

Alla ricerca della tutela effettiva dei precari pubblici in Europa e in Italia

SOMMARIO: 1. Premesse: il problema del precariato pubblico e la crisi del sistema delle fonti. – 2. Riflessioni sul diniego della Cassazione del 2012 della tutela del precariato pubblico. – 3. La Corte costituzionale e il divieto di conversione nel p.i. dei contratti a termine nulli per illegittimità del reclutamento. – 4. La Cassazione a Sezioni unite nel 2012 sulla successione reiterata dei c.f.l. dell'Inail. I due percorsi di privatizzazione del pubblico impiego a tutele non omogenee. – 5. Il travagliato percorso normativo del divieto assoluto di conversione nel p.i. fino all'ordinanza n. 207/2013 della Consulta. – 6. Dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla legislazione d'urgenza del 2013 per la stabilizzazione del precariato pubblico. – 7. L'ordinanza Papalia e la sentenza Mascolo della Corte di giustizia accertano l'inadempimento alla direttiva 1999/70/CE nei confronti dei precari pubblici. – 8. La Corte costituzionale applica la sentenza Mascolo con la stabilizzazione del precariato pubblico, nonostante il gran rifiuto del diritto Ue da parte della Cassazione a sezioni (ri)unite. – 9. Conclusioni.

Sinossi: L'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato da parte delle pubbliche amministrazioni sembra non trovare una soluzione definitiva nella giurisprudenza, rispetto all'assenza di tutele sul piano normativo. Il contrasto tra Corte costituzionale (sentenze nn. 260/2015 e 187/2016) e Corte di giustizia (sentenza "Mascolo") da un lato, Cassazione (sentenza n. 5072/2016) dall'altro, sulla sanzione idonea a rimuovere definitivamente le conseguenze dell'illecito contrattuale subito dai lavoratori pubblici precari si sviluppa su percorsi interpretativi resi tortuosi dall'assenza del legislatore, che ha sempre evitato di individuare una sanzione effettiva, costringendo le Sezioni unite della Suprema Corte ad inventarsene una, di natura esclusivamente indennitaria e dichiaratamente non equivalente a quella applicata nel lavoro privato, in cui è prevista la conversione a tempo indeterminato. Sarà chiamata probabilmente la Corte costituzionale a risolvere definitivamente la complessa e annosa questione, rispondendo alla questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Foggia sulle norme che impediscono la tutela della stabilità lavorativa dopo il superamento dei 36 mesi di servizio nel pubblico impiego sanitario e, quindi, nel pubblico impiego in generale, per evitare ulteriori censure allo Stato italiano da parte della Commissione Ue in sede di procedura di infrazione e della Corte di giustizia sia nella causa pregiudiziale C-494/16 sollevata dal Tribunale di Trapani per contestare la soluzione delle Sezioni unite sulla nozione di equivalenza sanzionatoria sia nella causa

pregiudiziale C-494/17 sollevata dalla Corte di appello di Trento per contestare la soluzione della Cassazione sul precariato scolastico.

Abstract: The abusive use of fixed-term contracts by public authorities does not seem to find a definitive solution in the judgments of the courts, compared to the absence of safeguards in law. The contrast between Constitutional Court (judgments no. 260 / 2015 and no. 187/2016) and Court of Justice (judgment “Mascolo”) on the one hand, the Supreme Court (judgment no. 5072 / 2016) on the other; on the appropriate sanction to permanently remove the contractual consequences of the offense suffered by the public temporary workers is on interpretive paths made crooked by the absence of the legislature, which has always avoided identifying an effective sanction, forcing the Joint Sections of the Supreme Court to invent one, nature only and indemnity admittedly not equivalent to that applied in the private work, in which is provided the conversion in permanent contract. It will be called probably the Constitutional Court to settle the complex and age-old question, answering the question of legitimacy raised from Foggia Court on rules that prevent the protection of job security after passing the 36 months of service in the public health use and, therefore, in the public sector in general, to avoid further complaints to the Italian State by the EU Commission in the infringement procedure and the Court of Justice in case preliminary C-494/16 raised by the Court of Trapani to challenge the resolution of the Joint Sections on the notion of equivalence sanction and in case preliminary C-494/17 raised by the Court of Trento to challenge the resolution of the Supreme Court for the fixed-term workers in public schools.

PAROLE CHIAVE: lavoro precario – pubblico impiego – contratto a termine – conversione – stabilizzazione.

1. Premesse: il problema del precariato pubblico e la crisi del sistema delle fonti.

Nel ringraziare il prof. Mazzotta e la Rivista per l'invito a partecipare a questo importante (e necessario) *focus* sul precariato pubblico, devo partire da una personale delimitazione sia soggettiva che oggettiva del campo di indagine.

Il limite soggettivo è quello di aver rivestito per ragioni professionali nell'agone processuale europeo e interno, in qualità di interprete e osservatore sicuramente privilegiato, il ruolo di “parte”¹, cioè di co-difensore dei lavoratori precari pubblici, e di rivestire ancora questo ruolo nel giudizio pregiudiziale instaurato dal Tribunale di Trapani² sul

¹ Vd. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 19 ss.; nonché, Id., *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, Cacucci, 2015, 25 ss.

² Trib. Trapani, 5 settembre 2016 (ord.), in *www.quotidianosanita.it*; in dottrina v. BOLEGO, *Tecniche di prevenzione e rimedi contro*

precariato degli enti locali siciliani e nel giudizio incidentale di costituzionalità proposto dal Tribunale di Foggia³ sul precariato sanitario, nel giudizio pregiudiziale instaurato dalla Corte di appello di Trento⁴ sul precariato scolastico, nel giudizio pregiudiziale instaurato dal Giudice di pace di L'Aquila⁵ sul precariato dei giudici onorari.

I Tribunali di Trapani e di Foggia contestano, rispettivamente davanti alla Corte di giustizia Ue e alla Corte costituzionale, il principio di diritto enunciato dalla Cassazione a Sezioni unite nella sentenza n. 5072/2016⁶ dell'applicazione del solo indennizzo di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 come sanzione "onnicomprensiva" del c.d. «danno comunitario» subito da tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni nei cui confronti si sia verificato un abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato.

La Corte di appello di Trento ha criticato davanti alla Corte di giustizia le decine di sentenze della Cassazione sul precariato scolastico⁷, ritenendo condivisibilmente che le coordinate interpretative della Suprema Corte contrastino con le decisioni dei Giudici di Lussemburgo e, in particolare, con la sentenza *Mascolo*⁸ e con l'ordinanza *Papalia*⁹.

Il Giudice di Pace di L'Aquila ha censurato con il rinvio pregiudiziale Ue la sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 13721/2017 che, anticipando il contenuto della riforma della magistratura onoraria (d.lgs. n. 116/2017), ha escluso che il rapporto di lavoro dei giudici di pace sia da annoverare tra quelli di pubblico impiego, di lavoro parasubordinato o anche autonomo, affermandone la natura di "volontariato" e dando la stura così alla richiesta di equiparazione retributiva, normativa e contributiva con i giudici togati, in applicazione delle direttive 2003/88/CE e 1999/70/CE, anche sotto il profilo della stabilità lavorativa, ponendo altresì la questione (centrale) del giudice indipendente e imparziale che tuteli i diritti fondamentali dei lavoratori anche e soprattutto quando svolgono funzioni giudiziarie.

l'abuso dei contratti a termine nel settore pubblico, in *Labor*, 2017, 21 ss.; BUSICO, *Le conseguenze dell'abuso del contratto di lavoro a tempo determinato da parte delle P.A.: la parola fine è ancora molto lontana*, in questa *Rivista*, 2017, 222 ss.; CHIETERA, *L'incerto cammino del precariato non scolastico verso la stabilizzazione*, in *LG*, 2017, 5 ss.; PUTATURO, *Precariato pubblico, effettività delle tutele e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 65.

