

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

Il diritto del lavoro alla prova del ricambio generazionale
Le modifiche unilaterali *in pejus* nella disciplina delle mansioni

Luci ed ombre nelle ricadute lavoristiche della l. n. 76/2016
in materia di unioni civili

Precariato pubblico, effettività della tutela antiabusiva
e nuova questione di legittimità costituzionale

Prestazioni di lavoro accessorio e organizzazione

Evoluzione del “nuovo” *welfare* aziendale
tra valutazione oggettiva dei bisogni,
regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale

Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità
del punto di vista giuridico

1/2017

Gennaio - Febbraio



edicolaprofessionale.com/ADL



Wolters Kluwer

FEDERICO MARIA PUTATURO DONATI
Prof. ass. dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

PRECARIATO PUBBLICO, EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA ANTIABUSIVA E NUOVA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Le pregiudiziali di merito al riconoscimento giurisprudenziale del danno comunitario in caso di abusivo utilizzo di contratti a termine nel pubblico impiego. – 2. Dal divieto di conversione nel pubblico impiego al dialogo della Corte costituzionale con la Corte di Giustizia. – 3. La crisi del sistema di tutele interne del precariato pubblico tra modifiche legislative retroattive e incertezze interpretative della Cassazione. – 4. Il contrasto tra le Alte Corti sul precariato scolastico. – 5. L'*overture* "istituzionale" sul precariato sanitario. – 6. Osservazioni conclusive.

1. – Portata dirimente, se non esplosiva, riveste l'ordinanza del Tribunale di Foggia del 26 ottobre 2016, con cui è stata ritenuta rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che consentono la reiterazione dei contratti a tempo determinato per il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale con oltre trentasei mesi di servizio, impedendo la conversione in un rapporto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Cfr. Trib. Foggia, Est. De Simone, ord. 26 giugno 2016, che «dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 10, comma 4-*ter*, del d.lgs. 6 ottobre 2001, n. 368, nonché dell'art. 36, commi 5, 5-*ter* e 5-*quater* del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui – in violazione degli artt. 3, 4, 24, 35 comma 1, 97 comma 3, 101 comma 2, 104 comma 1, 111 comma 2, e 117, comma 1, Cost., in riferimento alle clausole 4, punto 1, e 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, alla quale la direttiva n. 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 ha dato attuazione, come interpretata dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 26 novembre 2014 nelle cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C-418/13 Mascolo ed altri – dette disposizioni hanno consentito e consentono senza limiti e misure preventive antiabusive e sanzionatorie l'utilizzazione abusiva dei contratti a tempo determinato per il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale, che ha svolto dopo aver superato procedure selettive pubbliche rapporti di lavoro a tempo determinato per più di 36 mesi di servizio presso un'azienda sanitaria, come per i ricorrenti nel presente giudizio; differenziano i contratti di lavoro a tempo determinato

Si tratta di una presa di posizione netta e radicale, che tuona, “a colpi di cannone”, contro la soluzione accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 5072 del 15 marzo 2016, con cui la Suprema Corte, per l’ipotesi di abusivo utilizzo di contratti a termine nel pubblico impiego, muovendo da una interpretazione comunitariamente orientata della misura risarcitoria prevista dall’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, se ha escluso il ricorso ai criteri fissati per il licenziamento illegittimo, ha rinviato alla fattispecie omogenea di cui all’art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010, quale danno presunto, quantificato tra un minimo e un massimo, ferma restando la prova del maggior pregiudizio sofferto in ragione della perdita di *chance* professionale subita⁽²⁾.

La voce “fuori dal coro” del Tribunale di Foggia segue, e si affianca a, quella del Tribunale di Trapani che, con ordinanza del 5 settembre 2016⁽³⁾, nel sollevare due questioni pregiudiziali UE sul principio di equi-

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 n. 1999/70/CE in attuazione dell’art. 117, comma 1, della Costituzione».

