”, il che significa che le peculiari posizioni giuridiche soggettive che hanno caratterizzato la prima fase del rapporto vengono meno. Il datore di lavoro, pertanto, non potrà più godere delle agevolazioni economiche e normative di cui usufruiva in precedenza, né sarà più gravato degli specifici obblighi formativi legati alla tipologia di apprendistato prescelta, tranne che per l'eventuale periodo di preavviso lavorato, come subito si dirà.

In linea con la ricostruzione sin qui compiuta sembra essere poi anche la disposizione di cui all'art. 42, comma 7, d.lgs. n. 81/2015, che, pur ammettendo (con formula non del tutto perspicua) una “assunzione indiretta” dell'apprendista per il tramite di un'agenzia di somministrazione, puntualizza che è in ogni caso esclusa la possibilità di utilizzare apprendisti con contratto di somministrazione a tempo determinato. Quindi deve essere necessariamente a tempo indeterminato anche il rapporto che l'azienda utilizzatrice instaura con l'agenzia¹⁴³.

¹⁴⁰ Nonostante questo, una parte della dottrina ha continuato a sostenere, sino a tempi recenti, che l'apprendistato sia un contratto a termine. Facendo leva, tra l'altro, sulla norma del T.U. del 2011 che parlava del mantenimento dei benefici contributivi «per un anno dopo la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato», nel *Manuale di diritto del lavoro* di M. ROCCELLA del 2013 (curato da D. GOTTARDI E F. GUARRIELLO), a p. 222, si riconduceva l'apprendistato alla «famiglia dei rapporti di lavoro a termine, sia pure con alcuni tratti di disciplina particolare, mutuati sin troppo meccanicamente e senza alcuno sforzo di ammodernamento da una sentenza della Corte costituzionale». Nella più recente versione del medesimo manuale (quella del 2015, *post* d.lgs. n. 81/2015) questa qualificazione appare un po' più sfumata, anche se si continua ad affermare (a p. 220) che la peculiare disciplina del licenziamento che emerge dal testo normativo, ed in specie i rimedi previsti, «appaiono sicuramente congrui anche in relazione ad un rapporto a termine “lungo”». Giappichelli, Torino, 2005, p. 175.

¹⁴¹ Per Cass., sez. lav., 14 agosto 2017, n. 20103 (anche se sulla normativa previgente), «il contratto di apprendistato deve essere ricondotto sin dall'origine nello schema negoziale del contratto a tempo a tempo indeterminato, dal quale è possibile recedere per giusta causa o per giustificato motivo». Per Cass., sez. lav., 13 luglio 2017, n. 17373, in caso di licenziamento intervenuto nel corso del periodo di formazione, non può essere applicata la disciplina relativa al licenziamento *ante tempus* nel rapporto di lavoro a tempo determinato. Conforme App. Caltanissetta, sez. lav., 29 novembre 2016, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, n. 4/2017, con nota di S. IACOBUCCI.

¹⁴² A questo proposito si può aggiungere che il terzo comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2015, nel richiamare solo le «sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo» e non anche le ragioni che rendono il licenziamento legittimo o, ancora, le regole di forma, certamente *minus dixit quam voluit*. Ed invero nella seconda parte del medesimo comma si parla anche di giustificato motivo di licenziamento (che può essere integrato dal mancato raggiungimento degli obiettivi formativi nel caso dell'apprendistato del primo tipo), a dimostrazione del fatto che anche le regole sulle causali rientrano fra quelle che sono (pur solo indirettamente) evocate dal legislatore.

¹⁴³ Se infatti l'impresa utilizzatrice potesse stipulare un contratto di somministrazione a termine per l'invio di un apprendista da parte di un'agenzia, scaduto il termine del contratto il giovane, nel caso in cui non avesse terminato il periodo di formazione, rischierebbe di non riuscire a completarlo, o comunque di non completarlo adeguatamente, e questo anche qualora la sua assunzione da parte dell'agenzia fosse avvenuta a tempo indeterminato (com'è in effetti doveroso). In alternativa il legislatore avrebbe potuto prevedere che il ricorso alla somministrazione costituisca un'ipotesi eccezionale di stipulabilità dell'apprendistato a termine, attraverso una combinazione tra assunzione a termine del giovane da parte dell'agenzia e contratto di somministrazione a termine tra le due imprese,

2. Alcune perplessità sulla scelta qualificatoria del legislatore.

Sin qui, dunque, tutto bene. Il legislatore sembra confermare da diversi punti di vista la propria scelta qualificatoria¹⁴⁴. Ma in realtà sulla limpidezza ed intrinseca coerenza di questa scelta è lecito sollevare qualche perplessità.

La qualificazione come contratto a tempo indeterminato ha infatti senz'altro una valenza negativa, in quanto vale ad escludere con certezza che l'apprendista sia un lavoratore a termine¹⁴⁵. Nel contempo però essa, pur se tecnicamente (per le ragioni sin qui evidenziate) ineccepibile, perde la sua carica di positività se ci si sofferma su alcuni ulteriori dati normativi e quindi su alcune criticità emergenti dal testo del d.lgs. n. 81/2015. Se infatti è vero che il rapporto non si estingue automaticamente al termine del periodo di formazione, è altrettanto vero che in coincidenza con tale scadenza esso, diversamente da quante accade per l'ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato, vive un momento che prima si è definito "di crisi". Il datore di lavoro, invero, non solo è autorizzato a decidere per la risoluzione del rapporto senza dover sottostare alle regole limitative (di forma e, soprattutto, di sostanza) del licenziamento generalmente applicabili al rapporto a tempo indeterminato, ma è, di fatto, fortemente incentivato a decidere in tal senso, posto che la prosecuzione del rapporto è destinata a provocare la perdita di quasi tutte le agevolazioni usufruibili nella prima parte della relazione, ed in particolare di quelle connesse alla ridotta retribuzione e alla non computabilità degli apprendisti. Solo i benefici contributivi in materia di previdenza e assistenza sono mantenuti in caso di prosecuzione del rapporto al termine del periodo formativo, ma comunque solo per un anno¹⁴⁶.

Come bene ha riassunto il Tribunale di Venezia in una sentenza del 5 agosto 2016, «*resta comunque l'estrema difficoltà di conciliare l'affermata natura di contratto a tempo indeterminato, unico ed unitario, con il cambiamento causale che, nei fatti, si attua nel passaggio dal periodo formativo a quello post-formativo, tenuto anche conto che la continuazione del rapporto, una volta scaduto il periodo di formazione, è inevitabilmente un auspicio, non una certezza e, tra l'altro, un auspicio indebolito dalla possibilità di recedere liberamente, ai sensi dell'art. 2118 c.c.*».

Il datore di lavoro può, oltre tutto, ricordarsi anche "all'ultimo momento" di questa possibilità¹⁴⁷,

sulla falsariga di quanto è stato previsto per le attività stagionali, magari anche in questo caso rimettendo la decisione alle parti collettive. Ma questa strada non è stata seguita.

¹⁴⁴ Né sembra rilevante la circostanza per cui il d.lgs. n. 81/2015 non contempli più l'apprendistato (come faceva invece il d.lgs. n. 368/2001) tra i rapporti esclusi dal campo di applicazione della disciplina del contratto a termine.

¹⁴⁵ Questo in realtà solo di regola, posto che il quinto comma dell'art. 45 ammette che, per i datori di lavoro che svolgono la propria attività in cicli stagionali, i contratti collettivi nazionali possano prevedere specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato professionalizzante, eventualmente anche a termine. Se lo ritengono opportuno, le parti sociali possono quindi cimentarsi nel modulare questa tipologia contrattuale, adattandola alle regole del contratto a tempo determinato, e ciò all'evidente fine di evitare che nei settori caratterizzati da stagionalità del lavoro l'apprendistato risulti del tutto inutilizzabile. Una possibilità analoga è prevista poi (dall'art. 43, comma 8) anche per l'apprendistato del primo tipo, limitatamente però alle regioni e alle province autonome che abbiano definito un sistema di alternanza scuola-lavoro.

¹⁴⁶ Da tale regola sono tuttavia esclusi quegli apprendisti che sono stati assunti a prescindere dalla loro età, in quanto beneficiari di indennità di mobilità o di un trattamento di disoccupazione. Va detto però che per questa particolare categoria di apprendisti neppure opera la regola della libera licenziabilità al termine dell'apprendistato.

¹⁴⁷ Per D. GAROFALO, *La Cassazione ribadisce (per l'ultima volta?) la natura a tempo indeterminato del contratto di apprendistato*, in *Lav. giur.*, 2016, p. 914, la volontà datoriale di disdettare il rapporto alla scadenza può essere desunta anche da comportamenti che non si concretano in una specifica comunicazione in tal senso, come un licenziamento disposto prima del termine della fase formativa

dato che la legge prevede che il preavviso richiesto per esercitare il recesso decorra dalla scadenza del termine del periodo formativo¹⁴⁸. Ciò comporta che, nel caso in cui il preavviso di licenziamento venga dato e lavorato, il rapporto proseguirà fino alla scadenza di questo e – ulteriore agevolazione per il datore – esso proseguirà restando assoggettato alla disciplina dell'apprendistato¹⁴⁹.

Delicati problemi di coordinamento fra regole diverse (e forse confliggenti) si pongono tuttavia nel caso in cui il termine della fase di formazione professionale cada all'interno del periodo durante il quale la lavoratrice gode della garanzia di irrecedibilità per maternità di cui all'art. 54 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151¹⁵⁰.

Il legislatore è, peraltro, ben consapevole del fatto che, nella prassi, il recesso datoriale al termine del periodo di apprendistato costituisce la soluzione prescelta dalla maggior parte delle aziende. Nel tentativo di ovviare a tale cinica prassi (oltretutto in un certo senso "autolesionista", perché l'azienda che ha seriamente investito nella formazione del giovane dovrebbe avere tutto l'interesse a confermarlo in servizio) si è cercato, negli anni, di far leva sul meccanismo dell'onere di stabilizzazione. In forza di esso, solo se una certa percentuale dei giovani impiegati dall'azienda viene confermato in servizio, è possibile la successiva assunzione di nuovi apprendisti, e la violazione di tale regola è sanzionata abbastanza severamente, posto che il comma 8 dell'art. 42 sancisce che gli apprendisti assunti in violazione di tali limiti sono considerati *ordinari* lavoratori subordinati a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto. Va detto però che l'incisività della regola che fa leva sulla stabilizzazione è stata fortemente ridimensionata nel corso del tempo, al punto che oggi essa si applica solo nell'ambito dell'apprendistato professionalizzante e, soprattutto, solamente alle aziende che occupano più di 50 dipendenti, ciò che legittima le piccole realtà ad operare un *turn over* illimitato di giovani lavoratori in formazione¹⁵¹.

Un ulteriore dato normativo che ha una qualche attinenza con i temi di cui qui si discute è costituito dalla previsione per cui «il contratto di apprendistato ha una durata minima non inferiore a

e dichiarato nullo in giudizio per essere stato irrogato nel periodo di irrecedibilità legato alla maternità. In questo caso infatti la mancata espressa disdetta alla scadenza deriva dalla convinzione del datore di lavoro circa la sua inutilità, per essere già stato il rapporto (almeno a livello di intenzioni) risolto in via disciplinare.

¹⁴⁸ Secondo D. GAROFALO, *L'estinzione del rapporto di apprendistato*, in *Giur. it.*, 2014, 2, la scelta di non far cadere il preavviso durante il periodo formativo è coerente con la qualificazione del contratto come a tempo indeterminato: ciò in quanto il preavviso sarebbe "totalmente estraneo" al periodo formativo, dovendo quindi necessariamente incidere nel periodo successivo ad esso. Come è noto, la precisazione secondo cui il preavviso decorre dalla scadenza del periodo di formazione risale alla riforma Fornero del 2012.

¹⁴⁹ Il datore potrebbe peraltro evitare tale prosecuzione versando al lavoratore l'indennità sostitutiva del preavviso, in conformità all'ormai prevalente la lettura secondo cui il preavviso ha efficacia meramente obbligatoria.

¹⁵⁰ In argomento S. IACOBUCCI, *Lo strano caso dell'apprendistato: alla ricerca della durata*, in *Labor, Il lavoro nel diritto*, n. 4/2017, che ritiene applicabile all'apprendistato il citato art. 54, prospettandone tuttavia l'incostituzionalità nella misura in cui esso, diversamente da quanto previsto per il lavoratore in prova, non esclude dal suo ambito di applicazione la scadenza del periodo di apprendistato. Secondo il Ministero del lavoro, pronunciandosi in risposta all'interpello n. 16 del 14 giugno 2012, eventuali cause di nullità del licenziamento (come quelle legate al matrimonio, o allo stato di gravidanza) trovano applicazione anche con riferimento ai lavoratori impiegati con contratto di apprendistato, pur nel momento in cui opererebbe la regola del recesso *ad nutum*, per la scadenza del periodo formativo. Ciò non toglie che, al termine dei periodi di divieto, il datore di lavoro possa legittimamente esercitare il diritto di recesso libero.

¹⁵¹ A ciò si aggiunga che nel novero degli apprendisti sui quali va calcolata la percentuale del 20% non rientrano quelli il cui rapporto sia cessato durante la prova, quelli che siano dimessi e quelli che siano stati licenziati per giusta causa. E comunque, "ciliiegina sulla torta", «qualora non sia rispettata la predetta percentuale, è in ogni caso consentita l'assunzione di un apprendista con contratto professionalizzante».

sei mesi» (art. 42, comma 2)¹⁵². In prima battuta si può rilevare come questa disposizione scenti una colpevole confusione tra periodo di apprendistato e durata complessiva del contratto, in quanto è solo del primo che ha senso predicare una durata minima, senza la quale, invero, la causa formativa non potrebbe realizzarsi¹⁵³. In secondo luogo è evidente che la regola *de qua* (che sarebbe forse superflua nell'ottica di una relazione sinceramente ed effettivamente a tempo indeterminato, nella quale cioè è una durata decisa "a tavolino" sin dall'inizio del rapporto neppure esiste)¹⁵⁴ più che alle parti individuali del contratto (cui in sostanza vieterebbe il recesso - quanto meno per ragioni oggettive - prima del compimento dei sei mesi), appare indirizzata a quelle collettive. È a queste ultime che spetta invero parametrare la durata del periodo formativo in relazione all'obiettivo formativo da conseguire¹⁵⁵.

Ma vi è di più. Il fatto che il legislatore stesso sia consapevole della scarsa tenuta della sua costruzione è dimostrato dalla terminologia utilizzata in un diverso contesto normativo, e precisamente nell'ambito del d.lgs. n. 23/2015, sul c.d. contratto a tutele crescenti, il cui art. 1 fa riferimento alla conversione dell'apprendistato in un contratto a tempo indeterminato. È chiaro che, ancora una volta, qui il legislatore *minus dixit quam voluit*: nel senso che avrebbe dovuto scrivere che l'apprendistato si converte, o si trasforma, o si evolve, o, ancora, più semplicemente, continua, come un *ordinario* contratto di lavoro a tempo indeterminato. Ma il *lapsus calami* forse disvela una coscienza non del tutto limpida.

In definitiva, l'affermazione, un po' pretenziosa e propagandistica, con cui si apre l'attuale disciplina dell'apprendistato, e che lo definisce appunto quale contratto "a tempo indeterminato", non può non ingenerare nel giovane apprendista un'aspettativa di durata e (forse anche) di stabilità del rapporto che non è invece, come si è visto, corroborata dalla disciplina del contratto.

3. La giurisprudenza sul recesso al termine della fase formativa.

È vero che natura a tempo indeterminato del rapporto e stabilità del medesimo o, quanto meno, protezione dello stesso dal rischio di un recesso *sine causa* non costituiscono un binomio inscindibile. Lo dimostra il fatto che sopravvivono nel sistema altri tipi di rapporto non a termine completamente (o quasi) negletti dalla l. n. 604/66. E va ricordato a questo proposito che in un primo

¹⁵² Di durata minima garantita parla Trib. Venezia, 13 agosto 2013, secondo cui l'apprendistato consiste in «un contratto di lavoro "virtualmente" a tempo indeterminato, con la previsione al suo interno di un periodo di formazione avente una durata limitata, che può essere qualificato come di durata minima garantita coincidente con il percorso formativo». Da questa costruzione il giudice deduce l'impossibilità di applicare, nel periodo di durata minima garantita, l'art. 18 St. lav., ritenuto «incompatibile con la previsione di una durata, all'esito della quale il datore di lavoro può recedere *ad nutum*», con connesso riconoscimento al prestatore del solo risarcimento del danno da licenziamento illegittimo dal giorno del recesso a quello della scadenza del periodo formativo, ciò che equivale tuttavia a trattare il rapporto come se fosse a termine.

¹⁵³ In questo senso anche A. LOFFREDO, *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Wolters Kluwer Cedam, 2016, p. 46, che parla di un lapsus freudiano, di un retro-pensiero «che fatica ad inquadrare davvero l'apprendistato tra i contratti a tempo indeterminato, ben sapendo che spesso coincidono con la durata del contratto e quella della formazione in apprendistato».

¹⁵⁴ Secondo Trib. Venezia, 5 agosto 2013, il principio della durata minima disvela il "retro-pensiero" del legislatore «che fatica ad inquadrare davvero l'apprendistato tra i contratti a tempo indeterminato, ben sapendo che spesso la durata del contratto coinciderà con quella della formazione».

¹⁵⁵ Ciò significa che, azzardando un esempio, non si può divenire "tornitore specializzato" in meno di tre anni, o "parrucchiera esperta" in meno di 5

momento il legislatore aveva escluso totalmente anche l'apprendistato dall'ombrello protettivo di cui alla legge ora menzionata¹⁵⁶. È stato necessario l'intervento della Corte costituzionale, con la sentenza n. 169 del 22 novembre 1973¹⁵⁷, perché questa situazione si risolvesse, almeno parzialmente¹⁵⁸. La Corte ha infatti dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 10 della l. n. 604/1966, che escludeva gli apprendisti dalle tutele contro i licenziamenti previste dalla legge medesima, ma ha continuato a tollerare la facoltà datoriale di recedere *ex art.* 2118 c.c. al termine del periodo di apprendistato, e ciò pur insistendo in modo convinto sull'assimilabilità dell'apprendistato ad un normale, *ordinario*, rapporto di lavoro. La Corte non ha fornito tuttavia una soddisfacente spiegazione di questa scelta, limitandosi a fare un veloce accenno all'esaurimento del rapporto di apprendistato, cui conseguirebbe la libertà del datore nel decidere se assumere o meno l'apprendista e «stringere così con lui un normale rapporto di lavoro»¹⁵⁹.

Dalle parole della Corte traspare però l'idea che il rapporto di apprendistato e quello che (solo eventualmente) ne consegue siano due rapporti ben distinti. Ed è forse qui che si può far leva per tentare di mettere in dubbio la tenuta di questa (ormai datata) costruzione, posto che l'evoluzione dell'istituto dagli anni '70 del secolo scorso ad oggi è stata nettissima. Quando infatti oggi la legge parla dell'apprendistato come di un contratto a tempo indeterminato, intende senza dubbio riferirsi ad un'unica relazione continuativa, pur se caratterizzata da due fasi, solo nella prima delle quali si delineano particolari posizioni giuridiche soggettive di entrambe le parti¹⁶⁰. Ma la prima fase del rapporto è inscindibilmente legata alla seconda: la formazione del lavoratore avviene in vista dell'acquisizione di una professionalità che l'azienda può e deve dargli e della quale potrà poi avvantaggiarsi. L'impegno formativo del datore, se correttamente assolto, è di un certo peso e dovrebbe giustificarsi solo nel caso in cui (agevolazioni a parte) il datore di lavoro sia seriamente intenzionato a cooptare definitivamente il giovane, una volta formato, nel suo organico. Sembra quindi del tutto anacronistica la previsione della libera recedibilità alla scadenza, soprattutto se riferita alla tipologia di apprendistato più diffusa, e cioè a quella professionalizzante¹⁶¹. Un discorso parzialmente diverso potrebbe infatti ammettersi forse per il primo ed il

¹⁵⁶ In realtà solo implicitamente, attraverso la menzione (all'art. 10) di operai ed impiegati come soggetti tutelati.

¹⁵⁷ In *Riv. giur. lav.*, 1973, II, p. 983, con nota critica di F.D.A.

¹⁵⁸ In argomento A. PICCININI, G. CENTAMORE, *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2011, p. 688.

¹⁵⁹ Anche la giurisprudenza fa spesso riferimento all'*esaurimento* del rapporto di apprendistato o della sua causa: così Cass., sez. lav., 19 dicembre 1986, n. 7757; Cass., sez. lav., 21 ottobre 1986, n. 6180; Trib. Teramo, 14 marzo 2018; Trib. Milano, 26 novembre 1993, in *Or. giur. lav.*, 1994, p. 132; *Lav. prev. oggi*, 1994, p. 2407, secondo cui dopo la scadenza non sussisterebbe «più materia di addestramento professionale»; Pret. Vercelli, 21 ottobre 1982, in *Or. giur. lav.*, 1982, p. 276. Per Trib. Torino, 13 aprile 2005, in *Giur. piem.* 2006, 1, 84, la scadenza del termine «non determina lo scioglimento del rapporto, ma costituisce in pratica un giustificato motivo *ex lege* di licenziamento». Ma secondo Pret. Milano, 12 giugno 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, p. 123, la parte della sentenza della Corte costituzionale in cui sono contenute queste riflessioni non sarebbe vincolante, rappresentando una mera opinione, per quanto autorevole.

¹⁶⁰ In questo senso Cass., sez. lav., 15 marzo 2016, n. 5051, in *Lav. giur.*, 2016, p. 911, con nota di D. GAROFALO; in *Ilgiuslavorista.it*, 29 agosto 2017, con nota di M. DE TRIZIO. Per Cass., sez. lav., 13 luglio 2017, n. 17373, «il contratto di apprendistato, anche nel regime di cui alla l. n. 25/1955, deve essere considerato un rapporto di lavoro a tempo indeterminato caratterizzato da una prima fase contraddistinta da una causa mista (con il normale scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione, cui si aggiunge quella tra attività lavorativa e formazione professionale) ed una seconda fase, eventuale, condizionata al mancato recesso *ex art.* 2118 c.c., che rientra nell'ordinario assetto del rapporto di lavoro subordinato».

¹⁶¹ Anche per C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. V., p. 914, si tratta di una soluzione che «desta non poche perplessità, perché, da un

terzo tipo di apprendistato, quanto meno nei casi (che però non coprono integralmente queste due tipologie) in cui il conseguimento del titolo di studio rappresenta di per sé un risultato formativo di peso, che appaga (almeno in parte) il giovane, e ciò a prescindere dal soddisfacimento di ulteriori aspettative di consolidamento del rapporto. Sul punto si tornerà però più avanti.

Interessante ai nostri fini è anche il confronto che la Corte costituzionale ha fatto (nella sentenza n. 14 del 1970) tra apprendistato e patto di prova¹⁶², affermando che, mentre la prova «ha una funzione di conferma di qualificazioni tecniche che si presuppongono già formalmente acquisite», l'apprendistato ha come sua funzione proprio la loro acquisizione¹⁶³. Ma se ciò che giustifica la libera recedibilità dal rapporto durante tutto il periodo di prova - e sino alla sua conclusione - è proprio la possibilità di verificare il reale possesso, da parte del prestatore, delle competenze e/o le attitudini dichiarate al momento dell'assunzione, non può essere questa la ragione che fonda la libera recedibilità alla scadenza della fase di apprendistato. Né soddisfa l'argomentazione che viene ordinariamente spesa in dottrina per giustificare tale assetto, e che è legata al preteso «venir meno» della causa del contratto, nel quale non sussisterebbe più «materia di addestramento professionale». Come rilevava in tempi ormai remoti la dottrina¹⁶⁴, la legge trasforma di colpo l'apprendista che abbia concluso il periodo di addestramento «in elemento estraneo da espellere dall'impresa, non perché inidoneo (in tal caso si avrebbe giustificato motivo oggettivo) ma perché.... qualificato a svolgere le mansioni per le quali aveva ricevuto l'insegnamento».

Alcuni studiosi¹⁶⁵ hanno anche provato a sostenere che la libera licenziabilità contrasta con l'art. 30 della Carta di Nizza¹⁶⁶, prefigurando la disapplicazione della norma sul recesso *ad nutum* e sostenendo che in tal modo non si creerebbe un vuoto normativo, il quale sarebbe invero colmato dall'applicazione delle regole di cui alla l. n. 604/1966. I medesimi autori accennano, *ad abundantiam*, ad un possibile contrasto tra la regola qui sotto accusa e l'art. 21 della Carta, sul divieto di discriminazione tra lavoratori. In particolare, la normativa sull'apprendistato realizzerebbe una discriminazione per età, consentendo il recesso senza giustificazione di soggetti che sono individuati proprio (o comunque anche) in ragione della loro condizione anagrafica. La strada della disapplicazione della norma sulla libera licenziabilità dell'apprendista appare tuttavia piuttosto

punto di vista sostanziale, la professionalità acquisita con il rapporto di apprendistato è spendibile, prima di tutto, mediante la sua trasformazione in ordinario rapporto di lavoro presso lo stesso datore di lavoro, donde una maggiore esigenza di tutela proprio alla fine dell'apprendistato medesimo».

¹⁶² Laddove invece, almeno dal punto di vista strutturale, le analogie tra un rapporto che inizia con un periodo di prova e un rapporto che inizia con un periodo di apprendistato sono più forti di quanto non appaia, come sembra suggerire anche F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista*, cit., p. 59, quando parla di «una metamorfosi dell'apprendistato da "contratto tipizzato" a "patto" inerente ad un contratto a tempo indeterminato». Di "patto formativo" parla anche V. LUCIANI, *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2016, p. 742.

¹⁶³ Come pure interessante è la parte della sentenza in cui la Corte spiega in che cosa consista la specialità del rapporto, specialità che non esclude la sua assimilabilità ad un ordinario rapporto di lavoro, da ciò discendendo che la preclusione, per gli apprendisti, del diritto di godere dell'indennità di anzianità viola l'art. 3 della Costituzione.

¹⁶⁴ F.D.A., commentando e criticando aspramente la sentenza n. 169/1973 della Corte costituzionale.

¹⁶⁵ A. PICCININI, G. CENTAMORE, *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum per contrasto con l'art. 30 della Carta di Nizza*, cit., p. 695.

¹⁶⁶ La quale stabilisce che «ogni lavoratore ha diritto alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali».

impervia, per ragioni che non possono in questa sede essere approfondite¹⁶⁷. Si condivide, in ogni caso, la conclusione cui è pervenuta di recente quella dottrina che ha sostenuto la previsione di cui all'art. 30 ha efficacia immediata solo nei confronti degli organismi dell'Unione e degli Stati membri¹⁶⁸, e non è quindi invocabile dai lavoratori, quanto meno nel rapporto con datori di lavoro privati (che sono poi, nei fatti, gli unici veri utilizzatori dell'apprendistato).

Non si deve però dimenticare che c'è anche un filone giurisprudenziale (anche se non recente), non solo delle corti di merito, che sembra voler rileggere il richiamo all'art. 2118 c.c. compiuto dalla disciplina dell'apprendistato alla luce dell'attuale sistema di regole che ha portato alla generalizzazione del principio di causalità del licenziamento¹⁶⁹, arrivando a concludere, in sostanza, per l'implicita abrogazione dell'art. 19 della l. n. 25/1955 sul libero recesso alla conclusione del periodo di apprendistato.

4. Qualche riflessione sul fondamento della regola sul recesso *ad nutum* al termine dell'apprendistato.

È vero che il legislatore non sembra essersi troppo preoccupato di queste letture "evolutive" se, anzi, nelle numerose riscritture della disciplina di questo contratto che si sono succedute nel tempo, ha riproposto imperterrito la regola del licenziamento acausale. Ma è sul fondamento giuridico di tale regola, a parere di chi scrive assolutamente anacronistica, che deve essere compiuta una riflessione. Ed alcuni spunti in tal senso possono provenire proprio da quella coraggiosa

¹⁶⁷ In argomento, con considerazioni che sembrano escludere la diretta invocabilità dell'art. 30 per disapplicare la normativa *de qua*, E. ALES, *La dimensione "costituzionale" del Modello Sociale e Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 129/2016.

¹⁶⁸ In questo senso M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, cit., p. 426 e ss., con ampi riferimenti al dibattito dottrinale sul punto.

¹⁶⁹ L'affermazione è contenuta in modo assai radicale in Cass., Sez. lav., 21 luglio 2000, n. 9630, in *Foro it.*, 2000, I, p. 3122; in *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 1313, con nota di E. BOGHETICH, per la quale il principio di libera recedibilità «va sottoposto ad una verifica, imposta dalla generalizzazione del recesso causale, come fattispecie ordinaria di licenziamento, quale introdotta dalla legge 11 maggio 1990 n.108, verifica già evidenziata da una parte della dottrina, che ha ritenuto come l'ordinaria disciplina limitativa dei licenziamenti individuali trovi normale applicazione - ricorrendone i presupposti di legge - non solo durante il periodo di apprendistato, ma anche al momento della sua ultimazione. In particolare, la stessa ha posto in rilievo come il rinvio dell'art. 19 della legge n. 25 del 1955 all'art. 2118 cod. civ. possa intendersi fatto a tale norma, come modificata dalla legge n. 604 del 1966 e dall'art. 18 Stat. Lav. (ed ora, dall'art. 1 legge n. 108 del 1990) e solo residualmente al principio della libera recedibilità». In realtà il 2118 non è stato modificato ma è notevolmente cambiato il suo campo di applicazione. La Corte prosegue poi affermando che «pur non dovendosi esaminare ex professo la questione, va, comunque, segnalato un risalente insegnamento di questa Corte (anteriore alla legge n. 108 del 1990), secondo cui il recesso del datore di lavoro dal contratto di apprendistato può avvenire esclusivamente nei casi previsti in generale per il rapporto di lavoro subordinato e nei limiti stabiliti dalla legge n. 604 del 1966 e dall'art. 18 legge n. 300 del 1970». Ed anche in Pret. Milano, 12 giugno 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, n. 123, si legge che il recesso al termine del periodo di apprendistato è legittimo solo se sostenuto da giusta causa o giustificato motivo. Nello stesso senso: Pret. Vercelli, 23 giugno 1981, in *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 152; Pret. Milano, 27 luglio 1978, in *Foro it.*, 1979, I, c. 262; in *Dir. lav.*, 1979, II, 396; Pret. Padova, 23 settembre 1975, in *Riv. giur. lav.*, 1976, II, p. 205. Per Trib. Milano, 17 giugno 2005, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 751, con nota di I. CAPPELLI, «è illegittima la cessazione del rapporto disposta per mera scadenza del termine di apprendistato e il lavoratore ha diritto alla riammissione in servizio come lavoratore qualificato, nonché al risarcimento del danno». Per Pret. S. Donà di Piave, 1 dicembre 1982, in *Or. giur. lav.*, 1983, p. 690, è legittima la risoluzione tramite disdetta del rapporto al termine del periodo di apprendistato ove il datore di lavoro sia in grado di dimostrare la sussistenza di un giustificato motivo ex art. 3, l. n. 604/1966. Nella specie il datore di lavoro, con la motivazione di «inidoneità dell'apprendista alla qualifica che aveva formato oggetto di tirocinio», aveva espresso un giudizio di incapacità del lavoratore ad essere inserito nell'attività produttiva, per un regolare funzionamento di essa, idoneo a motivare il licenziamento per giustificato motivo.

giurisprudenza - soprattutto di merito - che, già qualche decennio fa, ha cercato di “scavalcare a sinistra” la stessa Corte costituzionale.

Ad esempio Pret. Milano, 27 luglio 1978¹⁷⁰, ha giustamente sottolineato l'assurdità di un meccanismo che, nell'ambito di un sistema ormai ampio di tutele contro il rischio di licenziamenti ingiustificati, finisce per introdurre «anche per un solo giorno, una speciale categoria di lavoratore non protetto», e ciò, oltre tutto, prescindendo completamente dall'esito, positivo o negativo, dell'esperienza di apprendistato. Per il giudice «non si vede in che modo possa aprirsi una breccia nella disciplina vincolistica (...) con la reintroduzione del recesso unilaterale, a discrezione del datore di lavoro, in un rapporto di lavoro subordinato che il legislatore ha inteso privilegiare senza eccezione alcuna se non quella, espressamente prevista, del patto di prova»¹⁷¹. In subordine il medesimo giudice invocava la probabile incostituzionalità del citato art. 19, «in difetto della ritenuta abrogazione, proprio in virtù delle considerazioni (art. 3 Cost.) che hanno indotto la Corte costituzionale ad estendere agli apprendisti la normativa contenuta nella legge 604/1966»¹⁷².

La formale permanenza in vigore di una norma come quella di cui all'art. 19 della l. n. 25/1955, infine transitata nell'art. 42, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015, sembra dunque il frutto di quel fenomeno di vischiosità che colpisce alcune norme, le quali vengono riproposte dal legislatore negli anni (e a volte nei decenni) e ciò anche quando, essendo mutato totalmente il contesto-contorno normativo, ne è completamente venuta meno la originaria *ratio*¹⁷³.

Oggi, come ha giustamente rilevato la giurisprudenza, l'apprendistato non è che il «prodromo di una professionalizzazione che porta ad un normale inserimento nell'azienda»¹⁷⁴. Nell'interstizio fra le due fasi (sia pure indiscutibilmente distinte) non vi dovrebbe dunque essere né spazio, né ragione per consentire al datore di recedere senza alcuna remora, in quanto così si giunge all'assurdo di garantire stabilità *ex lege* n. 604/1966 durante l'apprendistato ed anche durante il successivo rapporto a tempo indeterminato, ma non nel «punto di sutura» tra i due¹⁷⁵.

Anche la contrattazione collettiva, dal canto suo, potrebbe porre rimedio a tale incongruo ed anacronistico assetto, riconoscendo agli apprendisti il beneficio dell'applicazione della legge n.

¹⁷⁰ Citata alla nota precedente.

¹⁷¹ Va ricordato, peraltro, che all'epoca della sentenza in esame esisteva ancora una vasta area di non applicazione della l. n. 604/1966 (quella dei datori di lavoro con meno di trentacinque dipendenti) ed è solamente a quelle realtà che, secondo la Pretura di Milano, avrebbe potuto continuare ad applicarsi la regola del recesso libero alla scadenza del periodo di formazione.

¹⁷² Ed infatti, secondo il Pretore, «è indubitabile che il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, dapprima come elemento preminente del rapporto complesso di apprendistato e poi come elemento unico e caratterizzante della prestazione qualificata, non potrà mai subire un trattamento differenziato unicamente in considerazione del decorso del tempo».

¹⁷³ Anche I. CAPPELLI, *La contrastata agonia del libero recesso alla fine del rapporto di apprendistato*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 754, denuncia la circostanza per cui l'invito della Cassazione contenuto nella sentenza n. 9630 del 2000 sia «caduto nel vuoto». La reiterazione del richiamo all'art. 2118 c.c. contenuta nel nuovo contesto normativo (il riferimento è, in particolare, al d.lgs. n. 276/2003) svuota infatti di valore «il richiamo della Cassazione ed evidenzia la volontà del legislatore di mantenere davvero fermo questo unico angolino residuo di libera recedibilità».

¹⁷⁴ Così Pret. Milano, 12 giugno 1992, cit.

¹⁷⁵ Anche C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro individuale*, 2005, p. 406, esprime perplessità per la scelta compiuta dalla legge, «perché da un punto di vista sostanziale è chiaro che il momento in cui l'esigenza di tutela si fa più forte è proprio quello della fine del rapporto di apprendistato». Una diversa soluzione prospetta, *de iure condendo*, A. LOFFREDO, *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, cit., p. 46, per il quale la possibilità del recesso libero alla scadenza avrebbe richiesto una maggiore rigidità delle regole che presiedono alla risoluzione del rapporto durante la fase formativa.

604/1966, con il limite della necessaria causalità del recesso, anche alla scadenza del periodo formativo¹⁷⁶.

Una breccia “legale” nell’immobilità del sistema è, d’altra parte rappresentata dalla regola (cui si è già accennato) per cui ai lavoratori beneficiari di un trattamento di disoccupazione, assunti con contratto di apprendistato professionalizzante, non si applica la regola che consente il recesso *ad nutum* alla scadenza del periodo formativo¹⁷⁷.

È chiaro però che, per arrivare a rovesciare completamente il sistema di regole attualmente in vigore, sarebbe necessaria una chiara presa di posizione del legislatore¹⁷⁸, che non sembra tuttavia profilarsi all’orizzonte. Lo dimostra il fatto che, se un ritocco alla disciplina dell’apprendistato è stato compiuto anche con il correttivo del d.lgs. n. 81/2015 (e cioè con il d.lgs. 24 settembre 2016, n. 185), questo non ha certo riguardato le delicate questioni affrontate in questa sede. Ed è comunque impensabile che a breve il legislatore ritenga di sottrarre, ad un rapporto che già molto fatica a risultare convincente per le imprese, uno dei suoi principali motivi di appetibilità.

Un’eventuale riscrittura delle regole vigenti dovrebbe, a parere di chi scrive, focalizzarsi su due aspetti. Da un lato, andrebbe fatta chiarezza sulla distinzione tra fase formativa e contratto di lavoro vero e proprio, sulla quale, come si è visto, vi è spesso una confusione che non è solo terminologica. In secondo luogo, dovrebbe essere assolutamente riscritta la disciplina del recesso al termine del periodo di insegnamento. Questa potrebbe essere anche l’occasione per introdurre una distinzione tra le regole applicabili all’apprendistato professionalizzante e quelle destinate, invece, al primo ed al terzo tipo, nei quali (anche se non sempre) viene in gioco quel particolarissimo risultato formativo che è la conseguibilità di un titolo di studio, riservandosi magari solo a questi casi la “vecchia” regola della libera recedibilità.

D’altra parte, l’art. 19 della l. n. 25/1955, che è l’antenato della corrispondente norma oggi in vigore, si inseriva originariamente in un contesto diverso da quello attuale. La disdetta era infatti collegata all’effettuazione delle c.d. “prove di idoneità”, previste dall’art. 18, in base al quale al termine dell’addestramento pratico e dell’insegnamento complementare gli apprendisti sostene-

¹⁷⁶ In questo senso Cass., sez. lav., 19 dicembre 1986, n. 7757, secondo la quale «nessuna norma pone limiti all’autonomia collettiva in ordine alla stipulazione di clausole di estensione del campo di applicazione della legge n. 604 del 1966 al caso di recesso alla scadenza del termine previsto per il rapporto di apprendistato».

¹⁷⁷ Ciò a meno che (come sostenuto dal Ministero del lavoro in data 1° giugno 2012, in risposta a interpello n. 21/2012), il datore non abbia assunto un prestatore che possiede i requisiti anagrafici richieste dalle tre “classiche” tipologie, godendo delle relative agevolazioni.

¹⁷⁸ Lo riconosce anche il Trib. di Venezia, nella già citata ordinanza del 5 agosto 2016, costretto “a malincuore” a concludere per la qualificazione del rapporto come a tempo indeterminato, con libera recedibilità alla scadenza: «ritiene il Giudicante che, nonostante le profonde perplessità che lo stesso nutre in ordine alla configurabilità del contratto di apprendistato come contratto a tempo indeterminato sin dalla costituzione, apparendo non conciliabile il recesso *ad nutum* al termine del periodo di addestramento/formazione e la durata minima di detta fase con la natura a tempo indeterminato sin dall’inizio del rapporto, non possa che prendersi atto che il contratto di apprendistato sia pressoché unanimemente considerato a tempo indeterminato, da dottrina e giurisprudenza, che il T.U. del 2011 costituisca una sorta di interpretazione autentica della natura a tempo indeterminato e che il Ministro del lavoro sin dal 2009 ne abbia offerto una qualificazione come a tempo indeterminato».

vano le prove di idoneità all'esercizio del mestiere che aveva formato oggetto dell'apprendistato¹⁷⁹. Il collegamento tra questa disposizione e la successiva emergeva poi da quest'ultima, secondo cui, qualora al termine del periodo di apprendistato non fosse stata data disdetta a norma dell'art. 2118 c.c., l'apprendista veniva mantenuto in servizio «con la qualifica conseguita mediante le prove di idoneità». Il legislatore quindi, pur senza spingersi ad affermare che a fondamento del recesso datoriale doveva esserci l'esito negativo delle prove di idoneità, gettava comunque un ponte tra queste e l'eventuale licenziamento. Secondo Cass., sez. lav., 23 marzo 1986, n. 2213¹⁸⁰, «dalla coordinazione logico-sistematica dello stesso art. 19 con la norma del precedente art. 18, comma 1, (...) si desume, infatti, che solo dopo la scadenza del periodo contrattuale di tirocinio (unilateralmente non riducibile dal datore di lavoro) l'apprendista può essere sottoposto alle prove di idoneità, in esito alle quali il datore di lavoro risulta in grado di attribuire o negare la qualifica e conseguentemente di intimare disdetta nel termine previsto dal contratto collettivo o secondo gli usi, in alternativa al mantenimento in servizio con la qualifica conseguita»¹⁸¹.

Oggi le vere e proprie prove di idoneità non ci sono più, ma è evidente che il momento in cui termina la fase formativa è anche quello nel quale il datore può compiere una ponderata valutazione sull'esperienza maturata dal giovane e sul conseguimento degli obiettivi formativi cui il contratto era finalizzato e che possono variare notevolmente nei tre sotto-tipi di apprendistato.

5. Una soluzione diversa per le tre sotto-tipologie?

Entra in campo, a questo punto, il discorso relativo alla diversificazione dei percorsi di apprendistato, alla creazione cioè delle note tre sotto-tipologie, volute per la prima volta dal d.lgs. n. 276/2003 e giunte - pur con qualche ritocco - fino ai giorni nostri. A parere di chi scrive vi è invero oggi una netta differenza tra l'apprendistato professionalizzante e le altre due modalità, quelle che si inseriscono nel c.d. "sistema duale".

Queste ultime configurano, entrambe, una tipologia contrattuale molto particolare, posto che l'azienda non si limita a rapportarsi con il lavoratore come un normale datore di lavoro, che esercita nei suoi confronti le classiche posizioni giuridiche soggettive di potere datoriale, subendo, nel contempo, le limitazioni che a tali poteri la normativa impone. No: l'azienda diviene per il giovane apprendista anche l'ambito organizzato grazie al quale si realizza la tanto auspicata integrazione tra sistema dell'istruzione e della formazione, da un lato, e mondo del lavoro, dall'altro, e ciò in funzione del raggiungimento di risultati formativi che sono particolarmente ambiziosi e che - ed è ciò che qui maggiormente rileva - travalicano l'interesse diretto del datore di lavoro, al punto che vi è chi parla di due tipologie «funzionalizzate a un interesse pubblico»¹⁸². Al termine della fase formativa in effetti l'apprendista può conseguire (in quasi tutte le pur varieguate versioni nelle

¹⁷⁹ L'art. 18 prevedeva altresì che in ogni caso gli apprendisti che avessero compiuto i diciotto anni di età e i due anni di addestramento pratico avessero diritto di essere ammessi a sostenere le prove di idoneità e che la qualifica ottenuta al termine del periodo di apprendistato dovesse essere scritta sul libretto individuale di lavoro.

¹⁸⁰ In *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 482.

¹⁸¹ In realtà nella stessa sentenza la Cassazione afferma anche, forse contraddicendosi, che il previo esperimento delle prove attitudinali non costituisce condizione di legittimità del licenziamento.

¹⁸² A. LOFFREDO, *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, cit., p. 53.

quali la prima e la terza sotto-tipologia possono declinarsi¹⁸³) un vero e proprio titolo di studio o, comunque, può concludere un percorso che ha una specifica proiezione *esterna* all'organizzazione datoriale, come quando completa il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche, ed è quindi nelle condizioni di affrontare il relativo esame di Stato. In tutti questi casi, in altre parole, il giovane si forma non specificamente e non solo per l'azienda o lo studio professionale per cui, comunque, ha lavorato per alcuni anni ma, si potrebbe azzardare, per sé stesso, in vista di un ingresso "a pieno titolo" nel mondo del lavoro e/o delle professioni. La formazione del lavoratore si proietta dunque "oltre", e questo, a parere di chi scrive, può rendere più facilmente comprensibile la scelta datoriale di chiudere il rapporto con il giovane che è stato ospitato e formato, nel momento in cui il percorso di insegnamento ha realizzato positivamente la sua primaria finalità.

Si può notare, per altro verso, che, con riferimento alla prima sotto-tipologia, la normativa consente alle parti (e quindi in sostanza all'azienda "ospitante") di modulare proprio la durata del rapporto, travalicando i limiti che in tale materia sono ordinariamente previsti dalla disciplina generale sull'apprendistato. L'art. 43, comma 4, prevede invero che il contratto (ma ovviamente si intende, ancora una volta, il periodo formativo) possa essere prorogato fino ad un anno in due ipotesi particolari. La prima è quella che si verifica quando l'azienda intende prolungare il periodo formativo del giovane, già qualificato o diplomato, «per il consolidamento e l'acquisizione di ulteriori competenze tecnico-professionali e specialistiche», mentre la seconda è quasi l'opposto della prima, posto che la legge ammette la proroga anche nel caso in cui, al termine del percorso formativo-scolastico, il lavoratore-studente *non* abbia conseguito il previsto titolo di studio.

Nel primo caso sembra che l'interesse alla continuazione del rapporto, ancora sotto forma di apprendistato, sia soprattutto quello dell'azienda, che evidentemente beneficerà del consolidamento o dell'acquisizione delle competenze di un giovane in realtà già formato, ma che continua ad essere trattato, dal punto di vista economico e normativo, come un apprendista. Nel secondo caso, invece, l'azienda viene in qualche modo sollecitata dal legislatore a mettersi ulteriormente a disposizione del giovane per il raggiungimento del suo successo formativo. Per converso, ed in apparente contraddizione con la regola da ultimo evidenziata, l'art. 42, comma 3, sempre per l'apprendistato "di primo livello", afferma che il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, come attestato dall'istituzione formativa, costituisce giustificato motivo di licenziamento¹⁸⁴. La norma non è chiara, nel momento in cui non specifica se la situazione (vagamente) descritta sia riconducibile ad una giustificazione di tipo oggettivo oppure soggettivo, ma forse l'intenzione del legislatore era proprio quella di lasciare aperta la strada ad entrambe le possibilità. Ed invero il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi può essere dovuto allo scarso impegno del giovane, sul quale grava sicuramente l'obbligo di "darsi da fare" anche sul piano scolastico, pena il configurarsi di una responsabilità disciplinare a suo carico¹⁸⁵, ma può anche accadere che venga

¹⁸³ Un po' più difficilmente riconducibile a questo schema sembra l'alto apprendistato quando viene svolto "per attività di ricerca", in funzione quindi dello svolgimento di un generico "progetto di ricerca", almeno secondo quanto risulta dal d.m. 12 ottobre 2015, sulla definizione degli standard formativi dell'apprendistato del primo e del terzo tipo.

¹⁸⁴ Ed a questo proposito il citato d.m. 12 ottobre 2015 (all'art. 8, comma 6) precisa tuttavia che la sospensione del giudizio in occorrenza di un debito formativo non configura attestazione di mancato raggiungimento degli obiettivi formativi.

¹⁸⁵ E secondo A. LOFFREDO, *La riforma dell'apprendistato: una storia infinita*, cit., p. 55, questa previsione solleva un rilevante problema teorico, laddove trasforma un "diritto sociale fondamentale" del lavoratore in un obbligo contrattuale.

verificata una sorta di inidoneità “professionale” dell’apprendista rispetto al tipo di percorso prescelto, con un certo margine per connotare in senso oggettivo il recesso datoriale.

L’impressione complessiva, derivante da questo coacervo di regole non ben coordinate, è comunque quella per cui le interconnessioni tra il percorso scolastico-formativo che il giovane deve seguire e il rapporto di lavoro che instaura con l’azienda siano estremamente duttili, di modo che alla parte datoriale viene concesso un ampio potere di valutare la convenienza della prosecuzione del rapporto, nella mutata veste di ordinario rapporto di lavoro, in coincidenza con il completamento della formazione scolastica o anche in un momento successivo (e cioè dopo la proroga al massimo di un anno). L’azienda che ha “ospitato” l’apprendista per il periodo necessario a fargli conseguire il risultato formativo previsto potrebbe cioè non avere sinceramente interesse o posto per un lavoratore formato, dato anche il notevole stravolgimento che subirebbero le “regole del gioco” dopo l’eventuale prosecuzione del rapporto in una relazione standard.

Diverso risulta essere invece l’approccio nel caso dell’apprendistato professionalizzante. Qui la formazione mira infatti a fare acquisire al giovane una “qualificazione professionale”. Si crea quindi uno strettissimo collegamento tra percorso formativo e collocazione professionale del lavoratore in azienda, anche se il legislatore affida poi alle parti sociali il compito di definire in maniera più precisa i termini di tale collegamento, laddove prevede che spetti alla contrattazione collettiva (di livello interconfederale o di categoria) la possibilità di riconoscere, «sulla base dei risultati conseguiti nel percorso di formazione, esterna e interna all’impresa», la qualificazione contrattuale «ai fini contrattuali» (art. 42, comma 5, lett. e), d.lgs. n. 81/2015). Non sembra tuttavia che con tale formulazione si sia inteso far dipendere da quanto espressamente previsto in sede di contrattazione collettiva la facoltà, per il datore di lavoro, di inquadrare o meno il lavoratore nel livello contrattuale corrispondente alla qualificazione conseguita. Se infatti la qualificazione è stata raggiunta e l’azienda ha deciso di non licenziare il prestatore, il rapporto non potrà che continuare con il riconoscimento della qualificazione ottenuta. Quello che le parti sociali potrebbero prevedere è invece proprio quel di più di fronte al quale la legge si arresta, e cioè un vero e proprio diritto alla continuazione del rapporto con la qualificazione ottenuta, come si è visto ammettere anche da parte della giurisprudenza di legittimità.

In mancanza di che, tuttavia, resta la libertà di recesso *ad nutum ex art. 2118 c.c.*, pur se, come si è cercato di spiegare, ciò finisce di fatto per autorizzare le aziende ad un uso dell’apprendistato opportunistico o, comunque, non coerente con la sua doppia dichiarata vocazione, formativa e occupazionale al tempo stesso. Il recesso acausale diventa infatti una sorta di incentivo atipico all’utilizzo di questa forma contrattuale, deresponsabilizzando quei datori di lavoro che sono “a caccia”, prima di tutto, di una tipologia *low-cost*. La riprova si ha nella circostanza che la maggior parte delle cause intentate in materia ha per oggetto il riconoscimento della simulazione della natura formativa del rapporto in concreto instaurato, piuttosto che lo scorretto uso delle regole in materia di licenziamento¹⁸⁶. A quadro normativo invariato, ormai da decenni, non ci si può quindi aspettare un comportamento più responsabile da parte delle aziende, mentre ai lavoratori licenziati alla scadenza della fase formativa non resta forse che tentare quell’operazione che ha

¹⁸⁶ Lo ricorda V. LUCIANI, *La riforma dell’apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e “riordino” delle fonti di regolazione*, cit., p. 747.

avuto un discreto successo nel passaggio dal vecchio al nuovo art. 18 St. lav. e poi ancora al contratto a tutele crescenti, e cioè la prospettazione di una ragione discriminatoria o almeno illecita alla base del recesso. Non sembra infatti revocabile in dubbio che il licenziamento intimato all'aprendista alla scadenza della fase di insegnamento ma fondato su ragioni discriminatorie o ritorsive sia nullo e comporti l'applicazione della tutela reale forte¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Su di una vicenda relativa ad un caso licenziamento ritorsivo si è pronunciato Trib. Catanzaro, 9 dicembre 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2015, p. 419, con nota di A.M. DONINI.

Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*

Vincenzo Ferrante

1. Il principio dell'assunzione mediante concorso.	118
2. Assunzioni a termine e divieto di conversione.	119
3. Il trasferimento di attività o di funzioni (dalla p.a. ad un soggetto privato).	120
4. Appalto e trasferimento d'azienda nella disciplina interna.	121
5. Passaggio da una società ad un'altra di un servizio concesso in appalto (da privato a privato).	122
6. Re-internalizzazione di attività o di funzioni (da un soggetto privato alla p.a.).	124

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 385/2019

1. Il principio dell'assunzione mediante concorso.

Con disposizione, di cui si sente una chiara eco nelle successive previsioni della Costituzione spagnola del 6 dicembre 1978¹⁸⁸, l'art. 97 della Costituzione italiana prevede all'odierno comma 4° che ai pubblici uffici si accede mediante concorso. Si tratta di un principio diretto non solo a garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa, ma altresì ad assicurare che solo i migliori possano avere accesso all'impiego pubblico.

Inoltre, si tratta di un sistema che consente anche di rendere prevedibile la spesa pubblica, poiché per ciascun ente o ufficio il numero e la qualifica dei dipendenti necessari ad assicurare il servizio viene ad essere fissato in via amministrativa (art. 6, d. lgs. 165/01) in uno specifico provvedimento (pianta organica), così da procedere ad accantonare i fondi necessari per le sostituzioni di coloro che abbandonano il lavoro per dimissioni, trasferimento o pensionamento, impedendo al contempo che possa farsi luogo ad assunzioni non previamente autorizzate dalla legge di bilancio dello Stato.

Per quanto la Costituzione taccia sul punto, alla regola del concorso si accompagnava (sin dalla fine del XIX secolo) uno statuto speciale di diritto pubblico per il dipendente, che garantiva contro il licenziamento ingiustificato, quando invece nel diritto privato questo era ancora assoggettato alla regola della libertà di recesso, e che subordinava al concorso anche le promozioni e gli avanzamenti di carriera (o progressioni), lasciando poi alla giurisdizione del giudice amministrativo di decidere l'eventuale annullamento dei provvedimenti adottati dall'ente pubblico in caso di violazione di legge o, soprattutto, di disparità di trattamento. Questo statuto è poi venuto meno in gran parte grazie al d. lgs. n. 29 del 1993, quando oramai anche la disciplina privatistica sembrava assicurare sufficienti garanzie nei confronti di eventuali abusi datoriali, di modo che la disciplina attuale che si applica ai dipendenti pubblici è, in via residuale, quella del diritto privato, salva tuttavia l'ampia serie di deroghe contenute nel d. lgs. n. 165 del 2001.

Malgrado le previsioni costituzionali, tuttavia, non è infrequente nel corso degli anni l'assunzione di impiegati fuori pianta organica, per fronteggiare esigenze derivanti da necessità transitorie. Si tratta di un fenomeno antico, già presente ai primi anni del secolo XX, che dà luogo a molteplici e ripetute assunzioni "fuori ruolo", spesso con contratti di diritto privato, sempre a termine, ma non di rado con continui rinnovi.

Poiché il principio costituzionale impedisce assunzioni in assenza di concorso, i lavoratori "precari" (e quindi senza garanzia di stabilità futura) si organizzano in sindacati per lo più indipendenti, per ottenere la loro stabilizzazione, attraverso provvedimenti legislativi di integrale sanatoria della situazione (stabilendo ad es. l'assunzione "in ruolo" *ope legis* di tutto il personale che abbia prestato servizio per un certo numero di anni; oppure, in maniera più rispettosa del dettato costituzionale, procedendo a bandire comunque un concorso, ma riservato ai soli lavoratori già assunti, ovvero ancora aperto a tutti, ma riconoscendo nell'attribuzione del punteggio un ruolo rilevante, se non maggioritario, all'anzianità derivante da pregressi servizi).

¹⁸⁸ V. Art. 103 (3), secondo cui "La legge regolerà lo statuto dei pubblici funzionari, l'accesso alle funzioni pubbliche secondo criteri di merito e di capacità, le peculiarità del loro diritto a costituirsi in sindacato, il sistema delle loro incompatibilità e le garanzie d'imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni" (traduz. mia).

Questi provvedimenti, in generale, comportano la piena assimilazione dei lavoratori stabilizzati *ope legis* a quanti sono stati assunti mediante concorso, con applicazione della disciplina di diritto pubblico (ed ora di diritto privato, a mente delle disposizioni del d. lgs. 165/2001 più sopra richiamate) e con la ridefinizione “di fatto” della pianta organica.

La Corte costituzionale riconosce all’inizio quasi senza limiti la legittimità di queste prassi, anche quando viene chiamata a valutare i provvedimenti adottati dalle Regioni, su sollecitazione del Governo il quale, in ultima istanza, è poi tenuto a sostenere la spesa per il personale, in assenza di una reale capacità finanziaria degli enti territoriali, autonoma e distinta da quella dello Stato.

Una giurisprudenza costituzionale successiva ha ritenuto però che la sanatoria non possa riguardare la totalità del personale pubblico, poiché in questo modo si impedisce di fatto l’accesso “dall’esterno” da parte di giovani laureati che vogliono partecipare ai concorsi¹⁸⁹. In questo senso, nelle pronunzie più recenti si è imposto di procedere a due concorsi, uno per i soggetti già irregolarmente assunti ed uno (per una quota di posti non irrisoria) per accessi di altri soggetti. In generale, poi, si è riconosciuto che la sanatoria possa interessare tutti i dipendenti quando questi siano stati comunque assunti *ab origine* sulla base di procedure selettive, anche se in assenza delle garanzie proprie del concorso pubblico (per es. a seguito di bando pubblico e con una procedura di selezione per titoli)¹⁹⁰.

2. Assunzioni a termine e divieto di conversione.

Il principio del concorso impedisce di procedere per intervento del solo giudice ad una conversione del rapporto in caso di assunzioni a termine con contratti di diritto privato, realizzate da parte delle pubbliche amministrazioni fuori dai casi previsti dalla legge.