³ Trib. Foggia, 26 ottobre 2016 (ord.), in *www.quotidianosanita.it*; in dottrina v. gli stessi Autori citati nella precedente nota, nonché GALLEANO, *L'ordinanza 26.10.2016 del Tribunale di Foggia alla Corte costituzionale nel settore sanitario: una mossa decisiva per la soluzione del problema del precariato pubblico?*, in *www.europeanrights.eu* (1 novembre 2016).

⁴ App. Trento, 17 luglio 2017 (ord.), causa C-494/17, *Rossato*, inedita.

⁵ G.d.P. L'Aquila, 2 agosto 2017 (ord.), causa C-473/17, *Di Girolamo*, inedita.

⁶ Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072, in *MGL*, 2016, 590 ss., con nota di VALLEBONA. In senso conforme, Cass., ordd. 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; sentt. 14633/2016; SU, 4911-4912-4913-4914/2016).

⁷ Cass., 7 novembre 2016, n.22552, in *RIDL*, 2017, II, 347 ss., con nota di CALAFÀ, *The ultimate say della Cassazione sul "caso scuola"*; in senso conforme, Cass., nn. 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.

⁸ C. giust., 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Furni, Racca, Napolitano* ed altri c. *Miur*, nonché C-63/13 *Russo c. Comune di Napoli*, ECLI:EU:2014:2401.

⁹ C. giust., 12 dicembre 2013 (ord.), causa C-50/13, *Papalia*, ECLI:EU:2013:873, su FI, 2014, 91 ss., con nota di PERRINO.

Contro questa giurisprudenza di merito che dialoga con la Corte di giustizia ponendosi in contrasto con il «diritto vivente» “a termine” della Cassazione sulla (inamovibilità) della condizione di precarietà nel pubblico impiego si schiera la Corte di appello di Roma¹⁰, che propone un inammissibile quesito pregiudiziale delineando apoditticamente una situazione interna di assoluta mancanza delle misure preventive di cui alla clausola 5, n.1, dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato per i lavoratori a tempo determinato pubblico/privati alle dipendenze delle Fondazioni lirico-sinfoniche. Il tentativo strumentale della Corte romana è quello di difendere il diritto vivente della Cassazione sulla scuola, sul precariato pubblico e sui contratti acausali di Poste italiane¹¹ e di orientare alla tutela (unica) della clausola di durata massima dei 36 mesi di servizio, omettendo di precisare che la granitica giurisprudenza della Cassazione¹², della Corte costituzionale¹³, della stessa Corte di appello di Roma¹⁴ nel settore dei lavoratori dello spettacolo aveva ormai consolidato il principio dell’applicazione delle ragioni oggettive come unica misura preventiva e sanzionatoria per la legittima apposizione del termine contrattuale, anche in relazione al primo o unico contratto a tempo determinato (cfr. Cass., sent. 208/2017).

Di fronte a questa confusione nell’interpretazione nomofilattica interna per le ondivaghe scelte di politica del diritto operate dalla Cassazione, appare molto difficile offrire un contributo scientificamente oggettivo, per la comprensione di un problema gravissimo quale quello affrontato nel dibattito in questione, che è l’espressione più manifesta del complesso e preoccupante quadro della crisi delle fonti e delle tutele dell’ordinamento euro-unitario, quale traspare dalla pendenza delle questioni pregiudiziali innanzi descritte.

Approfitto, però, di questo limite soggettivo e del fatto di rappresentare una corrente di pensiero molto minoritaria sulla stabilità lavorativa come unica sanzione effettiva da riconoscere ai precari pubblici “abusati”, per ridurre all’essenzialità (anche per ragioni obiettive di rispetto degli spazi assegnati) i richiami agli scritti personali e a quelli dottrinali sulla materia, così potendomi confrontare più agevolmente con l’altra tesi, che ritengo la più credibile e la più seria rispetto all’assunto maggioritario del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego, che è quella egregiamente enunciata dal Presidente De Luca¹⁵, secondo cui all’indennità del Collegato lavoro 2010 andrebbe aggiunta, ai fini dell’effettività e dell’equivalenza rispetto ai privati della sanzione applicabile, l’indenni-

¹⁰ App. Roma, 15 maggio 2017 (ord.), causa C-331/17, *Sciotto*, inedita.

¹¹ Cass., sez. un., 31 maggio 2016, n.11374.

¹² Cfr. Cass., 208/2017; 18512/2016; 17064/2015; 10924/2014; 10217/2014; 10124/2014; 10123/2014; 10122/2014; 243/2014; 6547/2014; 5749/2014; 5748/2014; 18263/2013; 11573/2013; 247/2011.

¹³ C. cost., 11 dicembre 2015, n.260, su FI, 2016, I, 1 ss., con nota critica di PERRINO, che pare ispirare il rinvio pregiudiziale della Corte di appello di Roma.

¹⁴ App. Roma, nn. 1941 – 1951 – 1954 – 2585 – 2886 – 3058 – 3227 – 3435 – 3495 – 3933 – 5334 – 5724 – 5745/2016 e n. 3003/2017.

¹⁵ V. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine a contratti privatizzati di pubblico impiego*, in *IG*, 2016, 1053 ss. La Commissione Ue nelle osservazioni scritte della causa C-494/16, depositate il 4 gennaio 2017, ha integralmente condiviso il punto di vista del Tribunale di Trapani nell’ordinanza di rinvio pregiudiziale e, quindi, la soluzione proposta dal Presidente De Luca che ha difeso il punto di vista del giudice di merito siciliano, lasciando però ampio margine interpretativo al giudice nazionale per applicare anche la sanzione della stabilità lavorativa.

tà di quindici mensilità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro, già prevista dall'art. 18, comma 5, dello Statuto dei lavoratori, nel testo antecedente le modifiche introdotte dalla legge Fornero.

In verità, è in corso un recentissimo riavvicinamento tra le due opinioni o, meglio, una fusione per incorporazione nella tesi sulla “condizionalità eurounitaria”¹⁶ del Presidente De Luca, già enunciata sinteticamente oltre dieci anni fa a commento¹⁷ della sentenza *Marrosu-Sardino*¹⁸, che ha già superato il test di efficienza e di credibilità nella discussione orale della causa C-494/16 Santoro, all’udienza del 13 luglio 2017 davanti al Collegio della I Sezione della Corte di giustizia. Leggeremo dalle conclusioni scritte dell’Avvocato generale Szpunar, che saranno depositate il 26 ottobre p.v., quali potrebbero essere le risposte interpretative della Corte di Lussemburgo all’esito di un giudizio pregiudiziale che non riguarda soltanto gli oltre 25.000 precari pubblici siciliani, che hanno superato da molti anni i 36 mesi di servizio presso le amministrazioni locali, ma anche centinaia di migliaia di altri lavoratori pubblici precari che si trovano nella stessa situazione di instabilità del rapporto su tutto il territorio nazionale.

Per quanto riguarda, invece, i limiti oggettivi, essi sono strettamente legati alla premessa iniziale e alla constatazione di una crisi “sistemica” nel rapporto tra giurisprudenza di merito e Cassazione, tra Cassazione e Corte costituzionale, tra Cassazione e Corte di giustizia Ue, di cui è difficile comprendere gli esatti contorni e i possibili sviluppi, dovendo attendere non solo l’esito delle pregiudiziali comunitarie e costituzionale tuttora pendenti, ma anche gli effetti dell’ingresso silenzioso in campo di un quinto giocatore “paragiurisdizionale”.

Si tratta del Comitato europeo dei diritti sociali presso il Consiglio d’Europa che, a Strasburgo, vigila sulle violazioni della Carta sociale europea e che, decidendo recentemente il reclamo collettivo n. 102/2013 dell’Associazione dei giudici di pace contro l’Italia per la mancata equiparazione economica, normativa e previdenziale ai giudici togati, nel rapporto al Comitato dei Ministri del 5 agosto 2016 ha riscontrato la fondatezza della lamentata violazione della Carta, costringendo il Governo italiano ad un frettoloso sforzo legislativo (da completare entro maggio 2017) per pervenire ad una equiparazione previdenziale, economica e giuridica a parità di funzione giurisdizionale esercitata, sotto il controllo del Parlamento Ue che, alla seduta pubblica del 28 febbraio 2017 presso la Commissione delle petizioni¹⁹, ha chiesto alla Commissione europea di attivare la procedura di infrazione nel caso in cui il problema dell’equiparazione non venga risolto

¹⁶ DE LUCA, *Precariato pubblico: condizionalità eurounitaria per divieti nazionali di conversione*, in *q. Riv.*, 2017, 4.