⁽²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., Pres. Rovelli, Est. Amoroso, 15 marzo 2016, n. 5072, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, pag. 589 e segg., con nota adesiva di A. VALLEBONA, *Contratti a termine illegittimi nella p.a.: divieto di conversione e misura del danno*, pag. 602, nonché con nota critica di F.M. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi: note critiche sul riconoscimento del danno (extra)comunitario*, pagg. 603-614. Cfr., etiam, P. COPPOLA, *Corte di cassazione, Ss. Un., sentenza n. 5072/2016. Incertezze, dubbi, perplessità*, in www.europeanrights.eu, 2016; C. CORDELLA, *L’abusiva reiterazione di contratti temporanei: la non conversione nel regime «generale» del pubblico impiego privatizzato*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2016, pag. 667 e segg.; M. DE LUCA, *Il giusto risarcimento per illegittima apposizione del termine ai contratti di lavoro privatizzati di pubblico impiego*, in *Lav. Giur.*, 2016, pagg. 1053 e ss; I. FEDELE, *Le Sezioni unite ed il danno da “precarizzazione” ex art. 36 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, fra ordinamento interno ed interpretazione conforme ai parametri europei*, in *Rass. Giur. Leg., Orient. Sez. civ.*, Vol. III, 2016, pag. 31 e segg., in www.giustizia.it, 2017; N. FRASCA, *La quantificazione del “danno comunitario” da illegittima reiterazione di contratti a tempo determinato nel pubblico impiego: nel perdurante silenzio del legislatore, si pronunciano le Sezioni Unite*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 855 e segg.; L. MENGHINI, *Illegittimità del contratto a termine nel lavoro pubblico e risarcimento del danno: la soluzione delle Sezioni Unite*, in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2016, pag. 565 e segg.; M. MISCIONE, *Nomofilachia, Sezioni Unite, “diritto vivente (leggendo la relazione 2016 del Primo Presidente della Cassazione)*, in *Lav. Giur.*, 2016, pag. 329 e segg.

⁽³⁾ Cfr. Trib. Trapani, Est. Petrusa, ord. 5 settembre 2016 in causa C-494/16 *Santoro c. Comune di Valderice e Presidenza del Consiglio dei Ministri*, su G.U.U.E. 18 novembre 2016, laddove è richiesto: «Se rappresenti misura equivalente ed effettiva, nel senso di cui alle pronunce della Corte di Giustizia Mascolo [e a. (C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13)] e Marrosu [e Sardino](C-53/04), l’attribuzione di una indennità compresa fra 2,5 e 12

valenza e su quello di effettività della mera sanzione indennitaria riconosciuta dai Giudici di legittimità, per prima è parsa aderire, seppure implicitamente, agli effetti del dialogo diretto tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, resi visibili dalla individuazione della stabilità lavorativa come unica misura adeguata a neutralizzare le conseguenze dell'illegittimo utilizzo di contratti a termine.

Il rinvio è, *prima*, dopo la sentenza *Mascolo* della CGUE e in applicazione dei principi da essa fissati⁽⁴⁾, alle sentenze della Consulta n. 260 del 11 dicembre 2015 e n. 187 del 20 luglio 2016 (con contestuali ordinanze nn. 194 e 195), rispettivamente, sui precari pubblici delle Fonda-

mentità dell'ultima retribuzione (art. 32, comma 5, l. n. 183/2010) al dipendente pubblico, vittima di un'abusiva reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, con la possibilità per costui di conseguire l'integrale ristoro del danno solo provando la perdita di altre opportunità lavorative oppure provando che, se fosse stato bandito un regolare concorso, questo sarebbe stato vinto. Se, il principio di equivalenza menzionato dalla Corte di Giustizia (fra l'altro) nelle dette pronunce, vada inteso nel senso che, laddove lo Stato membro decida di non applicare al settore pubblico la conversione del rapporto di lavoro (riconosciuta nel settore privato), questi sia tenuto comunque a garantire al lavoratore la medesima utilità, eventualmente mediante un risarcimento del danno che abbia necessariamente ad oggetto il valore del posto di lavoro a tempo indeterminato». Per una lettura adesiva, per tutti, V. DE MICHELE, *Le sentenze della Consulta e della Corte di giustizia Ue riempiono con la stabilizzazione del precariato pubblico il vuoto etico e normativo della Cassazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 131/2016, pag. 55, e ivi ulteriori richiami in dottrina.