L’art. 36.5 d. lgs. n. 165/01 a riguardo stabilisce che «in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori [...] non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni». La stessa norma riconosce il «diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative».

Questa disposizione è stata fatta oggetto di esame da parte della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, che ha tuttavia sempre confermato che la sanzione non deve necessariamente essere

¹⁸⁹ Esemplici a riguardo tre diverse pronunzie rese in contiguità temporale, che hanno avuto riguardo ad una stessa vicenda: v. C. cost. 4 marzo 1997, n. 59, in *Giur. it.* 1997, I, 329; nonché in *Lav. giur.*, 1997, 760, con n. di Mannacio; ed in *Foro it.* 1997, I, 3508; C. cost. 29 maggio 1997, n. 153, in *Giur. cost.* 1997, 1628; in *Foro it.* 1997, I, 3508; e in *Giur. it.* 1997, I, 524, con nota di Frontoni; sulla legge che provvede a “recepire” le indicazioni della Corte, si è poi pronunziata (questa volta con un giudizio di rigetto) C. cost. 22 aprile 1999, n. 141, in *Giur. cost.* 1999, 1118, con note di Mazzitelli e Cerri; nonché in *Giur. it.* 1999, 1997. In particolare, nella motivazione di quest’ultima, in relazione alla liceità della prassi del concorso “riservato”, si legge che: «Può ritenersi senz’altro conforme all’interesse pubblico che precedenti esperienze non vadano perdute e anzi che la legge, come assai frequentemente avviene, preveda per esse una particolare considerazione. Ciò che vale, naturalmente, fino al limite oltre il quale possa dirsi che l’assunzione nella amministrazione pubblica, attraverso norme di privilegio, escluda o irragionevolmente riduca le possibilità di accesso, per tutti gli altri aspiranti, con violazione del carattere “pubblico” del concorso».

¹⁹⁰ Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, art. 1, comma 558 e 560 (finanziaria 2007), in relazione alla quale v. pure Cass. lav., 24/11/2016, n. 24025. Per l’estensione della regola del concorso anche alle società pubbliche, v. già art. 18 d.l. n. 112 del 2008 (conv. in l. 6 agosto 2008 n. 133), ed ora art. 19 d. lgs. n. 175/2016 (v. *infra* nota 20).

rappresentata dalla assunzione, quando sussista comunque una sanzione interna dissuasiva¹⁹¹. La Corte di cassazione, chiamata a precisare in cosa consista il danno per i lavoratori illegittimamente assunti a termine, ha ritenuto che questo si ricollega direttamente alla violazione della direttiva europea¹⁹² quantificandolo, sulla scorta di una serie successiva di leggi, in un importo fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto¹⁹³.

Pure si deve notare che, ove si volesse davvero rispettare il principio concorsuale, nulla impedirebbe al Giudice a fronte di effettive esigenze della pianta organica (dimostrate dal continuo ricorso a forme di precariato) di provvedere ad ordinare all'amministrazione di indire un bando per la copertura del posto mediante concorso, ma che questa richiesta non è mai stata avanzata in concreto dai lavoratori, che hanno sempre rivendicato l'applicazione della regola privatistica della conversione.

Il divieto di cui all'art. 36.5 d. lgs. 165/2001 si applica a tutte le ipotesi di "conversione" del rapporto di lavoro e quindi anche all'ipotesi (di cui si dirà più avanti) di un appalto di mere prestazioni di manodopera (che resta sostanzialmente vietato), ovvero alla costituzione di rapporti fintamente di lavoro autonomo¹⁹⁴, di modo che il principio della tutela del ruolo resta centrale, anche se è stato derogato periodicamente attraverso ripetute leggi speciali di sanatoria, prima richiamate.

3. Il trasferimento di attività o di funzioni (dalla p.a. ad un soggetto privato).

Lo stesso d. lgs. n. 165/01 regola altresì all'art. 31, con una disposizione che è rimasta invariata dalla privatizzazione ad oggi, l'applicazione della direttiva europea in tema di trasferimento d'impresa n. 2001/23 (già 77/187), stabilendo che anche nel caso del semplice trasferimento «di attività» svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale si applicano comunque le garanzie di cui alla direttiva europea, quanto a diritti individuali e prerogative del sindacato.

Si tratta, in assenza di un passaggio che riguardi propriamente un'entità economica determinata, di una applicazione collegata ad una fattispecie di raggio maggiore rispetto a quella fatta oggetto di disposizioni dalla direttiva europea, la cui ragione deve forse rintracciarsi nel fatto che si è voluto evitare che il sindacato resti estraneo alle vicende che riguardano l'organizzazione dell'apparato pubblico, sulla scorta del tradizionale coinvolgimento dei lavoratori in ordine a scelte di questo tipo (v. art. 9 d. lgs. 165/2001, peraltro più volte modificato).

In forza di tale disposizione, dunque, tutti i dipendenti interessati dovrebbero passare in capo alla appaltatrice o alla società che assume su di sé l'obbligo di fornire il servizio esternalizzato.

¹⁹¹ Da ultimo, v. Corte Giust. 7 marzo 2018 (C-494/16), "Santoro" e già prima 26 novembre 2014 (C-22/13) "Mascolo", con orientamento ora confermato da C. cost. 27/12/2018 n. 248 (v. par. 9.1): a riguardo, V. DE MICHELE, *La sentenza Sciotto della Corte Ue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego ...*, WP CSDLE D'Antona, n. 383/2019.

¹⁹² V. per tutte Cass. SS.UU. n. 5072 del 15 marzo 2016.

¹⁹³ V. Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 2018, 5720. Si noti che l'art. 32, co. 5 della l. n. 183/2010 richiamato nella sent. di cui alla nota precedente è stato ora abrogato, anche se il suo disposto sembra sopravvissuto per alcune specifiche ipotesi di lavoro pubblico (a riguardo v. art. 29.2 lett. c) cit. da C. cost. n. 248/18, al par. 4.1).

¹⁹⁴ Cass. lav., 21/5/2008, n.12964; successivamente a questa pronuncia non si rinvengono invero precedenti in giurisprudenza; in ordine a rapporti di lavoro autonomo, v. Cass. lav., 8/2/2017, n. 3384.

Nella prassi, tuttavia, poiché i lavoratori verrebbero così a perdere le garanzie proprie del rapporto di lavoro pubblico, avviene spesso che, attraverso accordi sindacali, o si individuino dipendenti che vengono collocati al di fuori del perimetro interessato alla cessione o si pattuisca una clausola di riassunzione, nel caso in cui il lavoratore venga per qualunque ragione a perdere il proprio lavoro alle dipendenze dell'impresa appaltatrice.

Non è raro che le pp.aa. utilizzino l'appalto come strumento per aggirare il divieto di nuove assunzioni in ruolo, di modo che, anche grazie al fatto che si è provveduto ad ampliare il numero delle mansioni in concreto esigibili dai lavoratori pubblici, può accadere che i dipendenti interessati alla cessione siano in concreto limitati a soli quelli che sono dotati di una professionalità specifica, mentre tutto il personale impiegatizio resta escluso dall'operazione e quindi può permanere alle dirette dipendenze dell'ente pubblico.

4. Appalto e trasferimento d'azienda nella disciplina interna.

In via generale, nel sistema giuridico italiano, l'appalto non può che riguardare uno specifico servizio (o un'opera), rimanendo vietato l'appalto di c.d. mere prestazioni, sulla base già di una legge del 1960. Si ritiene così che l'appalto di servizi sia lecito, in assenza di una organizzazione materiale d'impresa in capo all'appaltatrice, solo nell'ipotesi in cui l'operazione economica posta in essere trovi ragione in una professionalità particolare per l'esecuzione dell'appalto, che sia o assente nelle fila dei dipendenti della committente, o che risulti comunque dalla pluralità dei clienti dell'appaltatrice¹⁹⁵.

Nello stesso senso, ma più esplicitamente, una specifica disposizione della c.d. "legge Biagi" (art. 29 d. lgs. n. 276/2003), che sembrerebbe applicabile anche al settore pubblico, quanto meno per ragioni di coerenza sistematica¹⁹⁶, afferma che l'organizzazione dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto di appalto «può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa».

In sostanza, la norma ora citata richiede che l'elemento di genuinità possa altresì risultare dall'effettiva autonomia del ciclo produttivo, che deve aversi per provata, quando non vi sia ingerenza del committente nell'organizzazione del lavoro dell'impresa appaltatrice.

Non è quindi infrequente (con una certa dilatazione del disposto di legge) che nell'ambito di una stessa struttura si affianchino operatori direttamente dipendenti dalla committente, ma in relazione a servizi diversi, anche per orario (per es. negli ospedali, il servizio di ambulanze di pronto intervento è spesso esternalizzato, così come negli ambiti delle residenze per anziani l'attività di assistenza notturna è affidata spesso ad un soggetto terzo, al pari che negli asili comunali, per quanto riguarda l'attività di doposcuola).

Come si è detto più sopra, anche in questo caso il principio concorsuale di cui all'art. 36.5 d. lgs. 165/2001 impedisce di poter riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a

¹⁹⁵ A riguardo, per un panorama di sintesi della disciplina normativa e della giurisprudenza precedente il d. lgs. n. 276, rinvio a V. FERRANTE, *Somministrazione e appalto dopo il Jobs Act*, in *Id.*, *Dal contratto al mercato. Evoluzioni recenti del diritto del lavoro alla luce del Jobs Act*, Torino, 2017, 98 ss.

¹⁹⁶ V. ad es. T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. I, 13/11/2008, n.1627.

tempo indeterminato in capo alla p.a. committente, di modo che non è raro che nel settore pubblico i limiti che si sono prima richiamati risultino di fatto irrilevanti, senza che sussista una precisa sanzione a contrastare l'inosservanza della legge.

Ed invero, nell'allargare i limiti di ammissibilità dell'appalto la legge del 2003, al comma 2° dell'art. 29, ha stabilito che il committente resti obbligato «in solido con l'appaltatore», ed entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti nonché al pagamento di eventuali sanzioni. Questa norma, che è stata fatta oggetto di numerose modifiche (e di cui si è anche chiesta la modifica in via di *referendum* popolare), però, secondo la giurisprudenza, non trova applicazione al settore pubblico¹⁹⁷, lasciando campo libero a potenziali abusi, anche se non mancano meccanismi di tutela contro il rischio del mancato pagamento della retribuzione o della contribuzione previdenziale¹⁹⁸.

Per quanto ovvio, si deve precisare che la regola della solidarietà non importa l'applicazione di un principio di parità di trattamento, di modo che le imprese appaltatrici possono applicare ai propri dipendenti trattamenti diversi¹⁹⁹ (ed anche inferiori a quelli che verrebbero ad applicarsi nel caso in cui il servizio venisse fornito direttamente dalla a.p.), salva tuttavia la tutela che discende dalle c.d. clausole sociali, di cui subito si dirà nel paragrafo che segue.

5. Passaggio da una società ad un'altra di un servizio concesso in appalto (da privato a privato).

Alla luce di quanto si è detto, si tratterà di valutare innanzi tutto che disciplina si applichi nel caso in cui il servizio passi da una impresa privata ad un'altra, quando l'ente pubblico proceda ad un nuovo appalto, venuto a scadenza il primo.

Secondo la disposizione testuale dell'art. 29 d. lgs. n. 276/2003, «L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

La giurisprudenza, alla luce delle pronunzie della Corte di Giustizia²⁰⁰, non ha difficoltà a fare applicazione di siffatta previsione quando si tratti di gare pubbliche, nella piena consapevolezza che il più delle volte sarà poi la stessa amministrazione che ha bandito l'appalto a farsi carico della

¹⁹⁷ V. Cass., 3/5/2017, n. 10777; 27/11/2017, n. 28185; Trib. Roma, 21/8/2018, n. 4947 (evidente è il contrasto logico con quella giurisprudenza che ritiene che l'ampliamento della fattispecie realizzato dall'art. 29 si riferisca a tutte le ipotesi di appalto di servizi).

¹⁹⁸ Il d. lgs. n. 50/2016, c.d. "codice degli appalti", ha implicitamente confermato il punto, riconoscendo però all'art. 30 co. 5-6 una tutela, modellata sull'antica disposizione di cui all'odierno art. 1676 c.c. (e v. pure l'art. 105, co. 8 e 13 per i subappaltatori).

¹⁹⁹ Trib. Milano 29/8/2014 n. 2282 in *JD Giuffrè*.

²⁰⁰ V. sent. 20/1/2011 (in causa C-463/09) "Martín Valor", in *Foro it.* 2011, 6, IV, 317 e in *Riv. it. dir. lav.* 2011, 4, II, 1250 con nota di Comandè; recentemente la Corte di Giustizia sembra però aver cambiato orientamento, riconoscendo l'applicazione della direttiva sul trasferimento d'azienda sia nel caso in cui alcuni addetti a servizi scolastici erano stati licenziati poco prima della scadenza della concessione (sez. X, 11/7/2018, n.60, in causa C-60/17, "Ayuntamiento de Valladolid"), sia in un caso nel quale si trattava del personale addetto a servizi accessori ad un museo (sez. V, 7/8/2018, n. 472, in causa C-472/16): si tenga conto che la soluzione data nelle due sentenze più recenti qui citate sembra conseguente alla sussistenza di un vero e proprio complesso materiale di beni, idoneo a configurare un ramo d'azienda.

sorte dei lavoratori che prima operavano alle dipendenze dell'impresa "perdente appalto", garantendo ad essi in concreto il passaggio alle dipendenze dell'impresa subentrante.

Si tratta però di soluzione la cui legittimità è stata messa in dubbio oramai da alcuni anni, alla luce della disciplina europea di tutela della concorrenza. Invero, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana è ben conosciuto il dibattito in ordine alla incerta legittimità delle "clausole sociali", sia quando queste riguardino l'applicazione di trattamenti retributivi non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi, sia quando si tratti di assicurare il passaggio dei lavoratori della società "perdente appalto", alle dipendenze della società risultata aggiudicataria della gara²⁰¹. Non si deve dimenticare a riguardo, come nell'ordinamento italiano i contratti collettivi costituiscano atti di diritto privato (tanto che per ogni settore se ne registrano più di uno), di modo che la giurisprudenza dei casi *Rüffert* e *Bundesdruckerei* può trovare facile applicazione²⁰².

Più di recente, la modifica delle direttive europee in tema di appalti e concessioni ha tuttavia dato spunto al legislatore italiano per tornare sul punto, esplicitando l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di applicare il contratto collettivo "di riferimento" sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (art. 30, co. 4 del d. lgs. n. 50/2016, come modificato dal d. lgs. n. 56/2017).

Peraltro, si deve rilevare come in passato la giurisprudenza abbia affermato che siffatte clausole non producono effetto diretto in capo al lavoratore, cui viene quindi impedito di poter reclamare il pagamento del minimo sindacale in assenza di una specifica previsione nel capitolato²⁰³: non è difficile comprendere quindi come mai non sono stati pochi gli enti pubblici che hanno preferito negli anni scorsi evitare di prevedere l'inserimento nei bandi di gara delle clausole apposite (soprattutto in ordine ai livelli retributivi), così da poter poi attribuire il servizio secondo il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (e dunque con violazione della clausola stessa).

Quanto poi alla clausola che prevede il passaggio dei dipendenti dalla "perdente appalto" alla subentrante, si deve ricordare come in un caso deciso dalla Corte di Giustizia in ordine ai sistemi di *handling* aeroportuale, sia stata ritenuta illegittima la norma di legge che imponeva alla subentrante di assumere il personale già occupato alle dipendenze della perdente appalto, in quanto considerata ostacolo alle libertà fondamentali dei Trattati²⁰⁴. Anche queste conclusioni sono state però assoggettate ad una revisione nella legislazione più recente.

Infatti, ritenendo a tutta evidenza che quella decisione non costituisse, per le peculiarità del caso, un precedente vincolante, il legislatore italiano, con il nuovo "codice degli appalti" (d. lgs. n. 50 del 18 aprile 2016), ha previsto all'art. 50²⁰⁵ che «Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo

²⁰¹ V. ad es. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP CSDLE D'Antona, n. 196/2014, p. 31; M. FORLIVESI, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, WP CSDLE D'Antona, n. 275/2015 (e dello stesso A., v. *Sulle clausole sociali di equo trattamento*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II 686 ss.).

²⁰² Si rinvia a riguardo all'ampia ricostruzione di M. CORTI, *Concorrenza e lavoro. Incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 151, 3, 2016, 505 ss. nonché a M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici*, *ivi*, 524 ss.

²⁰³ V. Cass. lav., 05/06/1997, n.5027; in senso diverso la più recente 8/9/2014, n. 18860.

²⁰⁴ Corte Giust., 9/12/2004 (C-460/02), in *Riv. giur. lav.*, 2006, 1, II, 21 con nota di Pallini.

²⁰⁵ Come modificato dall'art. 33, co. 1, lettera a), d. lgs. n. 19 aprile 2017 n. 56.

a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore» stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La disposizione di legge precisa altresì che si intendono per servizi *labour intensive* (i.e. ad “alta intensità di manodopera”) quelli «nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto».

In questo modo, quindi, con una disposizione di legge chiaramente improntata ad una finalità di temperamento empirico degli opposti interessi²⁰⁶, di fatto si viene ad assicurare garanzia di continuità nell'occupazione ai lavoratori addetti all'appalto, anche qui negando astrattamente l'applicazione della direttiva n. 2001/23, ma nei fatti assicurando ai lavoratori una tutela tendenzialmente omogenea mediante gli interventi sulla procedura di aggiudicazione di cui si è detto (ed anzi assicurando che i livelli retributivi non subiscano riduzioni in esito all'applicazione di contratti collettivi stipulati da associazioni sindacali minoritarie).

6. Re-internalizzazione di attività o di funzioni (da un soggetto privato alla p.a.).

Resta da chiarire, alla luce del quadro generale che sino a qui si è delineato, quale disciplina trovi applicazione all'ipotesi in cui, venuto a scadenza un appalto, l'ente pubblico proceda a gestire in via diretta il servizio. Manca a riguardo una previsione esplicita, poiché appare certo che l'art. 31 d. lgs. 165/2001 non trovi applicazione, quando si tratti di re-internalizzare una attività²⁰⁷.

La Corte di Giustizia chiamata a valutare la possibilità di invocare la direttiva in tema di trasferimento, ne ha inizialmente escluso l'applicazione, nel caso in cui un comune, che affidava la pulizia dei propri locali a un'impresa privata, abbia posto termine al contratto che lo vincolava a quest'ultima e abbia iniziato ad espletare esso stesso l'attività di pulizia di detti locali, assumendo a tal fine nuovo personale, poiché ha ritenuto che non sussistesse un apparato di beni materiali sufficiente ad integrare la nozione di trasferimento d'azienda²⁰⁸. Non mancano tuttavia sentenze, che in casi consimili riconoscono l'applicabilità della disciplina in tema di trasferimento d'impresa sul

²⁰⁶ In questo senso, in giurispr., v. Cons. St. sez. III, 9/11/2018, n. 6326 ed altresì 27/4/2018, n. 2569.

²⁰⁷ A riguardo v. V. PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in S. FORTUNATO, F. VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, Milano, 2017, p. 243 ss.; F. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, n. 2, pag. 357 e ss.; M. D. FERRARA, *Organizzazione e gestione del personale nelle società in controllo pubblico e in house tra mercato e interessi generali*, in L. e A. ZOPPOLI, V. LUCIANI, M. ESPOSITO (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, p. 463 ss.; E. GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale*, in C. IBBA, I. DEMURO (diretto da), *La società a partecipazione pubblica. Commentario tematico al d.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018, pp. 421 e ss.; F. CARINCI, *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 2/2018; ed ancora, con particolare rif. al tema, M. FALSONE, *I rapporti di lavoro nelle imprese esercitate da enti pubblici*, Milano, 2018 ed altresì M. ALTIMARI, *Assunzioni e contratti a termine nelle società a partecipazione pubblica*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/2018, pp. 323-348.

²⁰⁸ V. la già cit. sent. 20/1/2011 (in causa C-463/09) “Martín Valor”.

presupposto che l'attività reinternalizzata abbia invece natura propriamente economica, rimanendo così esclusa dall'area di applicazione della direttiva l'ipotesi nella quale si tratti solamente di una reorganizzazione di attività amministrativa²⁰⁹.

Una disciplina di legge stabilisce, ma solo per le società c.d. pubbliche, cui sono affidati servizi di utilità generale (come la raccolta dei rifiuti, la somministrazione di luce, acqua o gas etc.), una regola in parte diversa (art. 19.8 d. lgs. n. 175/2016), prevedendo che «in caso di reinternalizzazione di funzioni o servizi esternalizzati» e già affidati a società “pubbliche”, l'amministrazione deve procedere al «riassorbimento» del personale già assunto dagli stessi enti e poi transitato alle dipendenze delle società, «nei limiti dei posti vacanti nelle dotazioni organiche dell'amministrazione interessata».

Tale disposizione di legge, tuttavia, non chiarisce cosa avviene al personale che viceversa, in quanto assunto direttamente dalle società che hanno gestito i servizi pubblici (oramai a seguito di procedura selettiva²¹⁰), non sembra aver mai diritto all'applicazione delle disposizioni in tema di trasferimento d'impresa (e lo stesso vale per l'ipotesi in cui non sussistano vacanze in organico nell'amministrazione che procede a riassorbire).

Una soluzione siffatta, che limita il trasferimento nel perimetro della pubblica amministrazione solo a quanti erano stati assunti in forza di un pubblico concorso, lasciando nell'incertezza la sorte di una parte dei lavoratori, sembrerebbe illegittima a mente della giurisprudenza della Corte europea prima richiamata, almeno per tutte le ipotesi in cui sussista un'effettiva organizzazione di beni d'impresa.

Il punto, tuttavia, può solo ricevere una risposta in via dottrinale, poiché, a differenza che in altri ordinamenti dove la questione ha avuto un forte impatto pratico²¹¹, manca allo stato una giurisprudenza di merito cui fare riferimento per individuare le conseguenze che discendono dalla reinternalizzazione dei servizi.

Si deve a riguardo far notare innanzi tutto come, non è infrequente che la reinternalizzazione sia conseguente alla soppressione di società di diritto privato, partecipate dallo Stato o dalle Regioni, di modo che essa avviene, non già, come nel caso di un appalto, in forza di un provvedimento singolare, ma sulla base di leggi statali o, più spesso, regionali, che hanno disposto in genere il totale riassorbimento di tutto il personale, indipendentemente dal fatto che una parte di esso provenisse dai ruoli pubblici o che, viceversa, fosse stato direttamente assunto dalle società senza alcuna procedura selettiva.

La Corte costituzionale, chiamata su sollecitazione del Governo a giudicare di questi provvedimenti di sanatoria è stata particolarmente rigorosa a riguardo, affermando (v. sent. n. 40 del 2

²⁰⁹ A riguardo, per gli opportuni riff. in giurisprudenza, v. M. ALTIMARI, *The re-internalization of public services: Which rights for the workers in the light of the European legal system?*, Paper Islssl XXII World Congress, Young Scholars' Section Meeting, Turin 2018.

²¹⁰ V. *supra* nota 4 per I riff. legislativi.

²¹¹ V. J. M. GOERLICH PESET, L.E. NORES TORRES, *Aspectos laborales de la reversion de contratas y concesiones administrativas*, in *Trabajo y Derecho*, 2018, n. 42, pp. 104-113 e n. 43-44, pp. 102- 113; l'argomento è stato oggetto di attenta trattazione al XXVIII congresso dell'AEDTSS, tenutosi a Santiago de Compostela nel maggio 2018 (v. le relazioni di J. GÁRATE CASTRO, A. MARTÍN VALVERDE ed altri ancora, al sito aedtss.com).

marzo 2018) che: «La necessità del concorso pubblico è stata ribadita con specifico riferimento a disposizioni legislative che prevedevano il passaggio automatico all'amministrazione pubblica di personale di società *in house*, ovvero di società o associazioni private; è stato altresì specificato che il trasferimento da una società partecipata dalla Regione alla Regione stessa o ad altro soggetto pubblico regionale si risolve in un privilegio indebito per i soggetti beneficiari di un siffatto meccanismo, in violazione dell'art. 97 Cost.²¹²».

Ed ha altresì ribadito che: «la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle²¹³».

È chiaro come la Corte qui non abbia potuto che restringere il suo esame al rispetto della norma costituzionale, posto che l'oggetto del suo giudizio a tanto era necessariamente limitato, lasciando quindi ai margini la questione della concreta sussistenza di un'entità economica organizzata, suscettibile di qualificarsi nei termini di un ramo d'azienda ai sensi della direttiva 2001/23.

Come si è anticipato, però, non sembra invece che si siano presentate all'attenzione della giurisprudenza ipotesi nelle quali, in assenza di previsione di legge, la reinternalizzazione sia conseguente, in forza dell'assunzione diretta del servizio, al venir meno della gestione in appalto di un'attività economica organizzata, secondo la fattispecie oramai lungamente consolidatasi alla luce della giurisprudenza europea e di quella italiana relativa all'applicazione dell'art. 2112 c.c.²¹⁴.

A riguardo si deve notare come l'art. 97 Cost., per quanto non infrequentemente evocato avanti i giudici amministrativi, non sembra essere norma di diretta applicazione nell'ambito delle controversie devolute al Tribunale del lavoro, di modo che il conflitto che il Giudice ordinario è chiamato a risolvere dovrebbe avere riguardo all'art. 2112 c.c. e all'art. 36 d. lgs. n. 165/01, che tuttavia sembra riferirsi ad ipotesi nelle quali l'impiego dei lavoratori sia conseguente ad assunzioni

²¹² La Corte richiama quindi i propri specifici precedenti che individua nelle sentt. n. 7 del 2015, n. 134 del 2014, n. 227 del 2013, n. 62 del 2012, n. 310 e n. 299 del 2011, n. 267 del 2010, n. 363 e n. 205 del 2006.

²¹³ Qui la Corte, oltre le sentt. 7/15, 134/14, 363/06 e le n. 205 e n. 81 del 2006, richiama le sentenze n. 110 del 2017 e n. 90 del 2012; n. 217 e n. 51 del 2012, n. 310 del 2011, n. 150 e n. 9 del 2010, n. 293 e n. 215 del 2009, n. 363, e richiama altresì le sentt. n. 110 del 2017 e n. 90 del 2012; n. 217 e n. 51 del 2012, n. 150 e n. 9 del 2010, n. 293 e n. 215 del 2009.

²¹⁴ Nel passato si era riconosciuta l'applicazione dell'art. 2112 c.c.: v. Cass. lav., 17/4/1990, n. 3169, secondo cui: «Il Comune, che assuma in proprio la gestione di pubblici servizi anteriormente affidati a terzi in regime di concessione, succede nel complesso dei rapporti aziendali facenti capo al concessionario - e quindi anche in quelli di lavoro che proseguono con detto ente senza soluzione di continuità e con salvezza dei diritti e delle posizioni acquisite dai lavoratori - soltanto nell'ipotesi (disciplinata dall'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925) di esercizio della facoltà di riscatto dei servizi stessi; mentre nella diversa ipotesi di inizio della gestione diretta all'atto della scadenza della concessione o della decadenza da essa (nella quale il comune provvede a dotarsi ex novo di un'organizzazione autonoma, senza alcun collegamento con quella del cessato concessionario), l'art. 221 del r.d. n. 108 del 1904 gli impone soltanto, senza che ciò violi l'art. 3 Cost., di preferire nelle eventuali assunzioni (che ove avvengano, sono costitutive di rapporti nuovi e diversi rispetto a quelli svoltosi alle dipendenze di detto concessionario) il personale già dipendente da quest'ultimo, senza escludere, peraltro, la facoltà discrezionale dell'amministrazione pubblica di valutarne le attitudini per l'inserimento nel servizio autonomamente organizzato»; nel senso opposto, v. però Cass. lav., 5/2/1985, n. 839 e 18/04/1984, n. 2521, che ritengono la fattispecie estranea a quella definita dal codice civile in via generale.

irregolari da parte delle pp.aa. e non alla diversa fattispecie del trasferimento di un complesso di beni organizzato²¹⁵.

Ovviamente nulla vieterebbe al giudice, accertata la sussistenza di una lacuna, di sollevare questione di costituzionalità, anche se pare difficile riconoscere alla disposizione costituzionale una posizione di supremazia rispetto alla disciplina europea, alla luce della giurisprudenza in tema di contratto a termine. Ed invero la Corte di Giustizia, pur rifiutando gli inviti che in maniera sempre più pressante le provenivano dai giudici italiani a dichiarare l'incompatibilità del divieto di cui all'art. 36 d. lgs. n. 165/01 con la direttiva europea, così da imporre la conversione del rapporto, ha sempre ritenuto le direttive europee applicabili alle pp.aa. (anche quando, come nel caso del lavoro a termine, stipulate da associazioni sindacali che rappresentavano solamente le imprese private e pubbliche), con il solo limite di escludere quei rapporti nei quali sia fatto concreto esercizio di poteri autoritativi²¹⁶.

In questo senso, poiché l'assunzione dei lavoratori di più bassa qualifica avviene oramai da più di trenta anni sulla base della c.d. "chiamata sui presenti" (art. 16, l. 56/87), non sembra davvero (almeno per le professionalità più elementari) che l'art. 97 Cost. possa costituire un serio ostacolo alla applicazione della norma in tema di trasferimento d'azienda²¹⁷. Nello stesso senso, anche a mente del fatto che il trasferimento di funzioni propriamente amministrative (o provvedimenti) resta al di fuori del campo di applicazione della direttiva, non pare illogico affermare che non sussiste in realtà un divieto espresso alla riconduzione della re-internalizzazione nell'ambito della fattispecie di applicazione generale di cui all'art. 2112 c.c.

Né peraltro si può semplicisticamente ritenere che questa disposizione consenta quelle facili elusioni di carattere clientelare che inducono viceversa la dottrina spagnola a dubitare della prevalenza del diritto europeo, ove solo si dia, innanzi tutto, corretta applicazione di questa: ed infatti l'effetto traslativo, in caso di appalto, non può che riguardare quanti siano esclusivamente dedicati allo svolgimento dei servizi, lasciando così al di fuori delle tutele quanti invece siano stati addetti alla gestione della complessiva attività della società appaltatrice (come, ad es., per il caso degli impiegati amministrativi o di vertice).

Nello stesso senso si deve ricordare come nulla vieti di dare applicazione analogica (o estensiva) alla norma che in tema di cassa integrazione guadagni esclude l'intervento per chi sia stato assunto solo in prossimità della domanda di integrazione salariale (art. 1, co. 2 e 3 d. lgs. 148/2015), così da restringere il passaggio a quanti siano stati continuativamente ed effettivamente dediti allo svolgimento delle attività reinternalizzate a seguito del venir meno dell'appalto.

Né si deve dimenticare che una corretta applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi (ove si ritenga l'ipotesi in parola disciplinata dal diritto comune e dunque sottratta alle previsioni di cui all'art. 33 d. lgs. 165/01) non potrebbe che portare al risultato di dare precedenza nell'indi-

²¹⁵ «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni». In parte diversa, ovviamente, è la questione di costituzionalità della specifica norma dettata per le società pubbliche.

²¹⁶ Corte Giust. 3 luglio 1986 (C-66/85) "Lawrie-Blum" (con riguardo alla quale v. V. FERRANTE, *L'impiego pubblico nella prospettiva europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2000, I, 219 ss.); per l'ordinamento italiano, v. art. 38 d. lgs. 165/2001 e d.p.c.m. 7 febbraio 1994, n. 174.

²¹⁷ In senso diverso, v. M. FALSONE, *Dalla corsa per esternalizzare alla (re)internalizzazione negli enti pubblici: l'incerto destino del personale*, di prossima pubblicaz. in *Variaz. Temi dir. Lav.*

viduazione dei lavoratori da licenziare a quanti siano stati assunti più di recente e, dunque, almeno tendenzialmente a garantire ai lavoratori re-internalizzati maggiore tutela rispetto a quanti siano stati assunti dalla società appaltatrice e siano poi passati alle dipendenze della p.a. per effetto del trasferimento d'azienda.

Ed invero a riguardo, proprio a mente delle disposizioni dell'art. 2112 c.c., non apparirebbe illogico ritenere che il rapporto di lavoro possa restare regolato (anche dopo il passaggio alle dipendenze della pubblica amministrazione) dalla disciplina integralmente privatistica applicata prima del trasferimento, non solo in ordine alle previsioni del contratto collettivo (posto che qui la regola della parità di trattamento di cui all'art. 54, co. 2 d. lgs. 165/01 sembra cedere al principio di cui all'art. 2112, co. 3° c.c.), ma anche con riferimento alla disciplina positiva che regola il rapporto individuale, atteso che l'operazione che si realizza sembra collocarsi senz'altro nell'ambito della cessione del contratto²¹⁸, con il risultato di fare applicazione, almeno a quanti siano stati assunti dopo il marzo 2015, di una forma di tutela essenzialmente risarcitoria in caso di successivo licenziamento.

²¹⁸ Tra le tante, v. Cass., sez. un., 17/12/2018, n. 32624; Cass. lav., 23/02/2018, n. 4435; Cass. lav., 26/04/2018, n. 10145 (si deve notare peraltro che alla cessione di contratto si faceva espresso richiamo nel testo dell'art. 30 d. lgs. 165/2001, sino alle modifiche di cui al d.l. n. 40 del 2014). E v. pure artt. 2558-2560 c.c. in tema di cessione di azienda.

La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*

Tiziano Treu

Parte I – Questioni aperte in tema di retribuzione.	131
1. I tre snodi critici della questione retributiva.	131
2. Strumenti per il contrasto ai salari eccezionalmente bassi: salario minimo legale e contrattazione collettiva.	132
3. Casi italiani di salario legale.	133
4. La diffusione del lavoro povero e le debolezze della contrattazione collettiva.	134
5. Misure di contrasto ai bassi salari: legge e contratto.	135
6. L'esperienza tedesca.	136
7. Salario minimo legale e giurisprudenza ex art. 36 Cost.	138
8. Efficacia erga omnes della parte salariale dei contratti collettivi.	139
9. Una sperimentazione limitata del salario minimo legale?	139
Parte II	141
10. Il precario stato di salute della contrattazione collettiva italiana.	141
11. I costi della mancanza di regole sulla rappresentatività degli attori negoziali: dumping e altro.	143
12. I limiti degli accordi sulle regole e la necessità di un intervento legislativo.	144
13. La definizione dei perimetri contrattuali.	145
14. La <i>vexata quaestio</i> dei rapporti tra diversi livelli contrattuali: confronti internazionali.	146
15. La struttura contrattuale italiana: un caso di coordinamento debole e i suoi rischi.	148
16. Ribilanciare il rapporto fra contrattazione nazionale e accordi aziendali.	149
17. Il salario di garanzia e le clausole di <i>opting out</i> .	150
18. Il rebus della estensione della contrattazione aziendale e la contrattazione territoriale.	151
19. Un decentramento ben bilanciato e innovativo.	151
20. L'innovazione in azienda: la retribuzione a risultato.	152

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 386/2019

21. Il welfare aziendale e occupazionale.

154

Parte I – Questioni aperte in tema di retribuzione.

1. I tre snodi critici della questione retributiva.

La retribuzione è da sempre un tema centrale per il diritto del lavoro e per le relazioni industriali, perché costituisce un elemento determinante della condizione dei lavoratori e l'oggetto principale della regolazione dei rapporti sia individuali sia collettivi di lavoro. Il tema si è ripresentato di recente al centro della riflessione economica e giuridica per motivi e per aspetti in parte nuovi soprattutto in Italia, come conferma tra l'altro l'attenzione dedicatavi nell'ultimo congresso Aidlass del 2018.²¹⁹

La retribuzione, come quasi tutte le categorie tradizionali della nostra materia, è investita dalle trasformazioni in atto nel contesto economico e sociale non solo nazionale, e riflette forse più di altri istituti le complessità e le contraddizioni della fase attuale.

Questo nuovo contesto richiede di sottoporre a verifica prima ancora che le forme regolative, la funzione stessa della retribuzione e la efficacia delle sue fonti legislative e contrattuali. L'aumento delle diseguaglianze e della povertà non solo dei cittadini ma dei lavoratori, sottopone a un test senza precedenti la capacità della retribuzione di garantire la sufficienza del reddito, minacciata dalla nuova economia, a milioni di lavoratori, a quelli più colpiti dalla precarietà ma anche a strati sempre più vasti di lavoratori standard una volta parte del ceto medio. Tale sfida mette in primo piano la funzione della retribuzione come strumento di prevenzione e di contrasto della povertà avvicinandola agli istituti tipici del welfare.

Per altro verso, e all'estremo opposto, la retribuzione è sollecitata a diversificarsi per fronteggiare le trasformazioni produttive indotte dalle tecnologie specie digitali e dalla competizione globale, assumendo forme variamente legate alla produttività e alimentando prestazioni in forma di benefits aziendali, o ancora ricercando parametri di misura diversi da quelli tradizionali adatti alle nuove modalità di lavoro agile, senza luogo e senza tempo.

Le trasformazioni del contesto competitivo mondiale e le tecnologie digitali che danno nuova fisionomia e urgenza a questi versanti della questione retributiva, investono anche la tradizionale funzione redistributiva della retribuzione e le modalità con cui essa è svolta dalle sue fonti regolatrici, legge e in particolare contrattazione collettiva nei suoi diversi livelli, centrali e decentrati.

I tre temi accennati sono i principali snodi critici con cui oggi si presenta la questione retributiva, che vanno trattati nella loro specificità per definirne in modo circostanziato i termini e le possibili opzioni regolative.

Ma il fatto che tali diverse criticità risalgono a determinanti comuni sollecita una ricerca ulteriore, che qui si può solo accennare, diretta ad analizzare le loro relazioni reciproche e a favorire una riflessione sulla possibile evoluzione delle forme e delle funzioni della retribuzione.

²¹⁹ Vedi www.congressoAidlass2018.it.

2. Strumenti per il contrasto ai salari eccezionalmente bassi: salario minimo legale e contrattazione collettiva.

La costituzione italiana, nel sancire il diritto del lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro e sufficiente ai bisogni del lavoratore e la sua famiglia, non prende posizione sugli strumenti necessari per garantire i minimi salariali. Non vi è niente che escluda un possibile intervento legislativo in materia, né che faccia concludere per una riserva a favore della contrattazione collettiva come da tempo confermato dalla Corte Costituzionale.²²⁰

Peraltro nel dibattito alla costituente è presente la preoccupazione, ricorrente fino ad oggi, che una legislazione sui minimi salariali possa svuotare l'azione contrattuale; anche per questo un emendamento a favore di tale legislazione doveva essere respinto nel dibattito tra i costituenti.

D'altra parte è alquanto diffuso fra gli stessi costituenti una concezione della contrattazione collettiva che porta a ridurre il peso della legge come strumento di determinazione del salario. Con la consacrazione costituzionale della figura del contratto collettivo *erga omnes*, esso appare il naturale strumento per la fissazione dei minimi di trattamento retributivo di applicazione generale e, nello stesso tempo, adeguati alla realtà produttiva dei diversi settori).²²¹

Questa posizione si inserisce in una concezione generale del nostro ordinamento sindacale improntata a una logica fortemente autonomistica resistente a interventi legislativi soprattutto nei rapporti collettivi.²²²

Questo orientamento, unico nel panorama europeo, ha radici profonde nella nostra storia sociale e politica. Per quanto riguarda la materia della retribuzione e dei minimi retributivi si ricollega a motivi specifici che differenziano le nostre vicende da quelle della maggior parte degli altri paesi.

È significativo che fin dalle prime elaborazioni teoriche, risalenti addirittura ai coniugi Webb, la previsione di un salario minimo legale doveva avere la funzione di garantire una tutela adeguata a settori e categorie di lavoratori privi di copertura sindacale, o più generalmente a settori in cui le tariffe salariali fossero "eccezionalmente basse" rispetto a quelle degli altri impieghi (così si esprime il Trade Board Act inglese del 1909). Non diversamente la convenzione OIL 26 del 1928 faceva obbligo agli Stati che la ratificassero di fissare livelli minimi di salario nei settori, in primis allora il lavoro a domicilio, ove mancassero norme efficaci per la determinazione dei salari e questi fossero eccezionalmente bassi. Così le versioni successive della normativa internazionale ribadiscono che l'obiettivo della legislazione sui minimi salariali deve essere il contrasto alla pratica di stabilire retribuzioni eccezionalmente basse.²²³

Questo obiettivo ha trovato riscontro nella evoluzione storica della legislazione sui minimi che originariamente si è sviluppata in contesti di relazioni sindacali ed economiche deboli, e anche in seguito ha trovato specifico motivo di intervento soprattutto in sistemi caratterizzati da strutture

²²⁰ C. Cost. 106/1962, v. P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, relazione a Congresso AIDLASS, 2018.

²²¹ Vedi la ricostruzione di M. Magnani, *Il salario minimo legale*, RIDL, 2010, I, p. 776 ss.; e ID, *Problemi giuridici del salario minimo legale nell'ordinamento italiano*, Giurisprudenza It., 2015, p. 750 ss.; ID, *Salario minimo*, in Treccani, *Il Libro dell'anno del diritto*, 2015, p. 375 ss.

²²² Cfr. già T. Treu, *Sub art. 36, Commentario alla Costituzione*, a cura di Scialoja, Branca, Zanichelli, *Foro Italiano*, 1979, p. 76 ss.

²²³ M. Magnani, *Il salario minimo legale*, loc. ult. cit.

di contrattazione collettiva decentrata con copertura contrattuale diseguale, operando così a compensazione della carenza dell'autotutela collettiva.

I paesi con sistemi di relazioni industriali forti e con contrattazione centralizzata e buona copertura negoziale, dalla Germania, ai paesi scandinavi, all'Italia, hanno sentito meno il bisogno di questa compensazione, e non a caso sono quelli che hanno resistito di più all'introduzione di una legislazione sui minimi salariali.

D'altra parte è significativo che la legislazione di molti paesi ha sostenuto in vario modo l'azione sindacale e specificamente il contratto collettivo riconoscendogli efficacia giuridica non solo fra le parti, ma anche *erga omnes*. Nel caso italiano com'è noto questa funzione di sostegno alla contrattazione per la parte retributiva è stata esercitata, in assenza di una legislazione attuativa dell'articolo 39 Cost. dalla giurisprudenza applicativa dell'articolo 36, secondo cui la retribuzione equa dovuta secondo il precetto costituzionale va parametrata sui livelli retributivi stabiliti dai contratti collettivi nazionali.²²⁴

Il successo di tale orientamento giurisprudenziale, che si è consolidato nonostante la precarietà del suo fondamento giuridico e la non univocità delle sue applicazioni, doveva allontanare la prospettiva di un intervento legislativo sui minimi. Inoltre la diffusione della contrattazione collettiva di categoria favorita dalla legislazione di sostegno degli anni '70 confermava la efficacia del metodo contrattuale come strumento prioritario di garanzia delle condizioni economiche e di reddito dei lavoratori.

3. Casi italiani di salario legale.

È peraltro significativo che anche in Italia, come nei paesi ricordati ad alto tasso di copertura contrattuale collettiva, un intervento legislativo sui salari si sia reso necessario in settori marginali o esterni al sistema di relazioni industriali: anzitutto per il lavoro a domicilio e poi con modalità e per motivi diversi, per il lavoro dei soci di cooperativa, più di recente per le collaborazioni coordinate e continuative (in altri paesi denominate lavori economicamente dipendenti) e infine con modalità diverse per i lavoratori distaccati.²²⁵

Queste disposizioni applicano, sia pure con varianti e in modo non sistematico, l'impostazione sopra ricordata secondo cui l'intervento legislativo si giustifica per la necessità di contrastare i salari particolarmente bassi e quindi va orientato a settori e tipi di lavoro difficilmente raggiungibili dal sindacato e dalla contrattazione collettiva e quindi più esposti al rischio di vedersi imporre livelli retributivi al di sotto degli standard di sufficienza.

Questa logica è stata accettata anche dai sindacati italiani evidentemente sul presupposto che alcune categorie di lavoratori fossero difficilmente raggiungibili dall'azione sindacale. Ma il consenso sindacale si spiega perché questi interventi non fissano un salario legale interprofessionale tarato su livelli minimi come viene usualmente inteso il salario minimo legale nella maggior parte

²²⁴ Cfr. fra i tanti T. Treu, *Sub art. 36*, cit., p. 8 ss.; C. Zoli, 1996, *Retribuzione (impiego privato)*, DDP, comma XII; p. 411; M. Magnani, *Il salario minimo legale*, cit., p. 776; M. Persiani, *La retribuzione fra legge, autonomia collettiva e determinazione giudiziale*, Quaderni ADL, 1998, 2, p. 81 ss.; e da ultimo P. Pascucci, *La giusta retribuzione oggi*, cit.

²²⁵ M. Magnani, *Il salario minimo legale*, cit., p. 790 ss. e ID, *Salario minimo*, cit., p. 377.

dei paesi che l'hanno adottato, ma rinviano ai diversi livelli salariali fissati dai contratti collettivi nazionali, dando loro efficacia generale. Per questo l'intervento legislativo non presentava alcun rischio di interferire nelle dinamiche contrattuali, anzi le rafforza supplendo alle carenze dell'azione sindacale.²²⁶

Senonché le recenti evoluzioni del mercato del lavoro, non solo in Italia, hanno mostrato come i bassi salari, spesso nettamente inferiori ai minimi negoziati collettivamente, si sono diffusi al di là delle aree del lavoro atipico, e sono presenti nelle categorie storiche del lavoro dipendente, in particolare fra i lavoratori occupati nei settori più deboli del mercato del lavoro: piccole imprese, giovani, donne, lavoratori con bassa istruzione, immigrati. Per di più il fenomeno dei lavoratori poveri si è rivelato non transitorio né limitato al periodo della crisi economica, ma legato a caratteristiche strutturali della domanda e dell'offerta di lavoro.²²⁷

4. La diffusione del lavoro povero e le debolezze della contrattazione collettiva.

I dati recenti confermano come un aspetto significativo della debolezza dell'attuale sistema di fissazione dei salari sia appunto la difficoltà della contrattazione collettiva di garantire retribuzioni sufficienti alla generalità dei lavoratori. Inoltre tali dati registrano non solo una significativa dispersione dei minimi tabellari presenti nei principali contratti collettivi nazionali e la presenza di alcuni contratti con minimi particolarmente bassi, ma anche la presenza di una quota non irrilevante di lavoratori la cui retribuzione è inferiore agli stessi minimi tabellari del settore.²²⁸

Le dimensioni del fenomeno dei sottosalari sono variamente stimate dalle diverse fonti, ma la maggior parte di queste mostrano che circa il 20% dei lavoratori con contratto di lavoro dipendente a orario pieno sono pagati meno dei minimi contrattuali, con consistenti distanze da questi minimi, specie in settori con elevato numero di occupati.²²⁹

Le distanze sono mediamente più elevate nei servizi (nel settore immobiliare sono stimate al 35,1%, nel commercio al 24%, nel settore alberghiero ristorazione turismo al 21,41%) e in agricoltura (ove la distanza è del 25,6%), mentre sono più contenute nella maggioranza dei settori manifatturieri.

È da notare che tali deviazioni rispetto agli standard contrattuali minimi si realizzano non solo con il ricorso ad accordi collettivi in deroga ai contratti nazionali, che si riscontra specie in periodi di

²²⁶ L'unica eccezione che configura un vero salario minimo è quello fissato per il lavoro accessorio pagato tramite voucher. Cfr. A. Pandolfo, *Il contratto di prestazione occasionale e il libretto familiare*, in M. Lai, A. Pandolfo, P. Passalacqua, L. Ricciardi, *Il lavoro autonomo, il lavoro agile, il lavoro occasionale*, Ed. Lavoro, 2017, p. 39 ss.; A. Consolini, *Cosa sono e come funzionano le prestazioni di lavoro occasionale?*, 10.12.2018, www.Lavorosi.it.

²²⁷ Le dimensioni e i motivi della crescita dei *working poors* sono ampiamente commentati da C. Lucifora, *Il salario minimo: contrattazione, salari, produttività, diseguaglianze o minimo legale?*, in C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, (a cura), Il Mulino, Arel, 2017, p. 415 ss.; e già ID, nel *Rapporto sul mercato del lavoro*, CNEL 2014, www.Cnel.it; A. Garnero, *Quanti lavoratori senza salario minimo*, www.lavoceinfo.it 15.5.2013. Vedi anche le rilevazioni ISTAT, *Rapporto 11 dicembre 2018, Anni 2014-2016*, che segnalano la crescente dispersione delle retribuzioni nel settore privato, che variano da 8 € percepiti dal 10% dei dipendenti a più bassa retribuzione, a 21 € e più dal 18% delle posizioni a più alta retribuzione, e inoltre rilevano che la retribuzione dei nuovi rapporti di lavoro conclusi nel 2016 registrano una retribuzione di 9.99 € più bassa del 18.4% rispetto a quella dei rapporti in essere che è di 12.25 €.

²²⁸ C. Lucifora, *Il salario minimo*, cit., p. 425 ss.; A. Garnero, *Quanti lavoratori senza salario minimo*, www.lavoceinfo.it, 13.05.2013, e ID, *Minimi salariali all'italiana. Alti ma non rispettati*, www.lavoceinfo.it, 21.07.2017; v. T. Treu, *Il salario minimo: limiti della supplenza giurisprudenziale e prospettive*, in *Giurisprudenza Italiana*, n.3, 2015; e già C. Lucifora, *I working poors. Un'analisi dei lavoratori a basso reddito dopo la crisi*, in *Rapporto Cnel sul mercato del lavoro, 2013-2014*, www.Cnel.it.

²²⁹ Cfr. oltre gli autori cit., M. Martone, *Retribuzione e struttura contrattuale*, cit., p. 31 ss., citando dati di Bankitalia.

crisi, ma soprattutto nei casi in cui le imprese, specie in assenza di rappresentanze sindacali aziendali, pagano retribuzioni inferiori ai minimi contrattuali ai lavoratori più deboli, meno qualificati e inquadrati ai livelli più bassi. Ed è altrettanto significativo che i settori a bassa produttività, comprese alcune categorie della manifattura e dei servizi, riportano una percentuale non trascurabile di lavoratori (il 23%) pagati meno del valore di un voucher, che è di 9€ per ora lavorata (dato che rappresenta un esempio di salario minimo legale) (Dl. 24.4.2017).

Le difficoltà della contrattazione di regolare efficacemente le condizioni di lavoro a cominciare dalla retribuzione sono tali da mettere in discussione la fiducia nella capacità dei sindacati di continuare a essere autorità salariale. E sono la manifestazione di una crisi generale del sistema di relazioni industriali che è stata solo aggravata dalla grande recessione economica scoppiata nel 2008. Come si diceva, l'indebolimento delle relazioni industriali è legato sia a fattori strutturali, la competizione internazionale e le nuove tecnologie che hanno trasformato le forme del lavoro e dell'impresa, sia a interventi della legislazione di molti paesi di deregolazione dei rapporti e del mercato del lavoro che ha modificato il contesto istituzionale in cui operano le relazioni industriali in senso sfavorevole alle organizzazioni dei lavoratori.²³⁰

Nello specifico tali fattori hanno accelerato le spinte al decentramento produttivo e contrattuale, indebolendo il ruolo della contrattazione nazionale e *multiemployer* che è stata tradizionalmente lo strumento principale di governo e di difesa delle retribuzioni. Per altro verso hanno contribuito al declino della sindacalizzazione e indebolito la capacità del sindacato, sia nelle sue strutture centrali come in quelle aziendali di controllare le modalità e i risultati del decentramento.

5. Misure di contrasto ai bassi salari: legge e contratto.

Per questi motivi il contrasto ai bassi salari non può limitarsi a interventi specifici, su singoli aspetti della dinamica contrattuale e salariale, ma richiede interventi sui vari snodi critici del sistema di relazioni industriali. È tuttora significativo che la crescente erosione dei meccanismi contrattuali di tutela dei salari ha convinto la maggior parte degli esperti e degli operatori della necessità di rafforzare le tutele dei lavoratori, anche con una legislazione sui minimi salariali

Va notato che le confederazioni sindacali, mentre hanno confermato la loro contrarietà a un salario minimo legale, hanno avanzato una proposta alternativa che la distingue dalle precedenti richieste di *erga omnes*. Essa non propone infatti di estendere per legge la efficacia dell'intero contenuto dei contratti collettivi, ma di operare solo sulla parte salariale, o meglio sui livelli salariali di base fissati dai contratti di categoria, prendendoli a riferimento come garanzia salariale minima per le varie categorie e qualifiche di lavoratori. Tale operazione potrebbe giustificarsi come attuazione del principio di retribuzione proporzionale e sufficiente sancito dall'art. 36 Cost. e così potrebbe evitare obiezioni ex art. 39 Cost.

²³⁰ L'impatto di tali fattori sul presente e sul futuro delle Relazioni industriali e della contrattazione è oggetto di valutazioni diverse, spesso opposte: cfr. fra i tanti G.P. Cella, *Difficoltà crescenti per le relazioni industriali europee e italiane*, Stato e Mercato, I, 2012; M. Carrieri, T. Treu, *Le relazioni industriali, italiane ed europee: innovazioni da completare e convergenze da affinare*, in M. Carrieri, T. Treu (a cura), *Verso nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2013; M. Carrieri, P. Feltrin, *Al Bivio*, Donzelli, 2016, p. 175; ss. Una visione particolarmente pessimistica sul futuro delle relazioni industriali e più in genere sul modello sociale è nel noto saggio di L. Baccaro, C. Howell, *The trajectories of neoliberal transformation*, Cambridge Univ. Press, 2018; e la mia relazione al Congresso mondiale ISLSSL di Torino, sett. 2018, *Trasformazione del lavoro*, www.ISLSSLTorino2018.org, e in WP Massimo D'Antona, IT, 373/2018.

Se si volesse dare seguito alla proposta confederale occorrerebbe peraltro individuare le componenti che definiscono i salari di base da estendere *erga omnes*. Tale questione è risolta nei diversi contratti nazionali in modo tutt'altro che uniforme. Tanto è vero che si connette con il tema del ruolo salariale del contratto collettivo, che è oggi al centro delle controversie fra le parti a proposito della struttura contrattuale.

È di tutta evidenza che tale proposta è diversa da una legislazione sui salari minimi come configurata nella maggior parte dei paesi europei. Il salario minimo legale è di norma fissato in una unica misura standard, cioè non differenziata per settore né tanto meno per qualifiche. Semmai può presentare variazioni per territorio o per gruppi di lavoratori, per esempio è fissato in misura ridotta per i giovani e per gli apprendisti. Viceversa l'estensione *erga omnes* della parte salariale dei contratti collettivi nazionali comporterebbe salari legali differenziati per i diversi settori e per le diverse qualifiche/categorie. La differenza fra i due approcci è evidente non solo sul piano normativo, ma anche quanto agli effetti economici sulle dinamiche salariali e sugli equilibri della struttura contrattuale.

I due meccanismi di tutela non sono fra loro incompatibili; anzi la loro coesistenza si può giustificare anche alla stregua della nostra normativa costituzionale riconoscendo alla legislazione sui minimi la funzione di specificare il principio di sufficienza e alla contrattazione collettiva quella di attuare il principio della proporzionalità del salario alla qualità e quantità del lavoro.

Del resto la coesistenza dei due strumenti, legge e contratto, è confermata dall'esperienza di molti paesi. La più recente e significativa per l'Italia è l'esperienza della Germania federale, ove a fronte delle difficoltà registrate anche dalla contrattazione di quel paese di garantire standard salariali sufficienti ai lavoratori marginali (i cosiddetti mini Jobs) il legislatore ha adottato una normativa sui minimi salariali fissandoli a 8,5 €.

6. L'esperienza tedesca.

Inoltre a complemento di questo intervento il legislatore tedesco è intervenuto sulle modalità dell'estensione *erga omnes* dei contratti collettivi, abolendo la percentuale di presenza sindacale minima necessaria per attivare la procedura di estensione dei contratti collettivi, ritenendo a tal fine sufficiente che la dichiarazione *erga omnes* sia di interesse pubblico.²³¹

La prima applicazione del salario minimo nel sistema tedesco ha confermato la utilità dello strumento per la protezione dei lavoratori a basso salario e per limitare i danni del decentramento contrattuale e delle clausole di *opting out* che stavano riducendo l'efficacia degli standard negoziati a livello nazionale specie in settori a bassa produttività e a bassa presenza sindacale.

D'altra parte tale esperienza sembra confermare le indicazioni delle ricerche comparate e della letteratura economica secondo cui l'introduzione del salario minimo per legge non intacca il ruolo della contrattazione nazionale. Questa mostra di poter sopravvivere accanto ai minimi e anzi può

²³¹ Cfr. M. Fuchs, *La contrattazione collettiva in Italia, vista con occhiali tedeschi*, LD, 2016, p. 929; e T. Schulten R. Bispinck, *Decentralisation of German Collective Bargaining. Experiences from Metal Industry and Retail Trade*, contenuto nel rapporto a cura di M. Leonardi e R. Pedersini, *Multi-employer bargaining under pressure. Decentralisation trends in five European Countries*, ETUI, Brussels, 2018.

essere rafforzata dal fatto che le retribuzioni dei lavoratori più deboli e più difficili da organizzare sono già coperti dal minimo legale.²³²

Peraltro ricerche di alcuni anni fa hanno rilevato che nei paesi ove i salari minimi sono fissati dalla contrattazione (in Italia in particolare) i minimi risultano mediamente più alti rispetto ai paesi in cui vige un salario minimo legale; tuttavia una quota significativa di lavoratori (poveri) non risulta coperta dagli effetti della contrattazione collettiva. Ciò significa che un livello elevato dei minimi salariali contrattati più che un successo della contrattazione collettiva sembra evidenziare una debolezza nei confronti dei lavoratori a basso salario.²³³

Tale indicazione risulta tanto più significativa oggi, a fronte della crescente debolezza rilevata nella contrattazione di quasi tutti i paesi. Di tale debolezza e della conseguente carenza di tutele per ampi gruppi di lavoratori sembrano aver tenuto conto i sindacati tedeschi per superare la resistenza all'introduzione in quel paese di un salario minimo legale.