¹⁷ 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, LPO, suppl. n.6, 2008, 261.

¹⁸ C. giust. 7 settembre 2006, causa C-53/04, *Marrosu e Sardino*, ECLI:EU:2006:517, in RIDL, 2006, II, 733, con nota di NANNIPIERI.

¹⁹ Analoga riunione pubblica della Commissione per le petizioni del Parlamento Ue si è tenuta il 22 marzo 2017 sul precariato pubblico italiano, spagnolo e portoghese. Dopo la proposizione del reclamo collettivo n. 144/2017, registrato il 7 marzo 2017, proposto dalla Confederazione generale sindacale CGS al Comitato europeo dei diritti sociali su tutto il precariato pubblico, la Presidente svedese Wikström della Commissione per le petizioni del Parlamento Ue ha censurato il comportamento del Governo italiano come «non degno di uno Stato membro dell’Unione europea nel 2017».

tempestivamente, dopo il rifiuto nazionale di applicare la sentenza *O'Brien*²⁰ della Corte di giustizia su questione analoga di giudici onorari inglesi. La Cassazione a Sezioni unite²¹ sulla natura solo “volontaria” del lavoro dei Giudici di pace e il “conseguente” d.lgs. n.116/2017 di riforma della magistratura onoraria, che hanno sollecitato la proposizione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Giudice di pace di L'Aquila, dimostrano che il legislatore e la giurisdizione togata non hanno nessuna intenzione di risolvere il problema della tutela effettiva, non solo previdenziale, di servitori dello Stato che risolvono, secondo le statistiche, il 50% del contenzioso civile e penale in tempi ragionevoli che assicurano il rispetto del giusto processo.

Come opportunamente evidenziato²² la Cassazione a Sezioni unite aveva manifestato l'intenzione di fare una sentenza “di sistema”²³ per garantire una interpretazione uniforme rispetto alle differenti soluzioni offerte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità sulla sanzione effettiva contro l'abuso contrattuale nel pubblico impiego, ma «il “cerchio” ... non può dirsi ancora chiuso, non solo in ordine al punto di equilibrio ricercato sulla misura risarcitoria da liquidare al lavoratore precario pubblico (sulla cui adeguatezza ed equivalenza, rispetto al lavoratore privato, i giudici europei sono stati nuovamente interpellati), ma anche, a ben vedere, rispetto alla stabilizzazione riconosciuta solo in favore di alcuni dipendenti pubblici per effetto di principi affermati dalla Corte di giustizia e dalla Corte cost. (...), potenzialmente validi anche per altri settori, come quello sanitario».

Quindi, occorrerà ancora discutere molto sul tema, senza pretese di soluzioni “definitive” se non quelle che emergeranno dalle decisioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia, evitando l'errore, che ha portato alla moltiplicazione del contenzioso, dell'iniziale diniego di ogni tutela del precariato pubblico da parte della Cassazione nel 2012.

2. Riflessioni sul diniego della Cassazione del 2012 della tutela del precariato pubblico.

Esistono ragioni “soggettive” per spiegare l'iniziale rifiuto della Cassazione di assicurare anche una tutela minima del precariato pubblico.

La crisi della Suprema Corte nella gestione del contenzioso seriale sull'abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato nel pubblico impiego nasce dalla scelta “acritica” di

²⁰ C. giust., 1° marzo 2012, causa C-393/10, *O'Brien*.

²¹ Cass., sez. un., 31 maggio 2017, n.13721.

²² FEDELE, *Le Sezioni unite e il danno da “precarizzazione” ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, fra ordinamento interno ed interpretazione conforme ai parametri europei*, in Corte suprema di Cassazione-Ufficio del Massimario (a cura di), *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni civili nel 2016*, in www.cortedicassazione.it, 31 ss.

²³ Cfr. SOTTO, *Abuso di contratti a tempo determinato nel lavoro pubblico: «il danno è altro» dal licenziamento illegittimo ovvero «un altro danno» per la precarizzazione illegittima*, in questa *Rivista*, 2016, 261.

politica del diritto di una parte minoritaria della magistratura di vertice – nel 2012 – di soluzioni “interpretative” che impedissero il presunto collasso delle finanze pubbliche²⁴ in un momento di crisi drammatica per l’Italia, a fronte dei consistenti risarcimenti dei danni riconosciuti dalla giurisprudenza di merito sulla base della sentenza *Marrosu-Sardino* della Corte di giustizia.

La sentenza n. 392/2012²⁵ della Cassazione, da un lato, la sentenza n. 709/2012²⁶ della Corte meneghina e la coordinata sentenza n. 10127/2012²⁷ della Cassazione sui supplenti della scuola, dall’altro, rispondono a questa opzione: impedire l’applicazione del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 alle pubbliche amministrazioni e i principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in *subiecta materia* e, quindi, cancellare l’abuso commesso dai datori di lavoro pubblici e, soprattutto, le conseguenze sanzionatorie previste dalle violazioni degli artt.1, 4 e 5 d.lgs. n. 368/2001.

Infatti, le due sentenze della sezione lavoro della Cassazione del 2012 sono speculari e univoche nello sforzo di negare ogni tutela ai precari pubblici, in aperto contrasto con la pur richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia (ordinanza *Affatato*²⁸, sentenze *Angelidaki*²⁹ e *Kücüük*³⁰), con incompleta ricostruzione della normativa interna (Cass. n. 10127/2012), “disapplicazione” della Dir. 1999/70/CE per non applicazione del d.lgs. n. 368/2001, confusione (Cass. n. 392/2012) tra normativa generale non applicata (il d.lgs. n. 368/2001) e disciplina speciale antitutela applicata (art. 36, comma 5, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) anche in ragione della specialità del sistema di reclutamento scolastico (Cass., n. 10127/2012), con rifiuto finale del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, obbligatorio ai sensi dell’art. 267 TFUE come giudice di ultima istanza.

La Suprema Corte nelle sentenze del 2012 ha continuato anche a invocare il divieto di conversione nel pubblico impiego di cui all’art. 97, comma 3, Cost., che avrebbe trovato la sua prima più compiuta enunciazione nella sentenza della Corte costituzionale n. 89/2003³¹.

²⁴ Sul punto cfr. DE MICHELE, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*, in *LG*, 777 ss.

²⁵ Cass., 13 gennaio 2012, n. 392, in *MGL*, 2012, 645, con nota di VALLEBONA, BONI.

²⁶ App. Milano, 15 maggio 2012, n. 709, inedita.

²⁷ Cass., 20 giugno 2012, n.10127, in *LG*, 2012, 777 ss., con nota di DE MICHELE.

²⁸ C. giust., 1 ottobre 2010 (ord.), causa C-3/10, *Affatato*, ECLI:EU:2010:574

²⁹ C. giust., 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, ECLI:EU:2009:250

³⁰ C. giust., 26 gennaio 2012, causa C-586/10, *Kücüük*, ECLI:EU:2012:39

³¹ C. cost., 27 marzo 2003, n. 89, in *FI*, 2003, I, 2258.

3. La Corte costituzionale e il divieto di conversione nel p.i. dei contratti a termine nulli per illegittimità del reclutamento.

Infatti, come recentemente evidenziato in dottrina³², nella citata decisione il Giudice delle leggi aveva semplicemente bloccato il tentativo della giurisdizione di merito di estendere *tout court* i principi e le regole del diritto privato e, in particolare, della l. n. 230/1962 applicabile *ratione temporis*, ad una fattispecie di assunzioni “clientelari” di collaboratori scolastici avvenute al di fuori del sistema di reclutamento scolastico e, quindi, in «violazione di norme imperative di legge» di cui all’art. 36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n. 165/2001, in coerenza con i precedenti della Consulta.