⁽⁴⁾ Cfr. CGUE, III Sezione, 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13 e C-418/13 *Mascolo, Forni, Racca, Napolitano* ed altri contro MIUR, nonché C-63/13 *Russo* contro *Comune di Napoli*, con l'intervento di Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams nella causa *Racca* C-63/13; su cui cfr. M. AIMO, *I precari della scuola tra vincoli europei e mancanze del legislatore domestico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 240/2015; 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.*, 2015, II, pag. 336 e segg.; P. COPPOLA, *Breve commento alla sentenza Mascolo della Corte di giustizia*, 2015, in *europeanrights.eu*; M. DE LUCA, *Un gran arrêt della Corte di giustizia dell'Unione europea sul nostro precariato scolastico statale: il contrasto con il diritto dell'Unione, che ne risulta, non comporta l'espunzione dal nostro ordinamento, né la non applicazione della normativa interna confliggente (prime note in attesa dei seguiti)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2014, pag. 499 e segg.; 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.euro-peanrights.eu*, 10 gennaio 2015; 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; L. MENGHINI, *Sistema delle supplenze e parziale contrasto con l'accordo europeo: ora cosa succederà?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, pag. 343 e segg.; R. NUNIN, «Tanto tuonò che piovette»: *la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *Lav. Giur.*, 2015, pagg. 146 e ss.; A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*, in *Foro It.*, 2014, II, pag. 93 e segg.; V. PINTO, *Il reclutamento scolastico tra abusi dei rapporti a termine e riforme organizzative*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2015, pag. 915 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *Contratto a termine e temporaneità delle esigenze sottostanti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, pag. 189 e segg.

zioni lirico-musicali⁽⁵⁾ e sul reclutamento scolastico e sui docenti precari dei Conservatori di musica⁽⁶⁾.

Di seguito, alle sentenze *de Diego Porras*⁽⁷⁾, *Martínez Andrés e Castrejana López*⁽⁸⁾, e *Pérez López*⁽⁹⁾ sul precariato pubblico spagnolo, e alla ordinanza *Popescu*⁽¹⁰⁾ su quello rumeno, con cui la Corte di Giustizia, nel settembre del 2016, è parsa coordinarsi con la scelta del Giudice delle leggi di “rimuovere” il divieto “assoluto” di conversione nel pubblico impiego⁽¹¹⁾ per fornire risposte più specifiche ai giudici nazionali nel senso dell’equiparazione delle poste sanzionatorie tra lavoratori privati e dipendenti pubblici a tempo determinato, per quanto riguarda *sia* la reintegrazione nel posto di lavoro in mancanza di altre misure effettive anti-abusive (in tal senso le conclusioni della sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López*), *sia* la causalità obbligatoria delle ragioni oggettive temporanee come condizione di legittima apposizione del termine contrattuale, quando non sia prevista dalla legislazione interna nessuna delle tre misure

⁽⁵⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Cartabia, Est. Sciarra, 11 dicembre 2015, n. 260; su cui cfr. V. DE MICHELE, Il giudice delle leggi nel dialogo con la Corte di giustizia e con la Cassazione: la sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale sulla irretroattività e illegittimità anche costituzionale della legge che viola senza ragioni oggettive i diritti fondamentali garantiti anche dall’Unione europea (con uno sguardo anche alla n. 272/2015), in *www.europeanrights.eu*, 2016; ID., *Le ragioni oggettive “retroattive” del contratto a termine nella sentenza n. 260/2015 della Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2016, pag. 151 e segg.; L. MENGHINI, *Fondazioni lirico sinfoniche e contratti di lavoro a termine: dalla Corte costituzionale soluzioni specifiche nette e rilevanti indicazioni di carattere generale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, n. 4, in corso di pubblicazione; A.M. PERRINO, *Nota a Corte cost., sent. n. 260/2015*, in *Foro It.*, 2016, I, pag. 1 e segg.

⁽⁶⁾ Corte cost., Pres. Grossi, Est. Coraggio, 20 luglio 2016, n.187. Su cui, M. MISCIONE, *La fine del precariato pubblico ma non solo per la scuola pubblica*, in *Lav. Giur.*, 2016, n. 8-9, pag. 745 e segg.; V. DE MICHELE e S. GALLEANO, *La sentenza “Mascolo” della Corte costituzionale sui precari della scuola*, in *www.europeanrights.eu*, 2016; G. FRANZA, *Giochi di prestigio per i precari della scuola: la Consulta “cancella” l’illecito comunitario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, pag. 615 e segg.; F. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi ecc.*, op. cit., pagg. 610-612.

⁽⁷⁾ Cfr. CGUE, X Sez., 14 settembre 2016, causa C-596/14 *de Diego Porras* contro *Ministero de Defensa*.

⁽⁸⁾ Cfr. CGUE, X Sez., 14 settembre 2016, cause riunite C-184/15 e C-195/15 *Martínez Andrés* contro *Servicio Vasco de Salud* e *Juan Carlos Castrejana López* contro *Ayuntamiento de Vitoria*.