L'esperienza dei paesi che hanno introdotto da tempo un minimo salariale legale dimostra che anche gli effetti di spiazzamento dell'occupazione attribuiti a tale misura sono molto contenuti se non addirittura positivi nel medio periodo.²³⁴

Le stesse esperienze internazionali insegnano peraltro che il successo di interventi legislativi sui salari minimi dipende dalla struttura di tali minimi, dal livello e dai meccanismi di adeguamento. Quanto alla struttura nei paesi europei il salario minimo legale è essenzialmente intercategoriale, allineato su categorie marginali proprio per non scavalcare la contrattazione (di categoria).²³⁵ In questi paesi il livello del compenso orario minimo legale oscilla fra il 50 e il 60% dei salari medi contrattuali, ma con ampie differenze fra paesi (che vanno da un minimo di 589 € in Portogallo a un massimo di 1440 € in Germania e 1900 € in Lussemburgo).²³⁶

Un livello elevato rischierebbe di spiazzare la domanda di lavoro per le fasce più deboli (giovani e persone con bassa qualificazione) la cui occupazione ha già pesantemente risentito della crisi.

Un aspetto critico dell'introduzione di un salario minimo riguarda i giovani (15-18 anni) e gli apprendisti; è per tali lavoratori che possono manifestarsi i più gravi effetti di spiazzamento sull'occupazione e di disincentivo alla formazione.²³⁷ Per questo molti paesi prevedono salari minimi inferiori per giovani e apprendisti.²³⁸

²³² C. Lucifora, *Salario minimo*, cit., p. 432.

²³³ A. Garnero, *Quanti lavoratori senza salario minimo*, cit.

²³⁴ C. Lucifora, *Salario minimo*, cit., p. 432.

²³⁵ Cfr. per tutti M. Magnani, *Salario minimo*, cit., p. 379, e anche per riferimenti al quadro europeo M. Marocca, *Il salario minimo legale nel prisma europeo: prospettive per l'Italia*, DLRI, 2017, p. 338 ss.

²³⁶ Cfr. i dati Eurostat 2018.

²³⁷ La giurisprudenza e la dottrina italiana sono concordi nel ritenere sulla base dell'art. 37 Cost. che il solo fattore dell'età non è sufficiente a giustificare differenze di trattamento che possono ritenersi legittime invece con apprendisti e contratti di lavoro formativi. Vedi anche per le altre citazioni M. Magnani, *Salario minimo*, cit., p. 380.

²³⁸ A. Garnero, S. Scarpetta, *Regole per un salario minimo efficace*, ww.lavoceinfo.it, 26.08.2015, sulle differenze geografiche che si registrano soprattutto negli stati federali; v. M. Magnani, *Salario minimo*, cit., p. 375, che rileva come una differenziazione per aree geografiche mal si concilierebbe con il carattere universalistico del minimo legale.

Senonché per valutare anche a livello comparato le implicazioni della introduzione di un salario minimo legale occorre considerare gli equilibri complessivi del sistema in cui la legislazione viene applicata.

7. Salario minimo legale e giurisprudenza ex art. 36 Cost.

Nel caso italiano va tenuto in conto in particolare il ruolo svolto dalla giurisprudenza applicativa dell'art. 36 della Costituzione in carenza di attuazione dell'articolo 39. Si è rilevato che a fronte di un tale quadro normativo in materia di salari, i giudici potrebbero applicare come parametro della giusta retribuzione il minimo legale e non più i livelli fissati dai contratti collettivi nazionali, che quindi giusta la loro natura privatistica, tornerebbero a vincolare solo le imprese associate e firmatarie degli stessi contratti. La conseguenza paventata è che il venir meno di questo vincolo giurisprudenziale possa aprire un varco alle imprese incentivandole ad uscire dalle loro associazioni e dal sistema contrattuale.²³⁹

Questa però non è l'unica conseguenza possibile della modifica normativa in ordine al comportamento dei giudici. Infatti l'introduzione di un minimo legale cambierebbe il quadro complessivo, evidenziando la distinzione fra la funzione dei minimi legali di contrasto ai salari bassi e al fenomeno dei *working poors*, e la funzione dei contratti collettivi di governare la scala salariale secondo le varie professionalità.

La modifica del quadro non potrebbe non essere accolta dalla giurisprudenza e potrebbe indurla a rivedere la propria posizione tradizionale, che ha applicato in modo congiunto il principio della sufficienza della proporzionalità alla qualità e quantità del lavoro²⁴⁰ realizzando così una politica del diritto ibrida fra tutela dei minimi salariali e rafforzamento della scala salariale definita dalle parti.²⁴¹

Un intervento legislativo sul salario minimo darebbe inoltre nuovo rilievo al criterio della sufficienza specificandolo e rafforzandolo con le sanzioni che ne presidiano la osservanza. Per ciò stesso verrebbe meno l'urgenza di un intervento della giurisprudenza a garanzia dei minimi retributivi che i giudici hanno fin qui svolto proprio per l'assenza di una regolazione legale specifica. Non verrebbe meno invece l'esigenza di dare sostegno all'altro principio costituzionale quello di proporzionalità, perché la giusta retribuzione non può essere intesa solo nel senso di salario minimo, ma anche come compenso proporzionato alla qualità e quantità di lavoro.

A questa esigenza potrebbe essere chiamata a rispondere la stessa giurisprudenza che volesse continuare la propria opera di supplenza a fronte della debolezza manifestata dalla attuale contrattazione privatistica e della perdurante inattività legislativa in tema di efficacia generale dei contratti.

²³⁹ C. Dell'Aringa, *Dai minimi salariali ai salari di garanzia*, in C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, (a cura), *Salari, produttività*, cit., p. 444 ss.

²⁴⁰ Anche M. Magnani, *Il salario minimo legale*, cit., p. 781, nota che la introduzione di un minimo legale intercategoriale non priverebbe di fondamento la giurisprudenza ex art. 36 Cost. "che avrebbe il compito di perseguire il trattamento retributivo ai livelli contrattuali standard". Analogamente P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro*, cit., rileva che anche in presenza di tale normativa le imprese non avrebbero interesse a uscire dal sistema contrattuale, perché i minimi del contratto sarebbero comunque loro imposti *iussu iudicis* (p. 47)

²⁴¹ Così M. Magnani, *Il salario minimo legale*, cit., p. 782; L. Zoppoli, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, a cura di B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli, Iovene, 1994, I, p. 127 ss.

In realtà nella maggior parte dei paesi europei la risposta a tale esigenza è stata data dal legislatore con l'attribuzione variamente regolata di una efficacia *erga omnes* ai contratti collettivi.

8. Efficacia *erga omnes* della parte salariale dei contratti collettivi.

Come si è detto la analisi comparata conferma che minimi salariali legali e contratti collettivi efficaci *erga omnes* del lavoro sono due strumenti che possono combinarsi utilmente.

La proposta delle confederazioni sindacali sopra ricordata intende rafforzare questo secondo strumento di tutela di cui il nostro sistema è da sempre carente, anche se la efficacia generale è attribuita solo alla parte retributiva dei contratti collettivi per non incorrere nell'ostacolo storico dell'articolo 39 Cost.²⁴²

L'approvazione di una proposta del genere allineerebbe almeno in parte il nostro ordinamento sindacale a quelli dei paesi europei, rafforzando quello contrattuale da sempre centrale nel nostro sistema, ma che ora è sempre meno in grado di svolgere la sua funzione di tutela delle retribuzioni. Anche per questo aspetto verrebbe meno la ragione per una supplenza giurisprudenziale in materia di equa retribuzione, anche essa anomala nel quadro europeo.

Le indicazioni qui prospettate, pur se sostenute da esempi stranieri di successo, devono peraltro fare i conti con resistenze radicate nella nostra storia. Del resto anche le soluzioni normative raggiunte nei paesi europei hanno dovuto subire non pochi aggiustamenti nel tempo per reagire a spinte contrastanti e all'evoluzione del quadro economico sociale.

Nel caso tedesco la decisione di introdurre il salario minimo legale e il consenso sindacale al riguardo sono maturati progressivamente, via via che gli stessi sindacati hanno verificato le difficoltà della loro azione contrattuale di contrastare il diffondersi dei lavoratori poveri e riscontrando che le spinte al decentramento pregiudicavano l'efficacia dell'iniziativa sindacale anche nei settori una volta forti. Ed è significativo che l'intervento del legislatore abbia agito su entrambi i piani, sia con la legislazione sui minimi per sostenere i salari bassi, sia rafforzando l'efficacia delle procedure per estendere *erga omnes* i contratti collettivi.

Il sistema tedesco ove la estensione dei contratti collettivi non è automatica, ma condizionata e adattabile, ha dimostrato di poter reagire positivamente alle mutate condizioni del contesto delle relazioni industriali. Per questi motivi è stata ritenuta preferibile alla estensione automatica dei contratti collettivi propria del nostro art. 39 della Costituzione, il quale è stato criticato anche per la sua rigidità.

9. Una sperimentazione limitata del salario minimo legale?

La proposta di introdurre anche nel nostro ordinamento un compenso orario minimo era stata inserita nella legge delega del cd Jobs Act (l. 183/2014) che ne prevedeva la applicazione in via

²⁴² Questa tecnica di estensione limitata alla parte retributiva dei contratti è stata utilizzata dal legislatore nei casi sopra ricordati, ed è stata dichiarata costituzionalmente legittima dalla Corte Cost. con la sentenza n. 51 del 2015, con riferimento ai soci lavoratori. Vedi commenti in M. Martone, *Retribuzione e struttura della contrattazione collettiva*, cit., p. 33 ss. e P. Pascucci, *La giusta retribuzione, oggi*, cit. La Corte giustifica tale conclusione ritenendo che il riferimento al CCNL ufficiale è un rinvio a un parametro esterno per determinare il trattamento economico e non un meccanismo di estensione *erga omnes* del contratto; di qui la sua compatibilità con l'art. 39 Cost. Cfr. i commenti di G. Orlandini, *Legge contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 58/2015 e 178/2015 della Corte Costituzionale*, Lavoro Diritto, 2018, n.1, p. 9 ss., p. 16 ss., secondo il quale la valutazione della Corte, nonostante qualche riferimento al settore specifico della cooperazione, ha valore generale e quindi è applicabile anche ad altri settori.

sperimentale e limitatamente ai settori non regolati da contratti collettivi nazionali di lavoro. Tali limiti, introdotti per ridurre le preoccupazioni delle parti sociali, non sono valsi a ridurre le opposizioni a questa parte della delega che è rimasta inattuata.

Le esigenze che indurrebbero a riprendere in considerazione il tema non sono tuttavia venute meno come si è ampiamente documentato, anche se le incertezze del presente quadro politico rendono più che mai ardue le previsioni.

In ogni caso eventuali proposte in materia dovrebbero tenere conto delle indicazioni comparate e delle osservazioni fin qui svolte e quindi suggerire un approccio sperimentale e limitato nelle dimensioni come quello ipotizzato nella legge delega. La formulazione usata in quel testo ne riduce di molto la portata, perché è difficile individuare settori totalmente privi di presenza contrattuale.

Ma questo è già oggi il caso dei lavori su piattaforma digitale, non si tratta solo dei riders su cui è concentrata l'attenzione con le trattative sindacali in corso al Ministero del lavoro, ma di tutti i lavoratori intermediati in varie forme che hanno caratteristiche incerte spesso intermedie fra il lavoro autonomo e il lavoro dipendente.

Non a caso fra le prime tutele applicate in vari paesi per via legislativa o giurisprudenziale a questi lavoratori sono proprio i minimi salariali.²⁴³ Questo è un tipo di lavoro nuovo che è destinato a diffondersi con caratteristiche ancora indefinite ma con esigenze di tutela soprattutto per alcuni standard minimi fra cui in primis quelli salariali. Queste stesse caratteristiche rendono difficile una loro organizzazione su base collettiva e una rappresentanza da parte dei sindacati, anche a fronte di sforzi organizzativi e sociali più intensi di quanto si veda finora.

La possibile sperimentazione dei minimi salariali potrebbe allargarsi estendendola a quei settori e aree dove i contratti esistenti fossero di dubbia rappresentatività o addirittura conclusi da organizzazioni fantasma in competizione al ribasso con gli accordi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Analogamente potrebbero includersi nella sperimentazione quei settori in cui si verificasse che il tasso di copertura e di applicazione effettiva dei contratti nazionali scende sotto una certa soglia minima, o anche registrano diffusi tassi di evasione degli stessi minimi contrattuali.

La definizione di queste ultime ipotesi di intervento presenta evidenti difficoltà e andrebbe verificata attentamente fra le parti sociali e con l'INPS sulla base dei dati oggettivi circa i contenuti, la copertura dei contratti e la rappresentatività delle parti stipulanti. Del resto questo è il metodo applicato nella maggior parte dei paesi che hanno introdotto il salario minimo legale. Infatti le parti sociali sono state coinvolte in tutte le fasi della procedura, dalla verifica delle condizioni per adottare i minimi alla definizione sia dei livelli cui stabilirli i minimi sia dei casi e dei modi, per il loro aggiornamento nel tempo.²⁴⁴

La sperimentazione qui ipotizzata di un salario minimo non esclude la possibilità né la utilità di una estensione della parte salariale dei contratti collettivi, perché come si è visto anche dalle

²⁴³ Cfr. in generale T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie. Riflessioni a partire dai lavori della Gig Economy*, Lav. Dir., 2017, p. 367 ss.

²⁴⁴ Cfr. per l'esempio tedesco M. Magnani, *Problemi giuridici del salario minimo legale*, cit., p. 755, che ricorda come esempio simile la commissione per la valutazione dell'equo compenso minimo nel lavoro giornalistico, che annoverava al suo interno oltre a rappresentanti del Min. del Lavoro e dello Sviluppo, le parti sociali e un rappresentante dell'Ordine dei giornalisti.

esperienze di paesi vicini i due strumenti lungi da escludersi reciprocamente si combinano nel rafforzare il sistema di tutela del salario con le due loro funzioni complementari di garantire sia una retribuzione sufficiente sia la sua proporzionalità alla qualità e quantità del lavoro espressa dai livelli retributivi contrattuali. Una eventuale estensione della parte salariale dei contratti non sarebbe vincolata all'automatismo dell'*erga omnes* come configurato dall' art 39 Cost. e potrebbe seguire utilmente l'esempio tedesco di una estensione graduata, legandola a condizioni minime di presenza sindacale e di attività contrattuale nel settore di riferimento da verificarsi con procedure partecipate.²⁴⁵

Una condizione del genere è richiesta per evitare che sia riconosciuta efficacia generale a condizioni negoziate da attori privi di radicamento nel settore e che quindi non hanno sufficiente esperienza né legittimità per concordare le regole e i trattamenti da imporre a tutti i dipendenti e a tutte le imprese presenti nel settore.

Ma per seguire una simile strada occorrerebbe risolvere la questione critica da troppo tempo aperta di come misurare la rappresentatività sindacale e datoriale nonché di come individuare gli ambiti contrattuali di riferimento.

Parte II

10. Il precario stato di salute della contrattazione collettiva italiana.

L'analisi fin qui svolta, ha indicato come l'urgenza di un intervento legislativo in tema di minimi salariali si leghi alle crescenti difficoltà del sindacato e della contrattazione collettiva di svolgere la propria funzione storica di autorità salariale. In effetti questa è la manifestazione più evidente di una crisi generale dei sistemi di relazioni industriali e della loro ridotta capacità dei rapporti sociali e di lavoro di resistere alle pressioni dei mercati.

L'esperienza comparata mostra come le reazioni dei vari sistemi nazionali a queste pressioni siano differenti in dipendenza non solo delle condizioni economiche del singolo paese, ma anche delle sue istituzioni, in particolare per quanto qui interessa degli assetti delle relazioni industriali.²⁴⁶

Le analisi degli economisti mostrano che la questione salariale, segnalata in particolare dal fatto che i salari crescano troppo lentamente, è un problema di molti paesi, ma che in Italia assume particolare gravità per le debolezze strutturali del nostro sistema: insufficienti investimenti, ridotte dimensioni delle imprese, scarsa qualificazione della forza lavoro (che contribuiscono a una perdurante bassa produttività) alto tasso di disoccupazione e di inattività, che riduce il potere contrattuale dei lavoratori.

²⁴⁵ Così anche A. Garnero, *Il futuro dei contratti collettivi*, www.lavoce.info.it, 26.01.2018, che ritiene opportuno non estendere l'efficacia dei contratti collettivi in maniera automatica ma basarla su una valutazione degli effetti economici e sociali che ne derivano, da operarsi consultando le parti interessate, e con l'intervento di un comitato indipendente (che potrebbe essere proprio il "redivivo" CNEL).

²⁴⁶ Cfr. in generale T. Treu, *Introduzione* a M. Carrieri, T. Treu, (a cura), *Verso nuove relazioni industriali*, cit., p. 1 ss.; e da ultimo la mia relazione al Congresso ISLSSL di Torino, cit.

È in questo contesto che vanno visti il ruolo delle relazioni industriali e lo stato di salute della contrattazione collettiva.

L'argomento è oggetto di accese polemiche teoriche e politiche, ma anche di approfondite analisi comparate, da ultimo quella dell'*Employment Outlook 2018* dell'OCSE. Tale analisi mostra come la capacità della contrattazione collettiva di incidere sulle condizioni dei lavoratori e sul funzionamento del mercato del lavoro, dipenda da vari fattori: non solo dal grado di copertura dei contratti collettivi, ma anche dal livello, centrale o decentrato, ai quali la contrattazione collettiva si svolge, e dal coordinamento delle condizioni di lavoro, in particolare dei salari, definite ai vari livelli e quindi dal grado di flessibilità del sistema.²⁴⁷

Il sistema italiano si caratterizza fra quelli a più alta copertura contrattuale: secondo i dati generalmente presentati i contratti nazionali nella maggioranza dei settori, coprirebbero fra l'80 e l'85% delle imprese e di dipendenti.²⁴⁸ Un simile tasso di copertura si spiegherebbe per il fatto che il nostro sistema contrattuale, pur essendo privo di un meccanismo per riconoscere efficacia generale ai contratti, è sostenuto oltre che da una buona tenuta del sindacato, da vari strumenti che hanno esteso gli effetti dei contratti collettivi oltre l'ambito delle parti stipulanti; *in primis* all'articolo 36 della Costituzione, secondo l'interpretazione ormai consolidata della giurisprudenza.

Senonché, le indicazioni di questi dati trovano sempre meno riscontro nella realtà, perché la presenza di quegli strumenti di sostegno dei contratti collettivi nazionali, non ha impedito una progressiva erosione della loro capacità di garantire adeguata protezione alle condizioni di lavoro, e in particolare ai livelli dei salari. Lo dimostrano le dimensioni crescenti dei lavoratori pagati meno del minimo contrattuale e anche per questo a rischio di povertà.

L'indebolimento del sistema contrattuale è anche segnalato dalla tendenza alla proliferazione dei contratti collettivi nazionali che si è accelerata in modo del tutto anomalo negli ultimi anni. Il numero dei contratti nazionali depositati presso il CNEL è cresciuto da poco più di 300 nel 2009, una misura già elevata, a quasi 900 nel 2018.²⁴⁹

Questa vera e propria giungla contrattuale è un riflesso fra l'altro di un'anomala frammentazione delle rappresentanze sia sindacali sia datoriali; e ha accresciuto per tutti gli operatori la incertezza delle regole e la loro capacità di tenuta, che secondo la loro natura privatistica, si basa sulla estensione e sulla stabilità del consenso degli attori stipulanti.

L'inadeguatezza del sistema si dimostra soprattutto nei settori più deboli e a bassa sindacalizzazione; dove si manifestano i più gravi casi di sottosalario e di violazione degli standard anche fondamentali di trattamento. Per altro verso la frammentazione delle regole rende più incerta la stessa capacità della giurisprudenza di individuare parametri contrattuali da prendere a riferi-

²⁴⁷ *Employment Outlook 2018*, p. 10 ss.; e già *Employment Outlook 2017*, p. 126 ss. e p. 152 ss.; in particolare sui vari tipi di coordinamento delle dinamiche salariali e sui loro effetti.

²⁴⁸ *Employment Outlook 2017*, cap. 4, p. 137; A. Garnero, *Il futuro dei contratti collettivi*, cit.

²⁴⁹ Vedi dati e commenti in *Rapporto sul mercato del lavoro 2018*, a cura di Marco Biagiotti, Sandro Tomaro, Larissa Venturi, in www.CNEL.it.

mento per indicare la retribuzione sufficiente e proporzionata. Tanto più perché, come testimoniano i dati dell'archivio Cnel, la moltiplicazione delle sigle sindacali e datoriali e la conseguente competizione fra di esse, hanno portato spesso alla coesistenza di più contratti collettivi nel medesimo ambito di riferimento.²⁵⁰

11. I costi della mancanza di regole sulla rappresentatività degli attori negoziali: dumping e altro.

Tale pluralismo di attori e di contratti collettivi, va bene oltre la fisiologica manifestazione della libertà sindacale e genera fenomeni di dumping contrattuale attuato da sigle sindacali e datoriali di scarsa rappresentatività, allo scopo di ottenere trattamenti al ribasso rispetto agli standard previsti dai contratti stipulati dagli attori comparativamente più rappresentativi.

L'incertezza sui criteri della rappresentatività ha costi economici, non tutti completamente percepiti; il più immediato è che essa stimola una concorrenza al ribasso fra contratti e fra attori negoziali. Tale concorrenza alimenta il fenomeno dei lavoratori poveri e incide anche sulle loro prospettive previdenziali, perché riduce la base retributiva utile per il calcolo della pensione in deroga alla norma di legge (dl. 9 ottobre 1989/338 art. 1) per cui tale base non può essere inferiore ai minimi retributivi stabiliti dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative.²⁵¹

La mancanza di regole implica costi di sistema più generali, in quanto alimenta anche una concorrenza sleale fra le imprese e favorisce l'aumento della conflittualità sociale e l'incertezza nei rapporti economici.

Una ricerca di Claudio Lucifora²⁵² condotta su un campione rappresentativo di imprese di lavoratori desunto dai modelli UNIEMENS dell'Inps, ha valutato la dimensione degli accordi non rappresentativi riscontrandone l'aumento negli anni recenti coincidente con l'aumento dei contratti nazionali depositati presso il Cnel. Il numero di questi accordi non rappresentativi e di quelli considerati meno rappresentativi dall'Inps è ancora in media relativamente contenuto, fra il 2 e il 4%, ma è in crescita specie in alcuni settori dei servizi, come ad esempio nei trasporti e nella logistica. Il gap salariale stimato da questa ricerca rispetto ai contratti nazionali maggiormente rappresentative va dal 2% all'8%.²⁵³

Questa anomalia del nostro assetto contrattuale, che è stata definita "una vera deriva",²⁵⁴ dipende come si è detto dalle debolezze strutturali della nostra economia. Ma le distorsioni manifestate negli ultimi anni sono enfatizzate anche dalla mancanza di regole sui punti cruciali di governo delle nostre relazioni industriali, a cominciare dai criteri di rappresentatività delle parti sindacali e datoriali che intervengono come attori nei processi negoziali.

²⁵⁰ Vedi i dati dell'archivio Cnel, cit. I motivi e lo studio di questa proliferazione di contratti sono analizzati da G. Olini, *Invertire la tendenza della proliferazione dei contratti nazionali di lavoro*, in C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività*, cit., p. 487 ss.

²⁵¹ Le implicazioni della norma sono esplicitate dalla circolare n.3/2018 dell'ispettorato nazionale del lavoro. Vedi i commenti di M. Faioli, *Il Sole 24Ore*, 13 marzo 2018 e T. Treu, *Il patto della fabbrica e il ruolo del CNEL*, in *Guida al lavoro*, 4 maggio 2018; A. Tursi, *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, relazione a Congresso AIDLASS, 2018.

²⁵² Presentata al CNEL il 29 novembre 2018, vedi il sito www.CNEL.it.

²⁵³ Secondo i dati del rapporto sul mercato del lavoro del CNEL 2018, gli accordi in deroga sono 3640, di cui oltre il 38% riguardano il salario.

²⁵⁴ P. Sestito, *Riforma della contrattazione: fra rischi di deflazione e gap di competitività*, in C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu (a cura), *Salari, produttività*, cit., p. 388 ss.

Il nostro sistema ha funzionato relativamente bene nonostante la fragilità delle sue regole ma si rivela sempre meno adatto a reggere alle turbolenze della economia, alle ricorrenti tensioni fra le confederazioni sindacali e ai rapporti difficili con le parti imprenditoriali.

12. I limiti degli accordi sulle regole e la necessità di un intervento legislativo.

Le regole perfezionate negli accordi interconfederali più recenti hanno corretto solo in parte tale anomalia, perché gli accordi confederali partecipano della natura privatistica dei nostri contratti e quindi non vincolano tutti gli attori, anzi vengano contestati proprio dalle organizzazioni protagoniste della fermentazione contrattuale e della contrattazione al ribasso.

Per questo è cresciuta la convinzione che qualche intervento legislativo, sia pure leggero e di sostegno, sia necessario per rafforzare la tenuta delle regole concordate si sta diffondendo sia fra i giuristi sia fra le parti sociali, comprese quelle tradizionalmente contrarie a una legislazione in materia sindacale.

È significativo che i più recenti accordi interconfederali non solo nel settore industriale - in particolare il T.U. del 10.1.2014 -, contengono un'esplicita apertura a un intervento legislativo sulla rappresentatività, non solo dei sindacati dei lavoratori, ma per la prima volta anche delle associazioni datoriali, sia pure accompagnando tale apertura con la precisazione che la legge dovrebbe essere di sostanziale recepimento di quanto definito contrattualmente dalle parti.

Il riconoscimento della necessità di estendere la misura della rappresentatività anche alle parti datoriali, è particolarmente importante in quanto la frammentazione associativa specie nei settori dei servizi, è cresciuta anche e spesso soprattutto sul versante dei datori di lavoro. Questo perché le trasformazioni produttive e la accresciuta concorrenza fra le imprese hanno contribuito a differenziare gli interessi e i comportamenti delle varie imprese anche nelle tematiche contrattuali e sindacali.²⁵⁵ L'adozione di criteri di rappresentatività anche per le organizzazioni datoriali, servirebbe a razionalizzare sia il panorama associativo sia le forme e i contenuti contrattuali, superando, come si esprime il testo sindacale citato, "condizioni di monopolio o di arbitrio estranei a un moderno sistema di relazioni industriali".

Sono convinto che la definizione di criteri condivisi per la misurazione della rappresentatività delle parti, su cui anche il Cnel è impegnato,²⁵⁶ è una condizione necessaria per evitare interventi legislativi improvvisi e in ogni caso è utile per fornire elementi affinché tale intervento non sia invasivo, ma rispettoso dell'autonomia collettiva.

Inoltre la identificazione delle parti titolate a negoziare perché più rappresentative, permetterebbe di rafforzare il contrasto ai "contratti pirata", facendo leva sulla normativa esistente, in particolare sull'articolo 1) del decreto legge 9 ottobre 1989/338 secondo cui la retribuzione da prendere come base per i contributi previdenziali, non può essere inferiore a quella fissata dei contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali più rappresentative

²⁵⁵ Il tema ha attratto l'attenzione crescente anche nella nostra dottrina: v. A. Lassandari, *Sulla verifica di rappresentatività delle organizzazioni sindacali e datoriali*, DLRI, 1, 2017, p. 1 ss.; V. Papa, *Verso una rappresentanza misurata? Strumenti e metodi di misurazione della rappresentatività datoriale*, DLRI, 2017, p. 21 ss.; M. Vitaletti, *Rappresentanza datoriale e contratti collettivi nazionali. Riflessioni intorno al modello francese*, DLRI, 2017, p. 49 ss.; M. Le Friant, *La misurazione della rappresentatività datoriale: una riforma difficile ma necessaria*, DLRI, 2017, p. 67 ss.; P. Albin, *A proposito di rappresentatività datoriale*, DLRI, 2, 2017, p. 265 ss.; M. Forlivi, *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento*, in LD, 2018, p. 521 ss.

²⁵⁶ Cfr. L. Bellardi, *Riforma del sistema contrattuale e ruolo del CNEL*, ne *L'Annuario del lavoro*, 2018, p. 197 ss.

sul piano nazionale, e nel caso di pluralità di contratti per la stessa categoria, non minore di quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative nella categoria (articolo 2 comma 25 legge 28/8/1995, n. 549).

Il Cnel, al cui interno sono presenti le maggiori organizzazioni rappresentative delle parti, è intenzionato a promuovere la più ampia condivisione possibile fra questi soggetti sui criteri di misurazione della rappresentatività sindacale e datoriale, anche al fine di individuare fra i tanti contratti presenti nel suo archivio quelli che possono servire da riferimento per l'applicazione delle norme di legge sopra ricordate. L'intesa confederale fra CGIL, CISL, UIL e Confindustria del 9 marzo 2018 (il cd. Patto della Fabbrica) affida al Cnel due compiti rilevanti: quello di effettuare una precisa ricognizione sia dei perimetri della contrattazione collettiva di categoria sia dei soggetti stipulanti i contratti nazionali dei diversi settori per verificare la effettiva rappresentatività sulla base di dati oggettivi.²⁵⁷

13. La definizione dei perimetri contrattuali.

Una analisi parallela in corso al Cnel, che è essenziale per dare certezza alle parti e per rendere applicabili gli stessi criteri di rappresentatività, riguarda la definizione dei perimetri o confini delle categorie entro le quali va misurata la rappresentatività delle singole organizzazioni stipulanti.

La ricerca dovrà procedere dalla ricognizione, già in corso, dei perimetri definiti dalle parti dei contratti in vigore. Ma la validità di tali perimetri dovrà confrontarsi con le trasformazioni degli assetti economici e produttivi che stanno alterando le categorie tradizionali, in modo meno profondo nella manifattura e più marcato in molti settori dei servizi. La crescente mutevolezza dei confini fra settori, una volta stabili, si riscontra anche in sistemi di relazioni industriali più regolati del nostro, come quello tedesco. L'esperienza di tale ordinamento mostra la impraticabilità di interventi legislativi rivolti a definire d'autorità i confini fra settori e categorie contrattuali. Anzi tentativi in tale direzione sono stati ritenuti illegittimi dalla Corte costituzionale tedesca, in quanto contrari ai principi di libertà sindacale e di autonomia contrattuale costituzionalmente riconosciuti.²⁵⁸

La definizione dei confini contrattuali è condizione indispensabile per permettere il funzionamento ordinato del sistema contrattuale, anche quando questo operi in regime "privatistico" come è attualmente in Italia. Tale definizione diventa tanto più necessaria quando sia prevista l'efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi, come indica lo stesso art. 39 Cost., ultimo comma.²⁵⁹

²⁵⁷ T. Treu, *Il patto della fabbrica ed il ruolo del CNEL*, in *Guida al lavoro*, 4 maggio 2018.

²⁵⁸ M. Fuchs, *La contrattazione collettiva, in Italia*, cit., p. 933 ss.; e per riflessioni sul caso italiano, M. Magnani, *Riflessioni sulla misurazione della rappresentanza datoriale nell'ordinamento statale e intersindacale*, W.P. M. D'Antona, IT, 376/2018, p. 5.

²⁵⁹ E' opinione comune nella dottrina italiana che la nozione di categoria cui fa riferimento l'art. 39 Cost. non è dettata dalla legge, ma è fissata dagli stessi contratti collettivi. Ma la giurisprudenza fa ancora ricorso all'art. 2070 del Cod. Civ. che riprende una nozione oggettiva di categoria, riferendola alla "attività effettivamente esercitata dall'imprenditore". Senonché il criterio dell'attività, a causa delle trasformazioni degli attuali sistemi produttivi, è ormai poco univoco per determinare i confini fra i vari settori economici e quindi i perimetri da imporre ai contraenti. Per questo anche il richiamo contenuto nel cd. *Patto della fabbrica* (9 marzo 2018) all'obiettivo di "garantire una più stretta correlazione fra CCNL applicato alla reale attività di impresa" (n.4, lett. a) non può avere valore assoluto; tanto è vero che non vale a risolvere le incertezze in atto sui confini e quindi va verificato fra le parti alla stregua della mutevole realtà dei contesti produttivi.

In tal caso si tratta di ricercare la soluzione che possa contemperare meglio una delimitazione univoca dei perimetri contrattuali con il principio di libertà sindacale.

La soluzione del sistema tedesco è interessante, perchè il legislatore ha evitato di intervenire con una definizione generale dei confini fra le categorie (ritenuta non legittima dalla Corte Cost. tedesca), ma ha stabilito che, nel caso di sovrapposizione di diversi contratti applicabili agli stessi ambiti, si applichi il contratto stipulato dal sindacato che nelle singole aziende ha la maggioranza degli iscritti fra i dipendenti. Una simile soluzione ha passato il vaglio della Corte tedesca in quanto considerata necessaria per assicurare uno svolgimento ordinato e collaborativo delle relazioni sindacali e ritenuta meno invasiva della libertà sindacale rispetto alla precedente.

In effetti questo è vero. Ma tale formula, a mio avviso, non è priva di controindicazioni: se generalizzata potrebbe portare a una applicazione a “macchie di leopardo” degli stessi contratti collettivi a seconda della distribuzione delle presenze sindacali nelle aziende; un risultato che ne sconsiglia la adozione nel nostro sistema.

Per questo la ricerca del consenso fra le parti resta la via principale per la definizione di questo delicato aspetto delle relazioni contrattuali; e la condivisione dei criteri è essenziale per evitare conflitti giurisdizionali fra organizzazioni che in altri paesi – in particolare anglosassoni - si sono rivelati deleteri per la stabilità e per il buon funzionamento del sistema contrattuale.

Al fine di favorire la ricerca di tali criteri il Cnel intende predisporre una procedura bilaterale, che permetta alle parti di verificare la appropriatezza degli ambiti contrattuali nei vari momenti storici e di stabilire le modalità con cui eventualmente modificarli. Tale procedura dovrebbe prevedere modi e tempi della verifica, facendo carico alle parti che richiedono il cambiamento degli assetti esistenti di motivarne le ragioni, (ad esempio modifiche della struttura produttiva e occupazionale del settore, innovazioni tecnologiche comportanti una nuova configurazione delle attività comprese nell'ambito contrattuale) e di indicare ambiti più appropriati e di dimensione adeguata, tale da non condurre a una frammentazione ulteriore del sistema contrattuale. L'iter procedurale seguito dalle parti potrebbe essere monitorato dal CNEL in funzione di conciliatore- arbitro.

14. La *vexata quaestio* dei rapporti tra diversi livelli contrattuali: confronti internazionali.

La regolazione dei rapporti fra diversi livelli contrattuali, centrali e decentrati, è una materia controversa non solo in Italia e oggetto di diverse valutazioni delle analisi comparate; tanto più che la regolazione ricevuta dal passato, sia essa di fonte legislativa o contrattuale, nel nostro come in altri paesi provvisti di relazioni industriali pluraliste, è oggi messa in discussione dalle stesse modifiche del contesto economico sociale che hanno alterato tutti i tratti dei sistemi di relazioni industriali e di diritto del lavoro.

Nei paesi come l'Italia provvisti di due livelli di contrattazione, nazionale e decentrata, in particolare aziendale, i rapporti fra questi due livelli sono entrati in tensione a causa delle tendenze co-

muni a molti paesi verso il decentramento produttivo e verso la valorizzazione della contrattazione decentrata.²⁶⁰

Il cambiamento del contesto ha influito anche sugli accordi fra i vertici confederali delle due parti, che hanno perso continuità ed efficacia e su quelli fra le stesse parti confederali e potere pubblico, che sono spesso cessati del tutto, perché la maggior parte dei governi anche di diversi orientamenti hanno visto di poter fare a meno del consenso sindacale senza subire significativi danni.²⁶¹

Ma è il contratto nazionale quello più direttamente colpito dalle pressioni del nuovo contesto nazionale e internazionale. Infatti, l'allargarsi della competizione globale ha alterato il campo di azione nazionale dei sindacati e delle relazioni industriali, mettendo in discussione soprattutto la funzione, attribuita fin dalle origini al contratto nazionale di categoria, di "togliere i salari dalla concorrenza". Questa funzione si è indebolita nella misura in cui i mercati dei prodotti si sono integrati a livello sovranazionale così da ridurre l'interesse delle imprese, specie quelle più esposte alle pressioni competitive, a seguire regole comuni. Inoltre è cresciuta l'esigenza delle aziende non solo di contenere i salari, ma di modificare gli istituti normativi e organizzativi previsti dal contratto nazionale, in dipendenza sia delle politiche pubbliche dei vari paesi sia delle strutture produttive dei diversi settori.

I confronti internazionali presentati dall'Ocse²⁶² offrono al riguardo indicazioni significative che precisano, e in parte correggono, analisi precedenti della stessa organizzazione. Secondo l'ultimo rapporto i sistemi coordinati, compresi quelli caratterizzati da un decentramento organizzato, sono correlati con migliori risultati occupazionali, maggiori tassi di occupazione, minore disoccupazione, anche di giovani donne e lavoratori poco qualificati, minore dispersione salariale e minori disegualianze rispetto ai sistemi totalmente decentrati; mentre i sistemi caratterizzati da prevalente centralizzazione e privi di strumenti di coordinamento presentano performance intermedie.²⁶³

Il tipo di assetto contrattuale produce effetti differenziati anche sulla dispersione salariale, che si presenta più accentuata nei sistemi privi di contrattazione collettiva o dove le aziende stabiliscono unilateralmente le condizioni di lavoro; al contrario la dispersione salariale è in media minore fra i lavoratori che sono coperti da una contrattazione collettiva nazionale di settore. D'altra parte i sistemi contrattuali centralizzati caratterizzati da un alto grado di copertura della contrattazione, tendono ad essere associati a una minore dinamica della produttività. Quest'ultimo risultato sembra dovuto alla mancanza di flessibilità che la centralizzazione del sistema contrattuale induce

²⁶⁰ G. P. Cella, *Quale futuro per la contrattazione collettiva?*, DLRI, 2016, p. 217 ss.; M. Carrieri, *Un coordinamento bilanciato della contrattazione*, Quaderni Rass. Sind., 2016; P. Marginson, *La contrattazione coordinata in Europa. Da una erosione incrementale a un attacco frontale?*, Quaderni Rass. Sind., 2016; M. Martone, *Contribuzione e struttura contrattuale*, cit.; P. Tosi, *Gli assetti contrattuali fra tradizione e innovazione*, ADL, 3, 2013; R. Pedersini, S. Leonardi, *Tendenze recenti del decentramento contrattuale nell'Europa continentale*, in Quaderni Rass. Sindacale, 2017, p. 53 ss.

²⁶¹ T. Treu, *Introduzione*, in M. Carrieri, T. Treu (a cura), *Verso nuove relazioni industriali*, cit.

²⁶² *Employment Outlook* 2018, p. 10 ss. e già *Employment Outlook* 2017, p. 126 ss.

²⁶³ Per altro verso il *wage premium* per i lavoratori coperti da contrattazione è maggiore nei sistemi decentrati, *Employment Outlook*, 2018, p. 19.

nella regolazione dei rapporti di lavoro nell'impresa; mentre al contrario un più stretto coordinamento dei sistemi decentrati non risulta avere effetti negativi sulla produttività.²⁶⁴

Queste esperienze comparate forniscono indicazioni importanti che possono essere utili anche per l'analisi delle recenti vicende della contrattazione in Italia e delle sue prospettive.

15. La struttura contrattuale italiana: un caso di coordinamento debole e i suoi rischi.

In Italia, come in altri paesi europei, la tendenza verso il decentramento contrattuale, è stata favorita dal legislatore, sia pure con provvedimenti di diversa portata:²⁶⁵ dalla norma più drastica dell' art.8 della legge 148/2011, che delega alla contrattazione aziendale e territoriale un'ampia facoltà di deroga sia alle disposizioni dei contratti nazionali sia alle norme di legge, all'articolo 51 del decreto 81 /2015, che riconosce alla contrattazione decentrata pari statuto giuridico e pari competenza rispetto al contratto nazionale nelle materie in cui la legge attribuisce poteri regolatori alla contrattazione, e infine alle leggi di stabilità del 2016 (l. 208/2015) e 2017 (l. 232/2016), che incentivano fiscalmente la contrattazione dei premi di produttività e del welfare aziendale e occupazionale.

Le parti sociali sono impegnate fin dal patto sociale del 1993 a regolare i rapporti fra i livelli contrattuali, con l'obiettivo di definire consensualmente le modalità e limiti del decentramento, secondo il modello del decentramento organizzato e controllato dal livello nazionale.

Ma nonostante da allora si siano ripetuti vari tentativi in tale direzione con ripetuti accordi confederali diretti a precisare il coordinamento fra i due livelli,²⁶⁶ le regole che ripartiscono gli ambiti rispettivi della contrattazione centrale e decentrata sono rimaste largamente inapplicate; non solo per la mancanza di sanzioni adeguate ma per la scarsa capacità o volontà delle organizzazioni centrali di controllare effettivamente l'attività negoziale decentrata, in particolare ma non solo per gli aspetti salariali. Cosicché la nostra struttura contrattuale presenta non pochi scostamenti dal modello previsto, e si caratterizza come un sistema di coordinamento debole. In particolare è largamente disattesa la regola secondo cui la parte fissa della retribuzione, andrebbe definita solo a livello nazionale e la parte retributiva variabile, sarebbe da contrattare solo a livello aziendale; cosicché aumenti di natura fissa compaiono sia nel salario nazionale che in quello aziendale.

Peraltro come è noto, la contrattazione aziendale raggiunge una percentuale ancora contenuta della moltitudine delle piccole aziende presenti nella nostra economia. Le stime danno percentuali diverse a seconda delle dimensioni aziendali; l'indagine del Cnel e Istat (2016) indica una diffusione della contrattazione in meno del 20% delle imprese italiane (considerando le imprese

²⁶⁴ OECD, *Employment Outlook* 2018, p.21.

²⁶⁵ Cfr. tra i tanti F. Guarriello, *Legge e contrattazione collettiva in Europa*, in DLRI, 2017, spec. p. 111 ss.; T. Treu, *La contrattazione collettiva in Europa*, DRI, 2018, p. 371 ss.; M. Martone, *Retribuzione e struttura della contrattazione collettiva*, cit., spec. parte II, § 2.2. e 2.7.; M. Pallini, *Le relazioni industriali in Italia: verso un sistema di contrattazione collettiva fortemente decentrato?*, www.fondazionegiuseppopera.it, 2016.

²⁶⁶ Vedi la raccolta con commenti di M. Faioli, *Protocolli e accordi sulla rappresentatività e la contrattazione. Quadro della situazione al 2018*, in *Rapporto Cnel sul mercato del lavoro 2018*, www.CNEL.it

sopra i 10 dipendenti la percentuale cresce al 36%).²⁶⁷ Di qui il rilievo ricorrente rivolto al nostro sistema “two-tier” secondo cui il contratto collettivo nazionale occupa ancora uno spazio eccessivo sfruttando quasi tutta la capacità di pagare delle aziende e riducendo gli spazi della contrattazione decentrata sui salari compresa la quota dei salari legati a risultati di produttività e redditività.²⁶⁸

Il rischio di tale assetto di coordinamento debole è che esso raccolga il peggio e non il meglio dei due sistemi estremi, centralizzato e decentrato, rendendo i salari sia rigidi nelle ipotesi di crisi sia incapaci di adattarsi all’andamento della produttività. Si è anche rilevato come la rigidità salariale indotta da questo assetto non sia necessariamente favorevole alla riduzione delle diseguaglianze retributive e alla stabilità dell’occupazione, ma possa anzi favorire l’aggiustamento dei costi dell’impresa piuttosto che sul lato dei salari su quello dell’occupazione con la riduzione delle ore lavorate e con l’aumento del lavoro temporaneo.²⁶⁹ Per altro verso la rigidità dell’assetto contrattuale avrebbe contribuito, specie nelle fasi iniziali della crisi economica, a determinare aumenti salariali superiori alla dinamica dei prezzi e della produttività.²⁷⁰

16. Ribilanciare il rapporto fra contrattazione nazionale e accordi aziendali.

Per questo motivo nel dibattito recente fra gli esperti delle relazioni industriali è cresciuto il consenso che per superare tali criticità del nostro sistema contrattuale sia necessario ribilanciare il rapporto tra contratto nazionale e contrattazione aziendale, con l’obiettivo di allargare lo spazio di questa preservando nel contempo il ruolo del contratto nazionale. Anche fra le parti sociali si è manifestata una crescente condivisione sulla necessità di rafforzare la contrattazione decentrata con una corrispondente maggiore allocazione del salario a questo livello contrattuale.

Tale convergenza è tanto più significativa, in quanto la contrattazione aziendale viene valorizzata decentrando le parti come fattore di competitività e come volano di sviluppo economico e sociale. Inoltre il richiamo comune non è solo alla necessità di riscrivere le regole formali della struttura contrattuale, ma anche di promuovere una nuova concezione delle relazioni industriali, per cui esse possano contribuire a tutti i livelli, in particolare a quello decentrato, alla crescita della ricchezza e al benessere delle imprese e delle persone.²⁷¹

Per dare corso a questo diverso assetto delle relazioni industriali, in particolare del rapporto tra i due livelli contrattuali, si sono avanzate varie proposte che si sono tradotte anche in esiti contrattuali diversi.

²⁶⁷ Cfr. dati e commenti in M. Carrieri, *Migliorare il decentramento contrattuale*, in C. Dell’Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività*, cit., p. 470 ss.; e C. Dell’Aringa, *Dai minimi retributivi al salario di garanzia*, cit., p. 442.

²⁶⁸ C. Dell’Aringa, *Dai minimi tabellari al salario di garanzia*, cit., p. 443 e ivi altre citazioni. T. Boeri, *Perverse effects of two-tier wage bargaining structures*, IZA World of labor 2015, p. 101; ID, *Salario minimo e decentramento*, www.lavoceinfo.it, 18.07.2005.

²⁶⁹ C. Lucifora, *Il salario minimo*, cit., p. 403.

²⁷⁰ La dinamica salariale è stata sostenuta attraverso la crisi economica fino al 2015 anche perché i contratti collettivi nazionali sono stati firmati in base ad attese di inflazione più alta di quella poi verificatasi. P. Sestito, *Riforma della contrattazione*, cit., p. 388 ss.; ma il trend si è rovesciato dopo il 2016.

²⁷¹ M. Carrieri, *Migliorare il decentramento contrattuale: come le parti affrontano questa sfida*, in C. Dell’Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività*, cit., p. 461 ss. che analizza i vari passaggi di questa ridislocazione degli orientamenti delle grandi organizzazioni, e ID, *Un coordinamento bilanciato della contrattazione*, in Quaderni Rass. Sindacale, 2016, p. 63 ss.

17. Il salario di garanzia e le clausole di *opting out*.

Una soluzione, adottata anzitutto nel contratto dei dirigenti industriali e poi ripresa in particolare nel contratto dei metalmeccanici del 26 nov. 2016²⁷², consiste nel mantenere al contratto collettivo nazionale la funzione di garantire minimi retributivi comuni a tutti i lavoratori della categoria (il cosiddetto salario di garanzia che a differenza del salario minimo legale sarebbe differenziato a seconda dei vari livelli di inquadramento), nel contempo stabilendo che gli aumenti di tali minimi previsti dalla contrattazione nazionale siano pagati dalle imprese solo in assenza di un contratto aziendale, con la ulteriore precisazione che gli aumenti di natura fissa e continuativa concessi a livello aziendale possono essere assorbiti negli aumenti dei minimi tabellari fissati a livello nazionale.²⁷³

Al di là delle varianti di questa soluzione essa mira a correggere l'aspetto più critico del nostro modello, cioè l'effetto sommatoria degli aumenti salariali decisi i due livelli contrattuali che costringe l'azienda a pagare due volte.²⁷⁴

Una diversa proposta avanzata da chi ritiene poco prevedibile e di dubbia consistenza l'effetto di questo sistema di assorbimento,²⁷⁵ è di definire margini più ampi e meccanismi più certi di *opting out* dal contratto collettivo nazionale, tali da permettere agli accordi aziendali di derogare e rimodulare complessivamente i trattamenti nazionali sia economici sia normativi. Quest'ultima soluzione implicherebbe un netto spostamento del baricentro della contrattazione collettiva verso il livello aziendale, permettendo di rispondere meglio in tale sede a quella genuina domanda di varietà che sta dietro all'attuale proliferazione di spesso fittizie associazioni datoriali firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro e alle fughe datoriali dal sistema contrattuale. Ma in realtà, come rileva lo stesso proponente, una condizione essenziale per perseguire senza distorsioni questa strada è di definire meccanismi di verifica più sicuri degli attuali di quali siano i soggetti legittimati a negoziare in azienda, anche se non firmatari del contratto collettivo nazionale.

L'esigenza di definire criteri certi e condivisi di rappresentatività degli agenti negoziali si pone in realtà non solo a livello nazionale, ma sia pure in termini diversi, per le rappresentanze dei lavoratori in azienda.

Come si vede da (questa) rapida rassegna, la regolazione dei rapporti fra livelli contrattuali e delle modalità del decentramento contrattuale, continua ad essere una questione irrisolta non solo nel dibattito ma anche nella prassi negoziale, che infatti continua a essere differenziata nelle diverse categorie.

²⁷² Le valutazioni di tale contratto e delle sue implicazioni non sono univoche: vedi A. Maresca, *Il rinnov(ament)o del contratto collettivo dei meccanici: c'è ancora un futuro per il contratto collettivo nazionale di categoria*, DLRI, 2017, 4, p. 709 ss.; V. Bavaro, *Il contratto nazionale dei metalmeccanici 2016: una prospettiva sulle relazioni industriali italiane*, DLRI, 2017, p. 729 ss.

²⁷³ C. Dell'Aringa, *Dai minimi tabellari al salario di garanzia*, cit., p. 446 ss.

²⁷⁴ C. Dell'Aringa, op. ult. cit., p. 456 ss.

²⁷⁵ P. Sestito, *Riforma della contrattazione: tra rischi di deflazione e gap di competitività*, cit., p. 392; vedi anche T. Boeri, *Salario minimo e decentramento della contrattazione*, www.lavoceinfo.it, 18.07.2005.

18. Il rebus della estensione della contrattazione aziendale e la contrattazione territoriale.

Un elemento ulteriore di criticità consiste nel fatto che, nonostante le dichiarazioni delle parti a favore del decentramento contrattuale, la contrattazione aziendale continua ad essere limitata a una minoranza di imprese e non accenna a estendersi significativamente, neppure a seguito delle agevolazioni fiscali e contributive introdotte dalle recenti leggi di bilancio (v. dati Cnel). D'altra parte permane la resistenza delle associazioni datoriali, specie di Confindustria, a riconoscere in generale la contrattazione territoriale, che resta limitata ad alcuni settori dove è tradizionalmente praticata (agricoltura, edilizia, alcuni settori del terziario). Cosicché si è ritenuto che nella vasta aria delle piccole e medie imprese le nostre relazioni industriali si caratterizzano non come decentrate ma piuttosto con un caso di centralizzazione senza decentramento.²⁷⁶

D'altra parte un bilanciamento virtuoso fra i due livelli contrattuali, presupporrebbe che il secondo fosse più esteso di quanto avvenga oggi e che entrambi potessero svolgere funzioni specifiche e distinte nelle aree ove ciascun livello può meglio contribuire a migliorare il rendimento dell'intero sistema.²⁷⁷

L'importanza di una chiara ripartizione delle funzioni, salariali e non, fra i due livelli di contrattazione per garantire una buona organizzazione del decentramento contrattuale è ampiamente riconosciuta dalle parti. Tant'è che su questo punto esse si sono esercitate da anni; ma senza esiti soddisfacenti specie in materia salariale, come si è visto dalla incapacità di mantenere al contratto collettivo nazionale il ruolo di definire aumenti fissi della retribuzione e di riservare gli aumenti variabili alla contrattazione decentrata.

A fronte della inadeguatezza degli strumenti fin qui sperimentati, si è ipotizzata una strada diversa per migliorare il coordinamento del sistema contrattuale, che sia meno concentrata sui controlli centrali intesi a limitare il cambiamento e più attenta a favorire la sperimentazione di accordi innovativi su temi quali il miglioramento della qualità e dell'organizzazione del lavoro, valorizzando la capacità degli attori di muoversi in autonomia alla ricerca di soluzioni negoziali reciprocamente convenienti.

19. Un decentramento ben bilanciato e innovativo.

Si tratterebbe di perseguire non un decentramento controllato, ma un sistema ben bilanciato in grado di costruire attorno al nucleo centrale del contratto collettivo nazionale una raggiera varia e articolata di esperienze decentrate, incluse quelle territoriali.²⁷⁸

La innovazione dei contenuti negoziali, a livello aziendale e nazionale, è stimolata dalla difficoltà di trovare spazi per accordi salariali in una fase di bassa o nulla inflazione e di crescita stagnante.

²⁷⁶ M. Carrieri, *Migliorare il decentramento contrattuale*, cit., p. 472, il quale rileva anche una tendenza verso il decentramento sregolato, ovvero fatto dalle imprese senza applicazione o con forti deroghe del contratto nazionale.

²⁷⁷ Così opportunamente M. Carrieri, *Migliorare il decentramento*, cit., p. 473.

²⁷⁸ M. Carrieri, *Migliorare il decentramento contrattuale*, cit., p. 477, che parla di coordinamento orizzontale.

Questa difficoltà si è manifestata a pieno a partire dal 2016, una volta esaurito il ciclo dei contratti collettivi nazionali siglati sulla base di attese inflazionistiche più alte di quelle realizzatesi; e secondo previsioni autorevoli essa è destinata a protrarsi nel tempo su un orizzonte pluriennale esteso producendo una dinamica salariale alquanto contenuta.²⁷⁹ L'effetto dei fattori economici condizionanti i contenuti retributivi della contrattazione è riflesso infatti nei contratti recenti di vari comparti che hanno previsto in vario modo una riduzione della dinamica salariale.

Un esempio particolarmente significativo è l'ultimo contratto collettivo dei metalmeccanici che ha legato le *tranches* future di aumento dei salari monetari alla dinamica effettiva dei prezzi, compensando la ridotta quantità di tali aumenti con benefici di welfare in materia di previdenza e di assistenza sanitaria, nonché con il riconoscimento ai lavoratori del diritto a un monte ore di formazione.

Ma è soprattutto dai contenuti della contrattazione aziendale che si misura la capacità di innovazione delle relazioni industriali e quindi il senso del decentramento in atto nel sistema. Solo da un bilancio complessivo dei vari istituti negoziati in azienda si può valutare, al di là di pregiudiziali ideologiche e di schemi precostituiti, se tali istituti aziendali siano meglio capaci di contemperare gli interessi delle parti quali si esprimono nei luoghi di lavoro ovvero se gli accordi aziendali conclusi in presenza di rapporti di potere squilibrati avallino una prevalenza della razionalità aziendale sulle ragioni del lavoro con un peggioramento o con una crescente diseguaglianza nei trattamenti economici e normativi dei lavoratori.

Si tratta di un test particolarmente significativo e severo per il sindacato, anche perché nelle aziende più avanzate la contrattazione collettiva si trova a competere con un management innovativo nella predisposizione di condizioni di lavoro e di welfare e nella creazione di un clima relazionale capace di attrarre la fedeltà dei dipendenti.

20. L'innovazione in azienda: la retribuzione a risultato.

I sistemi di retribuzione a risultato e le varie forme di welfare integrativo oggetto della recente incentivazione ad opera del legislatore, sono due contenuti negoziali particolarmente significativi per trarre un primo bilancio dell'esperienza italiana del decentramento.

Forme di retribuzione a risultato appartengono alla storia delle relazioni industriali, dai cottimi tradizionali che si riproducono con nuove modalità nei lavori della *Gig economy*, alle molteplici variante di premi legati a indicatori anche alquanto sofisticati di produttività e redditività aziendale fino a varie forme di *profit sharing* e azionariato dei dipendenti.

Queste forme retributive sono state sempre oggetto di valutazioni contrastanti, perché se da un lato possono stimolare la motivazione dei lavoratori e contribuire a una gestione flessibile dei costi aziendali, dall'altra trasferiscono parte del rischio dell'impresa sugli stessi lavoratori.²⁸⁰

In realtà il significato e l'impatto di questi istituti retributivi incentivanti dipendono da fattori diversi: dal tipo di indicatori prescelti, dalla dimensione quantitativa della parte variabile rispetto a

²⁷⁹ P. Sestito, *Riforma della contrattazione*, cit., p. 389.

²⁸⁰ Cfr. in generale T. Treu, *Le forme retributive incentivanti*, in RIDL, 2010, n. 4, p. 637 ss., P. Campanella, *Decentramento contrattuale e incentivi retributivi nel quadro delle politiche di sviluppo alla produttività del lavoro*, in WP M. D'Antona, IT, 185/2013; M. Gandiglio, *Partecipazione agli utili; azionariato dei dipendenti e salario di produttività: dialoghi con le aziende sulla partecipazione finanziaria*, in M. Carrieri, T. Treu, *Verso nuove relazioni industriali*, cit., p. 113 ss.

quella fissa della retribuzione, dal grado di influenza e di partecipazione dei lavoratori alla definizione e alla amministrazione degli stessi istituti.