In precedenza, con la sentenza n. 81/1983³³ la Corte costituzionale aveva 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.

In coerenza con il precedente di dieci anni prima, lo stesso giudice delle leggi con la sentenza n. 266/1993³⁴ 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.

Del resto, l’Italia aveva già subito dalla Corte di giustizia ben due condanne per inadempienza sulla libera circolazione dei lavoratori nell’accesso all’impiego nella scuola statale nel 2005³⁵ e 2006³⁶, che già imponevano la definizione di un processo effettivo di equiparazione delle discipline e delle tutele tra i lavoratori alle dipendenze di pubbliche amministrazioni e i dipendenti di datori di lavoro privati.

4. La Cassazione a Sezioni unite nel 2012 sulla successione reiterata dei c.f.l. dell’Inail. I due percorsi di privatizzazione del pubblico impiego a tutele non omogenee.

Va evidenziato, peraltro, che, per far archiviare, come poi avvenuto, la procedura di infrazione n. 2007/4734 della Commissione europea, attivata con la lettera di messa in

³² V. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, in *MGL*, 2016, 606.

³³ C. cost., 7 aprile 1983, n. 81, in *FI*, 1983, I, 2354.

³⁴ C. cost., 4 giugno 1993, n. 266, *FI*, 1995, I, 732 (solo massima).

³⁵ C. giust., 12 maggio 2005, C-278/03, *Commissione c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:2005:281

³⁶ C. giust., 26 ottobre 2006, C-371/04, *Commissione c. Repubblica italiana*, ECLI:EU:2006:668

mora del 17 ottobre 2008 nei confronti dell'Italia a seguito di denuncia presentata da due lavoratori assunti dall'Inail con una successione (5 contratti e 4 rinnovi) di contratti di formazione e lavoro per un totale di 6 anni di lavoro senza conversione a tempo indeterminato, con la sentenza n. 13796/2012³⁷ le Sezioni unite della Cassazione hanno sconfessato immediatamente le decisioni nn. 392/2012 e 10127/2012 della Sezione lavoro sulla non riqualificabilità in contratti a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine alle dipendenze di pubbliche amministrazioni.

Le Sezioni unite del 2012 hanno cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello di Bologna che aveva annullato, dichiarando il difetto di giurisdizione, la sentenza di 1° grado, che aveva accolto la domanda di riqualificazione a tempo indeterminato del contratto di formazione e lavoro della durata di 24 mesi di un lavoratore che, dopo aver superato una pubblica selezione, aveva stipulato il 15 novembre 2001 con l'Inail il contratto di c.f.l., successivamente prorogato per altri due anni.

La Corte non si è limitata a dichiarare la giurisdizione del giudice ordinario, perché le argomentazioni proposte attestano una scelta di merito nel senso che la domanda di riqualificazione è non solo di competenza "letterale" del giudice del lavoro ai sensi dell'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, ma anche ammissibile e fondata; altrimenti, la Corte avrebbe dovuto decidere nel merito con il rigetto ai sensi dell'art. 111 Cost.

Anche in precedenza vi era stata, con la sentenza n. 9555/2010 della Cassazione³⁸, la conversione giudiziale a tempo indeterminato di contratti a termine successivi di un usciere Inail, sul presupposto che si trattasse di rapporti di lavoro totalmente assoggettati al diritto privato, e non rientranti nel pubblico impiego "tradizionale", seppure contrattualizzato.

La stessa motivazione è stata applicata ai lettori universitari per la conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine³⁹, per violazione della l. 18 aprile 1962, n. 230, come ai dipendenti precari degli enti pubblici economici⁴⁰ e delle società di capitale controllate dagli enti pubblici⁴¹ per la condizione "soggettiva" di non applicazione del d.lgs. n. 165/2001 e, quindi, del divieto di conversione di cui all'art. 36, comma 5.

³⁷ Cass., sez. un., 1 settembre 2012, n. 13796, in *FI banca dati on-line*.

³⁸ Cass., 22 aprile 2010, n. 9555, in *LG*, 2010, 1107 ss., con nota di DE MICHELE.

³⁹ C. giust., 26 giugno 2001, causa C-212/99, *Commissione Ce c. Repubblica italiana*; Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4147, in *FI banca dati on-line*.

⁴⁰ Cass., sez. un., 9 marzo 2015, n. 46, punto 14, in *FI banca dati on-line*.

⁴¹ Cass., 18 ottobre 2013, n. 23702, in *GI*, 2014, 1973, con nota di BIASI.

5. Il travagliato percorso normativo del divieto assoluto di conversione nel p.i. dei contratti a tempo determinato fino all'ordinanza n. 207/2013 della Consulta.

È una motivazione che non convince più quella del divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego contrattualizzato, nel combinato disposto dell'art. 97, comma 4, Cost. e dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 201/2001, e non solo per le indicazioni che possono ricavarsi dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale, sempre da leggere e interpretare in combinato disposto.

È il dato normativo "originario" quello da cui bisogna partire, legato alla "privatizzazione" del pubblico impiego avviata con il d.lgs. 3 febbraio 1993 che all'art. 36, dal titolo "reclutamento del personale", disciplinava sia le ipotesi di assunzioni a tempo indeterminato che l'utilizzazione dei dipendenti pubblici con contratti flessibili e, in particolare, a termine, allora assoggettati alla l. n. 230/1962 (comma 7), gli uni e gli altri assoggettati a procedure selettive o all'assunzione per il tramite del collocamento pubblico per le figure professionali medio-basse (comma 1, lettere a e b).

Fu il Governo Amato che, con lo schema di decreto legislativo entrato in vigore come testo unico sul pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001), fece una scelta anomala e ambigua, separando l'unico articolato dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 in due distinti articoli: l'art. 35 sul "reclutamento del personale" e l'art. 36 sulle "forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale". Tuttavia, nonostante l'indiretta autorizzazione ad assunzioni "clientelari" delle pubbliche amministrazioni con i contratti flessibili, il dato letterale dell'art. 36, comma 1, d.lgs. n.165/2001 nel testo originario (rimasto in vigore fino al 31 dicembre 2007) esclude che per i contratti a termine si possano evitare le procedure selettive o assunzionali per il tramite del collocamento, previste dall'art. 35: «Le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle disposizioni sul reclutamento del personale di cui ai commi precedenti, si avvalgono delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa».

Quindi, il presupposto della stipula di legittimi contratti a tempo determinato (ma anche degli altri contratti flessibili) è sempre stato, fin dall'inizio della privatizzazione del pubblico impiego, l'aver superato una procedura selettiva o l'assunzione ai sensi dell'art. 16 della l. n. 56/1987 attraverso il collocamento, le uniche modalità di reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni sia per i contratti a tempo indeterminato sia per i contratti flessibili, salvo il reclutamento speciale della scuola, disciplinato da specifiche procedure selettive di cui all'art. 399 d.lgs. n. 297/1994 e dall'art. 4 della l. n. 124/1999, cui rimanda l'art. 70, comma 8, 3° cpv., d.lgs. n. 165/2001.

In quest'ottica e in questo contesto normativo, nonostante lo scorporamento delle regole assunzionali prima contenute in un unico articolo, l'originario art. 36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n. 165/2001 non comportava problemi applicativi particolari, riguardando esclusivamente le assunzioni flessibili senza procedura selettiva, nulle per violazione delle norme imperative sul reclutamento del personale di cui all'art. 35 d.lgs. n. 165/2001, con diritto al risarcimento dei danni nei termini di cui all'art. 2126 c.c.

Ecco perché la sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale è ineccepibile, andando a sanzionare con il divieto di conversione “esclusivamente” i contratti a tempo determinato che avevano o avrebbero violato le norme sul reclutamento del personale, in quel caso scolastico.