⁽⁹⁾ Cfr. CGUE, X Sez., 14 settembre 2016, causa C-16/15 *María Elena Pérez López* contro *Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. CGUE, X Sez., ord. 21 settembre 2016, causa C-614/15 *Rodica Popescu* contro *Direcția Sanitar Veterinară și pentru siguranța Alimentelor Gorj*.

⁽¹¹⁾ In questi termini, condivisibilmente, V. DE MICHELE, *Le sentenze della Consulta e della Corte di giustizia Ue ecc.*, op. cit., pag. 3 e segg.

preventive di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE (ordinanza *Popescu*, conclusioni).

Significativo al riguardo è che il Tribunale di Foggia abbia rimesso alla Corte costituzionale la soluzione (si auspica) definitiva al problema del regime di tutela da assicurare al precariato pubblico proprio in un settore, quale quello sanitario, che ha visto pronunciarsi, *prima*, le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 5072 del 2016 e, *poi*, in termini diametralmente opposti, la CGUE con la sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* e la ordinanza *Popescu*.

Tanto nella consapevolezza della "obbligatorietà" della via prescelta, memore dell'incidente di costituzionalità sollecitato dal Giudice delle leggi al Tribunale di Trento (e a tutti i giudici nazionali), con ordinanza n. 206 del 18 luglio 2013, contestuale – e coordinata – alla n. 207 di rinvio pregiudiziale UE, per rimuovere norme, quali l'art. 4, comma 14-*bis*, l. n. 124/1999 e l'art. 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001, segnatamente ostative, in materia di precariato scolastico, all'applicazione del regime sanzionatorio di cui al d.lgs. n. 368 del 2001⁽¹²⁾.

2. – Il diniego del diritto alla stabilizzazione dei contratti flessibili nel pubblico impiego alle stesse condizioni di abusivo ricorso del settore privato è stato per lo più giustificato richiamando la sentenza n. 89 del 27 marzo 2003 della Corte costituzionale sul personale ATA della scuola, che ha dichiarato la legittimità dell'art. 36, comma 2 (ora comma 5), del d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui salvaguardava il divieto di conversione a tempo indeterminato per violazione di norme imperative di legge, salvo il diritto al risarcimento dei danni subiti, in ossequio al principio del pubblico concorso quale regola ordinaria di immissione nei ruoli della pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 97, comma 3 (ora comma 4), Cost.⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Gallo, Est. Mattarella, 18 luglio 2013, nn. 206 e 207. Su cui, V. DE MICHELE, *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; L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, pag. 425 e segg.; Id., *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *Lav. Giur.*, 2014, pag. 455 e segg.; A.M. PERRINO, *Nota e Corte cost., ord. n. 207/2013*, in *Foro It.*, 2013, I, pag. 3059 e segg.

⁽¹³⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Chieppa, Est. Marini, 27 marzo 2003, n. 89. Su cui, 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, pag. 489 e segg.; V. DE MICHELE, *L'insostenibile leggerezza della con-*

Della valenza generale del principio affermato è dato, tuttavia, dubitare, avendo presumibilmente il Giudice delle leggi inteso bloccare il tentativo del “merito” di estendere i principi e le regole del diritto privato, e, in particolare, della l. n. 230 del 1962 applicabile *ratione temporis* (ancorché mai applicata alla PA in assenza del d.P.R. attuativo), senza verificare l’esistenza di specifiche modalità selettive o concorsuali per l’accesso stabile al pubblico impiego⁽¹⁴⁾.

Al riguardo, la Consulta era stata già molto chiara nella ordinanza n. 251 del 14 giugno 2002 sui docenti scolastici titolari di più supplenze annuali “successive” ex art. 4, comma 1, l. n. 124 del 1999 e richiedenti la stabilizzazione per violazione dell’art. 2, l. n. 230 del 1960⁽¹⁵⁾, allorquando aveva dichiarato inammissibile la questione di legittimità dell’art. 36, comma 8, d.lgs. n. 29 del 1993 (ora art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001), proposta dal Tribunale di Torino⁽¹⁶⁾, per la mancata comparazione, ai fini dello scrutinio di costituzionalità, tra i regimi disciplinanti l’assunzione a termine nel settore della scuola.

Défaillance, quest’ultima, ben comprensibile, tenuto conto che, al momento del rinvio, essendo stato bandito il concorso pubblico del 1999 nel rispetto della cadenza prevista dall’art. 399, d.lgs. n. 297 del 1994⁽¹⁷⁾, il sistema di reclutamento scolastico non evidenziava profili di criticità tali da giustificare la “denuncia” di una situazione di abusivo ricorso a contratti a tempo determinato.