Le tendenze al decentramento contrattuale ne enfatizzano la importanza e la criticità, perché è in sede aziendale che questi sistemi di retribuzione si sono maggiormente sviluppati. E la qualità delle relazioni fra le parti in azienda è l'elemento decisivo per determinarne gli esiti.

Le ricerche in materia confermano questo dato. Anzi specificano che la efficacia dei sistemi premianti rispetto agli obiettivi di promozione della produttività aziendale, non può valutarsi osservando solo il disegno e le dinamiche interne dei premi, ma deve tener conto del contesto complessivo.

Il contesto italiano presenta condizioni molto diversificate anche da questo punto di vista. Alcuni tratti storici del nostro sistema non sono favorevoli a uno sviluppo virtuoso degli incentivi salariali: così in particolare la cultura conflittuale di molti settori del sindacato, la divisione fra le varie organizzazioni, ora aggravata dalla frammentazione delle sigle, e la prassi consolidata di privilegiare aumenti salariali fissi rispetto a quelli variabili.

La normativa recente di incentivazione fiscale innova utilmente rispetto alle regole precedenti. Mentre queste non prevedevano condizioni e controlli per orientare l'uso effettivo degli incentivi, il sistema attuale (l. 208/2015 e 232/2016) individua indici precisi di produttività e redditività a cui condizionare la detassazione e prevede un sistema di monitoraggio per verificare se i parametri dichiarati dalle aziende richiedenti l'incentivo trovano riscontro nei fatti.

Il legislatore ha così posto alcuni presupposti per superare la prassi tradizionale degli aumenti retributivi fissi. Spetta ora alle parti della contrattazione di scegliere fra gli indici segnalati dalla legge, quelli che nel contesto aziendale sono più significativi per indurre un effettivo miglioramento qualitativo e quantitativo della produttività e alle stesse parti spetta di gestire le vicende applicative degli accordi sui premi perché da queste dipende l'efficacia e l'impatto delle scelte negoziate.

Il valore dell'esperimento legislativo si verificherà non solo dal rispetto delle procedure, ma soprattutto dalla capacità delle parti di gestire i loro rapporti con spirito collaborativo verso gli obiettivi segnalati dalla norma e più latamente per il miglioramento complessivo della qualità delle relazioni industriali e della vita aziendale.

Il sistema di monitoraggio previsto, che impegnerà il Ministero del lavoro in un compito inedito nella nostra tradizione, sarà importante per verificare l'andamento dell'esperienza e se del caso per modificarne i termini secondo le indicazioni emerse dalla prassi.

Le prime rilevazioni del Ministero segnalano che la detassazione del premio di risultato, ha ricevuto una buona accoglienza dalle parti. Nel periodo tra il maggio 2016 e il giugno 2018 sono circa 15.400 le imprese che hanno fatto domanda per avere la tassazione del premio, 88% in base a un accordo aziendale per un totale di 33.869 istanze e per circa 7 milioni di beneficiari nel biennio

con un valore medio del premio annuo di 1291 € per beneficiario.²⁸¹ Sulla base di tali dati si è potuto ritenere che la detassazione ha contribuito ad alzare i salari di un consistente numero di lavoratori, anche se la platea delle aziende che fanno contrattazione integrativa non sembra essersi ampliata di molto nel tempo e rimane ridotta sulle percentuali minoritarie specie nelle piccole aziende.²⁸²

La contrattazione territoriale cui la legge permette di ricorrere per estendere i benefici fiscali anche alle piccole aziende prive di rappresentanze sindacali, è ancora più limitata di quella aziendale, ma si sta lentamente diffondendo e ha contribuito ad ampliare la platea dei beneficiari. Le domande presentate dalle PMI a seguito dell'adesione a un contratto territoriale sono pari a 5719 per quasi 2 milioni di lavoratori e con un premio di circa 800 €, inferiore a quello dei premi previsti dai contratti aziendali.²⁸³

Se tali dati rivelano la vitalità della contrattazione aziendale, confermano tuttavia che essa non solo ha ancora una estensione ridotta, ma presenta un impatto diseguale fra settori, fra tipi e dimensione di impresa e fra territori del paese.

21. Il welfare aziendale e occupazionale.

Anche le forme di welfare integrativo di quello pubblico sono risalenti nel tempo in molti sistemi; ma hanno acquisito contenuti diversi e nuova rilevanza in anni recenti anche in conseguenza delle limitazioni intervenute nella sicurezza sociale pubblica e per altro verso del diffondersi fra i lavoratori di bisogni nuovi e personalizzati. In molti paesi, compresi quelli con un sistema consolidato di welfare pubblico, forme di benefits aziendali, unilaterali o contrattati, sono diventate una componente importante del sistema di protezione sociale. Cosicché questo sistema poggia ormai su due o più pilastri, oltre che su quello pubblico su un welfare collettivo e su una previdenza privata. Questi due pilastri hanno contribuito a mobilitare quote crescenti di spesa sociale privata destinate a soddisfare bisogni che in molti casi sarebbero destinati a rimanere insoddisfatti.

Le ricerche testimoniano che i benefits del welfare integrativo possono contribuire non solo al benessere dei lavoratori e alla produttività aziendale, ma, se adeguatamente diffusi e orientati, anche alla efficienza complessiva del sistema, in particolare con la promozione di una economia mista di servizi.

Nell'ordinamento italiano le prime esperienze di welfare aziendale si sono attivate per iniziativa unilaterale delle grandi aziende; e sono rimaste di origine unilaterale fino a tempi relativamente recenti, sia per il sostanziale disinteresse, se non per l'ostilità del sindacato a negoziare questa

²⁸¹ Vedi più diffusamente i dati presentati dal contributo INAPP di M. Centra, *La detassazione dei salari di risultato: le evidenze ricavate dal repository del Ministero del lavoro*, nel Rapporto del mercato del lavoro del Cnel e di M. Leonardi, *Le riforme dimezzate*, Egea, 2018, p. 60 ss.

²⁸² M. Leonardi, *Le riforme dimezzate*, Egea, 2018, p. 63.

²⁸³ M. Leonardi, *Le riforme dimezzate*, cit., p. 67, il quale rileva che la norma ha cambiato anche i contenuti dei contratti territoriali, perché prima essi facevano riferimento a un parametro generico come il PIL regionale mentre oggi le singole aziende senza RSA possono ottenere il beneficio fiscale solo se si verificano gli indici di produttività/redditività misurati in azienda. V. anche F. D'Amuri, R. Nizzi, *I recenti sviluppi delle relazioni industriali in Italia*, Banca d'Italia, *Occasional papers*, 416, dec. 2017, p. 95 ss.

materia, sia perché la legislazione fiscale detassava in capo ai lavoratori i benefits aziendali unilaterali in quanto liberalità, mentre tassava come retribuzione le misure negoziate.

Tale paradosso, che evidentemente scoraggiava la contrattazione, è stato superato dalla recente normativa che condiziona le agevolazioni al fatto che le misure di welfare, come i premi, siano negoziate con il sindacato.²⁸⁴

Nella prima normativa del 2016 il sostegno è diretto alla contrattazione aziendale perché molti benefits si sono sviluppati essenzialmente in azienda e sono adatti alla dimensione dell'impresa. La normativa successiva (l. 232/2016) ha esteso l'incentivo anche a misure di welfare negoziate in sede nazionale. Di tale sostegno si sono avvalsi alcuni contratti nazionali, in primis quello dei metalmeccanici, che hanno introdotto istituti adatti alla dimensione nazionale come la previdenza e la sanità complementare.

Anche la innovazione legislativa a sostegno del welfare, come quella per i premi di produttività, è stata accolta positivamente dalle parti. Secondo i dati rilevati al 31 dicembre 2017 gli accordi aziendali contenenti misure di Welfare sono 5236 per un totale di 2.491.374 lavoratori beneficiari e per un valore annuo medio stimato pro capite di 1435€. Inoltre le misure di welfare si sono molto diversificate nei contenuti. Le misure di welfare si sono molto diversificate e vanno dalla previdenza e assistenza complementare fino alle varie forme di sostegno al reddito e alle misure di educazione dei figli, fino alla conciliazione fra vita e lavoro.

Agli accordi sul welfare si aggiungono 400 accordi di partecipazione agli utili per un totale di beneficiari di 1.057.403, e un valore medio di 1.348 euro, e inoltre 2.039 piani di partecipazione paritetici per un totale di beneficiari di 1.731.073 con valore medio pro capite annuo di 1.674 euro.²⁸⁵

È significativo che la normativa fiscale di sostegno è stata estesa a istituti quasi sconosciuti alla tradizione italiana come la partecipazione agli utili dei lavoratori, e che la stessa legge ha incentivato con un'agevolazione fiscale maggiorata rispetto a quella prevista per i premi di produttività la contrattazione di strumenti e di modalità di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nella organizzazione del lavoro.

Il coinvolgimento è previsto in relazione all'organizzazione del lavoro, ma tale riferimento è sufficientemente ampio per comprendere la gran parte delle questioni rilevanti sia per le organizzazioni di fabbrica e per produttività sia per la qualità dei rapporti di lavoro e per il benessere dei lavoratori.²⁸⁶

Questa normativa allarga gli incentivi fiscali rispetto alle originarie previsioni come una tecnica per così dire di interventi a formazione progressiva, il cui potenziale impatto è da verificare nel tempo. Ciò vale in particolare per il sostegno a istituti come premi e welfare che si prestano a

²⁸⁴ Cfr. la evoluzione di questa normativa in M. Leonardi, *Le nuove norme sui premi di produttività e il welfare aziendale*, in C. Dell'Aringa, C. Lucifora, T. Treu, *Salari, produttività*, cit., p. 361 ss.

²⁸⁵ Cfr. M. Leonardi, *Le riforme dimezzate*, cit., p. 65 ss.

²⁸⁶ Vedi le specificazioni del DM 25 marzo 2015 (art. 4) sulle modalità del coinvolgimento.

essere gestiti in forma partecipativa e che possono ricevere stimolo dal coinvolgimento dei lavoratori nella loro impostazione e applicazione.

Tale scelta del legislatore tiene conto delle resistenze delle nostre parti sociali verso forme partecipative istituzionalizzate come quelle adottate in altri paesi europei, evitando di forzare tali resistenze con interventi di regolazione diretta e viceversa promuovendo la via contrattuale per introdurre forme partecipative variamente sperimentate con successo in alcune aziende italiane.²⁸⁷

Anche il potenziale impatto di queste misure sarà da verificare valutando i risultati via via riscontrati e adottando le correzioni che si rendessero necessarie sulla base dell'esperienza. Questa ha già evidenziato fra punti critici della contrattazione sui premi e sul welfare il fatto che, nonostante gli incentivi, tale contrattazione è distribuita in maniera diseguale fra le aziende e sui territori.

Il monitoraggio del Ministero dovrebbe essere accompagnato da un impegno diretto delle parti sociali nella valutazione dell'esperienza e dai suoi risultati le parti dovrebbero trarre gli elementi per verificare sia la qualità sia la dimensione di entrambi gli istituti premi e welfare anche al fine di correggerne le distorsioni e diseguaglianze applicative. Si tratta di una sfida nuova per il Ministero e per le parti sociali che dovrebbero attrezzarsi con una specifica strumentazione in grado non solo di controllare gli adempimenti formali degli impegni presi ma anche di valutare la qualità dell'innovazione realizzata con questi istituti e di stimolarne la diffusione.

La qualità della contrattazione sulle retribuzioni a risultato si misura dalla loro capacità non solo di premiare effettivamente i contributi dei lavoratori alla competitività aziendale, ma anche di stimolare un coinvolgimento attivo dei lavoratori nella gestione con il pieno utilizzo degli strumenti incentivati dalla stessa normativa.

La valutazione delle misure di welfare richiede una analisi anche più esigente. Se le prime misure adottate da qualche azienda erano di portata limitata e rispondevano ai bisogni specifici dei lavoratori in aree non raggiunte dal welfare pubblico, cosicché non si poneva un problema di contrasto con il sistema statale, la crescita degli ultimi anni rende possibile tale contrasto; quindi richiede una selezione rigorosa delle priorità e dei limiti di sviluppo dei benefits collettivi al fine di evitarle il contrasto. Una valutazione condivisa di tali priorità e sul come dirigere le misure aziendali a bisogni delle persone non soddisfatti dal welfare pubblico è condizione necessaria affinché il welfare occupazionale integri le tutele di base garantite dal sistema pubblico e non sottragga risorse al funzionamento di questo.

Le esperienze comparate mostrano che i due pilastri del welfare pubblico e di quello occupazionale possono integrarsi utilmente, e che la loro integrazione dipende non solo dal disegno normativo che definisce i confini fra i vari istituti, ma da una applicazione monitorata e gestita con la partecipazione dei lavoratori beneficiari. Ora che il welfare occupazionale non è più un fenomeno

²⁸⁷ Su tali esperienze cfr. M. Carrieri, P. Nerozzi, T. Treu. *La partecipazione incisiva*, Mulino, 2015, *Introduzione*, p.7, di M. Carrieri, P. Nerozzi; L. Pero, A. Ponzellini, *Un nuovo lavoro industriale fra innovazioni organizzative e partecipazioni incisive*, ivi, p. 45 ss.

di nicchia questa è la sfida principale delle parti sociali che hanno da poco riconosciuto l'importanza sociale di questa loro attività e che devono attrezzarsi per gestirla efficacemente.²⁸⁸

Le informazioni acquisite sulla base del monitoraggio e dell'esperienza potranno fornire indicazioni utili anche per migliorare la qualità delle misure da adottare nella contrattazione. Le prime ricerche in argomento segnalano che le misure fin qui privilegiate sono spesso adottate in base a valutazioni contingenti prive di organicità e hanno contenuti ancora largamente tradizionali.²⁸⁹

Non mancano peraltro esperienze anche in Italia in cui una contrattazione guidata dalla regia delle parti e sostenuta dalla partecipazione dei lavoratori ha introdotto misure innovative, come servizi alle persone adatti alle diverse fasi della vita e forme di conciliazione fra lavoro e esigenze familiari e personali (orari flessibili, congedi parentali, periodi sabbatici, ecc.).

Lo sviluppo di tali istituti, sempre più rilevanti per il benessere delle persone, caratterizza le esperienze più avanzate di contrattazione e ha il vantaggio di non richiedere tanto impegni finanziari delle parti quanto miglioramenti nella organizzazione del lavoro e dell'impresa, contribuendo così a qualificare il welfare contrattuale come un importante strumento di innovazione sociale.

Le indicazioni ricavabili da queste esperienze possono essere decisive non solo per orientare la contrattazione futura, ma anche per rivedere e ridimensionare gli obiettivi degli incentivi fiscali. Forse è giunto il momento per superare la disorganicità che ha caratterizzato l'impianto delle leggi di bilancio al fine di graduare meglio le agevolazioni fiscali e quindi l'impegno delle risorse pubbliche in rapporto alla diversa rilevanza sociale delle singole misure.

Una regia delle parti sociali è altrettanto importante per superare gli squilibri verificatisi nell'applicazione delle singole misure di welfare occupazionale. Questo è un aspetto importante del più generale problema di come organizzare il decentramento contrattuale e anche di come superare le distanze nelle tutele fra lavoratori standard e atipici.²⁹⁰ La introduzione di misure di welfare nei recenti contratti nazionali ha già dato un primo contributo per generalizzare istituti come la previdenza e la sanità integrativa estendendoli anche alle piccole imprese.

La estensione a queste aziende può essere ulteriormente promossa sostenendo gli schemi territoriali di contrattazione già esistenti a cui le piccole aziende possono aderire al fine di fruire delle agevolazioni fiscali per i premi di produttività convertibili in welfare a scelta dei lavoratori.

Lo strumento più efficace per raggiungere questa platea di imprese, non solo con i premi e con le misure di welfare, sarebbe di dare pieno riconoscimento al livello di contrattazione territoriale. Tale obiettivo riguarda l'intero assetto del nostro sistema contrattuale plurilivello, ma è attualmente realizzato solo in settori limitati dell'economia per le resistenze delle organizzazioni datoriali, in particolare della Confindustria.

La diseguale applicazione del welfare aziendale rilevata fra i vari territori del paese, in particolare fra le aree del Nord e del Sud, riflette storici squilibri del nostro sistema. Quindi può essere contrastata solo se l'impegno delle parti sociali per rafforzare la contrattazione nelle aree più deboli

²⁸⁸ T. Treu, *Introduzione, Welfare aziendale*, CSDLE, 297/2016, p. 31 ss.

²⁸⁹ Vedi M. Del Colle, P. Feltrin, *Che me ne viene? Il welfare aziendale visto dai lavoratori*, in *Welfare aziendale 2.0*, a cura di T. Treu, W. Kluwer, 2016, p.213 ss.; A. Marsala, A. De Giobbi, *Il welfare aziendale dal punto di vista delle aziende*, ivi, p. 253 ss.; F. Maino, *Secondo rapporto sul secondo welfare in Italia*, in F. Maino, M. Ferrera (a cura), Centro ricerche L. Einaudi, 2015, p. 28 ss.

²⁹⁰ In realtà in azienda vale la parità di trattamento anche per il welfare.

si inserisce in un quadro più vasto di politiche pubbliche e sociali dirette a correggere tali squilibri. Questa del resto è una condizione necessaria in generale per garantire l'equilibrato sviluppo del welfare occupazionale come di altri aspetti delle relazioni industriali. Gli istituti di welfare possono mantenere la loro funzione di sostegno a bisogni nuovi dei lavoratori, evitando il rischio di aggravare invece che di correggere le diseguaglianze tra le tutele, solo se sono inseriti in strategie pubbliche e sociali più ampie di contrasto ai vari dualismi che percorrono la nostra società, non solo quelli territoriali ma anche quelli fra le varie dimensioni di impresa e fra gruppi e tipi di lavoratori.²⁹¹

²⁹¹ B. Caruso, *The bright side of the moon. Politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, RIDL, 2016, I, p. 189 ss.

**Sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e giudizi pendenti:
prime riflessioni***

Luigi de Angelis

1. Considerazioni di premessa.	160
2. Ambito d' applicazione della sentenza d' incostituzionalità.	161
3. Nuove allegazioni e nuove prove nei vari gradi di giudizio.	162
4. Oggetto delle nuove allegazioni e delle nuove prove.	164
4.1. Responsabilità contrattuale e oneri di allegazione e probatori.	165

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 387/2019

1. Considerazioni di premessa.

A) Punto di partenza delle considerazioni che farò é la qualificazione dell'indennità prevista dall'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 come risarcimento del danno. Non perché ne sia convinto - molti sono anzi gli argomenti per sostenere altro (al riguardo la dottrina é divisa²⁹²) - ma perché é il presupposto logico su cui poggia il deciso di Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194²⁹³ che si sostanzia in pronuncia d' incostituzionalità parziale testuale (si é eliminato un pezzo di testo della disposizione)²⁹⁴ e del quale deve prendersi atto.

Tale presupposto é espressamente enunciato al punto 10 della sentenza sul rilievo dell'essere, il licenziamento illegittimo (per quel che qui interessa, relativo a contratto c.d. a tutele crescenti), un illecito derivante da violazione di norme imperative (gli artt. 2119 c.c. e 1 l. n. 604/1966: su ciò v. *postea*). Nel corpo della sentenza (punto 12.2) vi é anche il riferimento alla non dissuasività di un'indennità determinata in ragione della sola anzianità di servizio, ma questo non per aggiungere alla indennità una funzione²⁹⁵, ma per denunciare la sua inadeguatezza rispetto alla funzione risarcitoria (specie quando il licenziamento interviene nei primi anni di servizio²⁹⁶) all'interno della quale la pronuncia quindi si muove, come é ancora sottolineato al punto 14 quando si richiama la Carta sociale europea, la Convenzione OIL n. 158 del 1982 e il Comitato europeo dei diritti sociali. E la sentenza si muove sempre nella logica risarcitoria quando giustifica la forfettizzazione dell'importo nel basso e nell'alto spiegando come l'ordinamento possa derogare al principio della completa ristorabilità del pregiudizio purché ne sia garantita l'adeguatezza (punto 12.1). Soprattutto, la pronuncia fonda la sua conclusione d' incostituzionalità sulla mancata personalizzazione del danno che comporta il criterio di calcolo previsto dalla legge denunciata²⁹⁷ e che si traduce in un'indebita assimilazione di situazioni differenti e non realizza un equilibrato componimento degli

²⁹² Per riferimenti alle varie tesi, risarcitoria, sanzionatoria, mista cfr. M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel jobs act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, nota a Corte cost. 26 settembre 2018, n. 194, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1061 ss., anche note 6-8.

²⁹³ Appunto in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con note, di orientamento opposto, di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della consulta*, e di M.T. CARINCI, cit., nonché in *Foro it.*, 2019, I, 70, con nota di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Lav. giur.*, 2019, 153, con nota di C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, e in *Arg. dir. lav.*, 2018, commentata, 1518, da M. MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del Jobs Act*. La massima della sentenza é riportata anche in *Dir. lavori mercati*, 2018, 633, commentata da R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, e in *Giur. it.*, 2018, 2710, commentata da C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità per il licenziamento illegittimo*.

²⁹⁴ Cfr. M. BELLOCCI, T. GIOVANNETTI, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della corte costituzionale*, Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria dell'11 giugno 2010, in *cortecostituzionale.it*, § 2.2.

²⁹⁵ Conf. P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, in *Dir. lavori mercati*, 2018, 649 ss.; diversamente, M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1062, che riconosce una funzione sia pur secondaria alla funzione dissuasiva; D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti: gli effetti sui giudizi pendenti*, di prossima pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, 2019, §1, (letto anticipatamente per cortesia dell'autore); A. TOPO, relazione al citato convegno *Le sanzioni del licenziamento illegittimo e i limiti costituzionali*, che dice di polifunzionalità delle sanzioni da licenziamento illegittimo tra ristoro del danno e funzione punitiva. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 637 scrive che la corte sembra qualificare l'indennità, "almeno prevalentemente e con qualche forzatura, come risarcimento del danno", e C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 172, scrive di "natura almeno essenzialmente risarcitoria".

²⁹⁶ Cfr. G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP CSDLE "M. D'Antona"*, 2018, n. 382, 23.

²⁹⁷ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 633.

interessi in gioco nel tradire la finalità primaria della tutela risarcitoria consistente nella compensazione adeguata del pregiudizio subito (punto 12.3)²⁹⁸.

B) Altra considerazione di premessa è che le decisioni d' accoglimento della corte costituzionale sono d' immediata operatività nei giudizi pendenti²⁹⁹ ("la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", recita il primo comma dell'art. 136 cost., e "Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione", aggiunge il terzo comma dell'art. 30 l. 11 marzo 1953, n. 87³⁰⁰). È la c.d. efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale, un'efficacia retroattiva impropria o indiretta essendo piuttosto il riflesso del divieto per il giudice di applicare leggi incostituzionali rispetto a situazioni sostanziali già esistenti³⁰¹, e che trova un unico limite nei rapporti esauriti in modo definitivo, per avvenuta formazione del giudicato, anche interno³⁰², o per essersi verificato altro evento cui l'ordinamento collega il consolidamento del rapporto medesimo³⁰³.

2. Ambito d'applicazione della sentenza d'incostituzionalità.

Questo sul piano processuale pone delicati problemi, da varie angolazioni, a cominciare dalle ipotesi in cui gli effetti della sentenza vadano applicati.

a) In proposito, alla luce di quanto si diceva in precedenza sui rapporti esauriti, allorché vi sia stata statuizione di rigetto della domanda o l'indennità sia stata giudizialmente liquidata con il criterio dell'anzianità e non vi sia stata impugnazione della sentenza la questione è chiusa e la decisione 194 sarà inapplicabile. E lo stesso è ove, ad es., sia intervenuta decadenza per violazione dei termini dell'art. 32 l. n. 183/2010 e successiva modifica, o sia intervenuta transazione³⁰⁴.

Invece, nel caso in cui vi sia stata tempestiva impugnazione del datore di lavoro e sia stato proposto appello incidentale del lavoratore, anche tardivo³⁰⁵, inerente la quantificazione pur se proposto per motivo differente (ad es., la mancata inclusione di una voce retributiva) dal criterio di calcolo sulla base dell'anzianità, la *nuova* regola andrà a mio avviso applicata, posto che il principio *jura novit curia* fa sì che il giudice possa di sua iniziativa esaminare la questione purché il capo della decisione sia stato investito dall'impugnazione anche se per diverso profilo³⁰⁶. Questo vale

²⁹⁸ Per la funzione risarcitoria cfr., a quel che pare, il cenno di C. ROMEO, *La Consulta e la rivoluzione sulla misura dell'indennità*, cit., 2714, nonché quello di S. GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti"*, cit., I, 95, anche in *WP CSDL E "M. D'Antona". it*, 2018, n. 378, 8

²⁹⁹ Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 3, ed *ivi* richiami, anche in nota, a posizioni risalenti e poi superate; ma già ID., *L'incostituzionalità differita dietro quella (asseritamente) sopravvenuta (a proposito di Corte cost. 178/2015)*, in *Giorn. dir. lav.*, 2017, 174 ss.

³⁰⁰ La pubblicazione è quella sulla *Gazzetta ufficiale* o, per le leggi regionali, sul *Bollettino regionale*: cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, vol. II, Il Mulino, Bologna, 2018, 185 ss., ed *ivi* anche considerazioni sull'efficacia della sentenza d' accoglimento nel periodo compreso tra pubblicazione in cancelleria e pubblicazione sulla *Gazzetta* o sul *Bollettino*.

³⁰¹ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENO', *Giustizia costituzionale*, cit., 188.

³⁰² Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 6.2.

³⁰³ Tra le recenti cfr. Cass. 7 luglio 2016, n. 13884, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Corte costituzionale*, n. 86. Per una più puntuale elencazione cfr. G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., 190.

³⁰⁴ Cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 4.

³⁰⁵ Impugnazione incidentale tardiva avverso qualsiasi capo della sentenza, non esistendo alcun limite oggettivo all'ammissibilità dell'impugnazione incidentale tardiva: v. Cass. 7 novembre 1989, n. 4640, in *Foro it.*, 1989, I, 3405 e molte altre successive.

³⁰⁶ Ad es., Cass. 14 marzo 2014, n. 6042, in *Rep. Foro it.*, voce *Procedimento civile*, n. 141, proprio in materia di applicazione di sentenza d' accoglimento della corte costituzionale. In dottrina cfr. G. BALENA, *Le novità relative all'appello nel D.L. n. 83/2012*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 368.

a fortiori per il caso di tempestivo appello principale che sia stato proposto dal lavoratore, e anche per la reiezione della domanda.

In argomento vale la pena richiamare quanto affermato con riguardo alla modifica delle conseguenze economiche derivati dalla nullità dell'apposizione del termine *ex lege* n. 183/2010, in cui si è appunto detto che persino nel giudizio di legittimità il *ius superveniens*, che introduca una nuova disciplina del rapporto controverso, può trovare applicazione alla condizione, necessaria, che la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni agitate nel ricorso, posto che i principi generali dell'ordinamento in materia di processo per cassazione - e soprattutto quello che impone che la funzione di legittimità sia esercitata attraverso l'individuazione delle censure espresse nei motivi di ricorso e sulla base di esse - richiedono che il motivo del ricorso, con cui è investito, anche indirettamente, il tema coinvolto nella disciplina sopravvenuta, oltre che sussistente sia ammissibile secondo la disciplina sua propria; per cui, ove sia invocata l'applicazione dell'art. 32, commi 5-7, l. n. 183/2010 con riguardo alle conseguenze economiche della dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, è necessario che i motivi del ricorso investano specificamente le conseguenze patrimoniali dell'accertata nullità del termine, che non siano tardivi, generici o affetti da altra causa di inammissibilità, determinandosi, in caso contrario, la stabilità ed irrevocabilità delle statuizioni di merito contestate³⁰⁷.

3. Nuove allegazioni e nuove prove nei vari gradi di giudizio.

Le considerazioni che precedono pongono però a loro volta una serie di ulteriori problemi per i vari gradi in cui il procedimento si trovi.

A) Quanto al rispetto del principio della domanda e del diritto alla prova, laddove la causa si trovi in primo grado, la soluzione è abbastanza semplice, soccorrendovi la parte finale del comma 1 dell'art. 420 c.p.c. per il quale "le parti possono, se ricorrono gravi motivi, modificare le domande, eccezioni e conclusioni già formulate, previa autorizzazione del giudice"; modifiche che, alla stregua di recente pronuncia delle sezioni unite³⁰⁸, resa però *sub specie* dell'art. 183 c.p.c., eccedono perfino la semplice *emendatio*. Personalmente penso che nel caso di mutamento della legge - v. ancora l'ipotesi suddetta dell'intervento della l. 183/2010 - non sia neppure necessaria l'autorizzazione del giudice che deve solo valutare se la modifica normativa sia pertinente ed immediatamente applicabile alla fattispecie, mentre ciò non è nel caso d'intervento di pronuncia abrogativa della corte costituzionale stante la nota, consolidata giurisprudenza di legittimità sul mero impedimento di fatto rappresentato da una legge (poi) dichiarata incostituzionale, che, come tale, non impedisce il decorrere della prescrizione³⁰⁹. Un intervento siffatto, però, certamente costituisce a mio avviso *grave motivo* sul quale il giudice esprime una valutazione che è sì espressione di ampi poteri come è per la valutazione sulle clausole e sulle norme generali ma che è cosa diversa dalla valutazione discrezionale³¹⁰.

Alla stregua della suddetta giurisprudenza potrebbe però dirsi che le parti avrebbero potuto "proporre prima" i mezzi di prova, e ancor prima le necessarie allegazioni, sui nuovi elementi della

³⁰⁷ Cass. 26 luglio 2011, n. 16266, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Cassazione civile*, n. 108.

³⁰⁸ Cass. s.u. 15 giugno 2015, n. 12310, in *Foro it.*, 2016, I, 255, con nota di C.M. CEA, *Tra mutatio ed emendatio libelli: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c.*

³⁰⁹ Cfr., ad es., Cass. 16 giugno 2000, n. 8206, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2000, 789.

³¹⁰ Cfr., con qualche differenza, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 6.4.

fattispecie scaturiti dalla sentenza 194, ciò impedendo, stando allo stretto testo dell'art. 420, comma 5, l'introduzione di tali elementi e l'ammissione appunto di nuove prove sugli stessi. È però un rilievo, che vanificherebbe di fatto la possibilità di modifica della domanda, non convincente non solo per il formalismo della lettura ma anche perché il fondamento alla base della pronuncia della corte (la natura risarcitoria dell'indennità) poteva non essere l'unico e non essere conosciuto pur da chi avrebbe potuto tener conto dell'incostituzionalità della normativa. Addirittura, poi, qui le indicazioni sui criteri sono solo indicazioni di dubbia tassativa vincolatività (v. *infra*).

Il processo, quindi, va riaperto *in parte qua* anche dal punto di vista istruttorio, con il conseguente operare delle preclusioni e delle decadenze processuali (appunto per le parti relative alle nuove circostanze) però spostate a partire dalla prima udienza successiva alla pubblicazione della pronuncia della corte.

Quanto detto sui mezzi istruttori vale anche per la parte che ha introdotto la causa proprio nel giudizio in cui è stata sollevata la questione, per la quale non può invece valere quanto detto circa la domanda, che ovviamente deve essere introdotta *ab initio* altrimenti la questione stessa sarebbe andata incontro al giudizio d'irrelevanza.

B) Se la pronuncia della corte è intervenuta quando il processo era in grado d'appello o durante il decorso dei termini per l'impugnazione, la questione è meno semplice. L'art. 437, al comma 2, contempla l'ipotesi dell'indispensabilità di nuovi mezzi di prova, ammissibili anche d'ufficio, ma perentoriamente dispone che non sono ammesse nuove domande ed eccezioni. Sennonché, stante la qualificazione risarcitoria di cui si è detto, in senso contrario va richiamata per affinità quella giurisprudenza per la quale in tema di risarcimento del danno la richiesta di una diversa quantificazione o specificazione della pretesa, intesa non solo come modifica della valutazione economica del pregiudizio costituito dalla perdita o dalla diminuzione di valore di un bene determinato, ma anche come richiesta dei danni provocati dallo stesso fatto che ha dato origine alla causa e manifestatisi solo nel corso del giudizio, deve ritenersi ammissibile in appello, in quanto non integra l'ipotesi di una nuova *causa petendi* che si aggiunge a quella di primo grado³¹¹. Diversamente, proprio perché vi è modifica della *causa petendi*, per Cass. 12 agosto 1987, n. 6899³¹² se il lavoratore licenziato abbia dedotto, con il ricorso introduttivo di primo grado, l'illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa o di giustificato motivo, costituisce domanda nuova quella successivamente proposta nel corso dello stesso giudizio per ottenere l'accertamento della nullità del licenziamento medesimo, avente natura disciplinare, per l'inosservanza della procedura prevista dall'art. 7 statuto dei lavoratori (dichiarato parzialmente illegittimo dalla corte costituzionale con sentenza n. 204 del 1982), in quanto tale domanda importa la deduzione di un'altra *causa petendi* in aggiunta a quella originaria, con l'inserimento nel processo di un fatto nuovo e di un diverso tema d'indagine e di decisione; né l'esame di tale nuova domanda può ritenersi imposto dal principio (art. 1421 c.c.) della rilevanza d'ufficio della nullità in ogni stato e grado del giudizio, atteso che tale principio va coordinato con le regole del processo e, segnatamente, con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 99 e 112

³¹¹ Cass. 18 aprile 2013, n. 9453, in *Foro it.*, 2014, I, 913.

³¹² In *Foro it.*, 1989, I, 1937, con nota di G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza d'ufficio della nullità del contratto*.

c.p.c.), i quali escludono che il giudice possa di sua iniziativa dichiarare una nullità il cui accertamento presupponga l'esercizio di un'azione diversa da quella in effetti proposta³¹³. A conclusione analoga e con più approfondito sviluppo sistematico del ragionamento è pervenuto chi si è per primo occupato del problema³¹⁴.

Quanto ai mezzi istruttori soccorre il criterio dell'indispensabilità di cui si è detto.

C) Con riguardo al caso di pendenza del giudizio di cassazione, ove, come si è prima visto, siano stati proposti motivi del ricorso, tempestivi e non generici, coinvolgenti le conseguenze patrimoniali del licenziamento illegittimo, la cassazione dovrà cassare con rinvio, ed in quella sede dovrà ritenersi consentita la modifica della domanda e la riapertura dell'istruttoria. È questo a mio avviso l'aspetto più problematico, posto che in qualche modo si viene a forzare la natura del giudizio di cassazione e di rinvio. Vi è però giurisprudenza di cassazione piuttosto recente in tal senso³¹⁵.

4. Oggetto delle nuove allegazioni e delle nuove prove.

Si accennava alle allegazioni e alle prove, che dovranno tener conto della natura risarcitoria dell'indennità in questione, della quale, si è detto, qui si deve prendere atto.

Fermi gli oneri probatori in capo al datore di lavoro sulla esistenza della causale, incomberà allora al lavoratore allegare e provare l'esistenza di un danno superiore al minimo di legge delle quattro - ora sei - mensilità di retribuzione, e al datore di lavoro allegare e provare un danno inferiore alle ventiquattro mensilità (ora trentasei) come potrebbe essere nel caso in cui l'anzianità di servizio sia molto alta.

Qui però si aprono due strade. Se si ritiene i criteri che la corte costituzionale ha indicato nella parte finale della sua motivazione siano vincolanti³¹⁶, allegazioni e prove dovranno avere ad oggetto le (sole) circostanze in esse previsti. Se, come credo, non lo siano³¹⁷ - i criteri sono infatti estranei al dispositivo abrogante e non costituiscono presupposti indispensabili dello stesso né, stante appunto, l'illegittimità parziale testuale e il non avere la corte scelto la via della pronuncia

³¹³ Diversamente per App. L'Aquila, 26 novembre 1992, in *Giust. civ.*, 1993, I, 516, la stessa *causa petendi* può essere ampliata o modificata ove nel corso del giudizio intervenga una pronuncia della corte costituzionale che determini nuove condizioni dell'azione che possono legittimare l'accoglimento della domanda.

³¹⁴ Cfr., D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., §§ 7 e 8.

³¹⁵ Cass. ord. 15 novembre 2017, n. 27155, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Cassazione civile*, n. 294; 19 dicembre 2016, n. 26193, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Rinvio civile*, n. 2; in punto cfr. D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 9.

³¹⁶ Come ritiene M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1064, e sulla sua scia, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., §1; *contra*, P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato*, cit., 652. Per considerazioni di apprezzamento del ricorso da parte della corte a criteri *desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti* (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti), cfr. O. MAZZOTTA, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018, 630, che scrive di volto più apprezzabile del c.d. costituzionalismo laddove integra le lacune riempiendole con un'interpretazione costituzionale che valorizza dati sistematici. Nella inevitabile necessità della scelta fra più opzioni interpretative la Corte ha optato per quella maggiormente in armonia con il sistema complessivo. R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194*, cit., 639, non prende posizione in punto, rilevando che comunque l'alternativa non pone eccessivi problemi pratici-applicativi perché è verosimile che i giudici utilizzeranno i criteri indicati dalla corte.

³¹⁷ Conf. C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 170.

additiva³¹⁸ (o sostitutiva)³¹⁹, possono valere in tal senso per la integrazione della motivazione con il dispositivo - andranno allegare e provate tutte le circostanze atte a dimostrare l'esistenza di un danno, incombando al datore di lavoro, fermo il minimo, di allegare e provare il contrario nonché l'*aliunde percipiendum* (v. *infra*).

Si rendono, a questo punto, necessarie alcune puntualizzazioni. Innanzitutto, l'ho accennato, non ritengo che a fronte di una declaratoria d' illegittimità parziale testuale possa integrarsi il dispositivo con la motivazione, come è in generale per le sentenze di cui non è data immediata lettura. Non ritengo, infatti, che ad una forzatura quale già è la sentenza additiva o sostitutiva cui non è cenno né nell'art. 136 Cost., né nella l. cost. n. 87/1953, possa aggiungersi l'ulteriore forzatura di andare oltre un *dictum* dalla rilevanza enorme data dall'incidere su di un atto del potere legislativo e cioè su di una legge. Un conto è dire, come fatto in precedenza (al § 1), che si debba prendere atto del presupposto indispensabile del deciso, altro conto è superare con la motivazione una pronuncia d' illegittimità parziale che si è limitata ad espungere alcune parole dal testo di legge aggiungendone altre. Penso poi che, alla luce del ragionamento della corte costituzionale, unico aspetto di specialità della tutela risarcitoria in questione rispetto a quella di diritto comune sia la forfettizzazione nel minimo e nel massimo³²⁰ di cui si diceva, per il resto dovendo applicarsi le regole del *diritto privato generale* o *diritto primo*³²¹. Tra queste, con riguardo all'*aliquid percipiendum*, le regole previste dall'art. 1227 c.c.³²² (la caducazione del rapporto a seguito del licenziamento, pure illegittimo, esclude possa porsi problema di *aliquid perceptum*³²³ data la ormai consolidata giurisprudenza sulla natura obbligatoria del preavviso³²⁴).

Quel che si è detto a proposito di allegazioni e prove non deve riguardare anche il danno non patrimoniale, che pure pare essere estraneo alla onnicomprensività pure affermata dalla corte per "palese volontà del legislatore" (v. punto 10, parte finale); danno non patrimoniale connesso ad eventuali modalità ingiuriose del licenziamento e quindi ad un fatto che presenta ulteriori connotati ma che già sussisteva a prescindere dalla sentenza della corte.

4.1. Responsabilità contrattuale e oneri di allegazione e probatori.

Sempre in tema di allegazioni e prove, valgono le regole proprie del risarcimento del danno. In

³¹⁸ Così, invece, M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele*, cit., 1064, e, ancora sulla sua scia, D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., §1; *contra*, P. SARACINI, *Licenziamento ingiustificato*, cit., 651 ss.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 170.

³¹⁹ Come sentenza additiva s' intende quel tipo di pronuncia con la quale la corte dichiara incostituzionale una certa disposizione in quanto omette di dire qualcosa ("nella parte in cui non prevede che"), mentre come sentenza sostitutiva s' intende la pronuncia che prevede una determinata cosa anziché prevederne un'altra, componendosi quindi di una parte demolitoria del contenuto della disposizione impugnata, e di altra ricostruttiva attraverso cui la corte provvede a dotare la disposizione stessa di un diverso contenuto: così E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, 138.

³²⁰ Sull'importanza dell'aver la corte salvato il limite massimo cfr. P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento*, cit., 1051.

³²¹ Secondo la terminologia di C. CASTRONOVO: *Diritto privato generale e diritti secondi*, in *Jus*, 1981, 158 ss.

³²² *Contra*, C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure*, cit., 172.

³²³ Per D. DALFINO, *L'incostituzionalità del contratto a tutele crescenti*, cit., § 1, la questione, tra quelle su cui a suo avviso resta il dubbio, può riguardare il periodo compreso tra licenziamento e deposito della sentenza.

³²⁴ Tra le recenti cfr. Cass. 6 giugno 2017, n. 13988, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2017, 567.

particolare, il richiamo all'illecito fatto nella sentenza e prima messo in luce al paragrafo 1 di questo scritto, non specifica se si tratti di illecito aquiliano o contrattuale, come ritengo alla stregua del rilievo, presente nella sentenza stessa, che il licenziamento, pur efficace, ha violato la regola inderogabile del rapporto per la quale al licenziamento può procedersi in caso di giusta causa o giustificato motivo. In tale direzione é orientata la corte di cassazione in materia di prescrizione, che per questo afferma che il diritto del lavoratore al risarcimento del danno resta assoggettato all'ordinaria prescrizione decennale anziché a quella quinquennale³²⁵.

³²⁵ Cfr. Cass. 7 maggio 2004, n. 8720, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1888; 4 dicembre 2002, n. 17209, in *Riv. giur. lav.*, 2003, II, 540, con nota di G. FONTANA, *La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore nelle ipotesi di dequalificazione professionale*.

The Social Partners and the Welfare State in Italy: Challenges and Opportunities*

Stefano Giubboni

1. Background history.	168
2. Social partners and the institutional participation to the social security system.	169
3. Unions as qualified providers of welfare instrumental services.	170
4. The negotiating role of social partners in the Italian welfare mix.	170
5. Social partners and supplementary pension provisions.	171
6. Social partners and bilateral solidarity funds.	172
7. Social partners and corporate welfare.	174
8. Concluding remarks.	175

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 388/2019

1. Background history.

Similarly to other European countries, trade unions have played a very important role at the origins of modern forms of social security also in Italy, although with some delay compared to the continent's major countries due to the late start of industrialization and the consequent late development of the labour movement. Some might say that, also in Italy, social security originates as the expression of self-organization and mutual self-protection within the labour movement and the incipient industrial trade-unionism (let us consider the somehow founding role of labour solidarity experienced in Italy through mutualistic collective funds and cooperation)³²⁶.

When the first form of compulsory social security was established with law n. 80 of 1898 on industrial injuries and accidents at work, the Italian legislator did not adopt the Bismarckian corporatist model, although taking inspiration from the German laws³²⁷, as it preferred to attribute a distinctly public nature and character to the new social insurance fund. However, the 1898 law did not attribute any legal monopoly to the newly established national fund, thus allowing compulsory insurance to be fulfilled also through private insurance companies³²⁸. Such a legal monopoly was established only at the beginning of the Thirties, during the fascist regime.

In the years when the foundations of modern social security are being laid in Italy, at the turn of the Nineteenth and Twentieth century, the very same public intervention remains within the strong limits allowed by the predominant liberal ideology (the first form of compulsory pension insurance is dated 1919). Thus restricted, the State's role inevitably allows a significant amount of freedom for private-collective welfare and unions find plenty of places where they can strengthen their incipient role in ambits that had not yet been accessed by public intervention (as it typically occurs in regards to job placement, where Labour Chambers electively operate).

This framework is bound to change radically with the rise of fascism. Since its early days the fascist regime imparts a very strong public-authoritarian imprinting to the whole system of collective labour relations (already through law no. 563 of 1926) and, later on, to the organization of welfare and social security, conceived as founding elements for the development of the totalitarian nation-State. The comprehensive reform programme performed in the Thirties finalises a project of overall public-law re-organisation of the Italian social security system, conceived as a tool to be used through the social-economic policies of the fascist regime and as a fundamental element of building of a mass-consensus for the totalitarian State. Fascist corporatism denies freedom to the intermediate societal bodies in general by absorbing them within the state apparatus for the sake of corporative solidarity and the overcoming of class conflicts³²⁹.

It is only through the Liberation and the establishing of a democratic Republic that free unions go back to having their – constitutionally guaranteed – role as main political trigger for the development of the social protection system, being an original self-constituting and self-legitimising social group (*formazione sociale*) aimed at the promotion of fundamental rights of the individual and as free and self-organized forms of workers' collective solidarity (Articles 2 and 3 of the Italian Constitution). This leading role played by the unions is mainly acknowledged by the Constitution in

³²⁶ Cf. A. Cherubini, *Storia della previdenza sociale*, Roma, 1977, p. 10 ff.

³²⁷ See G. Gozzi, *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, 1988, p. 11 ff.

³²⁸ Cf. A. Cherubini, *Dalla libertà all'obbligo. La previdenza sociale fra Giolitti e Mussolini*, Milano, 1998, p. 7 ff.

³²⁹ Cf. C. Giorgi, *La previdenza del regime. Storia dell'Inps durante il fascismo*, Bologna, 2004, p. 23 ff.

its typical capacity as negotiator in the realm of collective bargaining (Art. 39), by expressly introducing the principle of (individual and collective) freedom to self-organise welfare (Art. 38, par. 5: *L'assistenza privata è libera*).

2. Social partners and the institutional participation to the social security system.

As the predominant role envisioned by the Constitution itself is played on the field of collective bargaining, as we shall see shortly, nevertheless we shall not disregard one aspect that has characterized Italian social legislation mainly during the 1970's and at least up until the reform introduced between the Eighties and the early Nineties in a logic of retrenchment of the Italian welfare state. During the period of greatest historical expansion of the Italian welfare state (precisely between the 1970's and 1980's), unions – especially the most representative general confederations (CGIL, CISL and UIL) – were acknowledged the important role of institutional participation to the management of social security³³⁰.

The Italian legislator progressively allowed unions' participation to the management of the country's major institutions of public social security, without strictly adopting the neo-corporative model typical of certain experiences in Northern-Europe. Such a form of institutional participation rather derives from a general inclination that characterizes that historical period, of co-opting the most representative unions in the management of welfare public administration, acknowledging a role that may be defined, broadly speaking, as political and administrative at the same time. The role attributed to the most representative trade unions is actually placed within a wider dynamic, underway in Italy in those days, definitely characterized by a movement for the expansion of participative democracy and the leading role played by major mass organizations (political parties and trade union confederations).

This model of institutional participation, however, has been widely outweighed starting from the reform adopted at the end of the 1980's and throughout the Nineties. Although strongly disempowered, this political-institutional participative dimension, however, has not been completely abandoned³³¹. A significant institutional participation of the most representative unions, in fact, has been maintained in the current system through the supervisory councils (CIV – *Consigli di indirizzo e vigilanza*) belonging to the major public welfare institutions (INPS – National Social Security Institute and INAIL – National Institute for Insurance against Accidents at Work), the purpose of which is to define the programmes and identify the guidelines to be implemented by these social security institutions, while determining multi-annual strategic objectives whose implementation and management, however, is totally and autonomously assigned to the institutional governance and related technical structure of INPS and INAIL³³².

³³⁰ Cf. T. Treu, *Sicurezza sociale e partecipazione*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1970, I, p. 137 ff.; M. Persiani, *La partecipazione dei rappresentanti dei lavoratori alla gestione degli enti previdenziali*, in *Sicurezza sociale*, 1970, p. 332 ff. See, also, M. Cinelli, *Organizzazione amministrativa del lavoro*, in M. Dell'Olio (ed.), *Diritto del lavoro – 2 – Dizionario del diritto privato*, directed by N. Irti, Milano, 1981, p. 235 ff.

³³¹ See M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2016, p. 134.

³³² Cf. B.G. Mattarella, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, 2003, p. 75 ff.

3. Unions as qualified providers of welfare instrumental services.

The role that unions are authorized to carry out, by law, through the so called *patronati* differs from the participatory role, although it is somehow linked to an administrative-type function in the management of the welfare system. Although already foreseen in the liberal era and organically recognized by law since 1947, that model for union participation to the administration of public welfare is typical and peculiar of the Italian experience. After the reform of 2001, the *patronati* carry out assistance and protection functions in support of workers, retirees and more in general of all the citizens who turn to them to gain access to the benefits provided for by the Italian welfare state. By law, the *patronati* are acknowledged as legal entities governed by private law, whose purpose is social utility; at the same time they are a direct expression of union organisations and – through the public financing that they benefit from – they broadly contribute to the overall financial needs of the unions that they represent.

The *patronati* carry out an essential role in guaranteeing access of citizens and workers to social security benefits and, to some extent, they represent the privileged institutional interface to the public social security institutions. Therefore – through the *patronati* – unions act as qualified suppliers of instrumental services for the access to welfare and for exercising social citizenship rights. Thus, it is a matter of a role that is prevalently administrative and of consultancy nature which, however, has evident political implications as it confers on the union organizations the important functions of filtering and of institutional mediation between welfare public administration, on one hand, and citizens and workers, on the other³³³.

4. The negotiating role of social partners in the Italian welfare mix.

Nevertheless, there is no doubt that the main role played by social partners in the Italian welfare system is the one that unions carry out in their typical capacity as bargaining players in the vast and diversified universe that may be called contractual social security (*previdenza contrattuale*)³³⁴. This – non-technical – expression is used to designate the complex and articulated series of measures and provisions of a broadly welfare and social security nature, whose primary or original source is collective bargaining and which, therefore, are an expression of the collective autonomy constitutionally given to union organizations (Art. 39, Italian Constitution, in conjunction with Art. 38, par. 5). The connotation that differentiates and unites these forms of welfare and contractual social security – which may have very different objectives and purposes (and, therefore, correspondingly different regulations, e.g. from the point of view of tax treatment) – is the collective bargaining source and their origin within the industrial relations system. In fact, this is a matter of forms of contractual welfare – that can be supplementary, integrative, additional and even alternative (i.e., substitutive) to the social protection provided for by the State – which are established by (national or decentralised) collective bargaining, and partly regulated by it in a rather complex and articulated relationship with the law. The ways in which these forms of contractual welfare interact with the public system of social security, and therefore with the legal sources, are significantly different and result in widely diversified forms of interrelation between

³³³ Cf. M. Campedelli, P. Carrozza (a cura di), *Innovazioni nel welfare e nuovo patrocinio. Promuovere cittadinanza dopo il secolo breve*, Bologna, 2009.

³³⁴ M. Squeglia, *La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Torino, 2014.

the law and collective agreements. Being unable to carry out a thorough analysis in this context, which would require a complex investigation, we may assert that within the framework of a broadly contractual welfare, law and contractual bargaining engage in a relationship in which the balance between public and private – that is between the variegated role of the law and the spaces left to freedom and collective autonomy – vary considerably according to the welfare sector considered³³⁵.

Hereinafter I will provide the examples I consider to be most important of this different interaction between the law and collective agreements inherent to contractual welfare. We can briefly anticipate that with regard to the supplementary pension system (which is the most important expression of contractual social security in Italy to date), collective agreements, and primarily national sector and branch collective bargaining, are promoted by the law which, however, sets important limits to the autonomy of the social partners in order to pursue public interests, laying down a mandatory legal framework. With regard to bilateral solidarity funds (*fondi bilaterali di solidarietà*) – which are active in the vast field of social security safety nets and in the protection against unemployment – the role of the law is even stricter, so much to move towards an actual public regulation (and organic incorporation into the public welfare apparatus) of these forms deriving from collective autonomy. Lastly, a different case altogether is the so-called corporate welfare (*welfare aziendale*), where the role played by the law is primarily promotional – due to the vigorous fiscal and contributory incentives –, allowing social partners (this time mostly involved in collective bargaining at a company and decentralised level) to benefit from a broad freedom for the implementation of mainly private-collective interests.

The different forms of public-private interaction, between the law and collective agreements, that are generated by the three different forms of contractual welfare considered (supplementary pensions, bilateral solidarity funds and corporate welfare), therefore, require now a slightly extended analysis³³⁶.

5. Social partners and supplementary pension provisions.

Although organically regulated by law only in 1993, supplementary pension schemes remain the primary expression of contractual welfare in Italy³³⁷. Albeit the legislative reform of 2005 shows a pluralistic source system, thus allowing the establishment of open pension funds (*fondi pensione aperti*) by companies in the banking and insurance sectors, collective agreements remain the privileged founding source. The legislator's support towards the collective pension funds actually leads to an indirect but nonetheless certain promotion of national sectorial collective bargaining, which, in fact, maintains the role of main establishing source for supplementary pension schemes in Italy.

The legal *favor* towards collective bargaining – especially at the branch and sector level – is traceable in significant aspects of the legal rules on supplementary provisions still today. For example, although in principle a worker is entitled to the free portability of his/her supplementary pension position from a closed collective pension fund to an open pension fund, the employer's obligation

³³⁵ Cf. M. Cinelli, S. Giubboni, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Milano, 2018, p. 235 ff.

³³⁶ See generally M. Cinelli, "Pubblico", "privato" e Costituzione nelle attuali dinamiche della previdenza, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2017, p. 401 ff.

³³⁷ Cf. S. Giubboni, *La previdenza complementare tra libertà individuale ed interesse collettivo*, Bari, 2009.

to contribute for the future to the new pension scheme chosen by the worker is made conditional on the provision laid down by the same collective agreement. This aspect of the legal framework on the portability of individual pension positions shows the legislator's persisting support of collective funds established by social partners on the assumption that only broad contractual categories of workers may enable those economies of scale that are necessary for an adequate financial development of complementary pension schemes.

And exactly on these terms, the law opted for a model of joint management by the social partners (namely workers' unions and employer associations who have signed the collective agreement establishing that pension scheme), although through the imposition upon the designated representatives of rigorous standards of expertise and good repute. Moreover, we must consider that – generally – the law imposes a professional management of the pension funds' financial assets, requiring that relevant managing conventions be signed by accredited financial intermediaries. Therefore, in terms of management we can assert that, for the safeguard of the pension savings of member workers, the principle of joint self-governance by social partners is tempered by conferring its professional management to qualified providers of the financial market (in compliance to European directives).

Collective bargaining, especially the sectorial/branch level type, is thus promoted by the law which, at the same time, imposes limitations upon the trade unions' collective autonomy in order to safeguard public interest and especially to ensure that the aim of supplementary pensions, although reflecting the union's contractual freedom, is to guarantee adequate levels of social security coverage along with mandatory public arrangements. The most debated limits which, however, for some time now, the Constitutional Court (e.g. through ruling no. 393 of 2000) has been considering to be compliant with the constitutional parameters (Arts. 38, 39 and 41 Italian Constitution), actually involve the relationship between mandatory public schemes and supplementary pension forms. Among other limits, in fact, the law states the rule according to which benefits of supplementary pension funds may be provided to member workers as long as these are at the same time entitled to access benefits from the public basic social protection scheme. This rule (and others having the same purpose) imposes a strict functional limitation upon collective autonomy, as it aims at guaranteeing that supplementary pensions ensure more adequate levels of social security coverage for workers, along with the benefits provided by the mandatory public pension schemes.

Nevertheless, we shouldn't ignore that in the Italian system, the adhesion of an individual worker to a supplementary pension scheme, even the one established by the collective agreement applicable to the employment relationship, is always a free choice of the individual, in the sense that it derives from a free personal decision. This is a very problematic aspect of the existing legal framework, that has been criticized by many and, nonetheless, it goes to show that supplementary pensions, even those deriving from collective bargaining, may be aimed at increasing workers' social protection only when their (potential) beneficiaries freely decide to adhere.

6. Social partners and bilateral solidarity funds.

A different role altogether is the one played by social partners in the establishment and management of bilateral solidarity funds, since in this case the Italian legislator resolutely opted in favour

of a more accentuated public-law connotation of the whole system³³⁸. The legal framework is quite complex, and for the limited purposes of this analysis we can see that bilateral funds – originally – are perhaps among the most authentic and significant expression of the cooperative-type dynamics of the Italian system of industrial relations, historically characterized by the prevalence of strongly dialectic and adversarial cultures and approaches to industrial conflict. At first, in fact, bilateral funds are entities founded by the social partners on an equal basis through (national or, in certain fields, local) collective bargaining in order for workers and companies to achieve certain mutual-type social benefits.

In particular, the establishment of bilateral mutual funds is required and regulated by the law in order to guarantee that workers are provided with protection whilst in employment in the event of reduction or suspension of the working activity for reasons provided for under the law on ordinary or extraordinary wage subsidies (*cassa integrazione guadagni*). The introduction of the funds is originally free, although in practice it has been made compulsory by the legislator (starting with the 2012 reform), through the establishment of a residual public fund that is precisely mandatory for all sectors not covered by the legal protection concerning wage subsidies (*cassa integrazione guadagni*) for all employers employing over five workers on average.

Besides the purpose of guaranteeing workers with protection whilst in employment, in the event of working time reduction or suspension, bilateral solidarity funds may have the following objectives: a) ensure that workers receive supplementary benefits, in terms of the amount or duration, compared to those provided for under the law in the event of termination of employment, or supplementary benefits in terms of the amount, with respect to general unemployment insurance; b) provide special allowances for income support, approved within the framework of early retirement facilitation processes, for those workers who are going to meet the necessary requirements for old-age or early retirement in the following five years (although, through various measures, the law has prolonged such period in certain cases and under certain circumstances); c) contribute to the financing of EU training programmes. In terms of the later objectives, these funds may also be established with respect to sectors and size classes of the employers that already act under the law on wage subsidies.