Nessun problema interpretativo è stato causato dalla formulazione dell’art. 36 d.lgs. n.165/2001 nel testo modificato dall’art. 3, comma 79, a l. 21 dicembre 2007, n. 244 (in vigore dal 1 gennaio 2008 al 24 giugno 2008), con cui il legislatore nazionale, dopo la sentenza *Marrosu-Sardino* della Corte Ue e dopo l’apertura della procedura di infrazione n. 2007-4734 sui c.f.l. dell’Inail, ha voluto impedire la proliferazione (evidentemente massiva) dei contratti flessibili, modificando la rubrica dell’articolo (“Utilizzo di contratti di lavoro flessibili”) e limitando molto rigidamente l’uso dei contratti a tempo determinato a quelli di durata massima trimestrale per ragioni di stagionalità o di sostituzione con indicazione del nominativo del personale da sostituire, cancellando ogni richiamo all’abrogata l. n. 230/1962 ma senza nessun rinvio neanche alla nuova disciplina del d.lgs. n. 368/2001.

Il nuovo testo (nella finanziaria per il 2008) dell’art. 36 d.lgs. n. 165/2001 sulla flessibilità (quasi) vietata nel pubblico impiego era stato reso coerente e “innocuo” rispetto all’introduzione dell’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 (art. 1, comma 42, l. 21 dicembre 2007, n. 247) e della disciplina transitoria sul computo dei servizi precedenti al 31 dicembre 2007 ai fini della maturazione dei 36 mesi di lavoro con mansioni equivalenti. Infatti, anche se il d.lgs. n. 368/2001 si applicava a tutte le pubbliche amministrazioni, fino al 1 aprile 2009 il rigidissimo regime assunzionale escludeva il superamento della clausola di durata dei 36 mesi e, quindi, la trasformazione automatica a tempo indeterminato dei contratti successivi, permanendo il divieto di conversione per le assunzioni clientelari di cui all’art. 36, comma 6 (ora comma 5), d.lgs. n. 368/2001, salvaguardando così contestualmente il percorso di soluzione definitiva del precariato pubblico del Governo Prodi, avviato con le leggi finanziarie nn. 296/2006 e 244/2007.

Il dissesto interpretativo e il caos giudiziario *in subiecta materia* nascono con la legittimazione alle assunzioni clientelari proposta dal nuovo testo dell’art. 36 d.lgs. n.165/2001 (in vigore dal 25 giugno 2008 al 31 agosto 2013), introdotto dall’art. 49, comma 1, del d.l. 25 giugno 2008, n.112 (convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133), in cui il comma 1 riservava espressamente le procedure di reclutamento di cui all’art. 35 d.lgs. n. 165/2001 soltanto alle assunzioni a tempo indeterminato e non ai contratti flessibili, a cui, per le esigenze temporanee ed eccezionali delle pubbliche amministrazioni, erano invece riservate le (non meglio specificate) “procedure di reclutamento vigenti” del comma 2.

In questo caso il rimando alla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001 è esplicitato e, evidentemente, ragioni di carattere sistematico, logico e letterale della materia non consentono di escludere l’applicazione dell’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 al superamento dei 36 mesi e con decorrenza dal 1° aprile 2009 per tutti quei contratti a tempo determinato successivi, almeno per quelle situazioni soggettive di rapporti di lavoro instaurati nel rispetto delle procedure di reclutamento di cui all’art. 35 d.lgs. n. 165/2001 fino al 24 giugno 2008 e delle “procedure di reclutamento vigenti” per il periodo successivo.

Né può replicarsi che i contratti a tempo determinato che sono stati stipulati “nel rispetto delle procedure vigenti” sarebbero diventati nulli per mancanza di ragioni temporanee ed eccezionali, in quanto, fino al 31 agosto 2013 (v. *infra*), il ricorso ai contratti flessibili per coprire carenze strutturali di personale non rientrava tra le ipotesi di violazione di norme imperative di legge. Né si potrebbe addossare al lavoratore precario, che ha superato una procedura selettiva prevista dalla legge, anche l’onere di verificare *ex ante* se le esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico coprono bisogni permanenti o temporanei di personale.

6. Dall’ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla legislazione d’urgenza del 2013 per la stabilizzazione del precariato pubblico.

Di questa situazione normativa asistemica e ondivaga era perfettamente a conoscenza la Corte costituzionale quando, con l’ordinanza n. 206/2013⁴², il giudice delle leggi dichiarò inammissibili le sette questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale di Trento sull’art. 4, comma 1, l. n. 124/1999. Prima di rinviare alla Corte di giustizia Ue con la contestuale ordinanza n. 207/2013 la questione di compatibilità comunitaria del sistema di reclutamento scolastico fondato sulle supplenze annuali prive di ragioni oggettive, sulle questioni identiche e parimenti inammissibili sollevate dai Tribunali di Roma e di Lamezia Terme, la Consulta si preoccupò di segnalare ai giudici nazionali la difficoltà di poter applicare al personale scolastico docente e ata della scuola pubblica la tutela prevista dall’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, in presenza di ben due norme introdotte nel 2009 e nel 2011 – rispettivamente l’art. 4, comma 14-*bis*, l. n. 124/1999 e l’art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001 – che impedivano la sanzione della stabilità lavorativa.

Alle predette norme di diniego della tutela della riqualificazione contrattuale per il personale scolastico era stato aggiunto nel 2012 l’art. 10, comma 4-*ter*, d.lgs. n. 368/2001, che escludeva il personale sanitario dal campo di applicazione del d.lgs. n. 368/2001.

Coordinandosi con le due ordinanze nn. 206-207 del 2013 della Corte costituzionale, il Governo Letta ha predisposto con l’art. 4, comma 6, del d.l. 31 agosto 2013, n.101 (convertito con modificazioni dalla l. n. 125/2013) il piano di stabilizzazione del precariato pubblico anche scolastico, fondato sulla maturazione del servizio anche non continuativo di almeno 36 mesi dei c.d. precari “storici”, attraverso procedure riservate esclusivamente a coloro che erano in possesso dei requisiti di cui all’art. 1, comma 519, l. n. 296/2006 e all’art. 3, comma 90, l. n. 244/2007, n. 244, per il comparto scuola, applicando la disciplina specifica di settore.

⁴² C. cost., 18 luglio 2013 (ordd.), nn. 206 e 207.

Subito dopo e coordinandosi con l'art. 4, comma 6, d.l. n.101/2013, con l'art.15, comma 1, del d.l. 12 settembre 2013, n.104 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 128/2013) il legislatore d'urgenza ha approntato un piano triennale per gli anni 2014-2016 per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente, educativo e ata, tenuto conto sia dei posti vacanti e disponibili in ciascun anno sia della necessità di coprire il turn over, senza indicare specificamente come modalità di accesso stabile quanto previsto dall'art. 399 d.lgs. n. 297/1994, così consentendo al MIUR di determinare anche il contingente dei docenti precari "storici" abilitati ma non inseriti nelle GAE da destinare al concorso "riservato" per soli titoli.

Nel contempo, per sanare l'erronea affermazione della Cassazione nelle sentenze n. 392/2012 e n. 10127/2012 che il d.lgs. n. 368/2001 non si applicasse al pubblico impiego, il legislatore d'urgenza con l'art. 4 d.l. n. 101/2013 ha ribadito, con l'art. 36, comma 5-ter, d.lgs. n. 165/2001, che il d.lgs. n. 368/2001 si applica a tutte le pubbliche amministrazioni comprese quelle scolastiche, senza però la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato.

Inoltre, per evitare la reiterazione delle supplenze annuali e dei contratti a tempo determinato privi di ragioni oggettive, al di fuori dei percorsi di stabilizzazione che le pubbliche amministrazioni avrebbero potuto e dovuto attivare, a decorrere dal 1° settembre 2013 il d.l. n. 101/2013, ha introdotto anche l'art. 36, comma 5-*quater*, d.lgs. n.165/2001, per cui il contratto a tempo determinato anche scolastico privo di ragioni oggettive «esclusivamente temporanee o eccezionali» (art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, come modificato sempre dall'art. 4 d.l. n.101/2013, che ha sostituito la precedente formulazione «Per rispondere ad esigenze temporanee ed eccezionali») è nullo di diritto e non produce nessun effetto.