È plausibile, pertanto, che la Corte, con la sentenza n. 89 del 2003, abbia voluto esemplarmente censurare la ostinazione del Giudice rimettente per avere insistito sugli stessi profili di doglianza già cassati nel 2002, senza, peraltro, considerare che la cittadinanza della normativa privatistica,

versione del contratto a termine nel lavoro pubblico, in *Lav. Giur.*, 2010, pag. 1108 e segg.; L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. Giur.*, 2011, pag. 1239 e segg.

⁽¹⁴⁾ In questi termini, F.M. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi ecc.*, op. cit., pag. 606.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Ruperto, Est. Marini, ord. 14 giugno 2002, n. 251. Su cui cfr. V. DE MICHELE, *Le ordinanze pregiudiziali Ue della Corte costituzionale, della Cassazione e dei Tribunali di Aosta e Napoli sugli abusi permanenti del legislatore nella successione delle discipline che dovrebbero regolare i contratti a tempo determinato*, in www.europeanrights.eu.

⁽¹⁶⁾ Cfr. Trib. Torino, Est. Sanlorenzo, ord. 22 gennaio 2001, n. 272.

⁽¹⁷⁾ La norma prevedeva (e prevede) l’immissione in ruolo del personale docente con la procedura del c.d. “doppio canale”, cioè per il 50% attraverso procedure concorsuali da indire con cadenza triennale e per il 50% con lo scorrimento delle graduatorie permanenti (divenute ad esaurimento dal 1° gennaio 2007), queste ultime alimentate nella progressione interna dai servizi acquisiti dagli insegnanti attraverso le supplenze di cui all’art. 4, l. n. 124/1999, anch’esse conferite con procedure selettive pubbliche.

quale la l. n. 230 del 1962, era preclusa dalla violazione di norme imperative, dal momento che i ricorrenti, nove collaboratori scolastici, erano stati assunti, *ex art.* 16, l. n. 56 del 1987, con supplenze concesse, *prima*, dall'Ente locale (Comune di Pisa), e, *poi*, più volte prorogate dal MIUR (nuovo datore di lavoro), senza soluzione di continuità dal gennaio 2000 al 31 agosto 2011, in violazione dell'art. 4, l. n. 124 del 1999, e ancor più dell'art. 554, d.lgs. n. 297/1994, asseverante la stabilità lavorativa attraverso un concorso pubblico per soli titoli con cadenza annuale, con scorrimento delle graduatorie permanenti provinciali di prima fascia, e con accesso riservato al personale ATA con ventiquattro mesi di servizio nel profilo professionale di appartenenza.

Si tratta di una prospettazione coerente, del tutto travisata dalla giurisprudenza, a cominciare dal Tribunale di Genova, allorquando, all'atto della pregiudiziale UE nel giudizio *Marrosu-Sardino*, ha ritenuto la soluzione avallata dalla Consulta in palese contrasto con la direttiva 1999/70/CE, non assicurando l'art. 36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n. 165 del 2001 ai precari pubblici la stessa tutela sanzionatoria prevista per quelli privati⁽¹⁸⁾.

Il tutto in una fattispecie di causa rientrante sotto l'egida del d.lgs. n. 368 del 2001, ma meno adatta alla verifica di compatibilità comunitaria della disciplina sui contratti a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, per essere stati gli istanti assunti più volte a termine come cuochi alle dipendenze dell'azienda ospedaliera di Genova dopo aver superato una procedura selettiva pubblica con formazione di graduatoria concorsuale.

Ciò spiega perché la Corte di Giustizia nella sentenza del 7 settembre 2006, accettando, dal momento che è non sindacabile, l'interpretazione della normativa interna licenziata dal Giudice *a quo*, sia partita dal presupposto, in alcun modo affermato dalla Corte costituzionale ma alla stessa attribuito, che l'inosservanza degli artt. 1, comma 2, e 5, comma 4, d.lgs. n. 368 del 2001 da parte del datore di lavoro pubblico integrasse la «violazione di norme imperative di legge» fondante la cogenza del divieto di conversione a tempo indeterminato, benché in presenza di un pubblico concorso espletato per avere accesso, sia pure a termine, all'impiego; e tanto per dichiarare, apoditticamente, la compatibilità comunitaria dell'art. 36, comma 2 (ora comma 5), d.lgs. n. 165 del 2001, a condi-

⁽¹⁸⁾ Cfr. Trib. Genova, Est. Basilico, ord. 21 gennaio 2004, causa C-53/04 *Marrosu-Sardino* c. Azienda Ospedaliera San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate.

zione che il prescritto risarcimento dei danni costituisse, nella sua applicazione concreta, misura sanzionatoria equivalente rispetto a quella applicata ai lavoratori privati⁽¹⁹⁾.