In this respect, the most representative union organizations and business associations at national level, comparatively speaking, stipulate collective agreements, including cross-sectorial ones, concerning the creation of bilateral solidarity funds. Once the union initiative has been achieved, though, the law takes action to frame bilateral solidarity funds within a logic that considerably privileges a dominating public-law dimension. In fact, once established by the social partners, bilateral solidarity funds consequently take on a public nature and function. In fact, following the establishing collective agreement, by a decree of the Ministry of Labour in conjunction with the Ministry of Economy and Finance, the fund is established as a special fund within the INPS. In this way, the fund is transformed into a public body and its budget – although typically entirely financed through the social security contributions paid by companies and workers – is taken up as a portion in the general budget of the INPS.

Alternatively to such ordinary public model, although only in relation to very specific sectors (e.g., temporary work agencies), the law allows bilateral solidarity funds to be deployed within a private

³³⁸ See e.g. S. Renga, *Bilateralità e sostegno del reddito*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2018, p. 433 ff.

law framework. Outside this framework, however, the general rule has become to trace back any expression of collective bilateralism to the public system run by the major public social security institution in Italy (i.e., the INPS). Accordingly, the bilateral solidarity funds' management committees established at the INPS are fully-fledged internal entities of the public social security institute. The members of these entities are designated on an equal footing by the most representative trade union and employers' organizations who sign the collective agreement, but their actual appointment shall be made by a decree of the Ministry of Labour, as they are performing a public function. Accordingly, both the social benefits provided through these funds and the mandatory social security contributions that finances them are, in all intents and purposes, of a public legal nature.

In the case of bilateral solidarity funds, therefore, we are witnessing a very original phenomenon of fusion, so to say, between collective agreements, which maintain the role of establishing source, and regulations governed by public law³³⁹. The legislator's support to this form of collective mutual solidarity, which is specifically expressed through the bilateral funds, goes as far as to achieving an actual up-take of the management and of the very functions of social protection that these funds carry-out within the system of mandatory public social security.

7. Social partners and corporate welfare.

As stated above, a totally different case is represented by the so-called corporate welfare³⁴⁰. This term usually applies to the series of contractual or unilateral initiatives carried out by the employer and aimed at increasing the wellbeing of workers and their families through a different distribution of earnings, which may consist of compensation benefits, a direct provision of services, or a mixture of the two solutions.

It, obviously, involves a very broad definition that may potentially be suitable to cover a different and variegated universe of non-monetary services and benefits, going from supplementary health care to the same supplementary pensions, from economic support for families, to education and training. Therefore, a very wide range of benefits for the workers that results in a package of possibilities for the access to services that are a useful complement to traditional monetary remuneration.

In this field, the promotion of the role of collective bargaining is the result of a rather recent decision of the Italian legislator, which developed into the provision of a very considerable series of fiscal advantages in support of both the companies and the workers. Recent empirical researches show that company collective bargaining is making extensive use of the opportunities offered by the law and that – as expected – company welfare projects are undergoing their greatest development precisely at the decentralised (business or plant) level. However, more recently,

³³⁹ S. Giubboni, *I fondi bilaterali di solidarietà nel prisma della riforma degli ammortizzatori sociali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 715 ff.

³⁴⁰ Cf. T. Treu (ed.), *Welfare aziendale. Migliorare la produttività e il benessere dei dipendenti*, Milano, 2013.

forms of corporate welfare have been foreseen also by national sector collective bargaining (just like for the important case related to the metal industry)³⁴¹.

Corporate welfare raises very delicate issues and it lends itself to very problematic evaluations. On one hand, it certainly represents a new frontier of the Italian welfare mix where – thanks to the fiscal incentives granted by the law – collective bargaining is called upon to play an important role of social innovation, with positive implications on the wellbeing of workers and on companies' productivity³⁴². However, on the other hand, the risk is to increase the many inequalities that afflict the Italian system (large companies vs. small employers, rich territories vs. economically depressed regions, standard employees vs. atypical workers etc.), by actually contradicting that purpose of social solidarity which should, conversely, always justify a strongly advantageous fiscal treatment. In other words, the risk is that, on the basis of the fiscal incentives granted by the law, corporate welfare may accentuate socioeconomic cleavages to the advantage of strong segments of the Italian labour market, with the result of increasing inequalities that are not followed by appropriate compensation in terms of growth of the general welfare of the country.

8. Concluding remarks.

The critical analysis just carried out on the ambiguous role of corporate welfare gives us in return an inevitably complex picture of the very same role that social partners carry out more in general – in the different contexts analysed in this paper – within the Italian social security system, broadly defined.

The comparative industrial relations analyses frequently stress the fundamental “resilience”, as someone has said, of the role taken on by trade unions, especially as negotiating player³⁴³. The rate of coverage of national branch-collective agreements in Italy is still high. In fact, national collective agreements at sector level remain the centre of gravity of the Italian system of industrial relations and collective regulation. At the same time, no drift towards strong and unregulated decentralisation of collective bargaining has happened in Italy: the amount of workers covered by collective company agreements has not actually grown over these past years in Italy. It remains relatively low, mainly due to the structure of the country's economic system, largely formed by small and medium enterprises.

Obviously, this does not mean that the Italian system of industrial relations is not afflicted by major problems, which, to a certain extent, are similar to those suffered by other European countries. The fragmentation of the contractual system – presenting an abnormal number of national collective agreements – is perhaps the most evident among these problems, as it is a quite telling sign of an overall crisis of representativity suffered by the major trade union organizations, involving both the workers' and the employers' side; the strong wage compression and the remarkable increase of the working poor being its most disquieting result³⁴⁴.

³⁴¹ Cf. D. Comandè, *Il nuovo welfare contrattuale nei negoziati collettivi nazionali: stato dell'arte e criticità*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2017, p. 821 ff.

³⁴² See in this vein B. Caruso, *The bright side of the moon: politiche del lavoro personalizzate e promozione del welfare occupazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, I, p. 177 ff.

³⁴³ M. Carrieri, T. Treu (eds.), *Verso nuove relazioni industriali*, Bologna, 2013.

³⁴⁴ T. Treu, *La questione salariale: legislazione sui minimi e contrattazione collettiva*, WP CSDLE Massimo D'Antona, IT-386/2019.

In this scenario in *chiaroscuro*, the role taken on by the social partners in the Italian welfare system is considered a significant driving force for the development of collective bargaining at its different levels. Contractual social security is a dynamic and articulated reality in Italy, and it certainly contributes to the overall upkeep of the Italian system of industrial relations as much as to the qualitative and quantitative increase of the entire supply of social protection for workers. At the same time, the highly unequal spreading of access to forms of supplementary pensions and even more to corporate welfare, broadly speaking, with persistent discrepancies between strong or weak areas (or segments) of the labour market, highlights all the limits of a system, which is typically the Italian one, that is not rooted to a strong base of universal public social protection schemes.

The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?*

Giovanni Calvellini- Giulia Frosecchi - Marco Tufo

1. Introduction.	178
2. The working conditions in Ryanair.	179
3. Law and forum shopping in Ryanair: exploiting transnationality.	182
4. Ryanair's anti-union practices and Trade Union responses.	187
5. Conclusions.	191

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 148/2019

1. Introduction.

It is well known that Ryanair is the most important and successful European airline. Founded in 1985 with a share capital of just GBP 1, and a staff of 25 people, the company organised initially only daily flights on a 15-seater Bandeirante aircraft, operating from Waterford, in the southeast of Ireland, to London Gatwick Airport. After a first period of growth at the end of the Eighties, during the beginning of the Nineties Ryanair faced a crisis due both to the competition of other airlines and to the Gulf War. The company, however, reacted adopting the 'low fares business model', copied from the American Southwest Airline, and becoming, therefore, the first low-cost airline in Europe, under the guidance of Michael O'Leary, its actual CEO. Following this new business model, today Ryanair carries over 130 million passengers a year, on more than 2,000 daily flights from 86 bases, connecting 215 destinations in 37 countries on a fleet of 430 Boeing 737 aircraft³⁴⁵.

However, the success of Ryanair hides negative sides. Indeed, during the last years, pilots and cabin crews have organised several collective actions against the low-cost airline, revealing the real working conditions imposed by the company. Ryanair creates some legal ambiguities, exploiting especially the transnational nature of its performances, from which it takes advantage to cut down on labour costs. In a report commissioned by the European Transport Workers' Federation, Ryanair was defined 'a "short haul fundamentalist" that leads the industry in terms of driving down costs and developing new ancillary sources of revenue'³⁴⁶.

The present article aims at analysing the Ryanair case in the Italian and European framework from a twofold point of view: labour law and industrial relations.

Firstly, the working conditions in the airline company are described. It is well known that Ryanair requires an absolute secrecy about this. However, the employment dimensions reached by the company and the increasing union conflict have brought out recently documentation and evidences which let us to have a clear view of the current labour relationships in Ryanair. The intention here is therefore to provide an overview of the Ryanair's working conditions, verifying if the airline company adopts a strategy of limitation of employment protections directed to reduce costs and increase productivity. In the light of this, it is necessary to understand if EU transnational labour law has sufficient instruments to face law and forum shopping or if, on the contrary, the so-called 'EU social deficit'³⁴⁷ has affected also this sector, giving life to gaps exploited by companies to subjugate labour relationships to the most advantageous legislation and competent jurisdiction for themselves.

³⁴⁵ For these information and the complete Ryanair's history see <https://corporate.ryanair.com/about-us/history-of-ryanair/> (accessed 19 Oct. 2018).

³⁴⁶ G. Harvey and P. Turnbull, *The Development of the Low Cost Model in the European Civil Aviation Industry. Final Report for the European Transport Workers' Federation (ETF)* (2012).

³⁴⁷ See, *inter alia*, S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino 47 (2008).

Taking into account all of this, secondly, an overview of transnational issues (mainly concerning employment contract law, social security law and competent jurisdiction) is provided, considering also the solutions offered by the EU Institutions, so far.

Thirdly, the Ryanair approach to industrial relations is addressed, in order to understand the position of the Irish company in respect of Trade Unions. Even here, the transnational nature of labour relationships in Ryanair produces important implications both making more difficult building a collective interest among workers³⁴⁸ and facilitating the escape from any kind of confrontation with Trade Unions and the rejection of the collective phenomenon itself in its multifaced dimensions by the company.

Finally, some conclusions are drawn, with the aim of pointing out the importance of the Ryanair case in the European and Italian legal and industrial relations framework.

2. The working conditions in Ryanair.

As every other airline, Ryanair workers are structured in ground crew and flight crew. Both are fundamental for the functioning of Ryanair business model, based on '25 minutes turnarounds', namely to prepare the aircraft in this time to do as many flights as possible and thus to keep the prices low³⁴⁹. Specifically, the flight crew is composed of cabin crew and pilots.

Cabin crew are in their turn articulated in a hierarchical manner. At the top there is the 'Base Supervisor', followed by the 'Deputy Base Supervisor' and by the 'Cabin Service Supervisor'. The lowest positions for cabin crews are 'Junior' and 'ad hoc Junior'.

Not all of these workers are directly hired by Ryanair. Indeed, 'Junior' are employed by two Irish employment agencies controlled by Ryanair itself, Workforce and Crewlink, providing workers to the airline. Thus, Ryanair insists on applying Irish labour, social security and tax law to these relationships, saving the related costs due to the advantages given by the flexibility of Irish law, as well as avoiding the employer's accountability³⁵⁰.

Cabin crew have to attend a training course (approximately of six months) to work in Ryanair, which is provided by the agencies mentioned and costs between EUR 2,400 and 3,000, at the expense of workers³⁵¹.

Also pilots are organised hierarchically. Their highest positions are 'Base Chief Pilot' and 'Captain', followed by the lower 'Senior First Officer' and 'First Officer'.

In the majority of cases, however, pilots are not hire as employees but work for Ryanair, formally, under the legal status of self-employed, so that they are not entitled to sick pay and paid leave.

The airline company has set a specific strategy with the aim of circumvent tax law. Indeed, pilots have been obliged to found (and often to become directors of) several limited service companies

³⁴⁸ See A. Loffredo, *Democrazia aziendale, imprese transnazionali e dumping sociale*, Editoriale Scientifica 42-43 (2018), speaking of transnational road transports.

³⁴⁹ Crewlink, *The Rough Guide to Working for Crewlink. Operating on Ryanair Aircraft*, 5-6.

³⁵⁰ S. Borelli, *Parlando di welfare e barbarie, oggi*, 42 *Ragion pratica* 99, 103 (2014).

³⁵¹ Ryanair, *Ryanair Cabin Crew Pay and Conditions*, paras 7 and 9, <https://www.parliament.uk/documents/commons-committees/work-and-pensions/Correspondence/Letter-from-Ryanair-21-12-17.pdf> (accessed 13 Oct. 2018).

guided by accountants chosen by Ryanair itself and registered in countries, such as Ireland, Slovakia, Cyprus, Malta and Isle of Man, where the tax regime is particularly favourable. Those service companies have contracts with agencies, such as Brookfield Aviation and McGinley Aviation, which then supply pilots to Ryanair. Thus, on the one side, the mentioned contract contains a clause according to which the pilot agrees not to be a Ryanair's or agency's employee and the agency is actually neither an agent of Ryanair nor has any power to bind Ryanair in any matter, without obligations for the airline company to hire pilots from the agency. On the other side, the responsibility of all pilots' performances' tax and social security payments falls on services companies, i.e. on pilots themselves. Moreover, the contract between the agency and Ryanair provides that if the pilot publishes derogatory statements in writing or on the internet (in private or public chatrooms) about the agency or Ryanair, the relationship will be terminated³⁵².

Even pilots are required to attend a training course to work for Ryanair, partially at their expenses. But if they resign after the recruitment, pilots have to refund the airline company all the training costs³⁵³. These contract terms are indeed accepted by pilots for a specific reason, namely the fact that Ryanair hires also pilots without any flight experience, while the other airlines generally require at least 1,500 hours to fly³⁵⁴. In other words, pilots use the Irish airline company as a sort of 'flying school'³⁵⁵.

The contractual and working conditions of Ryanair employees and temporary agency workers are similar. As Ryanair's aircrafts are registered in Ireland, the airline claims that employment is based in Ireland, although contractual home base is in another State³⁵⁶, and the Irish law and jurisdiction shall be applied³⁵⁷. For the same reason the airline company does not fulfil its administrative obligations, such as to communicate to the Public Administration the changes in the labour relationships (e.g. recruitments or dismissals) or to deliver to workers mandatory documents (e.g. the employment contract) and argues that the only applicable sanctions in case of breach of administrative law are the Irish³⁵⁸.

³⁵² For these reasons many Ryanair's pilots have been under investigation of the UK's HM Revenue & Customs during the last years (See <https://www.theguardian.com/business/2017/oct/03/ryanair-pilots-hmrc-investigation-airlines-uk>; see also <https://www.irishtimes.com/business/transport-and-tourism/hiring-of-ryanair-pilots-not-a-straightforward-arrangement-1.1541382> (both accessed 20 Oct. 2018).

³⁵³ See <https://www.irishtimes.com/business/transport-and-tourism/judge-refuses-to-award-ryanair-damages-against-pilot-1.3460768> (accessed 20 Oct. 2018).

³⁵⁴ Indeed, according to FCL.510.A (B), Commission Regulation (EU) No. 1178/2011 of 3 November 2011 laying down technical requirements and administrative procedures related to civil aviation aircrew, 'Applicants for an ATPL(A) shall have completed a minimum of 1 500 hours of flight time in aeroplanes', where ATPL is the Airline Transport Pilot Licence.

³⁵⁵ This explains why a large majority of ANPAC (the Italian National Professional Association of Civil Aviation) pilots have subscribed a dubious agreement signed by ANPAC itself in August 2018 (see Chapter 4, *infra*).

³⁵⁶ Ryanair Junior Customer Service Supervisor contract s. 5.1; Crewlink Customer Services Agent contract s. 6.

³⁵⁷ Ryanair Junior Customer Service Supervisor contract s. 34; Crewlink Customer Services Agent contract s. 37.

³⁵⁸ Cf. Tribunale di Pisa 8 October 2018, No. 380, on which see S. Borelli, *La guerra al Ryanair Business Model. Le battaglie di Boscoduale, Busto Arsizio I, Bergamo e Pisa*, forthcoming in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*; Tribunale di Bologna 24 September 2015, No. 17149.

Basic gross salaries³⁵⁹ include a premium for every hour associated with flight duty, as well as for Sunday and bank holiday working³⁶⁰. Furthermore, salaries are reviewed every year depending on the workers performances³⁶¹ and can be increased through bonus awards on in-flight sales³⁶². In this sense, Ryanair monitors continuously cabin crew performances and, when they fall below the standard set or on board sales are not satisfying, the worker can be subjected to a disciplinary procedure and eventually dismissed³⁶³. This system facilitates a strong competition among workers and pushes them to report each other³⁶⁴.

Moreover, Ryanair exercises a strong surveillance power on workers, using the so-called 'mystery passengers', cabin crews dressed-up like passengers who check the colleagues' performances³⁶⁵. The company reserves also the right to conduct a personal search of cabin crew and their belongings³⁶⁶ and to control communications made through the company devices by workers³⁶⁷.

There is not a formal working time as Ryanair can ask the cabin crew to perform their functions/provide their service in every moment discretionally, also on Saturdays, Sundays and public holidays, without additional remuneration³⁶⁸. Although paid holidays can be requested and granted, they depend on the passengers' demand, thus, especially in the peak season, the company can cancel or rearrange holidays³⁶⁹. Moreover, according to some former Ryanair's workers, the Irish employer does not tolerate sick leaves. Generally, workers, after having informed the company of their symptoms and diseases, have to fill in on the same day a self-certificate and fax it to some offices in Dublin, without knowing who will read their personal data. If then the worker gets sick 3 times in 6 months she/he will have to face a meeting in Dublin, although the illness has been certified by a doctor. For this reason, according to some former Ryanair's cabin crew, frequently many workers go to work sick to avoid problems³⁷⁰.

Workers have to provide meals at their expenses³⁷¹, keeping the uniforms cleaned³⁷², as well as paying the airport identity card and the staff car parking costs³⁷³. When Ryanair pays, these costs are deducted from the workers' salaries³⁷⁴.

³⁵⁹ Which for temporary workers are calculated on scheduled block hour basis (see Crewlink Customer Services Agent contract s. 7).

³⁶⁰ Junior Customer Service Supervisor contract s. 6; Crewlink Customer Services Agent contract s. 7.

³⁶¹ Junior Customer Service Supervisor contract s. 6; Crewlink Customer Services Agent contract s. 8.

³⁶² Junior Customer Service Supervisor contract s. 7.

³⁶³ Crewlink, *supra* n. 5, 9 and 27.

³⁶⁴ See http://www.cislcatania.it/Media/Files/Lettera-Ryanair-_inglese_ (accessed 13 Oct. 2018).

³⁶⁵ *Ibidem*.

³⁶⁶ Junior Customer Service Supervisor contract s. 28; Crewlink Customer Services Agent contract s. 27.

³⁶⁷ Crewlink, *supra* n. 5, 49.

³⁶⁸ Junior Customer Service Supervisor contract s. 9; Crewlink Customer Services Agent contract s. 9.

³⁶⁹ Junior Customer Service Supervisor contract s. 10; Crewlink Customer Services Agent contract s. 10.

³⁷⁰ See http://www.cislcatania.it/Media/Files/Lettera-Ryanair-_inglese_ (accessed 13 Oct. 2018).

³⁷¹ According to Junior Customer Service Supervisor contract s. 8, only filtered water is free of charge on board for cabin crew.

³⁷² Junior Customer Service Supervisor contract s. 17; Crewlink Customer Services Agent contract s. 18.

³⁷³ Junior Customer Service Supervisor contract ss 13-14; Crewlink Customer Services Agent contract ss 15-16.

³⁷⁴ Junior Customer Service Supervisor contract s. 29; Crewlink Customer Services Agent contract s. 28.

If for some reasons (for example seasonal) the company has excess capacity, it can give workers compulsory unpaid leaves, discretionally³⁷⁵.

Ryanair workers cannot spread 'confidential information' about the company during and after the labour relationship. Breaking this rule is considered as a gross misconduct leading to an instant summary dismissal. However, here 'confidentiality' is a very broad concept, including 'staff' information and 'any other information of a kind that would usually be regarded as secret or confidential'³⁷⁶. In the light of this, contacting Trade Unions is forbidden in practice³⁷⁷.

Moreover, in some cases Ryanair has gone further. Indeed, the airline company has concluded with their cabin crews specific contracts named 'Cabin Crew Agreement for Crew Operation' containing a termination clause ('termination/review of agreement') which provides that the contract will be terminated if the worker participates to work stoppages or collective actions. Furthermore, in case of Trade Unions recognition or of any kind of collective action, all wage increases, allowances or shift changes granted by the company itself will be withdrawn and the whole employment contract will be considered null and void³⁷⁸.

3. Law and forum shopping in Ryanair: exploiting transnationality.

The competitiveness of Ryanair, on which its commercial success is based, results from the possibility to compensate the reduction of consumers' fees with a considerable saving of above all (but not only) labour costs. These savings are obtained, as seen above, compressing employment protections at most, thanks to the law shopping practice, which the EU legislation has not been able to eradicate from the internal market, yet. Taking advantage of the peculiarity of the flight crews' activities, the company has positioned itself in the grey areas of the European discipline on the applicable law (contract law and social security law) and on the competent jurisdiction indistinctly concerning transnational relationships in general.

However, more targeted reforms and recent decisions of the EU Court of Justice are eroding the foundations on which the Ryanair system was built.

First, Regulation 465/2012 added paragraph 5 to Article 11 Regulation 883/2004 on the coordination of social security systems. The general criterion that the 2004 Regulation (substantially in continuity with the repealed Regulation 1408/1971) choose to identify the applicable national law in the field of social security was the *lex loci laboris*, namely the law of the place where the activity is performed³⁷⁹. This general principle is then specified and, in some ways, strengthened³⁸⁰ by the introduction of the notion of 'substantial part of his activity' in relation to the situation of who habitually exercises an activity in two or more Member States. In this case, the legislation of the Member State of residence is applied if a 'substantial part' of the activity is performed

³⁷⁵ Junior Customer Service Supervisor contract s. 23; Crewlink Customer Services Agent contract ss 21-22.

³⁷⁶ Junior Customer Service Supervisor contract s. 21; Crewlink Customer Services Agent contract s. 20.

³⁷⁷ See http://www.cislcatania.it/Media/Files/Lettera-Ryanair-_inglese_ (accessed 13 Oct. 2018).

³⁷⁸ Tribunale di Bergamo 30 March 2018, No. 1586.

³⁷⁹ Regulation 883/2004 Art. 11(3)(A).

³⁸⁰ S. Giubboni, *La sicurezza sociale dei lavoratori che si spostano all'interno dell'Unione europea*, 598 (S. Sciarra & B. Caruso eds., Giappichelli 2008).

there³⁸¹, and this expression must be understood – as specified in the implementing Regulation 987/2009 – as ‘a quantitatively substantial part of all activities of the employed ... person ..., without this being the major part of those activities’³⁸². If, instead, a ‘substantial part’ of the activity is not exercised in the State of residence, the worker is subject to the legislation of the Member States where the employer is established.

Until 2012, therefore, the identification of the social security regime applicable to Ryanair flight crews was conducted on the basis of these criteria set by EU legislation for the generality of transnational performances. The critical point of this system relating to the civil aviation sector was constituted by the fact that, given the peculiarities of the flight crews’ performances, a ‘substantial part’ of the activity was not always easily identifiable. As a consequence, according to the mechanism described above, the subsidiary criterion of the place of registration of the employer’s office should have been applied. In the case of Ryanair, the result wished by the company was reached, namely the application of the Irish law on social security.

Aware of the possible abuses in respect of flight crews stemming from the legal system built in 2004, the EU legislator, with the aforementioned Regulation 465/2012, added to Article 11 Regulation 883/2004 a provision specifically addressed to this sector. According to the ‘home base’ criterion, introduced in that occasion³⁸³, the social security system of the State in which the crew member usually begins and ends a period of service or a series of periods of service and in which, under normal conditions, the employer company is not responsible for providing the accommodation to the worker must be applied to flight crews³⁸⁴.

The amendment, by anchoring the identification of the social security legislation applicable to the place where the worker starts/ends the performance, enhances the principle of effectiveness and thus seems to be effective in order to combat the law shopping³⁸⁵. However, given that - for civil aviation security purposes - airlines are required to identify the home base for each crew member, the national legislation on social security can be determined simply by verifying the place formally qualified as such by the company at the time of hiring or later³⁸⁶.

Another issue in the Ryanair system is - as mentioned - the result of the interpretation accepted by the EU Court of Justice regarding the criterion to identify the law applicable to flight crews’ employment contracts and the jurisdiction over the disputes in this respect.

³⁸¹ Regulation 883/2004 Art. 13(1)(A).

³⁸² According to Regulation 987/2009 Art. 14(8) ‘an indicator that a substantial part of the activities is not being pursued in the relevant Member State’ means that, globally, in that same country the service has not been performed for a quota corresponding to at least 25% of the working hours and/or salaries.

³⁸³ Regulation 883/2004 Art. 11(5).

³⁸⁴ This definition of ‘home base’ is contained in Annex III, Chapter Q of Regulation 3922/1991, recalled by the new Regulation 883/2004 Art. 11(5).

³⁸⁵ S. Borelli, *supra* n. 6, 105; S. Sciarra, *Un confronto a distanza: il diritto di sciopero nell’ordinamento globale*, 2-3 *Politica del Diritto* 221-222 (2012).

³⁸⁶ G. Frosecchi, *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, 1 *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale* 117 (2016). For some courts (*see* Tribunale di Bologna 24 September 2015, No. 17149), the reference to the home base may only concern disputes arising after the date of the enforcement of Regulation 465/2012 (28 June 2012). The same could be said for the criterion of the ‘substantial part’ of the activity pursuant to Regulation 883/2004 Art. 13 and Regulation 987/2009 Art. 14 (become fully operational only from 1 May 2010). However, *see infra* in this chapter.

Ryanair's position has always been to support the applicability of Irish law and the jurisdiction of that country's judge on flight crews' relationships. This by virtue of various elements: in the employment contracts there is a clause for the election of the forum and another that designates Irish law as the applicable law; the execution of the service takes place on aircrafts registered in Ireland³⁸⁷; the employment contract is concluded when Ryanair signs it at its registered office in Ireland, after the worker has signed it (wherever occurred).

However, for the EU legislation, the main criterion to identify the applicable law and the competent jurisdiction is *lex loci laboris* (respectively, Article 8 Regulation 593/2008³⁸⁸ and Article 21 Regulation 1215/2012³⁸⁹). Instead, the criterion of the place of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated is applicable when it is not possible to identify the place where or from which³⁹⁰ the employee habitually carries out the performance³⁹¹.

This system is inspired by the principle of *favor laboris*³⁹², which circumscribes the role of the parties' contractual autonomy. In fact, these may choose to submit the contractual relationship to the law or jurisdiction of a Member State other than that determined according to the aforementioned criteria only in compliance with the mandatory rules of the latter's legal system³⁹³ and under specific conditions³⁹⁴.

As easily understandable, the element of uncertainty here is represented by the concept of 'place in which (or from which) the employee habitually carries out his work'. It is precisely on this point that the case law of the Court of Justice provides its most significant contribution in this area. In fact, the judge of Luxembourg - first with reference to the law applicable to the employment

³⁸⁷ See para. 2, *supra*. More specifically, as Article 17 of Chicago Convention (Convention on International Civil Aviation) provides that 'Aircraft have the nationality of the State in which they are registered', Ryanair and Crewlink claim that the performance would be habitually carried out on the Irish territory, namely on Irish aircraft, because workers spend more time on flight than on the ground (see Opinion of Advocate General H. Saugmandsgaard Øe delivered on 26 April 2017, point 121). This latter view has been adopted by Tribunale di Bologna 24 September 2015, No. 17149, which on this basis has excluded that Ryanair must comply with Italian employer's administrative obligations, because the only applicable legislation is the Irish.

³⁸⁸ Which replaces the Rome Convention of 19 June 1980, still applied to the judgments established until 17 December 2009.

³⁸⁹ Which replaces Regulation 44/2001, still applied to disputes rooted before 10 January 2015.

³⁹⁰ The clarification - very important for flight crews - that *locus laboris* is also that from which the work activity is usually carried out is contained in Regulation 593/2008 and in Regulation 1215/2012, following an extensive interpretation in this sense of the Court of Justice (ECJ 13 July 1993, C-125/92, *Mulox IBC*, paras 24 et seq.).

³⁹¹ Only for the determination of the law applicable to the employment contract it is instead provided that 'where it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with a country other than that ... [in which or from which the employee habitually carries out his work or where the place of business through which the employee was engaged is situated], the law of that other country shall apply' (Regulation 593/2008 Art. 8(4), in continuity with the Rome Convention of 1980). However, in order to avoid that this criterion overemphasizes the discretion of the judge (and ultimately makes the prediction of the other two irrelevant), a strict and restrictive interpretation is now desired in order to make the latter criterion residual with respect to others (see G. Orlandini, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, 137 W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT 20-21 (2012).

³⁹² See the whereas 23 Regulation 593/2008 and 18 Regulation 1215/2012. It has been claimed (see A. Lyon-Caen & S. Sciarra, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, 20 Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali 22 (1998) and G. Orlandini, *supra* n. 42, 10) that the law referred to seems actually to be more properly inspired by the principle of 'proximity'. This because it does not aim at allowing the worker the application of the most favorable national discipline among those possible, but only to identify in the one (presumably) closest to him the applicable law (and the competent jurisdiction).

³⁹³ Regulation 593/2008 Art. 8(1).

³⁹⁴ Regulation 1215/2012 Art. 23.

relationship³⁹⁵ and, more recently, also in terms of competent jurisdiction³⁹⁶ - has ruled that this criterion must be interpreted in a broad sense. When an effective centre of the worker's activity cannot be easily identified, emphasis should be placed on the 'place where, or from which, the employee in fact performs the essential part of his duties vis-à-vis his employer'. In order to identify the latter, the national court has to consider a series of indicators, such as the place of departure and return of the transport missions, the one in which the worker receives instructions on the missions and organises her/his work, as well as the one where work tools are³⁹⁷. The nationality of the aircraft is, instead, absolutely irrelevant³⁹⁸. The Court thus rejects a solution focused on formal data, such as the content of the contractual clauses or the State of the aircraft's registration, to privilege the concrete attitude of the relationship. Within this 'empirical' method a 'significant role' must be recognised - according to the Court of Justice - to the notion of 'home base'³⁹⁹. In fact, even if the place of start and end of the flight crew's performance cannot be made to coincide with the notion of 'place in which (or from which) the employee habitually carries out his work', it can undoubtedly constitute an 'extremely important' indicator⁴⁰⁰ for the identification of the latter, enough to be considered a 'rebuttable presumption'⁴⁰¹. Some doubts, however, remain when there is a plurality of 'home bases', as, for example, in case of temporary agency work and generally of atypical work. Here, if a 'place in which (or from which) the employee habitually carries out his work' could not be identified, there would be nothing left but apply the law (and the jurisdiction) 'of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated', according to Article 8, para. 3, Regulation 593/2008 (and Article 21(1)(B)(ii) Regulation 1215/2012)⁴⁰².

³⁹⁵ ECJ 15 March 2011, C-29/10, *Koelzsch*, para. 43 and ECJ 15 December 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, para. 35.

³⁹⁶ ECJ 14 September 2017, C-168/16 and C-169/16, *Nogueira*, para. 57, where it was also stated that, for the interpretation of EU legislation on jurisdiction in cases concerning employment, it must be taken into account of the corresponding provisions of the law on the legislation applicable to contractual obligations (para. 55).

³⁹⁷ *Nogueira*, cit., para. 63, ECJ *Koelzsch*, cit., para. 49 and *Voogsgeerd*, cit., para. 38.

³⁹⁸ Indeed, as noted by the Advocate General H. Saugmandsgaard Øe, in his Opinion on *Nogueira* case (points 123-127), 'In the first place, no provision of Regulation No 44/2001 contains any reference to the Chicago Convention or to the nationality of the aircraft on board which the workers carry out their work ... In the second place, no provision of the Chicago Convention provides that the work carried out on board an aircraft must be regarded as being carried out on the territory of the State whose nationality the aircraft has ... In the third place, the concept of "nationality of an aircraft", provided for in Article 17 of the Chicago Convention, has neither the object nor the effect of assimilating the space inside an aircraft to the territory of the State whose nationality that aircraft has. That concept of nationality of aircraft is used (i) to define the scope of a number of provisions of that convention which apply only to aircraft having the nationality of one of the Contracting States (48) and (ii) to prohibit certain distinctions on the basis of that nationality ... Since no provision of the Chicago Convention has the effect of assimilating the space within an aircraft to the territory of the State whose nationality that aircraft has, I see no good reason why work on board an Irish aircraft should be regarded as being carried out on Irish territory for the purposes of the application of Article 19(2)(a) of Regulation No 44/2001 ... I infer from the foregoing that the nationality of an aircraft within the meaning of Article 17 of the Chicago Convention is irrelevant and cannot be taken into account by the national court for the purposes of determining the place where the cabin crew habitually carry out their work within the meaning of Article 19(2)(a) of Regulation No 44/2001'.

³⁹⁹ *Nogueira*, cit., para. 66 et seq.

⁴⁰⁰ D. Diverio, *Dalla Corte di Giustizia un'importante precisazione sulla giurisdizione nelle controversie di lavoro relative al personale di cabina*, 4 *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 877 (2017).

⁴⁰¹ M. Murgo, *Personale di volo e competenza giurisdizionale nel caso Ryanair*, 3 *Diritto delle Relazioni Industriali* 972 (2018). Conversely, the Advocate General H. Saugmandsgaard Øe, in his Opinion on *Nogueira* case, has claimed that the 'home base' would have an indirect relevance, as it should be taken into account only in so far as it supports the other indicators.

⁴⁰² N. Vascello, *Giurisdizione e legge applicabile al rapporto di lavoro del personale impiegato a bordo di aeromobili tra nazionalità dell'aeromobile e base di servizio*, 2 *Diritto delle Relazioni Industriali* 637 (2018).

In addition to the issues discussed above, the domestic judges in Italy have faced also the problem of the legislation applicable when the employer does not comply with administrative obligations such as the communication to public offices of the changes in the labour relationships or the delivery to workers of mandatory documents. In particular, judges have proposed a solution which combines the criteria used to identify the social security applicable law and the 'empirical method' carried out by the ECJ concerning the law applicable to the employment relationship and the competent jurisdiction. On the one hand, as the administrative rules concerned have the same rationale of social security law, because both should be coordinated in order to protect as broad as possible workers and are directed to combat informal work, the social security criteria should be applied⁴⁰³. On the other hand - taking into account that the cases in question regarded facts occurred before the adoption of Regulation 465/2012 and before the full implementation of Regulation 883/2004⁴⁰⁴ -, the concept of 'place where a worker is employed principally', used by Article 14(1)(B)(ii) Regulation 1408/1971 to identify the social security applicable law⁴⁰⁵, has been reconstructed following the reasoning of the *Nogueira* case, namely combining the notion of 'place in which (or from which) the employee habitually carries out his work', as defined by the ECJ, and that of 'home base'. In other words, even when the research of the applicable administrative law with its related sanctions is at stake, the criterion of the legislation chosen by the parties (*rectius* by Ryanair) has to give the way to that of *lex loci laboris*⁴⁰⁶.

Among the attempts of Ryanair to avoid the use of the 'proximity' criterion in order to identify the national applicable law, it is worth mentioning the exploitation of the different EU legislations across time. This is particularly true speaking of social security and employment administrative laws. Indeed, the airline company, supported by some national decisions, claims that for cases arisen before the adoption of Regulation 465/2012, the concept of 'home base' would not be usable, otherwise Article 11(5) of the Regulation 883/2004 would be retroactively applied⁴⁰⁷. This last interpretation, however, can be easily discredited using the 'empirical method' elaborated by ECJ in *Nogueira*. Indeed, when a case is subjected to the application of Regulation 1408/1971, because originated before 2012, the meaning of 'place where a worker is employed principally', referred to in Article 14(1)(B)(ii), can be searched in the light of the 'home base' concept as defined in Annex III, Chapter Q of Regulation 3922/1991, namely on the basis of a legislation made

⁴⁰³ Tribunale di Bologna 24 September 2015, No. 17149; Tribunale di Pisa 8 October 2010, No. 380.

⁴⁰⁴ Namely on 1 May 2010, *see supra* n. 42.

⁴⁰⁵ More specifically, this disposition stated that '... a worker employed in international transport in the territory of two or more Member States as a member of travelling or flying personnel and who is working for an undertaking which, for hire or reward or on own account, operates transport services for passengers or goods by rail, road, air or inland waterway and has its registered office or place of business in the territory of a Member State, shall be subject to the legislation of the latter State, with the following restrictions: ... (ii) where a worker is employed principally in the territory of the Member State in which he resides, he shall be subject to the legislation of that State, even if the undertaking which employs him has no registered office or place of business or branch or permanent representation in that territory'.

⁴⁰⁶ *See* Tribunale di Pisa 8 October 2010, No. 380.

⁴⁰⁷ This position has been accepted by Tribunale di Bologna 24 September 2015, No. 17149.

before 2012⁴⁰⁸. Therefore, the place of start and end of the flight crew's performance is a fundamental indicator also to seek the social security and employment administrative legislations applicable before 2012.

4. Ryanair's anti-union practices and Trade Union responses.

Since the beginning of its business activity, Ryanair has constantly managed to avoid and suppress Trade Unions. Essentially, Ryanair's main goal is to negotiate the contractual terms directly with the individual worker to take advantage of her/his socio-economic weakness and smoothly implement the *Ryanair business model*. The evidences of Ryanair anti-union behaviour in Ireland are widespread⁴⁰⁹. Therefore, it is not surprising that also beyond its home country the airline company has been blamed for having a negative attitude towards workers' organisations. Indeed, in a number of European States, controversies between Trade Unions and the low-cost airline have taken place, at various levels⁴¹⁰. More recently, in a number of countries, the persistent pressure exercised by Trade Unions, also by means of collective actions, such as strikes, have succeeded in forcing the company at the negotiating table. So far, most of the collective agreements concluded concern employed pilots, while, apparently, the negotiation for cabin crew present more obstacles, which may be due to the weakest position of the cabin crew members, compared to pilots, in the labour relationship with the airline company⁴¹¹.

In Italy, both confederated and grass-root Trade Unions have engaged against the company⁴¹² on several grounds: because of the failure to pay social security benefits in Italy, because of the working conditions and because of the anti-union practices, that is a persistent hindrance of

⁴⁰⁸ See Tribunale di Pisa 8 October 2010, No. 380.

⁴⁰⁹ M. O' Sullivan & P. Gunnigle, 'Bearing All the Hallmarks of Oppression'. *Union Avoidance in Europe's Largest Low-cost Airline*, 2 *Labor Studies Journal* 252-270 (2009); N. Cullinane & A. Dobbins, *Considering the Impact of the 'Right to Bargain' Legislation in Ireland: A Review*, 1 *Industrial Law Journal* 52-83 (2014).

⁴¹⁰ See M. O' Sullivan & P. Gunnigle, *supra* n. 65, 262, who refers to shop floor disputes in Belgium that have involved also French, Spanish and Italian Trade Unions; on the anti-union policy in France, see Vandewattyne J. (2016), *Ryanair ou le refus du dialogue social institutionnalis *, 8 *La nouvelle revue du travail* [En ligne], <https://journals.openedition.org/nrt/2609> (2016) (accessed 15 October 2018). A dispute between Ryanair and the Danish Trade Unions is addressed in A. Decker, *Ryanair and the Danish Model (Case Study Contribution to Textbook)* (C. Mulhearn & H. Vane eds., Palgrave Macmillan 2016).

⁴¹¹ In August 2018, the Irish pilots' Trade Union F rsa came to an agreement, confirmed by the ballot held in September, see <https://www.bbc.com/news/world-europe-45280416> and <https://www.shropshirestar.com/news/uk-news/2018/09/05/ryanair-pilots-vote-to-accept-agreement-after-summer-strikes/> (accessed 6 Nov. 2018). It is again with a pilot's union (SEPLA) the agreement signed for employer pilots based in Spain, in October 2018, see https://www.ilmessaggero.it/economia/news/ryanair_sindacati-4061232.html (accessed 6 Nov. 2018). Earlier this year, BALPA (UK) has been officially recognised, see <https://www.balpa.org/Media-Centre/Press-Releases/BALPA-signs-union-recognition-agreement-with-Ryana> [accessed 6 Nov. 2018] and, again, in October 2018, Ryanair has announced it has signed an agreement for directly employed pilots with BALPA (UK) and SPAC (Portugal), see <https://markets.ft.com/data/announce/detail?dockey=1323-13835340-2D51E038ES7VQ7CQT6RSD34H97> (accessed 6 Nov. 2018). Less common are the agreements applicable to employed cabin crew, as the one signed by LBC-NVK (Belgium) on 25 October 2018, applicable to all Cabin Crew based in Belgium, as promptly announced by the company: <https://vaaju.com/ireland/ryanair-has-reached-an-agreement-with-belgian-unions/> (accessed 6 Nov. 2018).

⁴¹² Evidence of the wide interest in the Ryanair's workers is provided by the meeting requested to the Italian Minister of Transport, see <http://www.filtgtil.it/documenti/ta6ott17-1.pdf> (accessed 15 Oct. 2018).

Trade Unions' activities, expressed in various ways. Over the years, the organisations have called for several strikes, of few hours, which have intensified in the latest months⁴¹³.

Among Trade Unions' attempts to build a social dialogue with the company, the FILT-CGIL case is emblematic. Only in 2017, the Federation has repeatedly, and officially, asked to meet the company, to discuss working conditions and negotiate a framework agreement on the flow of information, without receiving any response⁴¹⁴.

In a couple of cases, FILT has opted for the judicial strategy, as well. The two judgments delivered by the Courts of Busto Arsizio and Bergamo, both won by the claimants, provide concrete evidence of the extent of the Ryanair's anti-union attitude⁴¹⁵.

The Busto Arsizio Labour Court, after having declared its jurisdiction mainly on the grounds of Article 7(2) Regulation 1215/2012⁴¹⁶, has recognised the anti-union practice of the low-cost airline and the violation of Article 28 Law 300/1970, which protects Trade Unions whenever 'the employer indulges in behaviours designed to deny or to limit the exercise of trade union freedom and union activity, as well as the right to strike'. Indeed, the plaintiff had given enough evidence of the refusal of the company to negotiate, to provide information and to cooperate with the workers' representatives - also in the implementation of the norms on health and safety - as well as of the violation of Trade Unions' rights for agency workers. Eventually, in application of Article 28, the judge has ordered Ryanair to cease from the anti-union behaviours and cancel its effects⁴¹⁷.

Notwithstanding the uncontroversial conclusion of the Busto Arsizio Labour Court, FILT-CGIL, FIT-CISL and UILTRASPORTI had to resort again to calling a strike in Ryanair, on 10 February 2018, because of the failure of the company to engage in collective negotiations⁴¹⁸. On the other hand, Ryanair has appealed the ruling and the trial before the *Corte d'Appello* is still to be decided. On 28 September 2018, the same Italian Trade Unions have joined a coordinated one-day strike against the low-cost airline. On that day, pilots and cabin crew went on strike in Italy, Spain, Portugal, Belgium, the Netherlands and Germany, which obliged Ryanair to cancel 250 flights. The claim, at least, for the Italian Trade Unions, remains the request to the company to start a collective negotiation with them in order to conclude a collective agreement of Italian law, to guarantee both pilots and cabin crew⁴¹⁹ (as discussed below, FILT-CISL, the third most representative Trade Union, has rather opted for a conciliatory approach).

⁴¹³ The latest on 8 May 2018, which has triggered a prompt reaction from Ryanair that has created an ad hoc pop-up, to invite the costumers to sign a petition against strikes in airline companies, see <http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2018-05-08/uomini-radar-sciopero-oggi-voli-rischio-tutta-italia-113410.shtml?uuiid=AEExepkE> (accessed 6 Nov. 2018).

⁴¹⁴ See <http://www.filtcgil.it/index.php/aria/trasporto-aereo/diario-trasporto-aereo/> (accessed 6 Nov. 2018).

⁴¹⁵ For an assessment, see S. Borelli, *supra* n. 14.

⁴¹⁶ The jurisdiction of the Italian judge has been determined according to the criterion (set in Law No. 300/1970 Art. 28) of the place where the employer's anti-union behaviour, which is a tort, has occurred.

⁴¹⁷ Tribunale Busto Arsizio 5 February 2018, No. 448.

⁴¹⁸ See http://www.rainews.it/dl/rainews/articoli/scioperi-disagi-chi-vola-agitazioni-serie-d6c3073c-ad97-4595-8422-37d80e1a31fc.html?refresh_ce (accessed 6 Nov. 2018).

⁴¹⁹ See <https://www.independent.co.uk/travel/news-and-advice/ryanair-strike-2018-latest-friday-september-live-cabin-crew-pilots-news-a8555561.html> [accessed 6 Nov. 2018].

On 30 March 2018, a further judgment has condemned Ryanair. FILT-CGIL had applied before the Bergamo Labour Court, claiming the discriminatory character of an employment contract clause that inhibits in absolute terms the Trade Union membership and collective actions. The clause (*clausola risolutiva espressa*) provides for the termination of the contract in case the worker takes part in Trade Union activities, including work stoppages, or communicates with the company via Trade Union representatives. The same clause adds that if the company is forced to recognise a cabin crew Trade Union or a collective action takes place, the employment contract is to be considered null and void⁴²⁰. In the case at stake, the Court founded its competence upon both Article 7(2) Regulation 1215/2012 and Article 28 Legislative Decree 150/2011, which aims at facilitating the judicial protection whether a discrimination takes place.

Eventually, the judge declared the discriminatory character of the contested clause, on the grounds of personal beliefs of a Trade Union nature, by contextualizing it in the general anti-union approach that Ryanair had revealed in several occasions. Both the clause and the general context have a 'demoralizing and deterrent effect' as concerns the job application at Ryanair for those who are Trade Union members. Therefore, the direct discrimination occurs in the phase of access to employment, thus infringing upon Article 3(1)(A) Legislative Decree 216/2003. The Court, in view of the persistency of the company's anti-union behaviour deemed necessary to impose both the proper diffusion of the Judgment and the payment of EUR 50,000 to FILT CGIL, as punitive damages to promote deterrence⁴²¹.

While the Italian labour courts were in the process of deciding the two cases, Ryanair was opening to the social dialogue with ANPAC (National Professional Association of Civil Aviation)⁴²², a pilot's organisation, which led to the official recognition of the association as company's social partner, with an agreement signed on 7 March 2018⁴²³. A recognition which is nothing but ambiguous and trivial, inasmuch as it only concerns a less representative Trade Union, both in quantitative and qualitative – only the pilots are concerned – terms. To the agreement that have recognised the pilot's association, another has followed on pilot's labour conditions, concluded in August 2018.

ANPAC has newly engaged in a collective negotiation with Ryanair, together with other two Trade Unions: ANPAV and FIT-CISL, for cabin crew. The three organisations came to an agreement with the company on 17 October 2018, the same agreement has been signed on 28 October 2018, by Crewlink and Workforce⁴²⁴.

Ryanair, with this agreement, commits to apply to 'all existing directly employed cabin crew' Italian employment law and Italian social insurance within 1 October 2019. This clause suggests that Ryanair, and apparently the signatory Trade Unions, deem necessary a private clause to achieve what the supranational legal system already provides for: the application of employment and

⁴²⁰ See Chapter 1, *supra*.

⁴²¹ Tribunale di Bergamo 30 March 2018, No. 1586.

⁴²² The first meeting took place in early January, see the official note from ANPAC, available at: <https://www.anpac.it/attachments/article/819/180108-CS-RYR-incontro%20del%209%20gennaio.pdf> (accessed 18 Oct. 2018).

⁴²³ See, *inter alia*, http://www.repubblica.it/economia/2018/03/08/news/ryanair_firma_il_primo_accordo_coi_piloti_italiani-190763621/ (accessed 18 Oct. 2018).

⁴²⁴ FIT-CISL announces the agreement's conclusion on its website, see http://www.fitcisl.org/41?documento_fit=5233 (last access 6 Nov. 2018).

social security law of the place where the work is effectively carried out⁴²⁵. The company also commits to, progressively, employ directly some agency workers. A number of ambiguous aspects characterize the agreement, as the fact that it is signed by the Irish headquarter, while Ryanair has an Italian branch since 2013⁴²⁶, or the fact that the agreement – especially the pay structure – is subject to individual acceptance of every worker, even the signatory Trade Unions' members⁴²⁷. Obviously, this clause shifts the responsibility from the organisations to the individual workers. In addition, the agreement includes a detailed dispute resolution procedure and an industrial peace obligation for the time of validity of the agreement (1 November 2018 – 31 December 2021), which prevents the signatory Trade Unions from organising any 'unilateral industrial action' that may undermine the agreement, 'regardless of any dispute that may arise'⁴²⁸. Furthermore, the three organisations commit not to pursue any pay claim beyond what set in the agreement, nor any claim '(cost increase or otherwise) for any difference between Irish and Italian benefits, tax or social insurance as a consequence of moving to Italian employment law'⁴²⁹.

FILT-CGIL and UILTRASPORTI strongly oppose the company agreement signed by ANPAC, ANPAV and FIT-CISL, which they define an '*accordo al ribasso*', that is an *in pejus* agreement which favours social dumping within the air sector. In a joint statement, the Trade Unions have pointed out that their aim is to conclude with the company a collective agreement 'completely under Italian law' that improves, or at least reiterates, pilots' and cabin crews' labour conditions provided for by the sectorial collective agreement. Therefore, they are determined to oppose any other agreement and to establish Trade Union representative bodies for FILT-CGIL and UILTRASPORTI (RSA) within Ryanair. Next to this, FILT-CGIL and UILTRASPORTI are lobbying the Ministry of Labour and Social Policies to make the sectorial collective agreement signed by the most representative Trade Unions generally applicable to hamper social dumping practices⁴³⁰.

Before concluding, it is worthwhile to spend some words on the ballots organised in relation to both the agreements signed in the latest months. Right after the pilots' agreement between ANPAC and Ryanair was signed, the association organised an on-line ballot restricted to its members, without applying any of the standards set by the sectorial collective agreement. According to ANPAC, 72% of the voters has approved the agreement. Subsequently, FILT-CGIL and UILTRASPORTI organised a further ballot on the same agreement open to all Ryanair pilots (also those not directly employed, who were anyway concerned with the agreement), following the sectorial collective agreement's rules. The result was overturned and the agreement rejected by 82% of voting pilots, who have not appreciated a company agreement that lowers the labour standard set by Italian law⁴³¹.

Nearly the same approach has been adopted as regards the cabin crew agreement. The three Trade Unions have organised a ballot addressed only to their members, and 88% of voters have

⁴²⁵ See Chapter 3, *supra*.

⁴²⁶ It is consolidated that the airline companies sign company agreements with the Italian branch.

⁴²⁷ See Collective Labour Agreement FIT CISL, ANPAC, ANPAV & RYANAIR, 1 November 2018 - 31 December 2021, paras 10.1-10.2.

⁴²⁸ See Collective Labour Agreement FIT CISL, ANPAC, ANPAV & RYANAIR, 1 November 2018 - 31 December 2021, para. 9.4.

⁴²⁹ See Collective Labour Agreement FIT CISL, ANPAC, ANPAV & RYANAIR, 1 November 2018 - 31 December 2021, paras 1.2, 1.4.

⁴³⁰ FILT-CGIL, UILTRASPORTI. *Piloti ed assistenti di volo Ryanair basati in Italia: perché diciamo no agli accordi siglati*. Rome, 22 Oct. 2018.

⁴³¹ https://www.ecodibergamo.it/stories/Cronaca/i-piloti-ryanair-bocciano-il-contrattonelle-urne-del-referendum-82-di-no-1289175_11/ (last access 6 Nov. 2018).

approved the agreement. Likely FILT-CGIL and UILTRASPORTI will soon organise a new, and inclusive, ballot, as for the pilots' agreement, in order to show that the actual majority of Ryanair's workers do not agree on agreements that increase the company's power at the detriment of individual and collective rights.

Under Italian law, the ballot does not have a proper legal value as in other legal systems, it rather represents a – strong – political tool. However, Art. 21, Law 300/1970, imposes upon the employer the duty to allow Trade Unions to organise ballots, outside working hours, and it provides for 'the right to participate to all workers belonging to the interested production unit and/or category'. This norm represents a strong legal ground to question the legitimacy, even if just political, of the ballots executed on the recent Italian Ryanair's company agreements.

5. Conclusions.

From the analysis carried out in this essay, mainly two connected points of criticism emerge: first, the ability of Ryanair in exploiting the transnational dimension, both in legal and industrial relations' terms, and, hence, the transnational dimension of the *Ryanair issue*; second, the workers' difficulties in organising and tackling the Ryanair's approach.

As seen above, the poor working conditions in the airline company are the result of a systematic exploitation of the grey areas of transnational labour law, facilitated by the absence of Trade Unions, which is a direct consequence of the Ryanair's manifest anti-union policy.

Some important responses have been provided by the EU Institutions, especially by means of the ECJ decisions. Regardless of the ambiguities, which still persist (as for the uncertainties around the 'home base' concept), the criteria to identify the applicable contract law, the applicable social security and administrative law as well as the competent jurisdiction are increasingly clear. However, the simple existence of these transnational issues, which hamper a full enforcement of national labour rights and, on the other hand, do not favour a strong transnational Trade Union response, is an indicator of the difficulties of the EU to build a social dimension. After all, transnational rules have been designed in an individual perspective, without a careful consideration of the collective profile of labour law⁴³². It is worth mentioning that the EU has attempted to regulate the conflict of laws on strike, with a specific norm. The reference is to Article 9 Rome II Regulation⁴³³ which states that, in case of non-contractual liability for damages caused by an industrial action, the legislation of the *locus actus* – namely where the strike has taken place - must be

⁴³² G. Orlandini, *Il Tribunale di Busto Arsizio condanna Ryanair per condotta antisindacale*, http://www.europeanrights.eu/public/commenti/Bronzini12-Orlandini_nota_Busto_Arsizio.pdf (accessed 19 Oct. 2018). In the absence of any indication from the European law, for example, the Collective Labour Agreement FIT CISL, ANPAC, ANPAV & RYANAIR, 1 November 2018- 31 December 2021, para 1.1 claims that the agreement itself is governed by Italian law and the courts of Italy have jurisdiction over the disputes arising from its implementation.

⁴³³ Art. 9 Regulation 864/2007: "Without prejudice to Article 4(2), the law applicable to a non-contractual obligation in respect of the liability of a person in the capacity of a worker or an employer or the organisations representing their professional interests for damages caused by an industrial action, pending or carried out, shall be the law of the country where the action is to be, or has been, taken".

applied⁴³⁴. Nevertheless, the lack of EU rules on strike is not surprising as Article 153, para. 5, TFEU explicitly excludes strike from the EU competences. For these reasons, the scarcity of collective transnational labour law rules is probably a relevant issue to be dealt with at EU level, as in the present globalised and integrated economic scenario, where undertakings have no borders, limiting labour law to the individual dimension carries serious risk for workers' rights and freedoms, which can be guaranteed only if supported by a collective freedom properly and equally protected, in accordance with the higher national standards⁴³⁵. The Ryanair case proves, generally speaking, that EU labour law is currently facing several difficulties in containing the diffusion of neoliberal economic practices, according to which Trade Unions represent a dangerous social monopoly for workers and for the market, so that labour relations should be founded exclusively on the individual employment contract⁴³⁶.

However, to respond to these leanings and to fill the 'collective' gap left by transnational labour law, in the Ryanair case, Trade Unions have organised collective actions, claiming for better working conditions. In order to avoid the deterioration of its public image before the customers⁴³⁷, the airline company is partially opening to a form of social dialogue. In Italy, first, it has recognised a less representative pilots' Trade Union and concluded a dubious agreement for pilots. Second, it has negotiated a cabin crew agreement with two minor organizations and one of the most representative Trade Unions. Ryanair's availability to negotiate the first company agreements, for both pilots and cabin crew, is an evidence of the topical value of strike actions, which remain, also nowadays, the main tool in the hands of the workforce. Indeed, the decision of the company to negotiate has causally followed months of strikes that have seriously undermined its credibility in front of the customers, as further demonstrated by the strong industrial peace clause included in the Italian agreements for cabin crew of October 2018.

The Italian judgments on the anti-union conduct of Ryanair have been effective in shining a light on Ryanair's violations. Nevertheless, their national nature is structurally unable to guarantee the construction of a transnational social dialogue in Ryanair, which could widely improve the working conditions, as the transnational nature of the activity requires a transnational approach. Therefore, the transnational coordination and solidarity among Trade Unions is a pivotal element to take actions, which can affect the consumers' needs in a meaningful way and, as a consequence, force Ryanair to invert its anti-union tendency.

In September 2017, the three Italian confederated Trade Unions, FILT-CGIL, FIT-CISL and UILTRASPORTI, had sent an official call for an international solidarity action against Ryanair to ITF (International Transport Workers' Federation) and ETF (European Transport Workers' Federation)⁴³⁸. But, with the FIT-CISL signature of the cabin crew agreement in October 2018, that the other Trade Unions completely oppose, the context has changed and the national divisions – among

⁴³⁴ On this rule see *amplius* F. Dorssemont & A. van Hoek, *Collective action in labour conflicts under the Rome II Regulation (part I)*, 1 *European Labour Law Journal* 48-75 (2011) and *id.*, *Collective action in labour conflicts under the Rome II Regulation (part II)*, 2 *European Labour Law Journal* 101-118 (2011).