Quindi, a rigore, soltanto con decorrenza dal 1° settembre 2013 è vigente la norma che non consente (più) alle pubbliche amministrazioni di far ricorso, pur nel "rispetto delle procedure di reclutamento vigenti", a contratti a tempo determinato per carenze strutturali di personale, assurgendo la mancanza di ragioni oggettive eccezionali o temporanee a violazione di norma imperativa di legge, con conseguente nullità "genetica" del rapporto di lavoro. Non è un caso che l'art. 36, commi 5, 5-*ter* e 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001 sia stato indicato dal Tribunale di Foggia come normativa interna sospettata di illegittimità costituzionale.

Il piano Letta di stabilizzazione del precariato pubblico anche scolastico riproponeva, in buona sostanza, la stessa soluzione già predisposta dal piano Prodi con le leggi finanziarie per il 2007 e per il 2008, che aveva trovato solo parziale realizzazione a causa del cambio del Governo con le elezioni anticipate del 2008 e il conseguente blocco delle procedure di stabilizzazione. Anche il piano Letta non è stato completato e, per la verità, non è mai partito con il nuovo Governo pur in continuità di "colore" politico.

7. L'ordinanza Papalia e la sentenza Mascolo della Corte di giustizia accertano l'inadempimento alla direttiva 1999/70/CE nei confronti dei precari pubblici.

L'ordinanza *Papalia* della Corte di giustizia, su fattispecie di successione di contratti a tempo determinato del maestro della banda musicale del Comune di Aosta protrattasi ininterrottamente per quasi trent'anni, ha smentito la tesi enunciata dalla Cassazione con la sentenza n. 392/2012 sulla compatibilità comunitaria dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui il divieto di conversione nel pubblico diventa assoluto per assenza di una sanzione effettiva ed equivalente a quella della stabilità lavorativa riconosciuta ai privati in caso di abusivo ricorso ai contratti a tempo determinato, tale non potendo considerarsi il risarcimento dei danni previsto genericamente dalla norma interna e, aggiungiamo, applicabile soltanto nei limiti dell'art. 2126 c.c. in caso di violazione delle norme imperative sul reclutamento.

Con la sentenza *Mascolo* la Corte Ue ha smentito, come già anticipato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale, la tesi enunciata dalla Cassazione con la sentenza n. 10127/2012 della compatibilità comunitaria del sistema di reclutamento dei supplenti della scuola. Ma la Corte di Lussemburgo non interviene soltanto sul precariato scolastico, rispondendo anche al Tribunale di Napoli sulla questione pregiudiziale sollevata con l'ordinanza C-63/13 su fattispecie di educatrice di asilo comunale che aveva superato i 36 mesi di servizio alle dipendenze dell'ente locale.

Sinteticamente mi appaiono questi i punti principali dell'importanza decisione della Corte sovranazionale:

- l'art. 117, comma 1, Cost. impone al legislatore nazionale di dare corretta esecuzione agli obblighi comunitari, tra cui la Dir. 99/70/CE (punti 11 e 14) e le sanzioni antiabusive previste dalla normativa interna che attua l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato rientrano tra i "casi stabiliti dalla legge", attraverso i quali i lavoratori pubblici precari possono accedere a posto stabile nella pubblica amministrazione (punto 14), esattamente come già precisato nella sentenza *Valenza*⁴³ (punto 13);

- lo Stato italiano, nel recepire correttamente la Dir. 99/70/CE prevedendo misure effettive ed "energetiche" idonee a prevenire e, se del caso, sanzionare gli abusi nella successione dei contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, come l'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 (punto 55; già ordinanza *Affatato*, punto 48), si adegua al principio di leale cooperazione con le Istituzioni europee di cui all'art. 4, punto 3, del Trattato dell'Unione europea TUE, da cui il Giudice nazionale non può discostarsi se non violando in maniera flagrante il diritto europeo (punti 59-61);

- a tutte le pubbliche amministrazioni si applica(va) direttamente il d.lgs. n.368/2001, come *res incontraversa* nella prospettazione dei giudici del rinvio (punto 14);

⁴³ C. giust., 18 ottobre 2012, cause riunite da C-302/11 a C-305/11, *Valenza ed altri*, ECLI:EU:2012:646

- alla pubblica amministrazione non si applica, nel caso di reclutamento legittimo mediante graduatorie con procedure selettive, non si applica “pacificamente” l’art. 36, comma 5, d.lgs. n.165/2001 (punto 114);
- in un contesto come quello del reclutamento scolastico italiano, soltanto le sostituzioni di personale assente con diritto alla conservazione sono coerenti con la nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee di cui alla clausola 5, n.1, lett. a), dell’accordo quadro (punti 90-93), avallando come corretta la scelta del Governo Letta di eliminare le supplenze annuali e quelle fino al 30 giugno, autorizzando solo quelle temporanee prevalentemente per congedi parentali (punto 93);
- non è possibile discriminare, ai fini dell’applicazione delle tutele anti-abusive, tra docenti inseriti nelle graduatorie ad esaurimento (gae) e personale non inserito nelle gae ma in possesso di titolo abilitante all’insegnamento, perché la Corte evidenzia (punto 89) che nelle graduatorie permanenti figurano sia i docenti che hanno vinto un concorso pubblico senza tuttavia ottenere un posto di ruolo, sia quelli che hanno seguito corsi di abilitazione tenuti dalle «scuole di specializzazione per l’insegnamento» (punto 89) o «corsi di abilitazione» (punto 111);
- ragioni finanziarie non possono giustificare l’abusivo utilizzo dei contratti a termine (punti 106 e 110).

8. La Corte costituzionale applica la sentenza Mascolo con la stabilizzazione del precariato pubblico, nonostante il gran rifiuto del diritto Ue da parte della Cassazione a sezioni (ri)unite.

Con la sentenza n.260/2015 la Corte costituzionale ha riconosciuto il diritto dei precari pubblici delle Fondazioni lirico-musicali alla conversione a tempo indeterminato dei singoli contratti a termine privi di ragioni oggettive, nonostante l’esistenza di norme totalmente ostative alla tutela della riqualificazione dei rapporti di lavoro, ed ha applicato la sentenza *Mascolo*, nella parte in cui riconosce quanto precisato dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui le ragioni oggettive costituiscono il punto di equilibrio tra il diritto dei lavoratori alla stabilità del rapporto e le esigenze dei datori.

Ignorando totalmente la posizione assunta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 260/2015 sugli Enti (pubblici) lirici, la Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n. 5072/2016 ha “stabilizzato” il nuovo istituto pretorio del “danno comunitario”⁴⁴, negando

⁴⁴ Il “danno comunitario” è stato introdotto da Cass., 30 dicembre 2014, n. 27481, in riferimento però all’art. 8 della l. n. 604/1966. La particolarità di questa sentenza, e di quelle identiche che sono seguite, è che la causa era stata discussa all’udienza pubblica del 25 novembre 2014, il giorno prima del deposito annunciato della sentenza *Mascolo*. Si era invitata la Corte ad attendere l’esito del giudizio in Corte di giustizia, proponendo peraltro anche istanze pregiudiziali. La Corte non ha voluto attendere ed ha rigettato le istanze pregiudiziali, affermando, come giustificazione, che la sentenza *Mascolo* riguarda soltanto il precariato scolastico. Affermazione questa, evidentemente, non vera.

per tutti i precari pubblici il diritto alla conversione a tempo indeterminato e compensandoli (molto) parzialmente con l'applicazione in via analogica dell'indennità prevista da una norma abrogata – l'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 –, che per i lavoratori privati prevedeva anche il diritto alla riqualificazione del rapporto di lavoro.