Vero che alle (ingiuste) censure mosse dal Tribunale di Genova la Consulta ha reagito: *prima*, con la sentenza n. 349 del 24 ottobre 2007, con cui, se ha riaffermato la primazia del diritto UE attraverso il potere/dovere di disapplicazione diretta della disposizione interna in contrasto *ex artt.* 11 e 117, comma 1, Cost., ha riservato al vaglio di costituzionalità le sole norme internazionali CEDU attraverso il parametro interposto dell'*incipit* della Corte di Strasburgo⁽²⁰⁾; *di seguito*, con l'ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008 di rinvio pregiudiziale alla CGUE, nella duplice veste di «supremo organo di garanzia costituzionale nell'ordinamento interno» e di Giudice di (unica e) ultima istanza nelle cause principali di conflitti di competenza tra Stato e Regioni, *ex art.* 267, comma 3, TUEF⁽²¹⁾.

Ma ancor più vero che l'opzione interpretativa, demandante sostanzialmente al dialogo tra giurisdizione nazionale e Corte di Giustizia la verifica della "tenuta" comunitaria dell'ordinamento interno senza passare attraverso incidenti di costituzionalità per evitare il rischio di difficile coesistenza della doppia pregiudiziale, sarà abbandonata di lì ad appena cinque anni con l'ordinanza n. 207 del 2013, in cui il Giudice delle leggi si riconoscerà giurisdizione nazionale anche in un giudizio incidentale, per risolvere con l'aiuto della Corte di Lussemburgo il problema strutturale del mancato adeguamento dell'Italia alla direttiva 1999/70/CE per tutto il precariato scolastico, che la Cassazione aveva "occultato" negando senza ragioni oggettive ogni tutela antiabusiva, pur in pendenza di questioni di legittimità costituzionale sulla norma autorizzatoria delle supplenze annuali, quale l'art. 4, comma 1, l. n. 124 del 1999, come di seguito esposto.

⁽¹⁹⁾ Cfr. CGUE, Sez. II, 7 settembre 2006, causa C-53/04 Marrosu-Sardino contro Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova. Su cui, *amplius*, 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, pag. 1639 e segg.; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's Jurisprudence*, in *Giorn. Rel. Ind.*, 2006, pagg. 439-444; A. M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *Foro It.*, 2007, IV, pagg. 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle Pubbliche Amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, in *Foro It.*, 2007, IV, pagg. 344-348; 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, pagg. 12-16.

⁽²⁰⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Bile, Est. Tesauro, 24 ottobre 2007, n. 349.

⁽²¹⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Bile, Est. Gallo, ord. 15 aprile 2008, n. 103.

3. – Alla sentenza *Marrosu-Sardino* della CGUE hanno fatto seguito due leggi, la nn. 296 del 2006 e 244 del 2007, di stabilizzazione del precariato pubblico sul presupposto della maturazione di un periodo di servizio minimo di trentasei mesi⁽²²⁾.

Contestualmente alla finanziaria 2008, la l. n. 247 del 2007, in attuazione della direttiva 1999/70/CE, ha introdotto, come posta preventiva e sanzionatoria, a regime ordinario, l'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, contingentante, dall'1 gennaio 2008, previo decorso di un regime transitorio fino al 31 marzo 2009, in trentasei mesi la durata dei contratti a tempo determinato successivi anche non continuativi, intercorsi per lo svolgimento di mansioni equivalenti con lo stesso datore di lavoro, pena la trasformazione a tempo in determinato.

Laddove l'art. 1, comma 1, d.l. n. 134 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 167 del 2009, ha integrato l'art. 4, l. n. 124 del 1999, con il comma 14-*bis*, subordinando, per la sola scuola pubblica, dal 25 settembre 2009 in poi, la "stabilizzazione" all'immissione in ruolo del personale docente o ATA in base alle previsioni di legge e al reclutamento tramite le graduatorie ad esaurimento.