⁴³⁵ A. Loffredo, *supra* n. 4, 16.

⁴³⁶ V. Speciale, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, 322 *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* 19 (2017).

⁴³⁷ It is worth noting that, besides the collective actions above mentioned, Ryanair had cancelled in the last months a huge number of flights, officially for the necessity of pilots to go on holiday but actually due to the transition of many of them to other airlines which guarantee better working conditions. Because of that Ryanair has had to face several disputes in order to compensate consumers.

⁴³⁸ Available at: <http://77.43.11.66/notiziari/2017/allegati/ALL164TA1.pdf> (accessed 19 Oct. 2018).

the Trade Unions affiliated to EFT and ITF – risk to seriously affect the supranational organisations' activism against Ryanair's social dumping practices in the aviation sector. However, it is remarkable that Trade Unions in Europe are organising beyond official Trade Union Federations as well, and succeeded in organising an effective and coordinated strike action.

Le conseguenze del recesso nel contratto di apprendistato. Quando l'interprete deve colmare il vuoto di disciplina*

Nicoletta De Angelis

1. Il recesso dal contratto di apprendistato. Inquadramento generale. 195
2. Il recesso del datore durante il periodo di formazione. Gli effetti derivanti dalla sua illegittimità e dal contestuale accertamento dell'inadempimento datoriale nell'erogazione della formazione. 197
3. Dalla previsione legislativa della libera recedibilità può ricavarsi un contributo alla sistemazione teorica del contratto di apprendistato? 206
4. Il difficile equilibrio tra la disciplina della risoluzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato e l'insorgenza di cause interdittive del licenziamento. 210

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 390/2019

1. Il recesso dal contratto di apprendistato. Inquadramento generale.

L'ampia revisione delle regole relative al contratto di apprendistato, ad opera del d.lgs. n. 81/2015, non ha interessato l'impianto sostanziale della disciplina del recesso. Quest'ultima è rimasta pressoché immutata, fatta eccezione per un aspetto, peraltro rilevante, che in passato aveva richiamato l'attenzione degli studiosi della materia.

L'art. 2, comma 1, lett. l) del d.lgs. n. 167 del 2011 con un'anomala formulazione aveva previsto che le parti potessero recedere, in costanza del periodo di formazione, solo per giusta causa o giustificato motivo. Ciò lasciava intendere che anche gli apprendisti per poter recedere lecitamente, prima della scadenza della fase di apprendistato, avrebbero dovuto addurre una giustificazione in caso di dimissioni.

La norma aveva un notevole peso specifico in quanto introduceva una peculiare ipotesi di dimissioni, le quali avrebbero dovuto essere sorrette sempre da una giusta causa o da un giustificato motivo. Quindi, in dottrina, ci si era interrogati in particolare su quale fattispecie potesse rappresentare la scriminante tra i due diversi tipi di giustificazione e soprattutto cosa dovesse intendersi per giustificato motivo soggettivo di dimissioni⁴³⁹.

La questione si poneva non solo da un punto di vista teorico interpretativo, investendo, altresì, risvolti pratici di non poco rilievo connessi all'ipotetico obbligo di risarcimento del danno incombente sul lavoratore in caso di assenza di "giustificate" dimissioni. In questa direzione, una parte della contrattazione collettiva si era orientata nel senso di introdurre espressa previsioni in merito all'obbligo di risarcimento in capo al lavoratore⁴⁴⁰.

Il legislatore del 2015 corregge il tiro ed elimina l'enigmatica formulazione, lasciando inalterato il solo richiamo al recesso ai sensi dell'art. 2118 c.c.⁴⁴¹ all'esito della fase formativa.

Rimossa l'anomalia relativa alla possibilità riconosciuta alle "parti" di recedere durante il periodo formativo solo per giusta causa o giustificato motivo, l'unica deviazione rispetto alla disciplina standard resta quella di sottrarre il recesso del datore al regime vincolistico, una volta ultimata la formazione.

Già solo tale disposizione testimonia che il carattere alluvionale della disciplina generale del contratto di apprendistato si è riverberato sulla materia del recesso. La legge, in vero, non tratteggia

⁴³⁹ La nozione di giustificato motivo era stata sicuramente mutuata dal legislatore in maniera sbrigativa dalla disciplina dei licenziamenti individuali pertanto, in dottrina era stato osservato che la previsione dell'art. 1, comma 2 lett. l) del d.lgs. n. 167/2011 non potesse imporre un risarcimento a carico dell'apprendista allorché quest'ultimo avesse rassegnato le proprie dimissioni senza giustificazione. In tal senso si veda: Rauser P., *Apprendistato e cessazione del rapporto*, in *DPL*, n. 21/2013, 1341 e ss.; Garofalo D., *Del tirocinio (o apprendistato). Art. 2130-2134*, in Cagnasso O, Vallebona A. (a cura di), *Del lavoro*, in Gabrielli E. (diretto da), *Commentario al Codice civile*, UTET, 2013, 373 ss., nonché Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista. (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 145/2012, 58.

⁴⁴⁰ Ad esempio, l'Accordo per la disciplina contrattuale dell'apprendistato professionalizzante nel settore centri elaborazione dati del 24 aprile 2012, modificato e integrato ai sensi del d.lgs. n. 81/2015, prevede che: «L'apprendista che, senza giusta causa o giustificato motivo interrompa il rapporto prima della scadenza del periodo di formazione è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del datore di lavoro. In ogni caso il risarcimento non potrà avere un valore superiore a due mensilità di retribuzione». La persistenza di questo enunciato si traduce in una previsione peggiorativa per il lavoratore ad opera dell'autonomia collettiva.

⁴⁴¹ L'art. 42 comma 4 recita: "Al termine del periodo di apprendistato le parti possono recedere dal contratto, ai sensi dell'art. 2118 c.c., con preavviso decorrente dal medesimo termine".

un quadro organico di essa lasciando piuttosto all'interprete il compito di ricavarla da alcune frammentarie previsioni. Tuttavia, se il legislatore in tema di recesso all'esito del periodo formativo detta una regola, sia pure discutibile⁴⁴², preferisce tacere del tutto sulle modalità che debba seguire il datore di lavoro che voglia recedere dal rapporto durante il periodo di apprendistato.

In assenza di una espressa formulazione legislativa, pare potersi applicare il regime ordinario sulla scorta di quanto disposto dal comma 3 dello stesso articolo 42, dove il legislatore laconicamente afferma che: "durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo". Orbene, se è consentito applicare il regime sanzionatorio, di conseguenza potranno valere le regole generali quanto ai requisiti sostanziali di legittimità del recesso⁴⁴³.

Più difficile risulta trovare una soluzione al silenzio della legge sulle dimissioni del lavoratore durante la fase di formazione.

L'attuale costruzione del testo normativo induce a ritenere che l'apprendista possa ricorrere all'art. 2118 c.c. solo ad apprendistato concluso. Ciò genererebbe uno squilibrio ingiustificato nei confronti del lavoratore apprendista perché dovrebbe ammettersi che durante il periodo di formazione questi possa recedere solo ai sensi dell'art. 2119 c.c., mentre gli verrebbe preclusa la possibilità, riconosciuta a tutti i lavoratori subordinati, di dimettersi senza obbligo di giustificazione, dando un preavviso al datore di lavoro.

L'argomento sembra ancora in cerca di una compiuta regolamentazione. Guardando a ritroso, si può riconoscere una maggiore coerenza su questo peculiare aspetto alle indicazioni contenute nel d.lgs. n. 276/2003; l'art. 48, comma 3, lett. c) e d), del testo di legge in parola riferiva le regole concernenti l'estinzione del rapporto al solo datore di lavoro⁴⁴⁴, escludendo in questo modo qualsiasi incomprendimento relativa al recesso del lavoratore. È proprio questa precedente indicazione normativa che lascia intendere che anche all'apprendista possa applicarsi il regime di dimissioni ordinario e che l'omissione compiuta dal legislatore del 2015 sia solo il frutto delle eccessive e ripetute manipolazioni della disciplina. Se, infatti, si volesse dare adito all'equivoco prodotto dal

⁴⁴²V. Piccinini A., Centamore G., *Apprendistato: l'illegittimità del recesso ad nutum con l'art. 30 della Carta di Nizza*, in *RGLPS*, 2011 p. 688.

⁴⁴³ In argomento era intervenuta, con riferimento al regime previgente, la giurisprudenza di merito riconnettendo la facoltà di recesso alla natura dell'apprendistato quale rapporto di lavoro a tempo indeterminato; cfr. Trib. Milano 28 aprile 2003, in *GM*, 2004, 72, secondo cui: «Durante il rapporto di apprendistato si applicano, quanto alla stabilità del rapporto, le regole normali in materia di licenziamento che, quindi, deve essere giustificato sul piano oggettivo e soggettivo, mentre solo alla fine del periodo convenuto per l'apprendimento il recesso del datore di lavoro è libero in quanto connesso alla valutazione che questi fa dell'esito dell'apprendistato» Trib. Torino 13 aprile 2005 in *GP*, 2006, 1, 84.

Sul punto è intervenuta più di recente la giurisprudenza della Suprema Corte, con Cass., Sez. Lav., 13 luglio 2017, n. 17373, in *LG*, 2/2018, 161 con nota di Chietera F., sancendo che la natura di rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato riconosciuta dall'ordinamento al contratto di apprendistato comporta l'applicazione della normativa che governa il licenziamento nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, come già in precedenza riconosciuto dalla Corte costituzionale con riferimento alla legge n. 604/1966. I giudici di legittimità richiamano espressamente le sentenze additive di accoglimento della Corte Costituzionale del 28 novembre 1973 nr. 169 e del 4 febbraio 1970 n. 14 in *www.dejure.it*, per effetto delle quali l'intero *corpus* di norme di cui alla legge 604/1966 è stato esteso al contratto di apprendistato, proprio sul presupposto della sua assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro.

⁴⁴⁴ Le menzionate lett. c) e d) espressamente prevedevano la "possibilità per il datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato ai sensi di quanto disposto dall'art. 2118 del codice civile"; nonché il "divieto per il datore di lavoro di recedere dal contratto di apprendistato in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo".

silenzio in materia del d.lgs. n. 81, si dovrebbe concludere per una inspiegabile disparità di trattamento tra lavoratori.

Per quanto il d.lgs. n. 81/2015 non abbia stravolto in maniera incisiva la struttura generale della disciplina del recesso, lasciando inalterate talune problematiche ad essa sottese e anzi, per certi versi, creandone di nuove, su un diverso versante ne ha profondamente alterato il codice genetico.

La riforma del 2015, infatti, sottrae ai contratti collettivi (nello specifico agli accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) anche la materia del recesso e del preavviso, affidandone la regolamentazione alla legge e all'autonomia delle parti⁴⁴⁵.

Con specifico riguardo al preavviso, è stato osservato che, pur rimanendo confermata la previsione secondo la quale durante quel periodo continua a trovare applicazione la disciplina generale del contratto di apprendistato⁴⁴⁶, non è più nella disponibilità delle parti sociali l'individuazione dei giorni di preavviso⁴⁴⁷. Tuttavia un simile cambio di indirizzo non pare avere inciso più di tanto sulle modalità concrete con cui deve essere esercitato.

Del resto, l'espresso richiamo all'art. 2118 - il quale prevede che le parti possano recedere dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità - riabilita la contrattazione collettiva a dettare i termini del preavviso, in assenza di diversa volontà degli agenti contrattuali.

Dalla lettura dell'attuale normativa si evince che il preavviso debba essere formalizzato al momento della scadenza del periodo formativo e, dunque, proprio da quel momento esso comincia a decorrere, analogamente a quanto previsto anche all'art. 2 comma 1 lett. m del t.u. n. 167/11⁴⁴⁸, rispetto al quale era intervenuto anche il Ministero del lavoro⁴⁴⁹ specificando che il momento in cui deve essere dato il preavviso decorre dall'ultimo giorno del periodo formativo.

2. Il recesso del datore durante il periodo di formazione. Gli effetti derivanti dalla sua illegittimità e dal contestuale accertamento dell'inadempimento datoriale nell'erogazione della formazione.

La disciplina del licenziamento durante la fase formativa, come è stato già accennato, non è espressamente contemplata dal d.lgs. n. 81/2015. Cionondimeno, il richiamo al piano sanzionatorio lascia supporre anche l'inevitabile applicazione dei presupposti formali e sostanziali in tema di licenziamento. Peraltro, la specificità dell'utilizzo delle classiche causali in questo contesto contrattuale assume finanche un carattere tipizzato in ordine all'introduzione di una nuova ipotesi di

⁴⁴⁵ Infatti, l'art. 42, comma 5, nel ribadire che la disciplina del contratto di apprendistato è rimessa ad accordi interconfederali ovvero ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, contestualmente sottrae alla contrattazione collettiva alcune materie: durata minima, piano formativo, recesso, preavviso, normativa in caso di licenziamento.

⁴⁴⁶ Tale precisazione in effetti era già contenuta nella l. n. 92/2012.

⁴⁴⁷ Cfr. Buratti U., Rosolen G., *Apprendistato e recesso: una prima lettura del d.lgs. n. 81/2015*, in BA, 15 luglio 2015.

⁴⁴⁸ Diversamente, l'art. 49 del d.lgs. n. 276/2003 sanciva che il termine del rapporto con l'apprendista dovesse coincidere con il termine del periodo di apprendistato e pertanto in caso di recesso il periodo di preavviso andava prestato entro la fine dell'apprendistato e non successivamente.

⁴⁴⁹ Con nota n. 40/0025014 del 13 luglio 2012.

giustificato motivo di licenziamento (senza precisazione della natura soggettiva o oggettiva dello stesso), per il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi.

L'art. 42, comma 3 disciplina infatti, per la sola tipologia di apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, il diploma di istruzione secondaria superiore e il certificato di specializzazione tecnica superiore, un generico giustificato motivo di licenziamento in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi formativi, attestato dall'istituzione formativa⁴⁵⁰. La disposizione non brilla per chiarezza di intenti. Se lo scopo del legislatore era quello di inserire un'ulteriore fattispecie che può essere invocata dal datore di lavoro durante la fase formativa per recedere legittimamente, è evidente che il mancato raggiungimento degli obiettivi formativi può essere valutato solo all'esito della fase formativa (che nell'apprendistato di primo tipo coincide con il conseguimento del titolo di studio); inoltre, in quel frangente il datore sarebbe già assistito dalla facoltà di recedere *ad nutum*⁴⁵¹ e l'unico vantaggio che trarrebbe dall'attuale formulazione della norma sarebbe quello di eludere la rigida regola temporale legata all'esercizio del recesso libero⁴⁵².

In ogni caso, l'applicabilità delle classiche causali di licenziamento, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo, pone un problema di relativizzazione in ordine alla speciale posizione del lavoratore apprendista.

Da un punto di vista soggettivo, c'è da interrogarsi quanto a una necessaria attenuazione dell'obbligo di diligenza. Il datore, infatti, non dovrà trascurare che l'apprendista, essendo un lavoratore ancora non pienamente formato, risponderà alle direttive impartitegli in maniera meno puntuale rispetto a un dipendente che ha già acquisito le competenze necessarie allo svolgimento di una determinata mansione.

Sul diverso versante del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel contratto di apprendistato viene in rilievo la difficoltà di adottare il meccanismo del *repechage*. In particolare, se all'interno di un'azienda si procede alla soppressione della posizione lavorativa per la quale l'apprendista si stava formando, sarà complicato per il datore di lavoro ricollocarlo all'interno dell'organico aziendale in considerazione altresì di quell'orientamento dei giudici di legittimità secondo cui "l'utilizzo del lavoratore deve avvenire nella qualifica per cui è stato stipulato il rapporto di apprendistato e l'eventuale variazione di qualifica comporta (finanche, *ndr*) il venir meno delle agevolazioni previste dalla legge"⁴⁵³.

Inoltre, il mancato completamento della formazione professionale, attribuibile a un fatto del datore di lavoro, produce (come si anticipava poc'anzi) un notevole problema in termini di invalidità del contratto di apprendistato nonché di tutele da adottare.

⁴⁵⁰ Secondo Chietera F., *Licenziamento in costanza di apprendistato e apparato sanzionatorio*, in *LG*, 2/2018 161 e ss., si tratta di un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con la quale il datore di lavoro non potrà che prendere atto dell'attestazione di contenuto negativo fornita dall'istituzione formativa, provvedendo per l'effetto a risolvere il rapporto di lavoro con l'apprendista.

⁴⁵¹ Oltre al dato normativo anche la giurisprudenza di legittimità si è da sempre assestata sul principio per il quale quando il datore di lavoro alla scadenza del rapporto di apprendistato, decida di recedere dal contratto non sono richiesti né la giusta causa né il giustificato motivo, venendo a cessare per esaurimento, a cagione del compimento dello stesso, anche la causa negoziale del rapporto (cfr. Cass. N. 4553/1983; Cass. N. 2213/1986 entrambe in www.dejure.it).

⁴⁵² Secondo qualcuno la *ratio* di una simile introduzione è da ricercare nell'esigenza di rinsaldare il collegamento tra la finalità formativa e quella occupazionale del contratto di apprendistato. Sul punto si veda Carbone M.A., Carollo L., Donà S., Fragnoli D., Ryzha I., Serrapica C., *Il contratto di apprendistato nel d.lgs. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 286/2015.

⁴⁵³ Cfr. Cass. n. 15055/2010, in *BA*, 22 luglio 2010.

Preliminarmente, occorre soffermarsi sui possibili scenari in termini di sanzioni che si profileranno ogni qual volta l'apprendista ritenga illegittimo il licenziamento intimato dal datore di lavoro in costanza del periodo formativo, alla stregua di quanto accade anche per i rapporti di lavoro ordinari, in base ai diversi gradi di tutela offerti attualmente dall'ordinamento, nonché in base al momento in cui è sorto il rapporto.

Il legislatore del 2015, forse proprio per non impegolarsi nel complesso apparato sanzionatorio attualmente vigente, si affida alla sibillina previsione dell'art. 42, comma 3. In essa si legge che: "Durante l'apprendistato trovano applicazione le sanzioni previste dalla normativa vigente per il licenziamento illegittimo".

L'interprete, dunque, è chiamato ad una meticolosa opera di ricostruzione, per arrivare a delineare in maniera netta l'impianto sanzionatorio da applicare al datore di lavoro inadempiente il cui recesso sia stato qualificato in sede giudiziaria come illegittimo.

A ben guardare, potranno applicarsi le sanzioni previste dagli artt. 2, 3 e 4 del d.lgs. n. 23/2015 per i rapporti sorti dopo il 7 marzo 2015, e quelle contemplate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla l. n. 92/2012 o dall'art. 8 della l. n. 604/66, per le assunzioni avvenute prima di tale data. Anche se vale la pena evidenziare che la disciplina residuale potrà essere ancora applicata solo per quei contratti di apprendistato professionalizzante stipulati nel settore dell'artigianato, per i quali la durata massima può essere di cinque anni (invece dei canonici tre previsti per tutti gli altri settori) o per i contratti di apprendistato di terzo tipo, per i quali la durata non è fissata dalla legge ma dalle associazioni dei datori e dei lavoratori comparativamente più rappresentative di concerto con l'istituzione formativa, le quali potrebbero prevedere appunto una durata maggiore.

Analogha considerazione deve essere fatta per i controversi casi di conversione, successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, di contratti di apprendistato in contratti a tempo indeterminato. L'ambigua formulazione adottata dal legislatore proprio all'art. 1 comma 2 del d.lgs. n. 23/2015⁴⁵⁴, desterà problemi applicativi fino a quando non sarà maturato il quinquennio dall'entrata in vigore del decreto legislativo medesimo. Certamente, è rimasta priva di un'univoca interpretazione la reale intenzione del legislatore circa l'utilizzo del termine "conversione"⁴⁵⁵.

Al di là delle diverse osservazioni proposte⁴⁵⁶, l'impiego di questo termine da parte del legislatore costituisce, ad avviso di chi scrive, un valido presupposto sul quale fondare l'utilizzabilità della

⁴⁵⁴ Disposizione che estende l'applicazione della disciplina del d.lgs. n. 23/2015 anche ai casi di conversione, successiva all'entrata in vigore del medesimo decreto n. 23/2015, ai contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

⁴⁵⁵ La dottrina si è divisa tra chi ha sostenuto che il termine conversione dovesse essere tradotto in accezione negativa quale sanzione applicabile al datore per la violazione degli obblighi formativi (sebbene il dato normativo nulla dicesse al riguardo), si veda in particolare: Tiraboschi M., *Il contratto a tutele crescenti: spazi di applicabilità in caso di apprendistato e somministrazione di lavoro*, in Carinci F., Tiraboschi M., *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT University Press, 2015, pp. 110-112; Cester C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015, 25, e tra chi invece presuppone che esso debba essere inteso in senso ampio, comprensivo anche del concetto di prosecuzione volontaria del rapporto; sul punto si veda: Marazza M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, ADL, 2015, n. 2, p. 319; Levi A., *La politica di riordino dei tipi contrattuali, il rilancio occupazionale e la nuova disciplina dell'apprendistato*, MGL, 2015, 817. Dello stesso avviso sembrerebbe anche Maresca A., *Assunzione e conversione in regime di tutele crescenti*, GLav, 2015, n. 12, 12 ss.

conversione quale soluzione sanzionatoria aggiuntiva, oltre quanto previsto dal dato normativo, nei casi di inadempimento da parte del datore degli obblighi formativi. L'impiego del termine conversione (con specifico riguardo ai contratti di apprendistato) vuole riferirsi con molta probabilità a quei casi in cui il contratto è stato impugnato per carenza della formazione e, all'esito della fase giudiziaria, il giudice abbia ritenuto di convertire, appunto, il contratto di apprendistato in contratto a tempo indeterminato ordinario. Tale opzione, infatti, come si dirà meglio in seguito, è quella maggiormente caldeggiata dalla giurisprudenza. In questo senso si condivide l'opinione di chi ritiene che il termine in questione debba essere inteso in senso tecnico inequivocabile e maggiormente coerente anche rispetto ai criteri di delega⁴⁵⁷, quale sinonimo di sanzione (in linea anche con quanto espresso per il contratto a tempo determinato) e non già quale sinonimo di prosecuzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato⁴⁵⁸. Così verrebbe ammessa dallo stesso legislatore, sia pure solo implicitamente, un'ulteriore opportunità di sanzionare il datore che abbia violato il contenuto formativo del contratto, oltre a quanto espressamente previsto dall'art. 47, comma 1.

Muovendo da tale assioma, è lecito, a questo punto, interrogarsi sulla possibile convivenza dei regimi di tutela prescritti dalla attuale normativa in materia di licenziamento con la conversione sanzionatoria per omessa formazione, diffusamente ammessa dai giudici.

Accanto alle problematiche tradizionali, infatti, si pone il caso specifico di illegittimità del rapporto per carenza della formazione, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina del contratto a tutele crescenti.

Occorre premettere che la giurisprudenza eleva la formazione ad elemento costitutivo del contratto, facendo discendere dalla carenza di essa la mancanza della causa del contratto stesso, il quale dovrà essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. Pertanto, applicando le regole del diritto comune, i giudici ne ricavano che l'omessa formazione professionale nel contratto di apprendistato determina la sussistenza di un ordinario contratto di lavoro subordinato *ab origine*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷La legge delega n. 183/2014, nel definire il campo di applicazione della nuova disciplina fa espresso riferimento ai soli "nuovi assunti". Per un approfondimento di tale aspetto si rinvia a *Luciani V., La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "rioridino" delle fonti di regolazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona".IT – 301/2016, 5.

⁴⁵⁸A poco varrebbero le considerazioni, sia pure lecite, di quanti hanno sostenuto che in tal modo verrebbe privilegiato quel datore di lavoro che abbia agito scorrettamente, in quanto si vedrebbe applicata una tutela, in caso di licenziamento qualificato illegittimo in sede giudiziaria, a lui più favorevole, diversamente da quanti decidano di fare proseguire il rapporto, ai quali si continuerebbe ad applicare, in caso di recesso, ritenuto illegittimo in sede giudiziaria, la disciplina previgente rispetto al contratto a tutele crescenti. Al riguardo si veda Pasqualetto E., *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, 2016, 399 ss.

Per evitare una simile sperequazione Confindustria, con la circolare n. 19831 del 9 marzo 2015, indica come altamente consigliabile, in tutte le possibili ipotesi di prosecuzione, la formale chiusura del precedente rapporto, al termine del periodo di formazione, per avviare subito dopo un nuovo rapporto a tempo indeterminato, là dove una trasformazione senza soluzione di continuità renderebbe inapplicabile il più tenue regime delle tutele crescenti dando luogo, ove ne sussistano i requisiti dimensionali, all'applicazione del regime di stabilità reale di cui all'art. 18 l. 300/1970, sia pure nella versione della riforma del 2012.

⁴⁵⁹Peraltro, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che incombe sul datore di lavoro la prova della legittimità del contratto di apprendistato. Ciò rende più agevole per il lavoratore avviare un procedimento per nullità dell'apprendistato per omessa formazione in quanto spetta al datore di lavoro provare che l'inadempimento della formazione non possa essere a lui imputato. Cfr. Cass. n. 22624/2015 inedita a quanto consta.

L'intento dei giudici, che aderiscono in larga parte a questo orientamento, è nello specifico quello di punire le imprese che abbiano voluto abusare dei vantaggi connessi al contratto di apprendistato, trascurando di adempiere gli obblighi formativi imposti dalla normativa e dalla funzione sociale propria di questa tipologia contrattuale.

Pur ritenendo condivisibile l'arresto giurisprudenziale che include la conversione tra le sanzioni in caso di omessa formazione giova ricordare che il comma 1 dell'art. 47, rubricato in maniera generica "disposizioni finali", si limita a fare derivare dalla mancanza di erogazione della formazione da parte del datore una mera sanzione di natura civile, trascurando l'indirizzo della giurisprudenza, oramai ampiamente sedimentato, che propende per la conversione del rapporto in caso di nullità del patto formativo.

Dalla lettera della legge, infatti, non si ricava alcun riferimento alla conversione del rapporto in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, probabilmente perché una simile precisazione sarebbe andata in contrasto con quanto affermato nel precedente art. 41, ove si legge in maniera inconfutabile che l'apprendistato è (già) "un contratto di lavoro a tempo indeterminato"⁴⁶⁰.

In ogni caso, volendo dare spazio a una più ampia interpretazione⁴⁶¹, non si può sottacere che la sanzione civile, contemplata dal legislatore all'art. 47 (con il quale si prevede che il datore sia tenuto a corrispondere la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento, con esclusione di qualsiasi sanzione per omessa contribuzione), avvalorata la conclusione a cui giungono i giudici, confermando che il rapporto intercorso tra le parti, persi i connotati dell'apprendistato, sia da ricondurre - almeno sotto il profilo previdenziale - ad un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Dunque, il legislatore sembra voler sottintendere una simile conclusione pur senza esprimersi in maniera netta al riguardo, probabilmente anche per evitare di disincentivare i datori di lavoro dal ricorso a questa forma contrattuale, «sovraccaricando le imprese di costi aggiuntivi, quali quelli legati, appunto, alla riconduzione del rapporto ad un "ordinario" rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»⁴⁶². Un'ultima argomentazione che milita a sostegno della tesi della convertibilità del rapporto è fornita sempre dall'art. 47, secondo il quale la sanzione civile ivi prevista esclude ogni altra sanzione per omessa contribuzione, riferendosi quindi in modo esplicito alle sole altre sanzioni di natura previdenziale ma non anche sanzionatoria.

⁴⁶⁰ In realtà questa stessa obiezione è stata già sollevata da Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., con riguardo all'inappropriatezza della terminologia utilizzata nel d.lgs. n. 23/2015, ove si riferisce la conversione a tempo indeterminato ad una tipologia contrattuale, quale l'apprendistato, che è già definito dalla stessa legge a tempo indeterminato.

⁴⁶¹ Esclude l'operatività della conversione Pizzoferrato A., *Violazione degli obblighi formativi nel contratto di apprendistato: quali effetti e sanzioni?*, DL, 2006, 254.

⁴⁶² Così Pasqualetto E., *Il sistema sanzionatorio dell'apprendistato*, cit., la quale, a ulteriore riprova del fatto che il legislatore ritenga adeguato il sistema sanzionatorio consolidatosi dal 2003 ad oggi, si avvale del mancato accoglimento della proposta avanzata dalla XI Commissione permanente del Senato, con parere emesso in data 13 maggio 2015, con la quale si era suggerito di sostituire la sanzione della maggiorazione pari al cento per cento dei contributi scontati con le più blande sanzioni previste in caso di omissione contributiva.

Sebbene la soluzione della stabilizzazione del rapporto continui a essere letta in dottrina come di “esclusiva creazione giurisprudenziale”⁴⁶³ giova osservare che, andando al di là della mera lettura del dato testuale, possono rinvenirsi degli ulteriori indizi che portano a propendere per l’applicabilità di questo tipo di sanzione.

Al riguardo, non può essere trascurato il ruolo preminente che viene affidato agli organi di vigilanza: l’attività ispettiva in materia di apprendistato è attenta principalmente alla verifica della genuinità del contratto, cioè della effettiva realizzazione della causa formativa del rapporto.

In tal senso la circolare del Ministero del Lavoro n. 5/2013 consente agli ispettori del lavoro di procedere al “disconoscimento del rapporto di apprendistato e alla sua riconduzione alla forma comune di rapporto di lavoro, cioè al contratto a tempo indeterminato con la conseguenziale applicazione delle sanzioni amministrative previste per l’irregolare assunzione dei lavoratori subordinati”, ogniqualvolta riscontrino il grave inadempimento formativo da parte del datore di lavoro.

I limiti della gravità del suddetto inadempimento si ricavano *a contrario* proprio dall’art. 47 del d.lgs. n. 81/2015, il quale precisa che il personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali adotta, in luogo della più grave sanzione amministrativa, un provvedimento di disposizione, ai sensi dell’art. 14 del d.lgs. n. 124 del 2004⁴⁶⁴, nel caso in cui rilevi un inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale. Ciò fa presumere che una simile ipotesi si riferisca a un inadempimento meno grave e quindi ancora recuperabile, tanto che viene concesso un termine al datore di lavoro entro il quale regolarizzare la propria posizione.

Gli ispettori quindi si trovano nella delicata posizione di dover compiere un accertamento circa il diverso peso da attribuire al comportamento del datore, per valutare l’entità del suo inadempimento agli obblighi formativi.

Nell’ottica di agevolare questo compito, il Ministero del lavoro ha elaborato due griglie di ipotesi all’interno delle quali vengono messi in correlazione il momento in cui viene compiuto l’accertamento e il *quantum* di formazione non erogata. Nonostante il supporto di una simile previsione, resta per gli organi ispettivi la difficoltà di stabilire la portata dell’obbligo formativo che deve essere soppesata anche in considerazione della tipologia di apprendistato nonché dell’obiettivo formativo che con essa si vuole perseguire.

In buona sostanza, ci troviamo dinanzi ad una dicotomia di non poco momento: da un lato il precetto normativo che riconnette all’inadempimento datoriale solo una sanzione di tipo economico, dall’altro l’interpretazione giurisprudenziale che propende per la conversione del rapporto, nonché la possibilità riconosciuta agli ispettori del lavoro di riqualificare lo stesso.

In effetti, se, in corso di ispezione, l’apprendistato non risulta essere genuino per mancanza dell’elemento della formazione agli ispettori sarà consentito richiedere la riqualificazione del rapporto. In sede giudiziaria, invece, il giudice che non sarà riuscito ad accertare la diversa volontà

⁴⁶³ Mondelli M., *Apprendistato: inadempimento degli obblighi formativi*, DP, 2007, 777.

⁴⁶⁴ Si tratta di un provvedimento con il quale viene assegnato al datore un congruo termine entro il quale egli è tenuto a recuperare la formazione non erogata, pena l’irrogazione di una sanzione amministrativa ex art. 11, comma 1, d.P.R. n. 520/1955.

delle parti, e voglia applicare scrupolosamente la legge, potrà adottare come strumento sanzionatorio solo quello proposto dall'art. 47 del d.lgs. n. 81/2015.

Come si è già detto, la giurisprudenza propende per la conversione del contratto nella maggior parte dei casi, ritenendo la formazione un elemento indefettibile dello stesso. I giudici del merito hanno elaborato negli anni dei veri e propri indici presuntivi, (quali, ad esempio, lo svolgimento da parte del lavoratore di attività routinarie ed elementari o anche la circostanza che il dipendente abbia già in precedenza svolto le mansioni oggetto della formazione nel contratto di apprendistato), in virtù dei quali pervengono a qualificare il contratto di apprendistato come non genuino, arrivando per lo più ad applicare la conversione sanzionatoria dello stesso.

In dottrina, c'è chi si mostra scettico sull'operatività della conversione forzata del rapporto⁴⁶⁵: la conseguenza infatti sarebbe quella di privare il contratto di quel contenuto formativo tipico che lo caratterizza, per cui la riqualificazione del rapporto è ammessa solo allorché sia stata appurata l'intenzione dei contraenti di simulare la stipulazione di un contratto di apprendistato. Secondo questa lettura sarebbe necessario accertare in giudizio l'esistenza di un vero e proprio accordo simulatorio tra i contraenti, in virtù del quale potrà farsi valere la regola di cui all'art. 1414 c.c. la quale prevede, con riguardo alla simulazione relativa, che se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, tra di esse avrà efficacia il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma.

Ma, limitare la conversione alla sola ipotesi della simulazione vera e propria appare riduttivo.

Va rilevato che l'apprendista non avrebbe alcun vantaggio ad accettare l'accordo simulatorio, se non quello dell'assunzione: ciò lascia supporre che è sempre solo il datore a volere dissimulare un contratto diverso sicché l'inadempimento datoriale agli obblighi formativi già di per sé è sufficiente a determinare la conversione del rapporto, essendo evidente che lo stesso è stato sottoscritto dal datore con l'unico fine di ottenere le previste agevolazioni economiche e normative, senza che sia necessario per gli interpreti raggiungere in giudizio la prova dell'esistenza dell'accordo simulatorio tra le parti. Questo principio dovrebbe prevalere in tutte quelle ipotesi in cui non è più possibile coltivare la finalità formativa, per cui accanto alla sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, il contratto andrà convertito.

Di certo è significativo che in giurisprudenza l'unico inadempimento datoriale sanzionato con la conversione del contratto è quello relativo alla mancanza di erogazione della formazione. Negli altri casi di inosservanza da parte del datore delle regole riguardanti la forma e il contenuto del contratto di apprendistato nonché nei casi di violazione delle previsioni contrattuali collettive attuative dei principi relativi alla retribuzione, all'inquadramento del lavoratore e alla presenza del tutor o referente aziendale, è pacifica l'esclusiva applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 600 euro.

Ovviamente, qualora si acceda alla tesi della conversione, in caso di omessa formazione, non può sottacersi il problema del coordinamento di tale sanzione con i meccanismi di tutela prescritti dall'ordinamento per il licenziamento illegittimo. In merito a ciò occorre articolare una serie di

⁴⁶⁵Carinci F., *Il contratto di apprendistato*, in Brollo M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in Persiani M, Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2013, 1024, secondo il quale la conversione dovrebbe essere impiegata solo a fronte di una situazione fraudolenta o comunque irrecuperabile.

ipotesi per valutare le diverse opzioni che possono delinearsi, a seconda che l'impugnativa sulla natura del contratto sia stata proposta nell'ambito di una più ampia richiesta di illegittimità del recesso, ovvero sia stata formulata dopo che il datore abbia già esercitato la facoltà di interrompere il rapporto all'esito della fase formativa.

Nello specifico, qualora il datore abbia esercitato il recesso in costanza di apprendistato, il lavoratore potrà impugnarlo, adducendone l'illegittimità e potrà contestualmente eccepire la nullità del contratto per carenza di formazione.

A questo punto, sarà necessario valutare di volta in volta le soluzioni ammesse per tutti i rapporti in vigore dal 7 marzo 2015: in caso di licenziamento discriminatorio, ovvero nullo o adottato in forma orale, si applicherà la reintegrazione c.d. "piena"; questo vuol dire che l'apprendista verrà reintegrato fino alla scadenza della fase formativa, al cui esito il datore potrà ancora esercitare il recesso libero. Ora, a meno che il periodo residuo non sia veramente di poco conto, si conviene con quella dottrina che ritiene che una volta ripristinato il rapporto riprenderà il periodo di formazione, per cui la valutazione della legittimità della condotta datoriale, rispetto all'adempimento degli obblighi formativi, andrà spostata all'esito del completamento del periodo formativo⁴⁶⁶.

Analoga situazione si verificherà quando verrà adottata la tutela reintegratoria attenuata (accompagnata cioè da un risarcimento che non può superare le dodici mensilità), disposta per il caso di licenziamento disciplinare, ogniqualvolta si accerti l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

In altre parole, il ripristino del rapporto di lavoro, generalmente più oneroso per il datore quanto al regime sanzionatorio in caso di licenziamento⁴⁶⁷, dispenserà però quest'ultimo dalla sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, per l'inadempimento nella erogazione della formazione⁴⁶⁸. Come si è detto, infatti, solo nei casi in cui è prevista la reintegrazione la formazione potrà essere recuperata⁴⁶⁹ cosicché il contratto di apprendistato non sarà privato di quel contenuto formativo tipico che lo caratterizza⁴⁷⁰. Ma anche questa soluzione non è immune da ecce-

⁴⁶⁶ Cfr. Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: rapporto con il contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 8.

⁴⁶⁷ L'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015 prevede, oltre alla reintegrazione anche il versamento da parte del datore di un'indennità risarcitoria che non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Mentre, l'art. 3, comma 2 del medesimo decreto dispone, unitamente alla reintegrazione, un risarcimento che non potrà essere superiore alle 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

⁴⁶⁸ In ogni caso dovrà considerarsi la durata del giudizio; la sentenza di reintegrazione potrebbe aversi a distanza di tempo dal momento in cui è intervenuto il recesso e ciò complicherebbe la possibilità del recupero della formazione in quanto potrebbe perdersi l'indispensabile requisito della continuità della stessa.

⁴⁶⁹ Quanto alla recuperabilità della formazione il giudice potrebbe avvalersi della griglia di riferimento elaborata dalla circolare del Ministero del lavoro n. 5/2013, per la quale diventa rilevante la percentuale di ore di formazione già realmente effettuate.

⁴⁷⁰ D'altro canto l'interesse ad un recupero della dimensione formativa traspare anche dall'ultima parte del comma 1 dell'art. 47 del d.lgs. n. 81/2015 ove si riconosce al personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali la facoltà di adottare un provvedimento di disposizione, nel caso in cui rilevi un inadempimento nella erogazione della formazione prevista nel piano formativo individuale. Con tale provvedimento viene assegnato al datore di lavoro un congruo termine entro il quale è tenuto a recuperare la formazione non erogata, pena l'irrogazione di una sanzione amministrativa ex art. 11, comma 1, d.p.r. n. 520/1955. Per un'approfondita analisi si rinvia a Rausei P., *Quadro sanzionatorio delle tipologie contrattuali flessibili compreso l'apprendistato*, in Tiraboschi M (a

zioni, se si considera l'incoercibilità dell'ordine di reintegra del lavoratore. Tale incoercibilità relativizza appunto la tesi secondo cui è possibile recuperare la formazione attraverso la reintegrazione.

Va sottolineato tuttavia che il datore dell'apprendista potrà ancora avvalersi del recesso libero una volta conclusasi la fase di apprendistato. Questa opzione dovrebbe incentivare i datori di lavoro a ottemperare in modo effettivo all'ordine di reintegra disposto con sentenza, consapevoli della futura *chance* che ancora conservano di concludere definitivamente il rapporto senza dover addurre una giustificazione a fondamento di tale scelta. Sicché, nel caso specifico dell'apprendistato, il datore di lavoro per evitare il rischio di incorrere nella sanzione di cui all'art. 47, comma 1, preferirà non sottrarsi all'obbligo di reintegrazione.

Prima delle modifiche all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, intervenute con la l. n. 92/2012 qualsiasi ipotesi di licenziamento illegittimo veniva sanzionata (sussistendo i requisiti dimensionali di cui alla medesima norma) con la reintegra nel posto di lavoro. In questo modo il datore di lavoro poteva ancora preservare la natura giuridica del contratto, recuperando la formazione.

Nella residuale casistica in cui veniva applicata dal giudice la tutela obbligatoria, il datore di lavoro avrebbe in ogni caso potuto evitare le gravi conseguenze connesse al proprio inadempimento agli obblighi formativi, offrendo al lavoratore la possibilità di ripristinare il rapporto per concludere il percorso formativo.

Oggi, con il nuovo quadro normativo, la situazione si complica, in particolar modo con riguardo al coordinamento tra la disciplina dell'apprendistato e l'applicazione della tutela indennitaria, prevista dall'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015.

La norma appena richiamata dispone che nei casi in cui risulti accertato che non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione volontaria, in misura non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità⁴⁷¹. Come si evince dal testo di legge, in tali ipotesi, che dovrebbero essere peraltro le più ricorrenti, non è previsto il ripristino del rapporto. Pertanto, è evidente che l'attuale regime sanzionatorio produce un ulteriore effetto perverso in quanto sottrae il datore, ma anche il lavoratore, al recupero della formazione e ciò anche nei casi di apprendistato genuino, quando sia stata accertata la sola illegittimità del recesso.

Qualora invece si sia riscontrata in giudizio la violazione dell'obbligo della formazione da parte del datore, quest'ultimo potrà subire solo conseguenze economiche, per quanto gravose. Quando anche il giudice, in linea con l'orientamento prevalente⁴⁷², convertisse il contratto, ciò produrrebbe solo effetti economici. Il contratto non potrà iniziare *ex novo*, essendosi comunque estinto alla data del licenziamento; tuttavia al lavoratore saranno riconosciute le differenze retributive e contributive che gli sarebbero spettate se il contratto fosse stato stipulato *ab origine* come un

cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016, p. 305 e ss., il quale, nonostante il silenzio della legge, ritiene che se la formazione oggetto di disposizione non viene effettivamente recuperata, il datore di lavoro, oltre alla sanzione amministrativa, subirà anche la sanzione della trasformazione dell'apprendistato in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato in considerazione dell'accertato inadempimento degli obblighi formativi.

⁴⁷¹Secondo le modifiche operate dalla l. n. 96/2018 all'art. 3, comma 1 del d.lgs. n. 23/2015.

⁴⁷²V. per tutte: Trib. Prato, 11 aprile 2012, in D&L, 2012, 470, con nota di Ranfagni A.

contratto standard. In questo modo si incide sulla base di calcolo dell'indennità di licenziamento illegittimo che verrà computata in considerazione della retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore ordinario e non di quella dell'apprendista; retribuzione che sarebbe stata in ogni caso inferiore o per effetto del sottoinquadramento o per effetto della riduzione percentuale proporzionata all'anzianità di servizio. Inoltre, al datore verrà comminata la sanzione amministrativa prevista dall'art. 47, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015.

3. Dalla previsione legislativa della libera recedibilità può ricavarsi un contributo alla sistemazione teorica del contratto di apprendistato?

Una delle più significative peculiarità della disciplina del rapporto di apprendistato si concretizza proprio nella possibilità concessa al datore di lavoro di poter liberamente recedere (ai sensi dell'art. 2118 c.c.) all'esito della fase formativa. Si tratta, infatti, dell'unico esempio di contratto espressamente qualificato come a tempo indeterminato nel quale la disciplina limitativa dei licenziamenti, ed in specie la regola di necessaria giustificazione del recesso datoriale, svanisce nello spazio temporale del solo giorno coincidente con il termine del periodo formativo⁴⁷³ (termine peraltro da cui inizia a decorrere il dovuto preavviso), cedendo il passo a un regime di libera recedibilità, destinato a sua volta a evaporare allo scoccare della mezzanotte. In mancanza di recesso, infatti, il rapporto prosegue e acquisisce in via definitiva tutti i connotati di un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Tale regola, introdotta già con la legge n. 25/1955⁴⁷⁴ e stigmatizzata per svariati aspetti di cui meglio si dirà in seguito, ha resistito negli anni ai continui interventi correttivi succedutisi.⁴⁷⁵

La norma, a ben guardare, continua a definire il contratto che segue la mancata disdetta ex art. 2118 come "ordinario" contratto di lavoro a tempo indeterminato. Il legislatore non fa altro che ricondurre il rapporto che segue la fase formativa nell'alveo del contratto a tempo indeterminato, sottolineando in tal modo la peculiarità della fase di apprendistato caratterizzata da un'anima mista⁴⁷⁶.

Intorno a questa facoltà può manifestarsi una situazione solo apparentemente paradossale se si considera che un tipo di contratto, definito dallo stesso legislatore a tempo indeterminato, assume fin dall'origine la forma di "ordinario" rapporto di lavoro a tempo indeterminato solo nel

⁴⁷³Si esprime in questi termini Pasqualetto E, *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'antona".IT – 384/2019.

⁴⁷⁴L'art. 19 della l. n. 25/1955 disponeva che: "Laddove al termine del periodo di apprendistato non venga data alcuna disdetta a norma dell'art. 2118 c.c., l'apprendista è mantenuto in servizio con la qualifica conseguita mediante le prove di idoneità ed il periodo di apprendistato è considerato utile ai fini dell'anzianità di servizio del lavoratore".

⁴⁷⁵Il comma 4 dell'art. 42 modifica il d.lgs. n. 167/2011, consentendo il recesso "al termine del periodo di apprendistato" e non più "al termine del periodo di formazione". Si tratta di una modifica esclusivamente terminologica giacché non muta dal punto di vista operativo il contenuto del precetto.

⁴⁷⁶E' appena il caso di segnalare che, rispetto alla disciplina del testo unico del 2011 (la quale pure adottava un'analogica dicitura con riguardo al contratto che segue la fase formativa), l'ordinarietà del rapporto oggi risulta modificata per alcuni aspetti significativi: basti pensare non solo al mutamento del paradigma delle tutele connesse al licenziamento illegittimo, le quali (seppur definite crescenti) risultano di fatto indebolite, ma anche alla nuova disciplina della professionalità dei dipendenti per effetto della modifica dell'art. 2103 c.c. a opera del d. lgs. n. 23/2015, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015.

momento in cui supera la fase formativa e si affranca da quell'attributo di specialità che lo caratterizza. Tralasciando questa non insignificante differenza, l'assimilazione dell'apprendista al lavoratore ordinario sembra confermata altresì dalla disposizione del comma 3 dell'art. 42 d. lgs. n. 81/2015 che - come già si è detto - riconosce l'applicabilità della normativa vigente per il licenziamento illegittimo durante l'apprendistato. Questa disposizione smentisce quell'opzione interpretativa secondo la quale la fase dell'apprendistato per la sua specialità renderebbe inapplicabile il regime introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 al licenziamento illegittimo⁴⁷⁷. D'altro canto è lo stesso d.lgs. n. 23 che all'art. 1 comma 1 nel delimitare il proprio campo di applicazione si riferisce ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato e, al di là delle espresse formulazioni legislative⁴⁷⁸, peraltro già contenute nel d.lgs. del 2011, è stato ampiamente acclarato⁴⁷⁹ che il contratto di apprendistato debba essere considerato a tutti gli effetti un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La doppia anima di questa tipologia contrattuale è stata sintetizzata nel concetto di contratto bifasico. Si tratta, in effetti, di un contratto caratterizzato da un primo periodo a causa mista, ove accanto all'obbligo retributivo è previsto anche quello formativo, mentre in un secondo momento, condizionato al mancato recesso da parte del datore, si rientra nell'ordinaria casistica del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato⁴⁸⁰. È proprio nel punto di contatto tra queste due distinte fasi che si genera un'alterazione, là dove viene ammessa la regola "bastarda"⁴⁸¹ del recesso datoriale.

La *chance* riservata al datore di sottrarsi al regime vincolistico incide in maniera determinante sul rapporto facendo patire agli apprendisti l'insicurezza tipica dei contratti precari⁴⁸², poiché, fino alla scadenza del patto formativo non hanno la certezza che il loro rapporto di lavoro proseguirà.

Questo perverso meccanismo, a onore del vero, ha avuto senso fino a quando la rete di tutela in caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori dipendenti è stata caratterizzata dalle fitte maglie dell'art. 18 st. lav. nella sua versione originaria.

Oggi, con il contratto a tutele crescenti e le nuove regole in materia di tutela contro i licenziamenti illegittimi lo scenario è profondamente mutato, tanto da fare credere che la sopravvivenza della

⁴⁷⁷ Buratti U, Rosolen G., *Apprendistato e recesso: una prima lettura del d.lgs. n. 81/2015*, cit.

⁴⁷⁸ Anche l'art. 41, comma 1 del d.lgs. n. 81/2015 qualifica l'apprendistato come un "contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e all'occupazione dei giovani".

⁴⁷⁹ Già Montuschi L., *Il tirocinio*, in Rescigno P. (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, 1986, vol. 15, I, pagg. 293-294, aveva ritenuto che l'apprendistato fosse un contratto potenzialmente a tempo indeterminato, tale per cui, una volta travalicato il limite massimo, il rapporto non si estingue automaticamente ma "si depura dei suoi contenuti aggiuntivi convertendosi in un contratto di lavoro *tout-court* ugualmente a tempo indeterminato". In giurisprudenza si veda da ultimo: Cass. 15 marzo 2016, n. 5051 in *LG*, 10/2016 con nota di Garofalo D; Cass., 13 luglio 2017, n. 17373 in *LG*, cit.

⁴⁸⁰ Peraltro, dal contratto a tempo indeterminato che ne consegue, discendono alcuni vantaggi per il datore di lavoro, quale, ad esempio, la mancata applicazione del contributo addizionale, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, per il finanziamento dell'Assicurazione sociale per l'impiego, dovuto dai datori di lavoro con riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, non a tempo indeterminato.

⁴⁸¹ L'espressione è di Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico"*, cit., 24.

⁴⁸² Dello stesso avviso è Menghini L., *La disciplina dell'apprendistato per l'espletamento del diritto-dovere di istruzione e formazione*, in Carinci F (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Tomo III, 196 ss.

previsione contenuta al quarto comma dell'art. 42 del d.lgs. n. 81/2015 sia più frutto di una svolgiatezza del legislatore che non di una sua scelta ragionata. L'anacronismo⁴⁸³ della disposizione normativa pare attenuato dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, con la quale è stata restituita ai giudici una certa discrezionalità circa la quantificazione dell'indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo, seppur nel rispetto dei limiti minimo e massimo individuati dal *Jobs act* (come modificati da ultimo dalla l. 9 agosto 2018, n. 96).

Indubbiamente, la possibilità di recedere *ad nutum*, ancorché temporalmente limitata, rende maggiormente appetibile per i datori l'utilizzo del contratto di apprendistato, ciononostante tale prerogativa rischia di attivare pratiche di *turn over*, una volta garantita la soglia minima di mantenimento in servizio richiesta dall'art. 42, comma 8, del d.lgs. n. 81/2015, per assicurarsi la possibilità di stipulare nuovi contratti. Per cui, soprattutto in determinate grandi realtà aziendali, si formano schiere di apprendisti che poi vengono espulsi dai contesti di apprendimento e sostituiti da nuove leve. E invece, sarebbero proprio i datori di lavoro a dovere evitare di impartire una formazione invano, privilegiando, in un secondo momento, la finalità occupazionale propria di questo istituto⁴⁸⁴.

Al riguardo è stato osservato come il legislatore sia ben consapevole del fatto che, nella prassi, il recesso datoriale al termine del periodo di apprendistato costituisca la soluzione prescelta dalla maggior parte delle aziende quando si avvalgano della condizione potestativa⁴⁸⁵ alla quale è sottoposto il lavoratore apprendista, condizione che rappresenta una sorta di antidoto alla mutazione del contratto di apprendistato in contratto a tempo indeterminato a tutti gli effetti.

Dunque, se di condizione può parlarsi, allora forse è proprio attraverso di essa che si può arrivare ad azzardare una sistemazione teorica del contratto di apprendistato. Il patto di apprendistato potrebbe infatti rappresentare un elemento accidentale dell'ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato che prorompe alla scadenza della fase formativa, alla stregua di quanto avviene con il patto di prova, per il quale pure l'attributo dell'accidentalità scaturisce dalla combinazione di termine e condizione. In entrambi i casi il termine è posto essenzialmente per varie, diverse e autonome finalità. Per ciò che concerne la cessazione del contratto assume rilevanza sia nel patto di prova che nell'apprendistato. Dovendosi precisare che nella prova il termine concordato tra le parti (e comunque nel limite dei 6 mesi di cui alla l. n. 604/1966) determina l'arco temporale durante il quale il datore e il lavoratore possono esercitare la facoltà di recesso libero (per di più senza preavviso), all'esito di un mancato gradimento. Nell'apprendistato l'individuazione del termine vale a indicare l'unico momento in cui il datore può recedere liberamente, ma dando preavviso.

⁴⁸³Pasqualetto E., *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?* cit., 2.

⁴⁸⁴Senza voler sconfinare in considerazioni di politica del diritto, contribuirebbe alla definitiva consacrazione dell'istituto come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro un cambio di prospettiva da parte degli imprenditori, i quali dovrebbero essere indotti a ragionare in un'ottica di lungo periodo per puntare sulla formazione dei neoassunti al fine di impiegarli. In questo senso Signorini E., *Diritto al lavoro. Crisi. Lavoro dei giovani*, Giuffrè, 2013.

⁴⁸⁵Secondo Garofalo D., *Il contratto di apprendistato*, in Vallebona A. (a cura di), *I contratti di lavoro*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretta da), *Trattato dei contratti*, Utet, 2009, tomo 2, 1505 e ss., l'apprendistato si configura come un contratto a tempo indeterminato, sottoposto a una doppia condizione, risolutiva potestativa del rapporto di apprendistato e sospensiva del rapporto tipico.

Anche nel contratto di apprendistato la valutazione della non convenienza del datore di lavoro si combina con un elemento temporale che è prodotto dalla durata della formazione, ma che si materializza in quell'unico giorno nel quale si può recedere liberamente. A ben vedere il termine in questione non si riferisce a un elemento in grado di condizionare la natura del rapporto, il quale viene appunto riconosciuto come un contratto a tempo indeterminato *ex lege*.

L'analogia strutturale tra apprendistato e prova era già stata indagata in passato dai giudici costituzionali i quali avevano sollevato delle perplessità in ordine alla possibile assimilazione dei due istituti in forza della diversa funzione degli stessi⁴⁸⁶.

Un'apertura verso questa tesi "assimilatrice" invece proviene dalla dottrina più recente la quale inizia a considerare la possibilità di una «metamorfosi dell'apprendistato da "contratto tipizzato" a "patto" inerente ad un contratto a tempo indeterminato»⁴⁸⁷.

Tralasciando gli aspetti più puramente teorici, la regola del recesso libero pone problemi applicativi con riferimento soprattutto all'impugnativa del contratto per violazione degli obblighi formativi imposti al datore di lavoro, successiva al recesso adottato *ad nutum* alla scadenza della fase formativa.

Qualora, infatti, fosse assodato in giudizio l'inadempimento datoriale e fosse disposta la conversione del contratto, si profilerebbe un abuso da parte del datore di lavoro, il quale si sarebbe avvalso di una modalità di licenziamento che non avrebbe potuto utilizzare. La trasformazione del contratto entro i binari dell'ordinarietà fa rivivere il regime ordinario ai sensi del quale il licenziamento deve essere sempre sorretto da giusta causa o giustificato motivo (soggettivo o oggettivo), pena l'illegittimità dello stesso.

Posto che la facoltà di recedere *ad nutum* è strettamente connessa alla speciale fisionomia del contratto di apprendistato, essendo invece esclusa nei rapporti ordinari (salvo quanto prestabilito dalla legge per particolari categorie di lavoratori), ci si deve chiedere quale tipo di protezione vada riconosciuta al lavoratore che abbia subito le conseguenze di un "meccanismo risolutivo"⁴⁸⁸ improponibile, in difetto del presupposto al quale viene subordinato dalla norma di legge, quando il contratto sia stato dichiarato invalido per carenza della componente formativa.

Non poche difficoltà si presentano nel volere adeguare le tutele prescritte dall'ordinamento al caso proposto; l'indagine porta a escludere a priori l'utilizzabilità del regime più garantista contenuto all'interno dell'art. 2 del d.lgs. n. 23/2015, riferendosi quest'ultimo solo alle ipotesi di nullità espressamente previste dalla legge, oltre a quelle nominate del licenziamento discriminatorio o

⁴⁸⁶ Nella sentenza n. 14/1970 si legge infatti che "l'assunzione in prova è contratto diverso da quello di apprendistato, il quale può, soltanto per tempo limitatissimo e per volontà delle parti, essere preceduto da un periodo di prova. La prova ha una funzione di conferma di qualificazioni tecniche che si presuppongono già formalmente acquisite, mentre l'apprendistato ha per funzione la loro acquisizione".

⁴⁸⁷ Così Carinci F., *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, cit., 25. Dello stesso avviso sembra essere anche Pasqualetto E., *Il licenziamento libero dell'apprendista al termine del periodo formativo: un dogma da superare?* cit., 12.

⁴⁸⁸ Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 11.

intimato in forma orale; anche il disposto dell'art. 4, che contempla specificamente i vizi formali e procedurali, non sembra soccorrere.