Il ragionamento della Suprema Corte parte dalla constatazione dell'inadempimento alla Dir. 1999/70/CE, accertato dall'ordinanza *Papalia* e dalla sentenza *Mascolo*, e utilizza la disciplina dell'abrogato d.lgs. n. 368/2001 soltanto per l'individuazione delle situazioni di abusivo utilizzo dei contratti a termine nel pubblico impiego, che gradua con tonalità di gravità inverse rispetto a quanto precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 260/2015, mettendo per primi per "intensità abusiva" il superamento della clausola di durata massima dei 36 mesi e la violazione della disciplina dei contratti successivi, e come abuso più lieve la mancanza di ragioni oggettive temporanee di cui all'art. 1, commi 1 e 2, dell'abrogato d.lgs. n. 368/2001.

Poiché l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 (che continua ad essere applicato nonostante la declaratoria di incompatibilità comunitaria dell'ordinanza *Papalia*) e la sentenza n. 89/2003 della Corte costituzionale (che limitava il divieto di conversione soltanto alle assunzioni flessibili al di fuori delle procedure selettive previste dall'art. 35 d.lgs. n. 165/2001) non consentirebbero la sanzione della stabilità lavorativa, pur essendoci i presupposti per la questione di legittimità costituzionale per mancanza assoluta di misure sanzionatorie effettive, le Sezioni unite decidono di risolvere in autonomia, una volta per tutte, con una sentenza (appunto) "di sistema" la problematica degli abusi contrattuali nel pubblico impiego, inventando una sanzione "minima" di derivazione "comunitaria", perché inesistente il danno secondo le regole civilistiche nazionali (legittimando così la sentenza n. 392/2012 della Sezione lavoro).

Una pessima decisione, soprattutto sul piano etico, oltre che sul piano dei rapporti istituzionali e ordinamentali con la Corte costituzionale e con la Corte di giustizia.

Infatti, la Corte costituzionale ha ignorato la sentenza delle Sezioni unite e, con la sentenza n. 187/2016⁴⁵ (e le contestuali ordinanze nn. 194-195/2016) sul reclutamento scolastico e sui docenti precari dei Conservatori di musica, ha applicato per la seconda volta la sentenza *Mascolo* della Corte Ue, da un lato riconoscendone il valore di "*ius superveniens*" per la soluzione delle controversie principali sulle inammissibili questioni di legittimità costituzionale nuovamente sollevate dall'ostinato Tribunale di Trento (ordinanze 194 e 195) sull'unica sanzione utile a rimuovere definitivamente le conseguenze dell'"illecito comunitario", cioè la stabilità lavorativa (con chiaro riferimento al punto 55

⁴⁵ C. cost., 20 luglio 2016, n. 187, in *FI*, 2016, I, 2993, con nota di PERRINO e nn. 194 e 195 (ordd.), in *www.giurcost.it*. Sulla sentenza n. 187/2016 v.: DE MICHELE e GALLEANO, *La cassazione sulla irretroattività delle decadenze e delle tutele del jobs act e l'abrogazione retroattiva delle decadenze e delle sanzioni previste dal collegato lavoro del 2010 per i contratti a tempo determinato*, in *LPO*, 2016, 103 e ss.; FRANZA, *Giochi di prestigio per i precari della scuola: la consulta «cancella» l'illecito comunitario*, in *MGL*, 2016, 615; MISCIONE, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola*, in *LG*, 2016, 745 ss.; NUNIN, *Precariato scolastico: la consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*, in *LG*, 2016, 886 ss.; PUTATURO DONATI, *Pubblica amministrazione e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra) comunitario*, in *MGL*, 2016, 603 ss.

della sentenza *Mascolo*); dall'altro dichiarando "forzatamente" illegittimo l'art. 4, comma 1, della l. n. 124/1999 con efficacia *ex tunc*, superando così il problema dell'inammissibilità anche delle ordinanze di Roma e di Lamezia Terme per giustificare il rinvio pregiudiziale Ue "in sostituzione della giurisdizione".

Dopo le decisioni del 20 luglio 2016 della Corte costituzionale, ben tre sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2016 sul precariato pubblico spagnolo nelle cause *de Diego Porras*⁴⁶, *Martínez Andrés e Castrejana López*⁴⁷, *Pérez López*⁴⁸ sembravano chiudere il faticoso percorso dell'interpretazione della direttiva 1999/70/CE da parte della Corte europea, che pareva aver trovato nella sentenza *Mascolo* del Collegio di Lussemburgo un punto di approdo stabile, grazie al suo recepimento come «*ius superveniens*» nell'ordinamento italiano attraverso le citate pronunce del Giudice delle leggi e il riconoscimento dell'equiparazione sostanziale e formale sul piano sanzionatorio e delle tutele effettive del settore pubblico rispetto a quello privato, con estensione, già anticipata dalla sentenza *Carratù*⁴⁹ (punti 46-48), della clausola 4 dell'accordo quadro anche alle condizioni di lavoro al momento del recesso illegittimo del rapporto di lavoro a tempo determinato per mancanza di ragioni oggettive e/o per la fraudolenta reiterazione, rispetto ai licenziamenti ingiustificati perché senza giusta causa dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

La Corte di giustizia, peraltro, con la recentissima sentenza *Milkova*⁵⁰ ha applicato, ai fini della tutela del lavoratore disabile discriminato nel pubblico impiego rispetto al lavoratore privato in condizioni analoghe, non soltanto (e non tanto) la Dir. 2000/78/CE, ma soprattutto l'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il principio di uguaglianza e non discriminazione, ampiamente utilizzato dalla giurisprudenza comunitaria senza il richiamo la norma di diritto primario della Carta, che ha lo stesso valore costituzionale dei Trattati.

Invece, la sezione lavoro della Cassazione con sei identiche sentenze depositate il 7 novembre 2016 (cit.) ha ritenuto di decidere "definitivamente" le cause sul precariato scolastico ribadendo espressamente il rifiuto di ogni tutela effettiva. A distanza di quasi quattro anni e mezzo dalla sentenza n. 10127/2012 la Suprema Corte ne richiama integralmente il contenuto motivazionale, rifiutandosi di sollevare le questioni pregiudiziali e costituzionali richieste dai lavoratori pubblici precari della scuola (le prime) o evdenziate dal P.M. (le seconde) e ponendosi in contrasto con la decisione *Mascolo* della Corte di giustizia e la sentenza n. 187/2016 della Corte costituzionale, pur affermando di applicarle.

⁴⁶ C. giust., 14 settembre 2016, causa C-596/14, *de Diego Porras c. Ministerio de Defensa*, ECLI:EU:2016:683

⁴⁷ C. giust., 14 settembre 2016, cause C-184/15 e C-195/15, *Martínez Andrés c. Servicio Vasco de Salud e Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*, ECLI:EU:2016:680

⁴⁸ C. giust., 14 settembre 2016, causa C-16/15, *María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, ECLI:EU:2016:679

⁴⁹ C. giust., 12 dicembre 2013, causa C-361/12, *Carratù c. Poste italiane*, ECLI:EU:2013:198

⁵⁰ C. giust., 9 marzo 2017, causa C-406/15, *Milkova*, ECLI:EU:2017:198

L'abuso contrattuale, conformemente a quanto previsto dall'art. 1, commi 131 e 132, della l. n. 107/2015, nel settore scolastico viene qualificato al di fuori del d.lgs. n. 368/2001, ritenuto ancora una volta non applicabile, derogando così al principio di diritto "generale" e alla sentenza "di sistema" n. 5072/2016 delle Sezioni unite, e l'"illecito comunitario" si configura per il personale docente e ata supplente soltanto con la maturazione di 4 supplenze annuali, una parodia applicativa dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, in violazione dell'art. 136 Cost. per la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, della l. n. 124/1999, che la Corte costituzionale aveva stabilito con efficacia *ex tunc* per ogni supplenza annuale.