Ciò che, se ha alimentato non poche incertezze sulla misura adeguata a risarcire i danni derivanti dal ricorso abusivo al contratto a termine *ex art.* 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, ha indotto il Tribunale di Rossano Calabro a porre una pregiudiziale UE per la mancata applicazione del dato sopranazionale al pubblico impiego⁽²³⁾.

Da cui l'ordinanza *Affatato* della Corte di Giustizia che ha affermato, sia pure incidentalmente, la cogenza per le pubbliche amministrazioni di tutto il d.lgs. n. 368 del 2001, e, in particolare, dell'art. 5, comma 4-*bis* come sanzione effettiva⁽²⁴⁾.

(22) Su cui, *amplius*, M.T. SPADAFORA, *Le procedure di stabilizzazione del personale a tempo determinato nelle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 1, comma 519, l. 27.12.2006, n.296 (finanziaria 2007): natura e giurisdizione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, III, pag. 188 e segg.

(23) Cfr. Trib. Rossano Calabro, Est. Coppola, ord. 14 dicembre 2009, causa C-3/10 *Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*.

(24) Cfr. CGUE, sez. VIII, ord. 1 ottobre 2010, causa C-3/10 *Affatato contro ASL Cosenza*, in *Foro It.*, 2011, IV, pag. 80 e segg. Su cui, *amplius*, v. M. BORZAGA, *L'intervento legislativo sul caso Poste Italiane e le sanzioni contro l'abuso di contratti a termine nel pubblico impiego: la Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle "peculiarità" dell'ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pag. 859 e segg.; 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*, Milano, pagg. 525-605.

Al riconoscimento di specie l'art. 9, comma 18, d.l. n. 70 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 167 del 2011, ha opposto il comma 4-*bis* all'art. 10, d.lgs. n. 368 del 2001, che, con decorrenza dal 13 luglio 2011, se ha sottratto il personale della scuola pubblica all'ingegneria del d.lgs. n. 368 del 2001, ha escluso che in alcun modo le supplenze potessero consentire la conversione a tempo indeterminato al superamento del trentaseiesimo mese di servizio.

Di questa “antinomia” il Tribunale di Trento, per il tramite di due ordinanze del 27 settembre 2011, la nn. 283 e 284⁽²⁵⁾, ha reso edotta la Consulta, denunciando, quanto al regime *ex art.* 4, comma 1, l. n. 124 del 1999, la mancanza di “argini” idonei a contenere l'impiego reiterato nel tempo dei supplenti scolastici e, per l'effetto, la “sordità” dell'ordinamento interno ai “precetti” comunitari.

Nelle more del giudizio di costituzionalità, la Cassazione non si è sottratta dal prendere posizione, riconoscendo, *da un lato*, il diritto del precario pubblico al solo risarcimento del danno che provi di avere subito, giusta la prevalenza dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001; *dall'altro*, la natura “autonoma” e “speciale” del sistema di reclutamento scolastico, e, per l'effetto, la sua “armonia” con l'accordo quadro sul contratto a tempo determinato, tale da fondare la non sanzionabilità della sequenza di supplenze annuali con la stabilizzazione del rapporto, né con il ristoro del pregiudizio subito.

Il riferimento è, *in un caso*, alla sentenza n. 392 del 13 gennaio 2012⁽²⁶⁾, *in un altro*, alla n. 10127 del 20 giugno 2012⁽²⁷⁾.

Quest'ultima, in particolare, in linea con quanto disposto dalla sentenza n. 709 del 15 maggio 2012 della Corte di Appello di Milano⁽²⁸⁾, nel rimarcare per il settore della scuola pubblica l'alienità della disciplina privatistica, pur a fronte del richiamo alla stessa contenuto nell'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, e ancor più di quanto previsto dal

⁽²⁵⁾ Cfr. Trib. Trento, Est. Flaim, ordd. 27 settembre 2011, nn. 283 e 284.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., Pres. Est. Vidiri, 13 gennaio 2012, n. 392.

⁽²⁷⁾ Cfr. Cass., Pres. Vidiri, Est. Napoletano, 20 giugno 2012, n. 10127, in *Lav. Giur.*, 2012, pag. 777 e segg., con nota critica di V. DE MICHELE, *Il tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*. In senso dubitativo, *etiam*, L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. Giur.*, 2011, pag. 1239 e segg. *Contra*, adesivamente, L. FIORILLO, *I conferimenti degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la normativa europea sul contratto a termine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 883 e segg., nonché A. VALLEBONA, *I precari della scuola: una babele da arrestare*, *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 305 e segg.