In dottrina si è affermato che la sanzione che meglio si adatterebbe a perseguire un simile eccesso potrebbe essere "la medesima di quella prevista per l'ipotesi in cui il datore di lavoro adotta un licenziamento soggettivo adducendo una ragione che si rivela del tutto *insussistente*"⁴⁸⁹, ovvero quella contenuta nell'art. 3 comma 2 del d. lgs. n. 23. Una simile lettura si ispira chiaramente a una logica di assimilazione: parafrasando la norma, infatti, anche in questo caso manca il "fatto materiale" della formazione, presupposto che legittimerebbe l'esercizio del recesso *ad nutum*. In realtà però questa interpretazione, condivisibile in linea di principio e su un piano per così dire equitativo, appare per altri versi un po' ardita, poiché la tutela prescritta dall'art. 3, comma 2 si riferisce alle sole ipotesi di licenziamento disciplinare, per effetto dell'esplicito richiamo alla giusta causa e al giustificato motivo. La fattispecie di cui si sta discutendo, in effetti, non risulta contemplata da nessuna norma di legge forse si potrebbe fare ricadere in maniera più asettica nel "gran calderone" del comma 1 dell'art. 3 che prescrive una tutela esclusivamente indennitaria.

Nell'incertezza delle disposizioni normative, non resta che attendere le indicazioni dei giudici.

4. Il difficile equilibrio tra la disciplina della risoluzione del rapporto all'esito del periodo di apprendistato e l'insorgenza di cause interdittive del licenziamento.

Un altro aspetto che risulta interamente rimesso all'interpretazione giurisprudenziale riguarda il complesso rapporto tra la disciplina del recesso nel contratto di apprendistato alla scadenza della fase formativa e la rigida normativa che tutela la lavoratrice madre.

Il problema si pone, in particolare, quando all'approssimarsi della scadenza dell'apprendistato e, dunque, della possibilità di esercitare il recesso libero da parte del datore di lavoro, la lavoratrice apprendista adduca l'insorgenza di una delle cause interdittive del licenziamento: stato di gravidanza, maternità o matrimonio⁴⁹⁰.

Qui non viene tanto in rilievo la questione dello slittamento del periodo di formazione che la stessa legge prevede nei casi di cui al comma 5, lett. g) dell'art. 42⁴⁹¹, trattandosi piuttosto di individuare a quale disciplina debba riconoscersi prevalenza in situazioni nelle quali si trovano a confliggere due regimi antitetici: l'uno (specifico) di libera recedibilità e l'altro (generale) di temporanea irrecedibilità.

In questa circostanza si verifica, infatti, un'interferenza tra i due diversi sistemi di licenziamento previsti dal legislatore; quello che consente il recesso al termine del periodo di apprendistato e quello che vieta il licenziamento in particolari situazioni.

⁴⁸⁹ Ancora Luciani V., *La riforma dell'apprendistato: contratto a tutele crescenti e "riordino" delle fonti di regolazione*, cit., 10.

⁴⁹⁰ Il divieto di licenziamento è sancito per la gravidanza e la maternità dall'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 e in caso di matrimonio dall'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006.

⁴⁹¹ La norma richiamata ammette la possibilità di prolungare il periodo di apprendistato in caso di malattia, infortunio o altra causa di sospensione involontaria del lavoro, di durata superiore a trenta giorni.

L'assenza di una espressa previsione utilizzabile in tali casi ha prodotto una palpabile incertezza che si traduce in concreto nell'interrogativo se il datore di lavoro sia vincolato al divieto di licenziamento della lavoratrice o possa liberamente recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 2118 c.c. all'esito della fase formativa, come previsto dall'art. 42, comma 4 del d.lgs. n. 81/2015 (possibilità che, se non esercitata, darebbe luogo all'effetto legalmente previsto della prosecuzione del rapporto).

In passato la giurisprudenza di merito⁴⁹² ha riconosciuto la prevalenza della disciplina che tutela la lavoratrice madre o rientrante nel periodo matrimoniale di cui alla l. n. 198/2006; da un punto di vista pratico, ci si chiede in questo caso quale trattamento andrebbe corrisposto alla lavoratrice apprendista, in termini retributivi e contributivi, una volta che risulti completato il previsto periodo di formazione e che continui a persistere una delle cause di irrecedibilità. Se per effetto della prevalenza ammessa dai giudici si determina la prosecuzione del rapporto dovrebbe, per coerenza, ritenersi applicabile una sorta di ultrattività dei trattamenti economici e contributivi ma anche normativi. Per cui si configurerebbe una prosecuzione del contenitore giuridico tipico del contratto di apprendistato pur essendosi esaurita la sua funzione formativa.

Né si può ipotizzare una trasformazione del rapporto, cosa che potrà accadere solo allorché il datore (avendone concreta e giuridica possibilità) decida di non esercitare la facoltà di recesso libero nel fatidico giorno in cui si conclude la fase di apprendistato. Per cui il contratto, nonostante abbia perso i connotati caratteristici del contratto formativo, conserverà in ogni caso tutte le tipicità di un contratto di apprendistato, il che significherebbe che la lavoratrice, abbandonati i tratti sostanziali dell'apprendista, lavorerebbe come una normale dipendente qualificata ma, a differenza dei dipendenti ordinari, continuerebbe a percepire una retribuzione inferiore e a soggiacere a un regime contributivo più agevole per il datore. Ed è proprio il primo aspetto a sollevare più perplessità anche in ordine a eventuali profili di incostituzionalità, avendo il datore esaurito il suo obbligo formativo per il compimento del periodo previsto.

La problematica non viene contemplata da nessuna delle norme di riferimento, lasciando un vuoto che anche la riforma del 2015 non ha provveduto a colmare. Il persistente silenzio del legislatore si è riverberato anche sulla dottrina, la quale, a onore del vero, non ha mai intensamente ricercato un punto di equilibrio tra la specialità delle due discipline.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine del congedo di maternità, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino⁴⁹³; l'effetto di un eventuale licenziamento intimato alla lavoratrice in violazione di tali disposizioni è la nullità di esso, accompagnata da pesanti sanzioni amministrative⁴⁹⁴.

⁴⁹²Trib. Arezzo, 31.01.1997, in *Toscana giur.*, 1998, 140, con nota di Capponi M.

⁴⁹³ In caso di fruizione del congedo di paternità, il divieto di licenziamento si applica anche al padre lavoratore per la durata del congedo stesso e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino.

⁴⁹⁴ È la stessa lettera della legge a prevedere che il divieto di licenziamento non si applica nei casi di: colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; esito negativo della prova.

L'espressa applicabilità di questa regola anche alle apprendiste⁴⁹⁵ determina una compressione della facoltà concessa al datore di lavoro di potere liberamente recedere alla fine del periodo di apprendistato. Il divieto di licenziamento, come si diceva, comporta una protrazione forzata del rapporto di lavoro, rispetto al quale resta di fatto irrisolta la questione del trattamento economico, normativo e contributivo applicabile all'apprendista, una volta esaurito il periodo formativo.

Neppure la proposta interpretativa fornita dal Ministero del lavoro⁴⁹⁶ in ordine alla possibilità di recedere dal rapporto di apprendistato, nel caso in cui l'apprendista si trovi in una delle ipotesi previste per il divieto di licenziamento per causa di matrimonio o maternità, ha contribuito a risolvere in via definitiva il problema della disciplina da applicarsi, in termini di trattamento economico e contributivo, durante il forzoso protrarsi del contratto.

Tuttavia, attraverso la combinazione dei vari elementi disponibili sembra possibile giungere a una soluzione.

Il Ministero del lavoro, come si è anticipato, più che esprimersi in maniera dirimente sul dissidio normativo si è limitato a fornire indicazioni in ordine al regime di invalidità del licenziamento intimato in una simile situazione, evidenziando che il recesso esercitato è legittimo, ma temporaneamente inefficace, alla stregua di quanto avviene in presenza di una delle cause sospensive del rapporto, rimanendo sospeso il decorso del preavviso fino all'esaurimento dell'evento sospensivo e, comunque, non oltre il periodo di comporto.

Questa opzione interpretativa, in realtà, non tiene conto della netta differenza tra la nullità del licenziamento irrogato in violazione di un divieto e la temporanea inefficacia dello stesso che, pur essendo perfettamente valido, non esplica i propri effetti. Secondo le sbrigative indicazioni ministeriali, «al termine dei periodi di divieto» il datore di lavoro può legittimamente esercitare il diritto di recesso, fermo restando che il periodo di preavviso (art. 2118 cod. civ.) «non potrà che decorrere, se non dal termine del periodo di formazione, dal termine dei periodi di divieto di licenziamento».

Sul punto va richiamata altresì la disposizione contenuta nell'art.42, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015 secondo la quale "durante il periodo di preavviso continua a trovare applicazione la disciplina del contratto di apprendistato". Pertanto, si può ritenere che, restando sospeso il preavviso, si ha la continuazione del rapporto di apprendistato *ope legis*, fino al venire meno della causa che inibisce il recesso.

Giova sottolineare che generalmente il periodo di preavviso, cui si vuole riferire il legislatore, si esaurisce in un lasso temporale alquanto breve, mentre la durata del prolungarsi del rapporto (per il sopravvenire di cause di irrecidibilità) potrebbe rivelarsi anche più lunga del previsto.

Non pare azzardato ipotizzare, addirittura, una articolata combinazione e successione (più o meno dovuta a casualità), di varie cause interdittive del licenziamento. Si consideri, ad esempio,

⁴⁹⁵È proprio il d.lgs. n. 151/2001 all'art. 2, lett. e) che estende l'applicazione delle norme in materia di divieto di licenziamento anche alle apprendiste.

⁴⁹⁶ Con risposta all'interpello del 14 giugno 2012, n. 16 posto dal Consiglio nazionale dell'ordine dei consulenti del lavoro.

il caso di un'apprendista in congedo di maternità, la quale, allo scadere del periodo protetto, adduca di aver fatto richiesta delle pubblicazioni di matrimonio: in una simile ipotesi il recesso datoriale verrebbe nuovamente interdetto ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 198/2006 per il periodo intercorrente dalla richiesta delle pubblicazioni del matrimonio fino a un anno dalla celebrazione dello stesso⁴⁹⁷.

Si tratterebbe di una sorta di riproposizione della nota vicenda cinematografica della protagonista del film di De Sica, *Ieri, oggi e domani*, in cui la contrabbandiera Adelina riesce ad evitare la galera, inanellando sapientemente una serie di successive gravidanze.

In realtà, proprio gli effetti perversi di questo meccanismo potrebbero avere indotto la giurisprudenza a ricercare, in sentenze più recenti, qualche coordinamento tra la disciplina del recesso in apprendistato e il rispetto delle cause interdittive del licenziamento.

Sia i giudici di legittimità⁴⁹⁸ che di merito⁴⁹⁹, in vicende sia pure parzialmente difformi, si sono innanzitutto soffermati sulla natura giuridica del contratto di apprendistato, ritenendo che dovesse essere considerato a tutti gli effetti un contratto a tempo indeterminato, anche prima che il legislatore del 2011 lo riconoscesse esplicitamente come tale. Ciò posto, la giurisprudenza richiamata ha contribuito, da un lato, a riaffermare la valenza della norma protettiva della lavoratrice madre anche nell'ambito del contratto di apprendistato, dall'altro però non ha negato il rilievo della specifica disciplina del recesso nell'apprendistato. Anzi, in tali pronunce è stato evidenziato che dal mancato esercizio del diritto potestativo riconosciuto al datore di lavoro deriva direttamente la trasformazione del rapporto, o meglio la sua continuazione nella forma di un ordinario rapporto di lavoro subordinato.

⁴⁹⁷ Corre l'obbligo di ricordare che durante il periodo di congedo matrimoniale, (generalmente di 15 giorni), salvo diversa indicazione della contrattazione collettiva, il periodo di formazione non viene sospeso.

⁴⁹⁸ V. Cass. n. 5051/2016, in *LG*, 10/2016, 911, con nota di Garofalo D. La vicenda sottoposta all'attenzione della Corte può essere riassunta in questi termini: una giovane apprendista si era assentata ingiustificatamente dal lavoro, subito dopo il congedo obbligatorio per maternità; il datore di lavoro aveva esperito un procedimento disciplinare (dichiarato in seguito viziato dai giudici) all'esito del quale aveva irrogato il licenziamento, che era stato poi impugnato dalla lavoratrice. In primo grado, il Tribunale aveva condannato il datore di lavoro alla riammissione in servizio della lavoratrice apprendista e al risarcimento del danno in misura pari alle retribuzioni dalla data del licenziamento fino a quella dell'effettivo ripristino del rapporto di lavoro. In appello, la sentenza di primo grado veniva parzialmente riformata, in quanto le retribuzioni si consideravano dovute alla lavoratrice sino alla data di naturale scadenza del rapporto, assimilando il contratto di apprendistato al contratto di formazione e lavoro, facendolo così rientrare nella categoria dei contratti a tempo determinato. In fine, i giudici di legittimità, pur affermando la nullità del recesso intimato alla lavoratrice, in violazione dell'art. 54 del d. lgs. n. 151/2001, attribuiscono una certa valenza alla disdetta del contratto. Se quest'ultima, infatti, fosse stata data dal datore di lavoro, all'esito del periodo di apprendistato, il rapporto si sarebbe interrotto, invece, è divenuto, scaduto il periodo di formazione, un ordinario rapporto di lavoro, per cui in punto di risarcimento alla lavoratrice spettano le retribuzioni dal momento del licenziamento fino al verificarsi di una legittima causa di risoluzione del rapporto. In questo caso, la mancata espressa disdetta alla scadenza della fase formativa è derivata dalla convinzione del datore dell'inutilità della stessa o meglio del suo essere implicita nel licenziamento disciplinare già adottato.

⁴⁹⁹ Si tratta della sentenza della Corte di Appello di Caltanissetta n. 445/2016 in *Labor, Il lavoro nel diritto*, n. 4/2017, con nota di Iacobucci S., emessa all'esito di un'articolata vicenda processuale nell'ambito della quale vanno evidenziate le oscillanti pronunce rese dal Tribunale di Caltanissetta, durante il primo grado del medesimo giudizio (introdotto con rito Fornero). Nello specifico si trattava della disdetta operata da un datore di lavoro, al termine del periodo di apprendistato, nei confronti di una lavoratrice che si trovava in stato di interdizione dal lavoro, ai sensi dell'art. 17, comma 2, lett. a), d. lgs. n. 151/2001, perché in gravidanza. A conclusione della fase sommaria veniva dichiarata la nullità del licenziamento, con diritto della lavoratrice non alla reintegrazione, bensì al risarcimento in suo favore di un'indennità pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre al risarcimento del danno pari alle retribuzioni parametrare al residuo periodo lavorativo; a conclusione della fase di merito, il giudice optava per la nullità del licenziamento, con diritto della lavoratrice alla reintegrazione nel posto di lavoro, unicamente per il periodo di residuo apprendistato, sul presupposto che il potere di disdetta ex art. 2118 c.c. fosse stato legittimamente esercitato dalla parte datoriale, e veniva altresì riconosciuta alla lavoratrice un'indennità risarcitoria pari a cinque mensilità.

Da queste pronunce emerge l'intento dei giudici di trovare un bilanciamento, per un verso, riconoscendo all'apprendista la tutela generale per le lavoratrici; per altro verso, confermando che solo un tempestivo recesso datoriale, al termine del periodo formativo, può impedire la trasformazione del rapporto. Sicché, sembra doversi ritenere che un datore - in tali situazioni - non potrebbe trascurare di manifestare la sua (eventuale) volontà di recedere al completamento del periodo di formazione, anche se gli effetti di questa decisione dovrebbero essere temporaneamente sospesi fino allo scadere del periodo di irrecedibilità. Si tratta di una soluzione di compromesso che però non rimuove le (già accennate) perplessità in ordine a un'eventuale eccessivo protrarsi del rapporto a causa del susseguirsi di cause interdittive del licenziamento. In verità, le decisioni richiamate non offrono una sicura, compiuta e appagante soluzione, così come ad esiti non perfettamente univoci (e, per contro, compromissori) pervengono quando vanno a definire la tutela giudizialmente riconosciuta alle lavoratrici illegittimamente licenziate. In particolare, nella decisione n. 445/2016 della Corte di Appello di Caltanissetta, il Collegio, pur riconoscendo la nullità del licenziamento irrogato a una lavoratrice apprendista in violazione del divieto di licenziamento di cui all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001, non dispone la reintegra della stessa - in netto contrasto con quanto previsto dal precetto normativo - ritenendo che il rapporto abbia esaurito la sua efficacia *"a seguito del recesso tempestivamente e legittimamente intimato dalla parte datoriale"*, e riconosce alla lavoratrice apprendista solo un'indennità risarcitoria quantificata nella misura minima prevista dall'art. 18 l. n. 300/1970, pari a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. In sostanza, lo stesso atto viene riconosciuto illegittimo ma contestualmente idoneo a risolvere il rapporto.

Il ragionamento dei giudici sembrerebbe dare vita a uno speciale regime di tutela di creazione "giurisprudenziale", il quale si andrebbe ad aggiungere alle altre (oggi, numerose) ipotesi di tutela offerte dall'ordinamento.

Sebbene queste decisioni non portino a identificare come prevalente la normativa speciale in materia di recesso libero, al termine dell'arco temporale di addestramento e formazione, rispetto alle tutele a beneficio della lavoratrice madre, tuttavia, di certo sono idonee a produrre una significativa attenuazione delle conseguenze connesse al licenziamento nullo. Su un piano pratico, ciò potrebbe indurre i datori di lavoro ad avvalersi, con più leggerezza, della facoltà di recedere liberamente all'esito della fase formativa, anche durante i periodi di interdizione del licenziamento.

In dottrina c'è chi si è mostrato già da tempo a favore della preminenza della disciplina del contratto di apprendistato, considerando che la facoltà di recesso, prevista dall'art. 42, comma 4 del d.lgs. n. 81/2015, è contenuta in una norma più recente e speciale per materia, dovendo per questo essere ritenuta prevalente sul divieto di licenziamento previsto in via generale dall'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001⁵⁰⁰.

Alla stessa soluzione, benché con motivazioni diverse e forse un po' forzate, giunge chi ritiene che sia possibile conciliare la facoltà di recesso ex art. 2118 c.c. al termine della fase formativa con la

⁵⁰⁰Milo A., *Il nuovo apprendistato. Quesiti e casi pratici*, 2012, in www.dplmodena.it.

disposizione dell'art. 54 d. lgs. n. 151/2001, la quale consente, tra le altre eccezioni espressamente tipizzate, il licenziamento nei casi di "ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta"⁵⁰¹. A primo impatto le fattispecie sembrerebbero paragonabili, tuttavia questa assimilazione, anche a prescindere da altre considerazioni, finirebbe per collidere con la qualificazione giuridica data espressamente dal legislatore e per enfatizzare la funzione di un termine strettamente correlato alla fase formativa: il tutto anche a discapito della ulteriore funzione occupazionale alla quale, pure, il contratto di apprendistato da sempre è chiamato.

⁵⁰¹Rausei P., *Apprendistato, giovani, lavoratori in mobilità e somministrazione*, Ipsoa 2012.

Reddito minimo, disuguaglianze sociali e nuovo diritto del lavoro. Fra passato, presente e futuro*

Giorgio Fontana

1. Premessa.	217
2. La crisi del diritto del lavoro.	217
2.1. Il diritto "indispensabile".	217
2.2. Il diritto del lavoro e le "verità" del mercato.	220
2.3. Il momento della crisi.	221
3. Il presente del diritto del lavoro.	224
3.1. Fra riforme e "regressioni".	224
3.2. Una sommaria mappa critica.	225
4. Il reddito minimo e, forse, un nuovo diritto del lavoro.	228
4.1. Le ragioni del reddito di base.	228
4.2. Luci ed ombre.	230
4.3. Aspetti critici e correnti "sicuritarie".	232
4.4. Fra assistenza e controllo sociale.	234
4.5. Il problema della selezione degli aventi diritto.	235
4.6. La questione dei lavoratori irregolari.	239
5. Conclusioni.	240

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 389/2019

1. Premessa.

Il collegamento fra Costituzione, reddito minimo garantito ed Europa, che rappresenta la traccia del Convegno in cui si colloca questa relazione, è la migliore dimostrazione che stiamo finalmente e faticosamente uscendo dal regno di T.I.N.A., in cui siamo rimasti imprigionati per molti anni.⁵⁰² La crisi della globalizzazione è del resto una realtà e le tendenze centrifughe, che negano il mercato unico e la liberalizzazione a largo raggio dei mercati nazionali, introducendo principi protezionistici, sono divenute molto forti, forse addirittura vincenti.

Allo stesso modo, l'esplosione del problema delle disuguaglianze e del "lavoro povero", la situazione oramai "fuori controllo" del lavoro instabile e precario, rappresentano temi di riflessione che vengono sempre più spesso sottoposti ad analisi critica anche da parte della dottrina giuslavorista e, oltre tutto, confermano le contraddizioni e le difficoltà del modello di regolazione del mercato del lavoro, ispirato anch'esso, inevitabilmente, ai principi neo-liberali; principi che, in estrema sintesi, chiedono al diritto del lavoro di tenersi lontano da qualsiasi obiettivo redistributivo e limitarsi a fissare il quadro giuridico-istituzionale entro il quale far funzionare le leggi del mercato.⁵⁰³ Si comincia insomma a ripensare criticamente alle politiche di flessibilità e al loro composito *background* culturale. Anche su questo versante, la critica alla liberalizzazione e alla deregolamentazione del mercato del lavoro, pare essere presente più concretamente che in passato.

Le nuove misure adottate nel corso della presente legislatura vanno collocate quindi sullo sfondo della crisi dell'economia politica dominante, che, per la sua portata sistemica, rimette in discussione anche la razionalità intrinseca degli interventi di controllo sui poteri di autonomia, che appare ora, con più chiarezza, scollegata dalla realtà del mondo del lavoro.

In questa relazione si procederà quindi ad una rilettura della crisi del diritto del lavoro (il "passato"), si darà uno sguardo sul "presente" e poi si discuterà del reddito minimo come traccia, forse, di un nuovo diritto del lavoro.

2. La crisi del diritto del lavoro.

2.1. Il diritto "indispensabile".

Il ripensamento della lunga fase caratterizzata dal dominio della dottrina neo-liberale sta riattualizzando, sia pure in modo disordinato e caotico, schemi politici ed economici che erano stati troppo frettolosamente abbandonati. È molto difficile, oramai, dar conto della già ricchissima bibliografia sulla crisi, che ha prodotto un sorprendente ribaltamento di opinioni. Fra tutti gli autori

⁵⁰² L'acronimo cela, com'è noto, la frase *This is not alternative*, utilizzata da Margaret Thatcher per dire in sostanza che la società di mercato è l'unica che funziona e col tempo diventato una sorta di "motto di spirito" per ironizzare sulla pretesa del neo-liberismo di essere l'unica dottrina economica possibile.

⁵⁰³ Oltre ai convegni e gli incontri che hanno come tema di discussione il problema delle disuguaglianze e della povertà, è doveroso citare il numero di Lavoro e Diritto dedicato interamente alla questione del "lavoro povero", n. 1/2019, con gli interventi fra gli altri di Borzaga, Lassandari, Occhino, Bano, Faleri e Tonarelli-Vallauri. Su questi temi sia consentito rinviare anche ad alcuni miei contributi recenti, dal titolo, rispettivamente, *Il diritto del lavoro e le disuguaglianze. Il coraggio di cambiare*, pubblicato nel volume a cura di Olivia Bonardi, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell'era del diritto del lavoro derogabile*, Ediesse, Roma, 2018 e *Contratto di lavoro e giustizia nella crisi economica*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2017, 2 p. 301 ss.

e gli esponenti del pensiero economico che si sono espressi per una riconsiderazione delle politiche seguite negli ultimi decenni, vorrei qui ricordare la figura di un grande studioso come Richard Posner, uno dei rappresentanti più illustri della Law School of Chicago, che nei suoi scritti più recenti ha rivalutato, con appropriate argomentazioni, la figura e l'opera di John Maynard Keynes, che era stata screditata e messa da parte negli anni precedenti in ossequio ai principi monetaristi di Milton Friedman. È una lettura che mi sento di consigliare a chi ha nostalgia, per una ragione o per un'altra, per il nostro passato recente.⁵⁰⁴

Il tramonto di questa fase e la crisi della globalizzazione scuotono ora le radici stesse del modello di "capitalismo democratico" nato dopo la fine della seconda guerra mondiale, le cui basi erano state sottoposte già ad un continuo logoramento con la fine del "compromesso socialdemocratico" e con la scomparsa delle politiche keynesiane. Di questa esperienza storica, che aveva prodotto un equilibrio fra società di mercato e istanze egualitarie, il diritto del lavoro rappresenta elemento cruciale e probabilmente fondante.

Alain Supiot, nella lezione inaugurale del 29/11/2012 del suo Corso al College de France, in un'occasione quindi particolarmente solenne, affermò, sorprendendo gli ascoltatori, che "*il solo diritto assolutamente indispensabile è il diritto del lavoro*".⁵⁰⁵ Con questo apparente paradosso intendeva affermare una verità tanto semplice da comprendere quanto facile da dimenticare e, cioè, che lasciare il lavoro nelle mani del mercato e della libertà del contratto, che ne è il principale strumento realizzativo, significa trattare il lavoro umano come una cosa liberamente negoziabile, il che può avere effetti negativi a lungo termine, tali da compromettere la stessa riproduzione sociale della classe lavoratrice e, in definitiva, tali da distruggere il compromesso fra democrazia e mercato. Che è quanto stiamo vedendo in questi anni e in questi mesi come pericolo non più soltanto astratto e teorico ma molto ravvicinato e concreto. Per questo il diritto del lavoro, che si contrappone alla libertà del mercato, è indispensabile più di tutti gli altri diritti; come i nostri costituenti, del resto, avevano ben compreso.

Se ne potrebbe dedurre che se il diritto del lavoro nasce certamente da un bisogno di tutela della condizione lavorativa, la sua funzione sociale è molto complessa e di non minore importanza è il suo ruolo per rendere economicamente e politicamente accettabile, e durevole, proprio lo sfruttamento del lavoro come merce. Questa duplice anima, tuttavia, crea conflitti difficili da risolvere. È lo stesso concetto che esprime, in termini più generali, Michel Foucault, quando ricorda il rapporto di continua tensione fra stato e mercato, fra l'esigenza di "produrre libertà" e di stabilire limitazioni a questa stessa libertà, dando vita così "...ad una legislazione formidabile, per una formidabile quantità di interventi di governo, a garanzia di quella produzione di libertà di cui si ha

⁵⁰⁴ Di Richard Posner si veda il volume tradotto in italiano col titolo *La crisi della democrazia capitalista*, UBE ed., Milano, 2014. Le teorie economiche di marca neoliberale derivate dalla "legge di Say", scrive Posner, "con l'attuale depressione sono state smentite in maniera inequivocabile" (ivi p. 268-269). L'evidenza del nesso fra crisi e regolazione neoliberista ha condotto molti economisti e riconsiderare il pensiero e le teorie di John Maynard Keynes, la cui opera era stata praticamente dimenticata ed il alcuni casi finanche irrisa. Si veda, fra gli altri, per il rilancio del pensiero keynesiano nella teoria economica, il volume di B. W. Bateman, T. Hirai e M. C. Marcuzo, *The Return to Keynes*, Harvard University Press, 2010.

⁵⁰⁵ A. Supiot, *Grandeur et misère de l'Etat social*, Lezione inaugurale al College de France pronunciata il 29 novembre 2012, pubblicata da College de France et Fayard, 2013, p. 31. Sosteneva allo stesso modo Ulrich Beck oramai quasi vent'anni fa che "l'unione, sviluppatasi in Occidente, fra diritti fondamentali politici, sociali ed economici non è una sorta di <<opera pia sociale>> della quale in tempi di ristrettezze si può pensare di fare a meno" (U. Beck, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro*, Einaudi, Torino, 2000, p. 21).

appunto bisogno per governare".⁵⁰⁶ Proprio nel far questo, scrive Foucault nelle sue lezioni del 1978-1979, si produce la crisi di "governamentalità" del liberalismo, poiché queste misure, pur necessarie, vengono "stigmatizzate come minacce esse stesse di un dispotismo di genere nuovo", messe all'indice come statalismo e "dirigismo" e infine rigettate. Ecco, si potrebbe dire che lo stesso genere di problemi e contrasti ha avvinto il diritto del lavoro, che da un lato è indispensabile al funzionamento della società di mercato, garantisce la sussistenza e la formazione della forza lavoro, creando in questo modo il consenso che legittima il "capitalismo democratico", ma dall'altro si espone alle obiezioni di chi ritiene prioritario salvaguardare le libertà economiche, come principi basilari delle nostre comunità.

Ma il diritto del lavoro, com'è noto, non è stato soltanto questo, non si è limitato a disciplinare un mercato altrimenti anarchico ed ingovernabile, ad impedire una competizione selvaggia fra imprese e a stabilire, per questi fini, una misura di limitazione dei poteri di autonomia. Sappiamo bene che nel suo sviluppo storico il diritto del lavoro ha incrociato, traendone linfa vitale, correnti che affondano le loro radici in grandi culture solidariste e movimenti sociali. Se consideriamo che il diritto del lavoro nasce nel contesto di rapporti sociali che ineriscono a specifici rapporti di produzione, la sua "vocazione" democratica e redistributiva (quella che "scalda i cuori", si potrebbe dire) sorge quando si pone il problema della disuguaglianza fra le parti del rapporto di lavoro (metonimico delle classi sociali che esse rappresentano), che, ricordiamolo, è intrinseca nel rapporto di lavoro e rileva su un duplice piano: economico, registrando una situazione di inferiorità del lavoratore che non lo rende mai veramente libero nel rapporto negoziale con la controparte, e istituzionale, perché la disparità di potere non è un dato preesistente al diritto ma è dal diritto stesso determinata, in funzione di scopi ed interessi privilegiati rispetto a quelli che ineriscono alla tutela del contraente debole. In questo senso il diritto del lavoro può ritenersi, come sottolineò criticamente un grande giuslavorista, Gaetano Vardaro, contro ogni visione "irenica", la *summa* o il catalogo dei poteri sul lavoro vivo, che fondano la posizione di supremazia dell'imprenditore.⁵⁰⁷

I modi in cui il diritto del lavoro è intervenuto per contrastare questa duplice disuguaglianza - inerente ai rapporti sociali di produzione e istituzionalizzata dal diritto - sono noti: dall'intervento incentivante e promozionale del contropotere collettivo dei lavoratori, costituito grazie al primo comma dell'art. 39 della Costituzione, all'istituzione di un rapporto peculiare fra fonti autonome e fonti eteronome, in antitesi al principio volontaristico del codice del 1942, fino alla creazione di limiti inderogabili ai poteri e alla funzione di comando sul lavoro vivo, per citare solo alcuni degli aspetti "operativi" di questo grande progetto di emancipazione attraverso il diritto, difficilmente sintetizzabile in poche battute ma a cui si può rinviare come dato storico generalmente noto, come nostro *acquis*, che ha plurime sfaccettature e implicazioni, di carattere politico, giuridico, sociologico, economico, filosofico ed etico.

Si è affermata in questo modo, si può aggiungere, una linea di politica del diritto che ha stabilito il suo baricentro sul principio di tutela del "contraente debole", nata nel grembo del liberalismo politico, che è altra cosa rispetto al liberalismo economico.

⁵⁰⁶ M. Foucault, *Nascita della biopolitica, Corso al College de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005. Qui il riferimento è alla terza edizione, 2017, p. 66-67.

⁵⁰⁷ Mi riferisco al saggio di Gaetano Vardaro *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, ora in *Itinerari*, a cura di A. Marchitello e L. Gaeta, FrancoAngeli ed., Milano, 1989.

2.2. Il diritto del lavoro e le “verità” del mercato.

Tutto questo, però, comincia a scricchiolare già fra la fine degli anni settanta e l’inizio degli anni ottanta, quando emergono fenomeni molto complessi e vengono allo scoperto quelle che Bob Hepple ha definito come “teorie regolatorie”, che assumono la responsabilità per la crescita economica come nuovo valore ordinante e, in tal senso, tendono a riportare il diritto del lavoro sotto l’egida dei mercati, mettendo in crisi la complessa trama giuridica di protezione del lavoro tessuta dai suoi diversi formanti.⁵⁰⁸

Smontare la legislazione del lavoro e, insieme a questa, il sistema di diritti (o soprattutto dei “doveri inderogabili”)⁵⁰⁹ realizzato anche grazie ad una linea comune e coerente di sviluppo delle logiche e delle dinamiche della contrattazione collettiva, è stato, probabilmente, uno dei risultati più importanti della rivoluzione culturale che ha visto ricrearsi, anche in Italia, il clima dell’epoca lontanissima in cui nacque l’economia politica. Le nuove idee egemoniche hanno non a caso manifestato particolare incisività sul piano dei rapporti collettivi e il ruolo del sindacato è stato indirizzato verso la moderazione salariale e cioè verso la condivisione di uno dei *mantra* della governamentalità neoliberale e soprattutto di quella sua corrente che viene designata col nome di “ordoliberalismo”, ossia il principio della stabilità dei prezzi, che esige politiche antiinflazionistiche e, quindi, il controllo molto stretto e rigoroso delle dinamiche salariali.

In definitiva si può dire, in modo forse *tranchant* ma non certo infondato, che il diritto del lavoro è stato catturato dal grande movimento che va sotto il nome di “globalizzazione”, che ha imposto una rivoluzione tecnologica ed organizzativa, ha dilatato la competizione fra le imprese a livello globale, ha rafforzato il capitale contro il lavoro, irretito nello stato-nazione.⁵¹⁰ La libertà di circolazione (dei capitali, delle imprese e delle merci) si è imposta, come un dato ineluttabile, a dispetto di qualsiasi esigenza di protezione dei mercati nazionali, mentre il mondo del lavoro subiva il suo condizionamento implicito ed ineludibile, trasformando la forza lavoro in un nucleo non ristretto numericamente ma debole politicamente, con scarsa capacità di influenza sulla società.

Nelle sue lezioni al College de France sulla nascita della bio-politica, Foucault si è soffermato particolarmente sulla vicenda storica del liberalismo economico, considerandolo come un cambiamento fondamentale nell’arte di governare, che nasce, secondo il suo punto di vista, come problema del “minimo” e del “massimo” di governo che può essere ritenuto accettabile dalla società e dal mondo degli affari. Con la globalizzazione questo tema, che era stato per ovvie ragioni accantonato nell’epoca keynesiana, torna ad essere centrale, ma, come osserva Maria Rosaria Ferrarese, non come questione che attiene alle scelte effettuate secondo le procedure democratiche nazionali, bensì come questione che discende dalla stessa vita economica e sociale. Il problema del “governo minimo” rappresenta una delle principali questioni sul tappeto nella globalizzazione, che chiede al diritto di esaurire il proprio compito nel creare la cornice necessaria al corretto

⁵⁰⁸ B. Hepple, *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.*, 2003, 4, p. 627 ss.

⁵⁰⁹ A. Spadaro, *Dai diritti individuali ai doveri globali. La giustizia distributiva internazionale nell’età della globalizzazione*, Rubbettino ed., Soveria Mannelli, 2005.

⁵¹⁰ Si vedano le riflessioni ancora attuali di Massimo D’Antona che attraversano praticamente tutte le sue riflessioni degli ultimi anni, la cui assenza oggi si avverte ancora più acutamente.

funzionamento del mercato.⁵¹¹ In quest'ottica, non più lo stato ma il mercato rappresenta il fattore dominante della vita sociale, ciò che determina le scelte e le tendenze comuni. Si torna a vivere una trasformazione che vede il mercato rappresentare non più il luogo della regolazione eteronoma ma divenire, come agli albori dell'economia politica, una sorta di "luogo di verità" o di "veridizione", come scrive sempre Foucault, che lo trasforma in un vero e proprio "tribunale economico", le cui "decisioni" sono in grado di sovra-determinare le politiche economiche degli stati e finanche dettare l'agenda delle riforme degli ordinamenti nazionali.

Nel diritto del lavoro questo problema, che definiamo dello stato o del governo "minimo" e del mercato come luogo di verità, si è posto in modo ancora più incisivo, tanto che è difficile riscontrare un altro settore in cui si sia operata una così intensa opera di deregolamentazione e di liberalizzazione, una "distruzione creatrice", in cui la questione della funzione ordinante dall'economia si è imposta con tanta dirompenza e unilateralismo ideologico.

Molte sono le implicazioni di questi cambiamenti, ma, probabilmente, fra di esse ce n'è una che avrà a sua volta implicazioni globali, e cioè l'oscuramento e la scomparsa (seppure paradossale ed "apparente", come osserva Gallino)⁵¹² del conflitto di classe - inteso come alterità di visioni e di interessi, ma anche come legittimità della critica sociale al mercato - che ha costituito il presupposto implicito della complessa trama giuridica sottesa al diritto del lavoro novecentesco e della sua stessa scelta di costituirsi come diritto "diseguale". Il nuovo baricentro del diritto del lavoro è piuttosto la sua funzionalità o per meglio dire la sua "utilità" nell'ambito del sistema economico e produttivo, il suo presupposto ideologico la neutralità e l'ineludibilità della logica che fa di ogni uomo e dello stesso lavoratore *homo oeconomicus*; il tutto per servire adeguatamente quell'obiettivo immanente alla società di mercato che è la crescita economica. Il suo principale riferimento diviene, al posto della tutela del contraente debole, il valore dell'efficienza, che Richard Posner ha chiarito essere sinonimo di "massimizzazione della ricchezza", trasformando il diritto del lavoro, da strumento di giustizia contrattuale, in fattore cruciale di competitività economica dei sistemi nazionali.

Si potrebbe dire che sia finito, in questo modo, il ruolo del diritto del lavoro come fattore di stabilizzazione e di legittimazione del capitalismo democratico e che, con il nuovo modello di società di mercato che Gallino ha ribattezzato "finanz-capitalismo",⁵¹³ sia finita anche la sua funzione di garanzia della riproduzione della forza lavoro, come sembrerebbe dimostrare l'esplosione della precarietà e il "lavoro povero" nella filiera della produzione di valore. Probabilmente non si è lontani dal vero affermando che il processo di "finanziarizzazione" dell'economia ha stabilito nuove condizioni e nuovi rapporti sociali, in virtù dei quali il diritto del lavoro, allineandosi a questa straordinaria mutazione del meccanismo di accumulazione e produzione di ricchezza, cessa di essere (e ritenersi) "indispensabile", come sosteneva Supiot ripensando alla storia giuridico-politica del Novecento.

2.3. Il momento della crisi.

Ma questo cambiamento copernicano nella storia economica e sociale dell'Occidente, non poteva avvenire in modo indolore. Era del resto difficile credere - e solo i post-modernisti lo hanno

⁵¹¹ M. R. Ferrarese, *Promesse mancate*, Il Mulino, Bologna, 2017.

⁵¹² V. L. Gallino, *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, libro-intervista a cura di Paola Borgna, Laterza ed., Roma-Bari, 2012.

⁵¹³ L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Einaudi, Torino, 2013.

fatto, sottolinea Mordacci – che cancellare la fiducia in qualunque progetto sociale e in ogni istanza di giustizia, abbandonare “le idee chiare e distinte”, rinunciare a dare un senso alla realtà e al bene sociale, illudersi che la ragione rappresenti solo un delirio di onnipotenza, potesse essere un passaggio agevole, senza diventare a lungo termine la matrice di problemi profondi ed epocali, come è poi avvenuto.⁵¹⁴ La replica della storia lo ha dimostrato anche sul strettamente economico-sociale, con dati oggettivi ed inconfutabili: la crisi esplosa nel 2007 negli USA ed estesa in Europa viene oggi considerata più grave di quella del 1929 e molti ritengono che non sia affatto chiusa o superata. Più in generale, è difficile non condividere l’analisi di Maria Rosaria Ferrarese sulle “promesse mancate” del neo-liberismo: l’illusione del *trickle-down* e la secca smentita dell’aumento delle disuguaglianze; l’affermato principio della libera concorrenza e del mercato e la realtà delle concentrazioni monopolistiche; la demonizzazione del debito pubblico e il “trionfo” del debito privato. La crisi, oltre a scuotere le basi sociali e a rendere precario anche lo stato di diritto, ha rappresentato l’inizio della fine, probabilmente, sia per l’ideologia liberista che per il suo compagno di viaggio elettivo, il post-modernismo, per il suo illusionismo ed “irrealismo”. Lo stiamo vedendo: i nuovi “principi architettonici” del sistema-mondo rovesciano completamente il senso assoluto e “amorale” della libertà, che era stata la grande seduzione del liberismo, e si presentano parlando di sovranità, di protezione, di nazione; al tempo stesso torna il “realismo”, l’oggettività dei rapporti sociali, e si comprende quanto illusoria fosse l’idea che “esistono solo interpretazioni” o, come ebbe a dire Margaret Thatcher, che “la società non esiste”.⁵¹⁵ È il segno della fine, la “caduta degli dei”.⁵¹⁶

Con il crollo della dottrina che ha governato i mercati e della cultura che ha caratterizzato il rapporto fra l’economia e le altre scienze sociali, cadono anche i suoi corollari, e, lasciando in disparte discorsi impegnativi, anche il diritto del lavoro non può dirsi estraneo a questo rovesciamento di valori e di prospettiva.

Un *fil rouge* lega, anzi, la crisi del diritto del lavoro – o meglio dire la “fuga” dal diritto del lavoro tutelare – alla crisi economica globale. Sociologi come Gallino e Streeck, economisti come Stiglitz, Piketty e tanti altri, hanno collegato la pressione sui salari, le disuguaglianze economico-sociali e il *working poor*, al prodursi di quelle condizioni nel sistema economico e sociale, a quel processo di sostituzione di debiti per salari, che ha poi portato all’esplosione della crisi. Non è l’unica causa, naturalmente, anche la deregolamentazione dei mercati finanziari ha fatto molti danni, ma sono fenomeni che si intrecciano.

Quanto al nostro mercato del lavoro, non può dirsi che le cose siano andate meglio e, soprattutto, che le prospettive presenti e future siano rassicuranti. Enrico Pugliese, nel suo ultimo libro, parla di “migrazioni della precarietà” e ci illustra una realtà del mercato del lavoro in cui anche nei

⁵¹⁴ R. Mordacci, *La condizione neomoderna*, Einaudi, Torino, 2017; sul “post-modernismo” è indispensabile la lettura della ricerca di J. F. Lyotard, *La condizione post-moderna*, edita da Feltrinelli, 2014.

⁵¹⁵ V. M. Ferraris, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza ed., Bari-Roma, 2012; De Caro-Ferraris, *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi, Torino, 2012.

⁵¹⁶ Per una lettura critica v. C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Laterza ed., Roma-Bari, 2018; con un taglio più teorico e filosofico e meno legato all’attualità v. E. Laclau, *La ragione populista*, Laterza ed., Roma-Bari, 2019.

settori centrali dell'economia e nei territori produttivi più forti prevale la domanda di lavoro precario e dequalificato.⁵¹⁷ A loro volta, studiosi come Van Parijs e Vanderborght ci mostrano un futuro prossimo in cui la nuova (quarta) rivoluzione industriale e tecnologica, di cui tanto si parla, potrebbe avere un effetto "biblico" sul mercato del lavoro, provocando distruzione di posti di lavoro e ancora precarietà lavorativa ed esistenziale.⁵¹⁸

Non si può dire che il diritto del lavoro si sia opposto a questa deriva, né che abbia preparato un'adeguata strumentazione per prevenire l'ulteriore ondata di precarizzazione che pare essere alle porte. Si tratta dunque di una realtà che merita ora una più profonda riflessione e soprattutto nuovi "occhiali" per vedere ed interpretare i bisogni sociali.

Non si può negare che la crisi e le vicende che hanno interessato il sistema economico-finanziario dell'Occidente capitalistico hanno mostrato le basi molto fragili del vecchio modello di regolazione, rivelando come il nuovo potere economico-finanziario fosse esposto molto più che in passato a crisi ricorrenti sempre più violente. La crisi sembra diventata, in certo senso, la condizione permanente del sistema del capitalismo finanziario, o "turbo-capitalismo", tanto da sollevare molti interrogativi sulla stabilità e sulla sicurezza economica e sociale, quando viene meno ogni contrappeso allo sviluppo caotico e sempre più "virtuale" del mercato globale. Sono molti i segnali e le indicazioni, sul piano politico, sociologico ed economico, del declino e forse della conclusione di questa complessa fase storica.

Il diritto del lavoro è venuto a trovarsi, in questo congiuntura, al centro dei conflitti, nel cuore delle contraddizioni del sistema di mercato, visto che il capitalismo, per governare e cavalcare l'onda alta della globalizzazione, ha preferito rompere il "patto sociale" degli anni del *keynesismo*. Come sostiene un economista critico, "piuttosto che promuovere i diritti del lavoro e le protezioni sociali alla periferia dell'impero, in modo da restare competitive, le *corporation* hanno scelto di ridurre i diritti del lavoro e le protezioni sociali dei dipendenti entro lo stesso mondo sviluppato".⁵¹⁹

I limiti della "globalizzazione democratica" sono dunque questi. L'illusione di una spontanea risoluzione di queste contraddizioni, grazie agli effetti insiti nell'espansione del mercato, nella produzione di valore, si è avvertita solo più tardi, ma era scritta nelle cose.

Tuttavia, nonostante il suo conclamato fallimento, ancora si avvertono nel discorso pubblico le influenze negative di questa dottrina, che ha fornito la base teorica per le politiche di deregolamentazione⁵²⁰, identificando nelle norme di tutela dei lavoratori "*an exogenous and illegitimate interference with market relations*" e negli standard inderogabili una limitazione impropria della libertà contrattuale, "*to erect barriers to market entry and prevent labour markets from achieving*

⁵¹⁷ E. Pugliese, *Quelli che se ne vanno. La nuova emigrazione italiana*, Il Mulino, Bologna, 2018.

⁵¹⁸ P. Van Parijs, Y. Vanderborght, *Il reddito di base. Una proposta radicale*, Il Mulino, 2017

⁵¹⁹ J. W. Smith, *Economic Democracy. The Political Struggle for the 21° Century*, Institute for Economic Democracy Press, Sun City, 2005, p. 221.

⁵²⁰ Politiche iniziate oramai più di trent'anni fa: v. G. Esping-Andersen, *Politics Against Market: The Social-Democratic Road to Power*, Princeton University Press, 1985.

their allocative function".⁵²¹ È la "dottrina" che ha contagiato tutte le principali forze politiche del mondo occidentale, il cui proposito, come ha scritto di recente Colin Crouch, era (ed è) quello di "rendere quanti più aspetti possibili delle nostre vite conformi all'ideale economico del libero mercato".⁵²²

3. Il presente del diritto del lavoro.

3.1. Fra riforme e "regressioni".

La ricerca ad ogni costo della flessibilità del lavoro, della riconversione in senso ablativo e derogatorio della contrattazione aziendale, della riconquista di terreno dei poteri di autonomia, della legislazione attraverso norme semi-imperative, dello svuotamento, in una parola, della direttrice di tutela del "contrente debole", è destinata, probabilmente, ad essere superata da una visione più equilibrata. Ma per favorire quello che sembra essere un approdo necessario, alla luce della situazione sociale e della precarietà endemica sul mercato del lavoro nazionale, bisognerebbe probabilmente riconsiderare le principali riforme per "modernizzare", introdotte negli ultimi anni avendo come scopo quasi ossessivo l'alleggerimento dell'intervento eteronomo sul rapporto di lavoro.⁵²³ Riforme e interventi avvenuti nel corso di un ventennio, che non hanno sancito soltanto il ritorno ad una regolazione leggera, ma anche cadenzato, a ben vedere, una condizione di difficoltà per l'economia e la società italiana.

Veniamo da una lunga fase di interventi che hanno inciso sulla natura e sugli scopi della regolamentazione del contratto di lavoro, che sarebbe qui difficile compendiare, di cui può forse ritenersi cruciale la tendenza a modificare il ruolo e la funzione delle fonti collettive. Si è passati nel giro di qualche tempo dalla contrattazione incrementale e rivendicativa, alla contrattazione ablativa e gestoria, per finire con la contrattazione derogatoria e di "prossimità". Passaggi che non è semplice definire, tanto più che è cambiata anche la natura dell'approccio dello stato alle organizzazioni collettive e in generale al rapporto con i "corpi intermedi", in nome di una visione maggioritaria della democrazia che sembra trasformarsi in tendenza autoritaria, che non dà più alcuna importanza al "patto sociale", che in passato aveva costituito invece la modalità privilegiata per governare le crisi economiche. Passare da un modello centralizzato ad un modello di decentramento che contiene in sé un principio di *deregulation*, che dovrebbe o potrebbe scardinare la funzione ordinante del contratto nazionale, pare essere la traiettoria che ha interessato le relazioni industriali, in Italia e non solo in Italia (una frattura molto profonda è stata realizzata con l'art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011, che prevede la possibilità di accordi derogatori anche *in pejus* di norme di legge o di contratto collettivo, con efficacia *erga omnes* nell'ambito

⁵²¹ S. Deakin and F. Wilkinson, *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, in *Industrial Law Journal*, 1994, vol. 21, n. 4, p. 292.

⁵²² C. Crouch, *Salviamo il capitalismo da se stesso*, Il Mulino, Bologna, 2018 pag. 9-10.

⁵²³ Fra gli altri, per una discussione critica sulla lunga stagione della flessibilità del lavoro, si veda il volume a cura di Luigi Mariucci, *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006 e più recentemente, con un'attenzione alle riforme più recenti, L. Zoppoli, *Flex insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

dell'azienda in una serie molto estesa di materie, in grado di creare una sorta di "stato di eccezione" in azienda, con un effetto di stravolgimento della gerarchia fra le fonti).⁵²⁴

Sono molti i problemi di fronte ai quali si viene a trovare chiunque voglia costruire un nuovo diritto del lavoro. Ai primi posti c'è dunque il difficile ruolo in questa congiuntura dell'autonomia collettiva e soprattutto il rapporto di reciproca indifferenza con le nuove generazioni di lavoratori precari disorganizzati o, come si dice, "disintermediati". Non è casuale che le lotte sindacali promosse dai lavoratori delle piattaforme, come le coraggiose battaglie dei *riders*, avvengano al di fuori del sindacato, inchiodato ad una rappresentanza sempre più difensiva delle vecchie categorie di lavoratori dell'industria, del pubblico impiego e dei pensionati. Una delle conseguenze del declino dell'azione sindacale è il venir meno di uno dei caratteri tipici del vecchio modello fordista-keynesiano, che almeno in parte aveva mostrato di resistere nel tempo, ossia l'istituzionalizzazione dei conflitti,⁵²⁵ in cui le differenze di classe sono assunte come dato di fondo che motiva e legittima la mediazione collettiva. Il ruolo sindacale, privo di capacità propositiva verso i nuovi lavori, che oramai rappresentano più della metà del mercato del lavoro, è indebolito e ridotto spesso ad una funzione di gestione delle emergenze occupazionali, senza più capacità di gestire e governare i rapporti conflittuali fra gli interessi diffusi, di tutelare i lavoratori precari e discontinui o non salariati.

Attraverso questi passaggi si definisce, secondo Bagnasco, il distacco dal modello di "deradicalizzazione del conflitto", che, sviluppando capacità inclusive, aveva garantito l'integrazione sociale e la legittimazione del "capitalismo democratico". Nasce così la società degli individui, in cui il lavoratore non viene più integrato tramite i meccanismi di socializzazione – ed il lavoro salariato è forse stato il più importante fattore di in tal senso – con il prevalere, in definitiva, di una individualizzazione strutturale, figlia della frammentazione dell'esperienza di lavoro e della difficoltà dell'azione collettiva.

3.2. Una sommaria mappa critica.

Le riforme del lavoro hanno segnato il passaggio da una società ben strutturata in classi "ad una società frammentata, differenziata, individualizzata, in cui gli individui sono più lasciati a se stessi".⁵²⁶ Il riferimento nell'ordinamento giuridico positivo non può che essere al d. lgs. n. 276 del 2003, che ha ridisegnato completamente il mercato del lavoro attraverso l'introduzione di una pluralità di nuovi modelli contrattuali di natura precaria o comunque atipica, in grado di creare una serie molto ampia di differenziazioni e possibilità di impiego flessibile della forza lavoro, di frantumare l'omogeneità e l'uguaglianza delle condizioni lavorative e dei relativi trattamenti.

⁵²⁴ Ovviamente, si può dubitare della ragionevolezza dell'estensione del potere derogatorio aziendalistico all'intera "disciplina del lavoro", ossia, in altri termini, della potenzialità distruttiva del principio di inderogabilità nell'ordinamento lavoristico, ma allo stato la norma è tuttora vigente e non si è data occasione per una pronuncia della Consulta, a dimostrazione di come manovre legislative "spericolate" dal punto di vista del rispetto degli equilibri costituzionali e dei diritti fondamentali possano essere "metabolizzate" e rimanere in circolo nell'ordinamento positivo.

⁵²⁵ V. M. Paci, *Aggregazioni di classe e società degli individui*, in Stato e mercato, 2010, 88, p. 60.

⁵²⁶ Ancora M. Paci, *ibidem* p. 60

La *flexicurity* - inaugurata dall'accordo, che oramai pochi ricordano, raggiunto nel Consiglio europeo dopo la risoluzione del Parlamento europeo del 29 novembre 2007 ed oggetto di più attenta elaborazione nell'ambito del documento preparato dal Gruppo di lavoro presieduto da Tim Wiltangen del giugno 2007⁵²⁷ - così come la cosiddetta *Lisbon Strategy* - ossia, in sintesi, la filosofia formulata dall'Europa per la lotta alla precarietà, enunciata ma mai concretamente attuata dagli Stati, ha incontrato tendenze contrastanti, particolarmente nella legislazione italiana.⁵²⁸ Non è un atteggiamento iper-critico sostenere che essa è rimasta sulla carta e di "sicurezza", in realtà, il nostro ordinamento ne ha data molto poco, ai lavoratori "flessibili".

Nella scorsa legislatura si è assistito all'eliminazione degli ultimi avamposti di "rigidità" o per meglio dire di controllo e condizionamento del potere datoriale. Il primato, in questa ideale classifica della deregulation, spetta all'invenzione del contratto a tutele crescenti, con cui si è progettato un regime speciale in materia di licenziamento per i più giovani – i nuovi assunti – che rasenta(va) la "libertà" di recesso; paradossalmente giustificato in nome dell'occupazione, rovesciando così il significato del "diritto diseguale", visto che i trattamenti differenziati giustificati dalla posizione di svantaggio dei gruppi, dovrebbero prevedere misure *a favore* di questi gruppi e non, al contrario, "opportunità" di un lavoro diverso e peggiore, privato delle sue tutele ordinarie. Giustificate in nome di obiettivi "sociali", queste iniziative pongono il problema della ragionevolezza del collegamento istituito fra regresso delle tutele e occupazione, tesi che non ha alcuna evidenza empirica ed è contestata anche sul piano teorico e scientifico, ma che, paradossalmente, trova sostenitori insospettabili.⁵²⁹

La vicenda pare in realtà emblematica della tendenza della legislazione ad annullare il rischio per l'impresa derivante dal diritto del lavoro (dalla violazione dei suoi dispositivi di controllo), nell'illusione di innescare dinamiche positive sul piano economico e dell'occupazione, che del resto ha una lunga serie di precedenti che qui è inutile (ed impossibile) enumerare e commentare criticamente in modo puntuale. Ma, al di là della sua efficacia, il risultato di questa linea di politica legislativa è stato quello di stimolare una nuova discriminazione generazionale con riguardo ai costi sociali della flessibilità, o per meglio dire della competitività del sistema produttivo, scaricando sulle spalle dei giovani gli oneri in termini di insicurezza esistenziale, bassi salari, precarietà occupazionale, dequalificazione, oltre che, naturalmente, derivanti dal processo di desindacalizzazione insito nel lavoro precario.

C'è poi la questione, che mi sembra cruciale, del rapporto fra autonomia ed eteronomia e dello spazio molto, troppo ampio concesso alla derogabilità dei dispositivi legali e contrattuali, tanto da indurmi, in un altro mio contributo, a coniare la formula del "diritto del lavoro derogabile".

⁵²⁷ Si tratta del documento dal titolo *Flexicurity pathways. Turning hurdles into stepping stones*, pubblicato su www.europeanrights.eu

⁵²⁸ Su questi temi v. S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, Bologna, 2012.

⁵²⁹ La Corte costituzionale, nella sentenza n. 194/2018, affermando, fra l'altro, la natura di fonte interposta della Carta sociale europea, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del meccanismo di determinazione dell'indennità risarcitoria concessa al lavoratore in caso di illegittimo licenziamento, consentendo al giudice di spaziare fra il minimo e il massimo senza dover necessariamente ancorarsi alla misura predeterminata per legge, di due sole mensilità per ogni anno di servizio del lavoratore. Ma, al tempo stesso, ha ritenuto costituzionalmente legittima la discriminazione fra nuovi assunti e lavoratori più "anziani", sollevando molte perplessità, proprio in base a questo collegamento con il fine della crescita occupazionale.

Anche questo è tema a cui si può soltanto accennare, ancorché esso non sia affatto di second'ordine e, anzi, la sua espansione nell'ordinamento finisce per creare differenze di trattamento e disuguaglianze non sempre "ragionevoli".

Si pensi alla nuova disciplina in materia di mansioni e di *jus variandi*, ai dispositivi in materia di collaborazioni e, in generale, alla tendenza a consentire la derogabilità ad ampio raggio delle norme di tutela sia ad opera del contratto collettivo, anche aziendale, che del contratto individuale.

Soprattutto nella nuova disciplina dei contratti a termine, che rappresenta la fonte principale della precarietà del lavoro, il braccio della liberalizzazione si è mosso in modo molto ampio. L'evoluzione della disciplina dei rapporti di breve durata è in verità emblematica della parabola del diritto del lavoro e della scelta neoliberista praticata, sia pure con diverse caratterizzazioni e sfumature, dagli schieramenti politici di governo fino a quest'ultima legislatura.