L'abuso del diritto da parte della sezione lavoro della Cassazione è stato "assistito" da un inusuale contestuale comunicazione del 7 novembre 2016 del primo presidente della Suprema Corte a tutti i presidenti di Corte di appello, per invitare tutti i giudici del lavoro a dare applicazione "prioritaria" a decisioni che non provengono dalle Sezioni unite e che, anzi, derogano alla tutela minima garantita dalla sentenza n. 5072/2016 sull'applicazione dell'indennità di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 per tutti i precari pubblici e per tutte le violazioni del d.lgs. n. 368/2001.

La "doverosa" risposta della Corte di appello di Trento con l'ordinanza del 17 luglio 2017 in causa C-494/17 Rossato, in attesa della nuova pronuncia della Corte di giustizia, consente di poter accantonare, per il momento, la seria problematica del giudice (di merito) indipendente e imparziale, che l'infelice approccio interpretativo della Cassazione sul contenzioso seriale nei confronti dello Stato continua a far emergere.

9. Conclusioni.

Concluderei questo mio contributo ricordando le riflessioni di tre Avvocati generali della Corte di giustizia Ue.

In primo luogo, l'Avvocato generale Wahl⁵¹ ricorda al Consiglio nazionale forense (e quindi a tutti gli avvocati), "giudice del rinvio" pregiudiziale nella causa sugli avvocati "stabiliti" decisa dalla grande sezione della Corte di giustizia con la sentenza *Torresi e Torresi*⁵², che il principio cardine del sistema di tutela eurounitario, quello cioè di appartenere ad «un'unica comunità di diritto» (punto 51), e confessa alla comunità dei giuristi italiani di aver difficoltà a comprendere il ragionamento del giudice del rinvio, secondo cui «l'iscrizione all'albo degli avvocati di cittadini dell'Unione che hanno ottenuto un titolo professionale in un altro Stato membro ponga una tale minaccia all'ordinamento giuridico italiano da potersi ritenere che comprometta l'identità nazionale italiana» (punto 99) per violazione dell'art. 33, comma 5, Cost., concludendo nel senso, accolto dalla

⁵¹ Conclusioni presentate il 10 aprile 2014.

⁵² C. giust., 17 luglio 2014, cause C-58/13 e C-59/13, *Torresi e Torresi c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Macerata*, ECLI:EU:2014:2088.

Corte di giustizia, che la Dir. 98/5/CE va applicata a prescindere dall'eventuale (presunta) violazione della norma costituzionale.

In secondo luogo, l'Avvocato generale Sharpston⁵³ (punto 28) affronta la problematica dell'efficacia diretta verticale delle direttive e chiarisce che quando lo Stato membro dà attuazione a ciascuna direttiva integralmente e correttamente entro la data prevista per la trasposizione, la direttiva diviene, in un certo senso, "invisibile", in quanto i diritti che essa conferisce risultano ormai pienamente espressi nel diritto nazionale. Lo Stato italiano, dunque, quando ha recepito correttamente la Dir. 1999/70/CE con il d.lgs. n.368/2001 anche per i contratti a tempo determinato nel pubblico impiego, avrebbe fatto diventare "invisibile" la direttiva. È evidente che quando il legislatore prima (d.lgs. n.81/2015) e la Cassazione poi (sentenze nn. 5072/2016, 11374/2016, 22552/2016) fanno diventare invisibile anche il d.lgs. n.368/2001, si crea il diritto vivente "fantasma" o, se si preferisce, a termine.

Infine, l'Avvocato generale Bot⁵⁴ (punto 185) ricorda al Giudice del rinvio, che aveva minacciato i "controlimiti" rispetto all'obbligo per i giudici nazionali di applicare la sentenza Taricco⁵⁵ della Corte di giustizia in materia di prescrizione dei reati finanziari che ledono gli interessi dell'Unione europea (IVA comunitaria), che ai punti 10 e 11 delle sue osservazioni presentate nella causa Gauweiler⁵⁶, in cui la Corte costituzionale tedesca aveva sollevato identica (meno grave) questione dell'applicazione dei controlimiti interni sull'annunciato possibile acquisto dei debiti sovrani da parte della BCE (O.M.T.), la Repubblica italiana ha precisato che i principi supremi o fondamentali del suo ordinamento costituzionale, la cui violazione da parte di un atto di diritto dell'Unione giustificerebbe l'avvio della procedura dei controlimiti, corrispondono alle garanzie costituzionali essenziali, come la natura democratica della Repubblica italiana sancita all'art.1 della Costituzione italiana o, ancora, il principio di uguaglianza di cui all'art.3 della stessa, e non includerebbero le garanzie processuali, per quanto importanti esse siano, come la garanzia di impunità degli evasori fiscali o, aggiungo, il divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego. Infatti, nelle bizzarre considerazioni finali del parere del 23 marzo 2017 n. 464/17 (pag.22) sulla possibilità di stabilizzazione dei rapporti dei giudici onorari, il Consiglio di Stato minaccia di (far) dichiarare illegittima la legge di adesione ai Trattati dell'Unione, applicando i controlimiti, nel caso, definito "sommamente improbabile", in cui la Corte di giustizia consentisse la disapplicazione di questo principio "cardine" dell'ordinamento interno, cioè la precarizzazione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro nel pubblico impiego.

⁵³ Conclusioni presentate il 22 giugno 2017 nella causa *Farrell* C-413/15. La Corte di giustizia non ha ancora depositato la sentenza. Le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston sul punto sono state richiamate dall'avv. E. De Nisco nell'altro intervento iniziale (oltre a quello già ricordato del Presidente De Luca) dei difensori della lavoratrice Santoro all'udienza pubblica del 13 luglio 2017 in Corte di giustizia nella causa Santoro C-494/16.

⁵⁴ Conclusioni presentate il 18 luglio 2017 nella causa *M.A.S. e M.B.* C-42/17, sulla pregiudiziale Ue sollevata dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n.24/2017. La Corte di giustizia non ha ancora depositato la sentenza.

⁵⁵ C. giust., 8 settembre 2015, C-105/14, *Taricco*, ECLI:EU:2015:555.

⁵⁶ C. giust., 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, ECLI:EU:2015:400.

Vedremo nelle sentenze che la Corte di giustizia emanerà nelle cause pendenti C-494/16 sul precariato pubblico siciliano, C-494/17 sul precariato scolastico, C-472/17 sul precariato dei giudici onorari, C-331/17 sul precariato pubblico delle Fondazioni lirico-sinfoniche se le minacce del Consiglio di Stato sull'intangibilità sovrana del divieto di conversione avranno sortito qualche effetto o, piuttosto, la Corte di Lussemburgo non si sarà fatta convincere dalla tesi della condizionalità eurounitaria del Presidente De Luca, per riaffermare la primazia del diritto dell'Unione europea contro le labili fantasie pseudo-giuridiche e sovraniste delle Corti superiori nazionali, a cui converrebbe ricordare che l'adesione ai Trattati internazionali non è nella disponibilità della giurisdizione, ma del popolo sovrano attraverso i suoi Organi (elettivi) legislativi.

Traslando gli stessi ragionamenti alla vicenda del precariato pubblico, è agevole ricordare che l'art.97, comma 4, Cost., ha previsto nella seconda parte, dopo la virgola, con decorrenza dal 1 gennaio 1948, che il legislatore può discrezionalmente stabilire per legge i casi di assunzione nel pubblico impiego diversi dal concorso pubblico, che pure i cuochi *Marrosu* e *Sardino* avevano superato (v. sentenza *Marrosu-Sardino*, punto 18) per essere assunti a tempo determinato senza la stabilità lavorativa riconosciuta ai lavoratori privati in condizioni analoghe e, a tenore dell'art. 10, comma 4-ter, d.lgs. n. 368/2001, che avrebbe dovuto essere ad essi riconosciuta dal giudice nazionale in quanto personale non sanitario dipendente da azienda del Servizio sanitario nazionale.

Perché per un giureconsulto italiano, appartenente alla comunità di diritto dell'Unione europea, la Cassazione è «altro» rispetto a quanto troviamo scritto nelle sentenze della Suprema Corte del 2016 *in subiecta materia*.