Con la riforma "Poletti" (D.L. n. 34/2014, poi trasfuso nel d. lgs. n. 81/2015) è stato realizzato uno schema giuridico nel quale anche le poche previsioni a tutela della parte debole risultavano essere, di fatto, aggirabili e derogabili, in modo da tendere alla massima liberalizzazione delle condizioni di utilizzo del contratto.

Insomma, la disciplina del contratto a termine, un tempo paradigmatica della "norma inderogabile", tende in questa fase a caratterizzarsi per la sua cedevolezza e semi-imperatività.

Ma proprio sulla disciplina del contratto a termine è intervenuto il c.d. "decreto dignità" del Governo Conte, che ha riformulato la disciplina in senso, paradossalmente, più "europeista", ispirandosi al modello normativo indicato dalla direttiva 1999/70/CE, in controtendenza con la liberalizzazione incontrollata introdotta dal precedente decreto.

La *ratio* della riforma è di restringere la possibilità di reiterazione dei contratti a termine (salvo alcune ipotesi in cui, ricorrendo specifiche condizioni, si ammettono ancora rapporti a breve termine), prevedendo un primo contratto a termine "libero", purché di durata non superiore a 12 mesi, con limitazioni all'autonomia negoziale, mediante l'onere di specificazione di "causali", solo in caso di superamento del limite temporale in questione o di rinnovo del contratto. A ciò si aggiunge la modifica della durata massima dei contratti (passando da 36 a 24 mesi, tuttavia derogabile dalla contrattazione collettiva). Il decreto dignità opta in sostanza per un diverso modello di intervento sui poteri di autonomia, più rigoroso e più in linea con gli standard europei, ma che potrebbe non avere l'impatto atteso, visto che la grande maggioranza dei rapporti di lavoro a termine è costituita, per il 75% circa, da contratti di durata inferiore ai dodici mesi, che restano "liberi" e di fatto senza controllo, stante, fra l'altro, la derogabilità degli altri limiti numerico-quantitativi.

Si è accennato ai rapporti di collaborazione non subordinati, paradigmatici della crisi regolativa del diritto del lavoro, su cui è intervenuto l'art. 2, comma I, del d. lgs. n. 81/2015 che ha posto il divieto di stipulare contratti "che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e luoghi di lavoro", i quali, in caso contrario, sono ricondotti *ipso iure* al regime di disciplina del lavoro subordinato. Recentemente, nella vicenda dei *riders*, di cui si è molto discusso, proprio l'applicazione di questa norma sul lavoro etero-organizzato ha consentito di su-

perare un risalente orientamento che escludeva i collaboratori in questione (definiti in modo veramente grossolano “pony-express”) da qualsiasi tutela, anche minimale. Ma anche questo dispositivo incontra alcune deroghe (o eccezioni) fra le quali spicca quella relativa alle “collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo”; in questi casi, dunque, il contratto collettivo potrebbe produrre una sorta di effetto discriminatorio fra lavoratori che si trovano nella medesima situazione di fatto, aggirando il principio dell’inderogabilità del regime di disciplina e ponendo forti dubbi di costituzionalità (Mariucci parla di “dubbia costituzionalità” della norma).

Molto ci sarebbe da dire sull’attuale legislazione lavoristica, ma, volendo sintetizzare al massimo, mi sembra che la linea sia ancora quella di sempre, in cui può vedersi, come ha notato Nadia Urbinati, “il passaggio da una disuguaglianza negata, nascosta, o quanto meno tollerata ad una disuguaglianza che viene invece esibita, invocata, come prezzo da pagare al soddisfacimento di interessi superiori”. Le molteplici differenze di trattamento e di condizioni lavorative dimostrano in modo molto netto che le strutture giuridiche sono cedevoli, permeabili, per nulla immuni dalla crisi dei paradigmi dello stato costituzionale e dei suoi non immutabili valori, anche se le condizioni economico-sociali sembrano indicare un piano inclinato della sicurezza e stabilità dei rapporti lavorativi e delle condizioni di vita delle classi subalterne.

Volendo tirare le fila di queste sommarie e velocissime osservazioni, si può dire che lo stato del diritto del lavoro è quello di una materia che è stata sottoposta ad una estesa deregolamentazione, ad una riformulazione dei suoi dispositivi di tutela e ad una ridefinizione del proprio ruolo, mentre gli interventi in una direzione opposta, nonostante il passo in controtendenza compiuto con il decreto dignità, sono ancora tutti da fare e da disegnare. Il sistema di protezione sociale, che avrebbe dovuto dare una parvenza di serietà e di credibilità alla c.d. *flexicurity*, garantendo quanto meno un bilanciamento della precarietà, è rimasto invece ad uno stadio embrionale e minimale, alla luce delle notevoli difficoltà derivanti dalle pressioni sugli stati nazionali, di cui il principio del pareggio di bilancio introdotto in Costituzione rappresenta, fra le tante riforme recessive di questo periodo, l’elemento simbolico più importante.

4. Il reddito minimo e, forse, un nuovo diritto del lavoro.

4.1. Le ragioni del reddito di base.

È in questo contesto problematico che è calata la riforma del reddito di cittadinanza, in cui si intravedono i segnali di un ritorno ad una politica di contrasto alla povertà e alla insicurezza, entrambe figlie principalmente dal lavoro precario;⁵³⁰ riforma che tuttavia da sola non può risolvere il problema delle disuguaglianze, senza una revisione delle politiche del lavoro perseguite negli ultimi anni e decenni. La riforma del diritto del lavoro resta un problema cruciale ed attuale: il reddito è una misura importante ma non può far molto per restituire potere contrattuale ai lavoratori, per affrontare la questione gigantesca della precarietà o per combattere la dispersione dei redditi di lavoro.

⁵³⁰ Il reddito di base come strumento di lotta alla precarietà è invocato da tempo: v. ad es. G. Bronzini, *Come evitare la segmentazione del mercato del lavoro: la filosofia europea della flexicurity e i contratti a termine*, in D&L RCDL, 2008, 4, p. 118 e S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà: libera circolazione e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in RDSS, 2008, 1.

Il tema del reddito può però essere considerato come elemento centrale e costitutivo di una nuova stagione di garanzie e tutele sociali, che finalmente si lasci alle spalle la lunga fase in cui gli interventi in materia di welfare e di diritti del lavoro erano finalizzati soltanto ad ottenere contropartite in termini di risparmi di spesa o di competitività del sistema produttivo, erano cioè interventi di carattere recessivo o adattivo.⁵³¹

Il reddito rappresenta del resto un provvedimento che da tempo andava adottato, visto che, come tutti sanno, l'Italia era l'unico paese dei 28 paesi europei ancora privo di una misura generale di contrasto all'esclusione sociale (nonostante il fatto che la situazione sociale del nostro paese, asseverata da tutti gli istituti di statistica nazionali ed europei, veda oltre cinque milioni di persone al di sotto della soglia della povertà).

Ricordo solo incidentalmente che il reddito, oltre ad una sua evidenza come bisogno sociale, possiede inoltre anche un'evidenza "costituzionale", discendente dall'art. 34 della Carta di Nizza, dalla Carta Sociale Europea (art. 30 e 31) e, da ultimo, dal "pilastro europeo dei diritti sociali", oltre ad essere sostenuto dall'ILO come esigenza universale (v. il Report del febbraio 2018).

Non si possono quindi condividere gli argomenti tipicamente liberisti (si sono sentiti evocare argomenti che un tempo erano appannaggio dell'ultra-liberismo, come quello degli abusi o dell'incentivo alla "fuga" dal lavoro), utilizzati da una parte del mondo politico, paradossalmente anche da settori che dovrebbero tenersi lontani da questo tipo di impostazione. Allo stesso modo, gli argomenti relativi al "costo" o al "finanziamento in deficit" della spesa mi sembrano assolutamente da respingere, a meno che non si voglia diventare sostenitori delle politiche di *austerità* e dei relativi preconcetti. Vorrei ricordare a questo proposito che la spesa pubblica in Italia supera i 900 miliardi all'anno e che il finanziamento di una misura sociale così importante, che almeno in parte si auto-finanzia, difficilmente può essere indicata come responsabile dello stato disastroso delle finanze pubbliche. La polemica in tal senso (che peraltro si è diretta contro il reddito ma non, in egual misura, contro il contestuale intervento definito "quota 100") fa pensare ad un non represso o recondito moto di rabbia per una misura che ha un innegabile carattere solidaristico e di sostegno.

Forse non molti ricordano che il reddito di cittadinanza, denominato reddito minimo di inserimento, venne introdotto per la prima volta dal Governo Prodi nella seconda metà degli anni novanta, in via sperimentale, dopo i lavori della Commissione Onofri sulla spesa sociale, ed interessò circa il 4% della popolazione italiana e città come Napoli, Reggio Calabria, Enna, per poi essere abbandonato dal Governo di centro-destra di Berlusconi.

Condivido quindi pienamente quanto ha affermato Bronzini in un suo scritto, secondo cui "ha dell'incredibile che non siano stati la sinistra e i grandi sindacati confederali a imporre questa svolta del nostro welfare".⁵³²

È anzi questa l'occasione per riflettere sui fallimenti del "liberismo progressista" che ha preso il sopravvento nei partiti democratici e socialisti in molti paesi, fra cui l'Italia, ma anche nei partiti di centro di tradizione cattolico-popolare, spingendo queste forze politiche ad abbandonare il

⁵³¹ Sul reddito di base e sulle sue diverse declinazioni, si veda G. Bronzini, *Il diritto a un reddito di base. Il welfare nell'era dell'innovazione*, EGA- Edizioni Gruppo Abele, 2017.

⁵³² Si veda l'intervista pubblicata sul sito bin-italia.org di Giuseppe Bronzini, dal titolo *Un'esistenza degna con il reddito*.

terreno dei diritti sociali per concentrarsi sui diritti civili, accettando passivamente la teorica neo-liberale secondo cui la libertà del mercato avrebbe garantito “naturalmente” un’ottimale o congrua distribuzione della ricchezza. Col risultato, a ben vedere, di cambiare sia la propria natura che i propri riferimenti sociali, enfatizzando il mito della “globalizzazione democratica” che ha prodotto la “grande regressione” che oggi presenta il conto.⁵³³ L’inconcludente dibattito “di sapore dickensiano” sul diritto al lavoro opposto al diritto al reddito, si è spinto fino al punto di sostenere, per fortuna da parte di voci isolate e diafane, l’incostituzionalità del reddito perché contrario all’art. 1 della Costituzione.

Gli argomenti di tipo “laborista” per opporsi al reddito mi sembrano d’altra parte completamente fuori gioco ed oggettivamente arretrati. L’orizzonte del pieno impiego non è né vicino né credibile ed anzi sembra prepararsi una nuova distruzione di posti di lavoro. L’analisi di Von Parijs e Vanderborght, i quali vedono come incombente la duplice e concomitante prospettiva della riduzione dei posti di lavoro e della precarizzazione anche nei settori centrali del sistema economico e produttivo, è condivisa da molti analisti.

La nuova trasformazione tecnologica denominata in modo poco fantasioso Industria 4.0. (per designare la quarta rivoluzione industriale), sembra incidere sul lavoro vivo impiegato nella produzione in modo tale da rendere attuale o vicina la possibilità/necessità di disancorare il reddito, inteso come mezzo/fine per il soddisfacimento dei bisogni essenziali, dal lavoro, realizzando in questo modo l’utopia marxiana (mi riferisco al Marx dei Manoscritti del 1844); ma, al tempo stesso, essa lascia intravedere anche il ben più realistico e fosco panorama di una disoccupazione di massa strutturale ed incurabile, di una nuova più profonda segmentazione del mercato del lavoro, diviso, come aveva previsto Ulrich Beck, fra un nucleo ristretto di lavori altamente qualificati e una massa di lavori e lavoretti precari e sempre più dequalificanti e poveri.

4.2. Luci ed ombre.

Il vero punto critico, quando si parla di reddito minimo o reddito di cittadinanza, è tuttavia la possibilità di un suo utilizzo per rinviare ancora la presa d’atto della crisi della regolazione neo-liberista del mercato del lavoro, utilizzando cioè il reddito per “guadagnare ancora tempo”, come direbbe Wolfgang Streeck. Il pericolo è che il reddito sia considerato come una sorta di palliativo della precarietà del lavoro, garantendo il minimo vitale necessario alla sopravvivenza della forza lavoro nelle transizioni da un lavoro all’altro, oppure nelle fasi in cui la contingenza economica e il mercato esigono una restrizione della base produttiva o una riduzione delle ore lavorate, insomma in tutte le diverse situazioni in cui si verifica una contrazione temporanea del lavoro necessario.

Bisogna invece comprendere che il reddito non può né essere un surrogato della sicurezza e della stabilità dell’impiego, né rappresentare una contropartita convincente e rassicurante della condizione di precarietà e delle fonti della disuguaglianza, che presentano autonome ragioni per essere contrastate, che non vengono meno e sono indipendenti dall’esistenza di misure di carattere assistenziale che si rivolgono alle fasce più povere e marginali del mercato del lavoro. Non bisogna

⁵³³ H. Geiselberger (a cura di), *La grande regressione*, Feltrinelli, Milano, 2017.

mai dimenticare che cosa produce la disuguaglianza nei diritti, che, come osserva Ferrajoli, “genera l’immagine dell’altro come disuguale, ossia inferiore antropologicamente in quanto inferiore giuridicamente”.⁵³⁴

Non a caso molti *maitre a penser* del capitalismo globale si sono espressi a favore del reddito, come, ad esempio, William Henry Gates III, meglio conosciuto come Bill Gates, o Ray Kurzweil, direttore di Google, o ancora Elon Musk, il nume ispiratore del nostro Renzi. In questa diversa prospettiva il reddito minimo universale potrebbe rappresentare una sorta di delizioso omaggio alle grandi *corporation*, che si vedrebbero esonerate dall’obbligo di cooperare per garantire le condizioni basiche necessarie alla sopravvivenza della forza lavoro marginale, accollando allo stato quest’onere e nascondendo il conflitto distributivo come conflitto fra lavoro e capitale.

Sistemi di controllo e “disciplinari”, colpevolizzazione del “povero”, visto come un soggetto “da sorvegliare, indirizzare e se del caso punire”, obbligo di svolgere attività “socialmente utile”, condizionalità, *workfare*, rappresentano esattamente lo sviluppo di questa impostazione, in cui, con mano “compassionevole”, lo stato eroga un reddito minimo garantito chiedendo in cambio al soggetto di rendersi disponibile al lavoro, di mobilitarsi e attivarsi, mentre il mercato può svolgere liberamente il suo gioco e il lavoro umano essere negoziato in base al principio dei mercati efficienti.

Nel D.L. n. 4/2019 questi aspetti sono presenti ma, prima di arrivare a drastiche conclusioni bisogna valutare questo intervento legislativo, e le sue caratteristiche, alla luce del “deserto” di iniziative finora promosse contro la povertà e la disuguaglianza (salvo il Rei, misura troppo limitata e “povera”), tenendo anche conto del fatto che i “cedimenti” all’impostazione più regressiva delle politiche sociali potranno essere rivisti in un contesto culturale e politico migliore. Ma, certo, non si può evitare di notare come già nell’*incipit* del provvedimento si colgano segnali di questo tipo, tanto che l’art. 1 del D.L. n. 4 descrive il RDC come “misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro” e solo in seconda battuta come misura “di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all’esclusione sociale”.

I requisiti del reddito nella sua versione più radicale – come reddito di base (*basic income*) – sono stati identificati (v. ad es. Fumagalli) nel criterio dell’*individualità*, della *residenza* (cioè estenderlo a tutte le persone che vivono in un determinato territorio), dell’*incondizionalità*, nel criterio dell’*accesso* (deve essere erogato, quanto meno nella sua fase di sperimentazione, a tutte le persone che dispongono di un reddito inferiore ad una soglia minima) e infine nel criterio del *finanziamento e della trasparenza* (ossia inanziato dalla fiscalità generale). In questo modo, il reddito si configura come un diritto primario per tutti coloro che vivono in un determinato territorio e può essere ricondotto alla sua funzione di remunerazione della cooperazione sociale che è oggi alla base del processo di accumulazione e valorizzazione del capitalismo contemporaneo, distinguendolo sia dalla logica tipica del *workfare* (selettivo) che del *welfare* pubblico keynesiano (universale). Soprattutto, il reddito deve rispondere a un criterio di incondizionalità e di universalità.

Da questo punto di vista, il decreto legge n. 4/2019 è una disciplina di compromesso, in cui sono presenti sia influenze di tipo assistenzialistico sul modello del *workfare*, che spunti in direzione di un reddito di base propriamente detto.

⁵³⁴ L. Ferrajoli, *Manifesto per l’uguaglianza*, Laterza ed. Roma-Bari, 2018, p. 32.

Tanto per esser concreti, se si osserva da vicino la misura economica si ha l'impressione di un impegno non simbolico dello stato in un'ottica redistributiva e per scopi di perequazione sociale. Il decreto prevede infatti due distinte componenti del reddito: il primo ad integrazione del reddito familiare, fino alla soglia di 6.000 euro annui, e l'altra di sostegno economico per soddisfare il bisogno abitativo, fino ad un massimo di 3.360 euro annui (art. 3), e tali condizioni cambiano per la pensione di cittadinanza, con un aumento dell'integrazione a 7.560 del reddito, riducendo l'altra componente a 1.800 mensili. Bisogna quindi ammettere che la misura del reddito è sicuramente congrua ed adeguata, essendo in grado di portare il reddito familiare quasi oltre la soglia della c.d. povertà assoluta, generalmente fissata attorno ai 10.000 euro secondo i calcoli dell'Istat.

Per la sua portata, questa misura è in grado, fra l'altro, di costituire un forte disincentivo ad accettare proposte lavorative in cui non siano rispettati i minimi salariali dei contratti collettivi. In quest'ottica il reddito è misura che incentiva concretamente la responsabilità sociale dell'impresa, e, dunque, se non può dirsi misura attuativa dell'art. 36 della Costituzione, può quanto meno ritenersi collegata con il principio costituzionale, o meglio con il diritto ad una retribuzione sufficiente e proporzionata, sotto un duplice profilo: da un lato come possibilità di concepire una sorta di diritto al reddito che sia considerato come "retribuzione" del lavoro sociale, ossia dell'inserimento di ciascuno in una catena di produzione di valore anche al di fuori dello schema del lavoro salariato; dall'altro, come promozione del *decent work*, vale a dire come indiretto condizionamento nel mercato del lavoro per promuovere la generalizzazione dei principi di sufficienza e proporzionalità – ma direi soprattutto del primo, come garanzia dei "minimi".

È stato del resto osservato da tanti che l'esistenza di un reddito minimo di cittadinanza di questa portata rende non più "appetibili" offerte di lavoro che non siano in grado di garantire condizioni retributive idonee ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, e ciò vale sia per gli impieghi in cui siano elusi i minimi dei contratti collettivi, sia, a ben vedere, per quei settori produttivi in cui si allarga a macchia d'olio l'applicazione dei "contratti pirata" o in cui si praticano estesamente, magari in modo illegittimo, moduli negoziali atipici, condizioni di part-time involontario ed altro ancora.

Può darsi, quindi, che l'opposizione manifestata da alcuni, temendo un effetto dissuasivo della propensione al lavoro, nasconda in realtà il timore di una crisi nei settori marginali dell'economia nazionale, in cui, com'è noto, i minimi salariali sono spesso una chimera e il lavoro viene retribuito in modo insufficiente. Tutto il settore dei servizi, spesso basato su una forza lavoro precaria, su "lavoretti" e condizioni contrattuali atipiche, verrebbe esposto all'effetto *boomerang* del reddito. Ebbene, queste preoccupazioni sono condivisibili, ma non nel senso di mettere in discussione una misura come il reddito di cittadinanza, ma piuttosto nel senso di indirizzare le politiche del lavoro a risolvere, una volta per tutte, il dualismo del mercato del lavoro e rimuovere il *dumping* sociale, l'eterna concorrenza sul costo del lavoro che rappresenta uno dei problemi basilari dell'economia italiana, affrontando il problema del *decent work* con norme *hard*, nel rispetto della "civiltà del lavoro".

4.3. Aspetti critici e correnti "sicuritarie".

Sulle condizioni di accesso al beneficio economico, sulla sua durata e sulle modalità di erogazione, vanno fatte alcune osservazioni critiche. La prima riguarda le modalità di erogazione del RDC, suddiviso per ogni componente maggiorenne del nucleo familiare, mentre per la pensione di cittadinanza (riservata ai nuclei familiari in cui il componente più giovane abbia compiuto il 67° anno

di età) l'art. 3 comma 7°, modificato dalla legge di conversione n. 26 del 28 marzo 2019, prevede già la suddivisione in parti uguali fra i componenti del nucleo familiare. Una disposizione, questa, che presenta alcune evidenti criticità sul piano applicativo e mostra una differenza di trattamento poco chiara e la cui *ratio* non è facilmente intuibile. L'altra riguarda la durata massima, pari a 18 mesi, e il rinnovo del Rdc dopo 1 mese di sospensione, mentre il regime della pensione di cittadinanza non prevede analoga sospensione. Anche questa disposizione presenta alcune difficoltà interpretative, differenziando per non chiarissime ragioni le condizioni applicative del reddito dalla pensione di cittadinanza. Se si voleva costringere gli interessati e le strutture amministrative a rinnovare l'accertamento delle condizioni familiari e reddituali, ebbene, questo scopo lo si poteva perseguire anche diversamente, senza inserire nella disciplina un fattore di indubbia insicurezza per le persone, che non hanno una prospettiva "lunga" di sostegno alla propria condizione esistenziale.

Altra disposizione che fa nascere qualche dubbio, anche di costituzionalità, è quella che riguarda la riduzione del parametro della scala di equivalenza (in sostanza, il moltiplicatore per i componenti il nucleo familiare) in caso di familiari che si trovano in stato di detenzione o sono ricoverati presso istituti di lunga degenza o altre strutture residenziali a carico dello stato o di altre amministrazioni pubbliche, escludendoli dal computo; il che, tuttavia, vale anche per il componente "sottoposto a misura cautelare o condannato per uno dei delitti indicati all'articolo 7, comma 3".

Si tratta delle ipotesi (previste dall'art. 7) che danno luogo alla revoca del beneficio con efficacia retroattiva ed all'obbligo di restituzione di quanto percepito, ossia la condanna in via definitiva per i reati previsti dall'art. 270-bis (partecipazione ad associazioni con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico), 280 (attentato con finalità terroristiche), 289-bis (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione), 416-bis (associazione mafiosa), 422 (strage) e 640-bis (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) del codice penale – nonché per i reati previsti dai primi due commi dell'art. 7, in caso di utilizzo di documenti falsi o di informazioni false, o di omesse informazioni, al fine di usufruire del beneficio di legge, o ancora in caso di omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se proveniente da attività irregolari, o di altri informazioni e comunicazioni rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio in questione - a cui consegue l'impossibilità di richiedere nuovamente il beneficio in questione prima del decorso di 10 anni dalla condanna.

Per varie ragioni questa disposizione, che affastella in un'unica previsione diverse fattispecie penali, solleva molte perplessità, sia di opportunità che di costituzionalità, tenendo conto della disparità di trattamento che segue alla individuazione soltanto di alcuni reati (e ciò vale sia per il caso della riduzione del parametro della scala di equivalenza che per la revoca del beneficio, che si estende a tutto il nucleo familiare) mentre per altri reati, semmai altrettanto gravi, non si prevede analoga misura. Tenendo conto che la revoca coinvolge anche soggetti terzi, che sono sottoposti ad una sanzione molto pesante senza alcuna colpa o responsabilità, questa disposizione sembra in realtà una sorta di "vendetta" sociale nei confronti del trasgressore e della sua famiglia.

È sempre sul piano sanzionatorio che si rivela la natura "tossica", come l'ha definita Bronzini, della "narrazione" di chi, nella compagine di governo, ha sempre mostrato ostilità nei confronti del reddito, a cui si deve forse la serie numerosissima di ipotesi tassative di decadenza dal beneficio previste dal V comma dell'art. 7 e a seguire dai commi VII, VIII e IX (ma il discorso vale anche per i successivi art. 7-bis e 7-ter), a cui segue l'impossibilità di richiedere nuovamente il RDC prima

del decorso di 18 mesi dal provvedimento di revoca o di decadenza; una serie di ipotesi che dimostrano il clima di sospetto e di sfiducia nei confronti dei beneficiari del reddito.

4.4. Fra assistenza e controllo sociale.

L'altro punto piuttosto opaco è quello relativo ai Centri per l'impiego, che dovrebbero svolgere un ruolo cruciale nell'ambito della riforma. Allo stato la riforma è ancora priva del suo perno centrale, che, per le funzioni che dovrebbe svolgere, richiederebbe profonde modifiche organizzative e tecnologie avanzate, oltre che personale specializzato ed adeguato.

L'immediata disponibilità al lavoro e i percorsi personalizzati di inserimento al lavoro dei soggetti beneficiari e la necessaria responsabilizzazione di tutti i componenti del nucleo familiare, fanno comprendere che la soluzione adottata, anche a seguito della legge di conversione, è una soluzione di compromesso. In particolare, bisognerebbe riflettere sul ruolo della famiglia, che diventa, nell'ambito del programma definito dall'art. 4 come Patto per il lavoro, una sorta di ente di controllo del comportamento dei singoli e in particolare dei giovani. Criticamente si potrebbe osservare come dietro queste numerose disposizioni, in cui la legge esige un comportamento conforme e orientato all'osservanza della norma da parte del singolo, ma con sanzioni a carico di tutti i familiari, si nasconde una forma di condizionamento e di repressione affidata alla famiglia dei comportamenti individuali trasgressivi o devianti, come il rifiuto di rendersi disponibili e pronti al lavoro (da cui possono ritenersi esonerati soltanto i giovani "frequentanti un regolare corso di studi", le persone "con carichi di cura di minori di anni tre" o di altri familiari con gravi disabilità, ed altri soggetti specificamente indicati dalla norma).

Gli obblighi previsti dal comma VIII dell'art. 4 non si esauriscono, poi, nell'accettazione di almeno tre offerte di lavoro "congrue", ma si dipanano in una lunga serie di adempimenti burocratici e di "percorsi" non meglio precisati, imposti al soggetto beneficiario senza che gli stessi siano concordati e valutati congiuntamente, per adattarli alle specifiche esigenze soggettive. Le proposte di lavoro, che rappresentano il fulcro del sistema di orientamento e di inserimento al lavoro e che il soggetto è tenuto ad accettare pena la decadenza del beneficio, sono tre, ma solo nella prima fase, visto che l'art. 4 comma VIII lettera b, punto 5), prevede che in caso di rinnovo del reddito esse si riducano ad una; concetto ripreso e rafforzato dal comma IX, lettera c), in cui si prevede che "in caso di rinnovo del beneficio....è congrua un'offerta ovunque sia collocata nel territorio italiano anche nel caso si tratti di prima offerta".

Anche in questo caso, si potrebbe desumere da questa disposizione la non chiarissima finalità del progetto legislativo, che sembrerebbe mirare, oltre che al contrasto alla povertà e al sostegno reddituale delle fasce marginali del mercato del lavoro, alla mobilitazione della forza lavoro e all'attivazione dei soggetti, soprattutto rendendoli disponibili alla mobilità territoriale. Da questo punto di vista, se valutato in un'ottica "meridionalista", il dispositivo in questione potrebbe addirittura ritenersi controindicato, o almeno tale da produrre risultati contro-intuitivi, tenendo conto che stimolare ancora l'emigrazione dei giovani dal Sud, vuol dire provocare un ulteriore "svuotamento" nell'area meridionale del capitale sociale (che è dato dalle risorse umane) di cui ancora dispongono questi territori; il che, oltre tutto, viene previsto dopo un periodo in cui le spinte

migratorie si sono ingrossate e sono state considerate da studiosi qualificati come uno dei maggiori problemi sociali ed economici di questa parte del paese.⁵³⁵ Significa, in altre parole, aggravare o quanto meno lasciare inalterato il differenziale di sviluppo fra il meridione d'Italia e il resto dell'Italia, che solo per un breve periodo, nella storia repubblicana, è stato veramente combattuto e in parte sconfitto.

I termini indicati dalla legge (v. comma IX art. 4) entro cui l'offerta di lavoro può considerarsi congrua e, soprattutto, il meccanismo di riduzione ad una della proposta lavorativa in caso di rinnovo del RDC, dopo i primi 18 mesi, con la decadenza dal beneficio per tutto il nucleo familiare, in caso di rifiuto dell'offerta, sembra creare dunque un meccanismo ambivalente, da un lato di incentivo al lavoro e di sostegno al reddito, dall'altro di controllo sociale dell'esercito di riserva, soprattutto di quella fascia del mercato del lavoro non più attiva o di quei giovani che si pongono in modo critico, negli stili di vita, nei confronti del lavoro salariato, disponendoli o meglio obbligandoli alla mobilità territoriale senza limiti sul territorio nazionale. L'ideale del lavoro come libera espressione creativa della personalità dell'uomo cede il passo all'obbligo di immediata disponibilità al lavoro e soprattutto, si ripete, alla mobilità (che diventa veramente, come sottolinea Foucault, l'unica risorsa che possiede il lavoratore), in cambio della garanzia della sussistenza per la propria famiglia.

4.5. Il problema della selezione degli aventi diritto.

L'altro punto critico della riforma legislativa è certamente quello relativo alla individuazione dei requisiti soggettivi, come previsto dall'art. 2 del D.L. n. 4/2019, che tradisce un'ispirazione che potrebbe definirsi, senza esagerazione, "segregazionista" e "securitaria". I requisiti in parola sono collegati a) alla condizione di cittadinanza, residenza e soggiorno, b) ai requisiti reddituali, c) al "godimento di beni durevoli" e infine d) ai precedenti penali del richiedente.

Quest'ultimo aspetto, introdotto in sede di conversione del decreto (prevedendo come requisito soggettivo "la mancata sottoposizione a misura cautelare personale, anche adottata a seguito di convalida dell'arresto o del fermo, nonché la mancanza di condanna definitive, intervenute nei dieci anni precedenti la richiesta, per taluno dei delitti indicati all'articolo 7, comma 3") sembrerebbe in contrasto proprio con l'obiettivo del recupero e del reinserimento nel lavoro di soggetti esposti più di altri al rischio della disoccupazione e alla povertà, configurandosi pertanto come "sanzione" aggiuntiva per questi soggetti.

Altro punto critico, certo più importante, è però quello riguardante il requisito relativo alla cittadinanza, residenza e soggiorno, prevedendosi, che il "componente richiedente il beneficio" sia in possesso della cittadinanza italiana o di Paesi facenti parte dell'Unione europea, (...) che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo"; inoltre, che il soggetto in questione sia "residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo" (v. art. 2, comma 1) lettera a), così come modificata dalla legge di conversione n. 26/2019).

⁵³⁵ Basta leggere il volume di Pugliese e la ricca bibliografia che lo corredda.

Questi requisiti così restrittivi non solo indicano, da un certo punto di vista, l'esistenza di forti remore a considerare su un piano di uguaglianza la condizione del cittadino e del non-cittadino, ai fini del godimento di un diritto sociale fondamentale qual è (o dovrebbe essere considerato) il reddito minimo, ma indicano pure l'indifferenza per l'emarginazione e la segregazione della fascia più marginale del mercato del lavoro – i “poveri assoluti”, che non hanno diritto ad alcun sostegno del reddito – ai quali è richiesta un'attesa molto lunga per accedere alla garanzia di sopravvivenza, che assomiglia più all'espiazione di una colpa che ad un requisito soggettivo.

Questa restrizione potrebbe tuttavia essere giudicata non coerente con i principi costituzionali e con le Carte dei diritti, in particolare con l'art. 14 della Convenzione europea e con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. I precedenti della Corte di Giustizia Europea (sent. *Kamberay* del 2012) ma soprattutto della Corte Edu (da ultimo sent. *Bélané Nagy c. Hongrie* del 13/12/2016) sono del resto eloquenti. Anche la nostra Corte costituzionale ha in più occasione enunciato orientamenti che potrebbero essere in rotta di collisione con requisiti così restrittivi in materia di prestazioni sociali, enunciando un principio di diritto (v. ad es. la sentenza n. 306/2008, riguardante l'indennità di accompagnamento) secondo cui è possibile “subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini”.

Questo principio è stato più volte ribadito. Si veda la sentenza n. 187/2010, che si è pronunciata sul requisito della carta di soggiorno per ottenere l'assegno sociale per l'invalidità civile, in cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che richiedeva il possesso di tale requisito sul presupposto della natura di questa erogazione, in quanto “destinata non già ad integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di sostentamento, atto ad assicurarne la sopravvivenza”, sulla scia della giurisprudenza della Corte Edu, secondo cui “ove si versi in tema di provvidenza destinata a far fronte al sostentamento della persona, qualsiasi discriminazione fra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito dall'art. 14 della Convenzione” (v. sent. *Staic ed a.* del 6/7/2005). Ancora, sulla stessa falsariga, la sent. n. 329/2011, con cui la stessa norma venne dichiarata illegittima in relazione all'indennità di frequenza prevista dalla l.n. 289/1990, e successivamente la sent. n. 40 del 2013. Infine, sulla stessa linea si veda pure la sentenza n. 22/2015 e la sent. n. 230/2015, ove si afferma il principio secondo cui “l'attribuzione di un non proporzionato rilievo alla circostanza della durata della permanenza legale nel territorio dello Stato, risulta, d'altra parte, in contrasto con il principio costituzionale – oltre che convenzionale – di eguaglianza sostanziale (art. 3 Cost.): essa, infatti, appare idonea a compromettere esigenze di tutela che, proprio in quanto destinate al soddisfacimento di bisogni primari delle persone invalide, appaiono per sé stesse indifferenziabili e indilazionabili sulla base di criteri meramente estrinseci o formali; sempre che, naturalmente, venga accertata la sussistenza degli altri requisiti richiesti per il riconoscimento del beneficio e sempre che – nell'ottica della più compatibile integrazione sociale e della prevista equiparazione, per scopi assistenziali, tra cittadini e stranieri extracomunitari – il soggiorno di questi ultimi risulti, oltre che regolare, non episodico né occasionale”.

Recentemente, tuttavia, va rammentato che con la sentenza n. 50/2019, depositata in data 15 marzo 2019, la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma che subordina il godimento per gli stranieri dell'assegno sociale alla titolarità del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo. La motivazione poggia, sostanzialmente, sulla valutazione dell'assegno sociale come prestazione che non è diretta al soddisfacimento di bisogni primari o posta a garanzia della stessa sopravvivenza del soggetto, pertanto da ritenersi sottratta al divieto di discriminazione formulato dall'art. 14 della Convenzione e naturalmente dall'art. 3 della Costituzione. In modo in verità poco convincente, la Corte ha affermato che non può considerarsi né discriminatorio, né manifestamente irragionevole, "che il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo sia il presupposto per godere di una provvidenza economica, quale l'assegno sociale, che si rivolge a chi abbia compiuto 65 anni di età". Secondo la Corte, infatti, "tali persone ottengono, alle soglie dell'uscita dal mondo del lavoro, un sostegno da parte della collettività nella quale hanno operato (non a caso il legislatore esige in capo al cittadino stesso una residenza almeno decennale in Italia), che è anche un corrispettivo solidaristico per quanto doverosamente offerto al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.)"; concludendo poi nel senso che "rientra dunque nella discrezionalità del legislatore riconoscere una prestazione economica al solo straniero, indigente e privo di pensione, il cui stabile inserimento nella comunità lo ha reso meritevole dello stesso sussidio concesso al cittadino italiano. Pertanto sotto nessun profilo può ritenersi violato l'art. 3 Cost. con riferimento a quegli stranieri che invece tale status non hanno".

La sentenza sembra non considerare la manifesta irragionevolezza che deriva dal subordinare l'assegno sociale al possesso del permesso UE per soggiornanti di lungo periodo, posto che quest'ultimo viene concesso solo se si ha un reddito di importo pari all'assegno sociale stesso (euro 5.824,91). Ed inoltre, pare veramente discutibile (ed anche un po' cinico) che l'assegno sociale non venga considerato alla stregua di una prestazione rivolta al soddisfacimento di bisogni basilari e primari della persona, visto che essa viene erogata in presenza di un'accertata mancanza di mezzi di sostentamento da parte di individui anziani, spesso soli e privi di sostegno familiare.

Anche in questo caso, la decisione della Corte cela in realtà il problema del bilanciamento fra il diritto di accedere al godimento dei diritti fondamentali e le oggettive limitazioni derivanti dalla crisi finanziaria dello stato, che ha imposto il pareggio di bilancio in Costituzione e, insieme ad esso, ha costituito il presupposto di una linea di politica legislativa molto restrittiva. Ma, finora, la Corte costituzionale aveva sempre mostrato molta attenzione a salvaguardare il principio di uguaglianza fra cittadini e non cittadini, e a tutelare lo straniero regolarmente soggiornante nei confini dello stato, rispetto alle prestazioni e diritti riguardanti bisogni primari. Con la sentenza n. 50/2019 pare invece inaugurarsi un orientamento riduttivo, escludendo una misura basilare come l'assegno sociale dalle prestazioni dello stato che possono intendersi come costituzionalmente necessarie per tutti coloro che risiedono stabilmente sul territorio nazionale. Insomma un bel passo indietro, che non ci si aspettava dai giudici della Consulta.

Questo orientamento, se riproposto, potrebbe rappresentare un indirizzo in grado di erigere una barriera in entrata nel nostro sistema di protezione sociale, ivi compreso il reddito di cittadinanza per i non cittadini e gli stranieri, creando così un dualismo ancora più radicale fra un settore, coincidente con i lavoratori "nativi", garantito quanto meno nelle condizioni di sussistenza di base, ed un settore marginale, costituito dalle fasce più povere, prive di diritti e ghettizzate, escluse dall'ambito di applicazione di queste tutele fondamentali.

Il punto fondamentale (e discriminante) è la natura del reddito: se venisse considerato alla stregua di una misura rivolta alla soddisfazione di un “bisogno primario dell’individuo che non tollera un distinguo correlato al radicamento territoriale”, non potrebbe, in nessun caso, riproporsi lo stesso ragionamento fatto nella sentenza n. 50/2019 per l’assegno sociale, ove si sono ritenuti legittimi, perché rientranti nella discrezionalità del legislatore, requisiti molto severi. Diversamente, la conclusione è obbligata e sarà la stessa, visto che le condizioni previste dall’art. 2, comma 1°, lettera a) perché lo straniero possa accedere al reddito sono le stesse previste per l’assegno sociale (permesso di soggiorno e residenza continuativa per 10 anni).

Ma il dubbio è solo teorico, in realtà, tenendo conto che si tratta di misure di sostegno molto simili, e pare difficile che il reddito possa essere considerato alla stregua di una misura diretta a soddisfare un “bisogno primario”. A meno che l’orientamento restrittivo e poco convincente della sentenza n. 50/2019 non venga rivisto, alla luce di una lunga giurisprudenza costituzionale che, fino a questo momento, ha rappresentato un argine a tutte le misure discriminatorie nei confronti dello straniero.

La questione in verità indicativa del clima culturale presente nella società, che sembra contagiare finanche le sue più alte espressioni, com’è la Corte costituzionale, chiamata a svolgere una funzione di garanzia e tutela dell’uguaglianza, in relazione alla quale ogni eccezione, deroga e/o deviazione dovrebbe essere sottoposta ad uno scrutinio molto severo, sotto il profilo della ragionevolezza delle giustificazioni esposte dal legislatore, così da rappresentare veramente un’eccezione nell’ordinamento, specialmente quando si tratta di misure di protezione sociale e ancora di più quando sono in gioco esigenze fondamentali di tutela della condizione delle classi subalterne, le più colpite dalla crisi economica. Ed invece proprio la crisi economica sembra diventare, in questa giurisprudenza, la ragione giustificatrice che legittima un peculiare “rigore” selettivo, l’esclusione dal sistema di protezione sociale dei non cittadini e degli stranieri, i nuovi poveri “assoluti”, ai quali non è dato nemmeno la possibilità di invocare le misure minimali di sostegno contro il “baratro” dell’emarginazione sociale. Eppure condizioni così selettive e dure come quelle previste dalle norme in questione (permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo + residenza continuativa per almeno 10 anni) sono una contraddizione eclatante proprio per la natura di questi interventi legislativi, che, per altro verso, vorrebbero avere uno scopo inclusivo, redistributivo e di contrasto alla povertà, e che dunque mal si conciliano con le limitazioni “soggettive” così discriminatorie e severe.

Bisognerebbe quindi ripensare all’importanza e, anzi, all’essenzialità della protezione sociale estesa a tutti coloro che vivono in uno stato di bisogno, di cui evidentemente si danno diverse “pesature” e valutazioni, a dimostrazione del disorientamento morale in questa fase così problematica. Le misure di contrasto alla povertà, condizione che impedisce il diritto ad una vita dignitosa, rappresentano la risposta ad un bisogno che va considerato come “primario”, per il cittadino come per il non cittadino, per lo straniero come per il nativo, che non tollera discriminazioni; ed anche a voler ammettere la discrezionalità legislativa in materia, non potrebbero e non dovrebbero ammettersi requisiti tali da contraddire la stessa *ratio legis* ed escludere irragionevolmente persone stabilmente residenti sul territorio italiano, che pure contribuiscono sotto diversi profili allo sviluppo e alla crescita economica e sociale di tutta la comunità nazionale.

4.6. La questione dei lavoratori irregolari.

Anche se ci sarebbero molteplici argomenti ancora da trattare, un'ultima osservazione vorrei farla sulla questione che sta proprio in questi giorni interrogando gli studiosi e gli analisti, riguardante la scarsa adesione al RDC, che registra un numero di domande al di sotto delle aspettative. Questi dati hanno immediatamente dato fiato al solito *refrain* sul lavoro nero, ritenendosi che il motivo principale di questo parziale insuccesso sia dovuto al fatto che i lavoratori "invisibili" si asterranno dal fare domanda per non incorrere nelle sanzioni di legge. Se questo è vero, ed è certamente vero in parte, bisognerebbe però chiedersi le ragioni di questa crescita abnorme del lavoro irregolare, che rappresenta la più secca smentita di uno degli argomenti preferiti di chi ha promosso le "riforme" del mercato del lavoro, ossia la tesi secondo cui, eliminando i fattori di rigidità e liberalizzando il mercato del lavoro, si sarebbe ottenuta l'emersione dei rapporti "invisibili" e irregolari. Questi dati dovrebbero far riflettere, sulla portata reale e sull'efficacia delle politiche di deregolamentazione e liberalizzazione, che sembrano avere effetti contro-intuitivi molto più ampi di quanto si potesse prevedere, poiché, probabilmente, delegittimare le regole del lavoro e al tempo stesso rendere evanescente la sanzione in caso di inosservanza, non induce comportamenti virtuosi ma rappresenta forse addirittura uno stimolo a eludere gli obblighi derivanti dall'applicazione della legge e dei contratti collettivi.

Mi sembra poi sintomatico di un certo atteggiamento mentale il modo in cui è considerato il lavoratore "in nero", di cui la legge sul reddito di cittadinanza si occupa soltanto per punire la trasgressione della norma, nel caso di contemporaneo godimento del reddito, con sanzioni molto pesanti, ma senza alcuna previsione di interventi di recupero, senza che venga garantito alcun supporto al soggetto e alla sua famiglia, senza alcuna differenziazione in base alla natura e alla gravità della condotta, riassumendo in una stessa previsione penalmente rilevante (dotata, si ripete, di una sanzione durissima che può arrivare fino ad una condanna a sei anni di reclusione), situazioni di diversa importanza e durata.

La condizione del lavoratore irregolare diviene così, in un certo senso, una "colpa", che vede il lavoratore protagonista e artefice della violazione, e non, invece, vittima e parte lesa. Le abnormi conseguenze dei dispositivi di controllo e sanzione previsti dalla legge sono probabilmente la vera ragione che ha dissuaso molti poveri e soggetti bisognosi dal fare domanda, con un effetto di esclusione anch'esso in contrasto con lo scopo insito in queste misure nei confronti di chi è inserito, senza altra responsabilità che quella di cercare la liberazione dal bisogno, in un circuito di lavoro privo di tutela e protezione sociale. Si può (e certamente si deve) condannare chi in modo illegittimo cerca di ottenere l'ausilio dell'assistenza pubblica e il sostegno del reddito, ma ciò non giustifica la risposta data in questo caso dalla legge. C'erano sicuramente alternative praticabili per scoraggiare comportamenti opportunistici ed elusivi da parte di tanti lavoratori irregolari e forse si poteva evitare di ricorrere a sanzioni così severe, visto che esse finiscono per condannare senza appello anche condotte elusive minori. Al tempo stesso, mentre si usa il "pugno duro" verso i trasgressori, si deve registrare la totale mancanza di misure concrete finalizzate all'emersione e all'aiuto per i lavoratori che si trovano intrappolati nella catena di produzione di valore dell'economia illegale; che può ridursi solo coniugando la repressione con politiche sociali inclusive, comprendendo la causa di questi fenomeni, che è all'interno del sistema produttivo "legale" e nei suoi settori centrali, che fondano i propri successi su catene di appalti e sup-appalti, ossia su una filiera produttiva "lunga", in cui si stimola e si induce, per così dire, il lavoro irregolare, per contenere i

costi e mantenere la propria capacità competitiva sui mercati mondiali (tipico il caso del settore del “lusso” e della moda).

In definitiva, resta l'amara considerazione dell'immissione, in un progetto di riforma sociale di portata epocale per il nostro paese, di tendenze e correnti che guardano alla condizione di disagio con diffidenza, alla devianza in modo punitivo, allo straniero come ad un estraneo, alla attivazione dei soggetti come ad una sorta di “mobilitazione totale”, che richiama alla mente il lavoratore militarizzato di Ernst Jünger.

5. Conclusioni.

Il reddito di cittadinanza, con tutte le sue anomalie ed ambiguità, si inquadra in una politica sociale che vorrebbe differenziarsi dal passato, staccandosi dalla corrente post-keynesiana che ha dominato la scena negli ultimi decenni, ma in funzione non della ripresa di politiche solidariste e “umaniste” quanto piuttosto per coniugare “protezione” ed “esclusione”, con il rischio di erigere nuovi steccati, creare altri separatismi ed altra emarginazione.

Bisogna però prendere atto che il “protezionismo” rappresenta oggi la risposta al fallimento delle politiche di deregolamentazione e liberalizzazione del mercato del lavoro, e, fra le sue varie direttrici, c'è sicuramente una retromarcia rispetto a queste oramai vecchie politiche, che si sono raccolte nel tempo sotto l'ombrello del richiamo alla flessibilità del lavoro. Com'è avvenuto in passato con l'ascesa del neo-liberalismo economico, anche in questo caso, il diritto del lavoro rappresenta uno dei campi elettivi di impegno e di intervento del potere legislativo. Il messaggio che giunge dalle prime esperienze di governo, in Italia e in USA, pare essere abbastanza chiaro. Il protezionismo combatte la precarietà ma per tornare al vecchio dualismo del mercato del lavoro, costruendo “muri” difensivi attorno al settore centrale dell'economia, in cui si collocano per lo più i “nativi”, con la promessa di far cessare le politiche che hanno portato sull'orlo del collasso la *middle class*, ghettizzando ed emarginando la fascia marginale, l'affluente del bacino di manodopera che un tempo veniva definito “esercito di riserva”, in cui sono ingabbiati in una dura lotta per la sopravvivenza soprattutto i lavoratori migranti e gli abitanti delle aree più depresse, esclusi dal “nuovo” patto sociale, i nuovi “dannati della terra” direbbe Franz Fanon, la cui unica risorsa (e speranza) è la mobilità. Si tratta di una politica che, probabilmente, si accorda con la nuova “globalizzazione competitiva”, in cui sembra venir meno l'ossessiva ricerca del mercato unico mondiale, la liberalizzazione *toto corde* dei sistemi nazionali, in favore di un rafforzamento del potere delle élite nazionali, o per meglio dire di una nuova “santa alleanza” con i ceti medi, esclusi o danneggiati dalla globalizzazione democratica di clintoniana memoria.

Se si deve - come si deve - rifiutare la logica segregazionista e dualistica del protezionismo, non per questo va però riabilitato il vecchio, fallimentare modello liberista, la linea che abbiamo visto svilupparsi con incredibile continuità dagli anni novanta in avanti di scomposizione e frammentazione del mercato del lavoro in un ventaglio di figure lavorative e di condizioni differenti, il cui tratto comune e caratteristico è la precarietà e il diffondersi del “lavoro povero”. Al di là di ogni aspetto etico-morale e di ogni soggettiva visione ideologica, non c'è economista che non metta in guardia dal ripercorrere scelte e strade del passato, che riproporrebbero le stesse condizioni che hanno determinato l'esplosione di una crisi economica globale, creando il pericolo di una nuova, ancor più deflagrante, crisi economica e sociale.

Il “ciclo” della globalizzazione liberista si è del resto compiuto. Quando il salario medio di un lavoratore cinese o turco diviene comparabile con quello di un lavoratore greco o di un lavoratore del Sud Italia, si può dire che la globalizzazione, la liberalizzazione e l’apertura dei mercati, il gioco della concorrenza, hanno oramai raggiunto il loro obiettivo e che il campo di gioco è (quasi) perfettamente livellato. A questo punto, è forse maturo il secondo movimento che descrive Karl Polanyi, la difesa della società dopo gli anni del predominio del mercato e della sua ideologia.⁵³⁶

D’altra parte, anche a non voler considerare queste tematiche, l’emergere di nuovi equilibri e nuove tendenze globali, la situazione presente nel nostro paese dovrebbero suggerire una riflessione sui cambiamenti che vanno introdotti nelle politiche del lavoro.

Il recentissimo rapporto sul mercato del lavoro del CNEL, presentato il 4 febbraio 2019, è molto chiaro nel definire il “lavoro povero” come uno dei problemi più seri del nostro paese.⁵³⁷ Non è un caso che i ricercatori che hanno realizzato il Rapporto si interrogano oggi problematicamente sul fatto che “paradossalmente, dopo la crisi, all’aumento dell’occupazione non ha fatto seguito una contestuale riduzione delle disuguaglianze, così come era successo nelle precedenti crisi economiche”. Il punto cruciale – spiegano – è che “la crescita occupazionale ha visto crescere i contratti a tempo determinato e il lavoro part time (spesso involontario), con l’effetto che molti lavoratori si ritrovano occupati per pochi mesi nel corso dell’anno e con orari ridotti, non riuscendo così a difendere un reddito da lavoro dignitoso”.

Si può citare a questo proposito Atkinson, uno dei maggiori studiosi delle disuguaglianze. Una delle cause che comunemente vengono ritenute influenti sulla disuguaglianza è la “perdita di potere negoziale” dei lavoratori, che, a sua volta, è figlia dell’indebolimento di questi ultimi “nella bilancia dei poteri fra lavoro e capitale”. Il lavoro precario ha rappresentato il principale vettore di questo ribaltamento dei rapporti di forza e sembra essere una delle cause prime della stagnazione e della recessione economica. Ecco perché fra le proposte che Atkinson ha messo a punto per combattere disuguaglianza e povertà, ma anche per rilanciare una crescita economica equilibrata ed equa, un ruolo cruciale spetta alla lotta alla precarietà del lavoro e al bilanciamento del potere negoziale fra lavoro e capitale.⁵³⁸

Storicamente il diritto del lavoro è stato uno dei protagonisti della critica all’ideologia liberale, è nato per contrapporsi al mercato. Ma poi si è trasformato in uno dei principali strumenti di regolazione per la competitività, cambiando radicalmente la propria “missione”. Ora è tempo che ritrovi il suo punto di equilibrio. Non è questione di tendenze *pro labour* o di posizioni ideologiche, ma di necessità oggettiva del sistema di mercato e di salvaguardia della stessa democrazia, per non ripetere tragiche esperienze storiche, come Weimar o come la crisi degli anni Venti in Italia.

La precarietà lavorativa, e comunque l’insieme delle politiche di tipo recessivo che si sono affermate in passato, diventano punto cruciale ed ineludibile di riflessione. Lo impone l’ormai diffusa consapevolezza delle responsabilità ascrivibili alle politiche di precarizzazione del lavoro, come “acceleratore” delle disuguaglianze e fattore di blocco e stagnazione del sistema economico, visto il collegamento fra “flessibilità” e indebitamento, visto che proprio la “finanziarizzazione”

⁵³⁶ Il riferimento è ovviamente all’opera di K. Polanyi, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 1974.

⁵³⁷ Il rapporto è pubblicato sul sito del Cnel.

⁵³⁸ Anthony Atkinson è sicuramente uno degli studiosi più importanti e noti del problema delle disuguaglianze. Fra i suoi tanti lavori si veda *Disuguaglianza. Che cosa si può fare*, Raffaello Cortina ed., 2015

dell'economia si è profilata, nella società "consumeristica", come contrappeso alla contrazione dei salari e più in generale dei redditi da lavoro.

Il diritto del lavoro, che tanto ha fatto in passato per garantire alle imprese ampi margini di libertà organizzativa e negoziale, di unilateralismo e capacità competitiva, è chiamato ora a dire la sua sui problemi sociali e a dare il proprio contributo critico, occupandosi, con lo stesso impegno con cui si è occupato dei problemi della produzione, dei problemi distributivi e di equità e giustizia dell'ordinamento lavoristico. Una riflessione va fatta, ed è oramai ineludibile, sulle politiche del lavoro del passato, a partire dal "pacchetto Treu" del 1997, fino al *Jobs act*, scritto da economisti convinti di poter curare i "fallimenti" del mercato attraverso ulteriori dosi di flessibilità, deregolazione e liberalizzazione del mercato del lavoro, quando questa "terapia" veniva messa in discussione proprio da chi l'aveva creata, come ci spiega Posner. L'intervento di ridisegno del diritto del lavoro dimostra una completa sottovalutazione del problema della precarietà, che ha procurato la quasi scomparsa della *middle class*. I protagonisti di questa fase politica non si sono resi conto che dopo aver assorbito i duri colpi provocati dal decreto legislativo n. 276 del 2003, dopo aver metabolizzato la riforma Fornero nel 2012, il mercato del lavoro difficilmente poteva sopportare un'altra *deregulation*, che è stata invece imposta dapprima con il decreto Poletti, liberalizzando completamente i contratti a termine, e poi ancora con i successivi decreti legislativi del 2015, soprattutto con il contratto a tutele crescenti, caricando ancora sulle giovani generazioni il "peso" della flessibilità del lavoro (senza che la ri-regolazione dei contratti di collaborazione, l'altra fonte inesauribile di lavoro precario, potesse dirsi un'adeguata contropartita o una "mossa" in grado di invertire la tendenza). Così da creare un dualismo non solo sociale ma generazionale, fonte di ulteriori divisioni e spaccature nel nostro paese.

In conclusione, sembra che per molto tempo si sia dimenticato "*that labour standards have a crucial role in ensuring that market integration and economic development proceed in such a way as to ensure the long-run, dynamic competitiveness of economies*" (Deakin e Wilkinson). Ora è il caso, con convinzione, di sostenere il ruolo del diritto del lavoro non come mero fattore di razionalizzazione del mercato ma come strumento di giustizia distributiva, di cui il mercato stesso sembra aver bisogno per rendere compatibile capitalismo e democrazia. Secondo il punto di vista di chi scrive, serve una paziente opera di decostruzione del mito della flessibilità e una ri-regolazione in funzione del valore dell'uguaglianza e dei doveri di solidarietà. Credo che tutta la comunità giuridica sia chiamata a far questo. Non è più pensabile estraniarsi dai problemi sociali e continuare a pensare che il problema sia solo quello di garantire "un campo di gioco livellato", ossia le "pari opportunità" e i "meriti". Come ha scritto Chantal Mouffe in un suo libro recente, bisogna ridare senso ed importanza alla coabitazione e al rapporto di reciproca compenetrazione dei principi liberali con i principi democratico-egualitari, con le pratiche egualitarie e con la sovranità popolare, ridotti entrambi a mero simulacro dalla scomparsa degli "spazi agonistici di confronto fra progetti differenti di società", l'anticamera della post-politica (o della post-democrazia, come sostiene Colin Crouch) ma anche, forse, del post-diritto del lavoro.

Bisogna ascoltare chi, come Alain Supiot, ci indica il pericolo sempre presente, particolarmente nel diritto del lavoro, della "*réduction sociologique du droit à un instrument de pouvoir, ou sa réduction économique à un instrument d'allocation efficace des ressources*"; perché questa visione riduttiva del diritto del lavoro è non soltanto un errore metodologico o di prospettiva ma, oggi più che mai, si pone in contrasto con l'etica della responsabilità.

In un piccolo recente volume edito in Francia dal titolo *“Pour ou contre le revenu universel”* a cura di Guillaume Allègre e Philippe Van Parijs, Van Parijs ha sostenuto che la proposta di un reddito di base universale ed incondizionato *“avait l’ambition de fournir une alternative radicale au capitalisme existant qui soit autre chose que l’utopie néolibérale de la soumission au marché et que l’utopie paléo-socialiste de la soumission à l’Etat”*.⁵³⁹ Probabilmente il reddito di cittadinanza italiano non risponde a questo progetto, ma è un passo in avanti - un bicchiere mezzo pieno direbbe Bronzini - l’inizio di un cammino che vedrà ancora cambiamenti di traiettoria e forse farà da battistrada ad un nuovo diritto del lavoro.

⁵³⁹ G. Allègre, P. Van Parijs, *Pour ou contre le revenu universel?*, PUF ed., 2018.