⁽²⁸⁾ Cfr. Corte App. Milano, Pres. Est. Canzio, 15 maggio 2012, n. 709.

successivo art. 70, comma 8, ha “talebanamente” diffidato l’interprete dal demandare alla Corte di Giustizia questioni di ermeneutica del diritto euro-unitario, arrogandosi la prerogativa, prospettata dalla CEDU, di motivare il rifiuto del rinvio pregiudiziale, perché, per lo più, foriero di ritardi nella definizione dei giudizi e di alti costi socio-economici⁽²⁹⁾.

La “coerenza” di questi principi è stata, tuttavia, smentita dalla relazione n. 190 del 24 ottobre 2012 del Massimario, che, all’opposto, dando atto della vincolatività del d.lgs. n. 368 del 2001 anche per la pubblica amministrazione scolastica, ha affermato il diritto dei supplenti alla costituzione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro superati i trentasei mesi di servizio anche non continuativi, ben potendo essere rimossi gli artt. 4, comma 14-*bis*, l. n. 124 del 1999 e 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, segnatamente ostativi alla tutela antiabusiva, dietro applicazione verticale e diretta della direttiva 1999/70/CE oppure attraverso il vaglio di costituzionalità interna⁽³⁰⁾.

Queste riserve, del tutto condivisibili, hanno alimentato la proposizione di nuove pregiudiziali UE.

Tanto ad opera: *prima*, del Tribunale di Aosta, che, con ordinanza del 3 gennaio 2013 in causa C-50/13 Papalia, ha censurato per contrasto al dato comunitario l’assioma della Suprema Corte gravante il ricorrente, maestro di una banda musicale comunale “precarizzato” per quasi trenta anni, dell’onere di fornire la gravosa prova del danno subito, peraltro, oggettivamente impossibile se legata al divieto di conversione⁽³¹⁾.

Successivamente, del Tribunale di Napoli, che, con ordinanze del gennaio 2013 in cause C-22/13 Mascolo, C-61/13 Forni, C-62/13 Racca e C-63/13 Russo, ha avanzato dubbi sulla compatibilità della normativa interna dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego scolastico e non, partendo dal presupposto, rilevante sotto il profilo della non leale collaborazione con la CGUE, della “discrasia” tra quanto riportato dal Gover-

⁽²⁹⁾ Cfr. CEDU, 20 novembre 2011, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, ricorsi nn. 3989/97 e 38353/07.

⁽³⁰⁾ Cfr. Relazione n. 190 del 24 ottobre 2012 dell’Ufficio del Massimario della Cassazione, a cura di F. BUFFA, su *Il precariato scolastico e la tutela dei diritti nella disciplina e giurisprudenza comunitaria e nazionale, tra esigenze di specialità e principio di eguaglianza*, che ha evidenziato come le questioni di legittimità costituzionale pendenti sull’art. 4, comma 1, l. n. 124 del 1999, sollevate dai Tribunali di Trento, Roma e Lamezia Terme, non fossero idonee a risolvere il problema della sanzione effettiva antiabusiva, e quindi fossero sostanzialmente inammissibili, per non avere sottoposto a scrutinio la norme rispettivamente introdotte nel 2009 e 2011.

⁽³¹⁾ Trib. Aosta, Est. Gramola, ord. 3 gennaio 2013, causa C-50/2013 Papalia c. Comune di Aosta.

no italiano, nelle osservazioni scritte della causa Affatato, sull'applicabilità anche alle pubbliche amministrazioni dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, e l'inatteso "cambio di passo" della Cassazione nel 2012⁽³²⁾.

Nonché, *infine*, della Consulta, che, con ordinanza n. 207 del 2013 in causa C-418/13 Napolitano *et alii*, ha espresso altrettanti dubbi sulla "patente di legittimità" sovranazionale della disciplina sul reclutamento scolastico.

Il tutto premettendo, con contestuale ordinanza n. 206 del 2013, la imperatività per i supplenti della scuola del d.lgs. n. 368 del 2001, sia pure nella vigenza delle norme ostatiche introdotte nel 2009 e 2011, che in tanto avrebbero potuto essere rimosse nell'ambito dei poteri del Giudice delle leggi in quanto fossero state oggetto di uno specifico scrutinio, all'opposto, omesso dal Giudice del rinvio, quale il Tribunale di Trento, e, per l'effetto, fondante la inammissibilità dell'incidente di costituzionalità promosso.

Questo "stato delle cose", suscettibile di produrre effetti collaterali "indesiderati", ha finito per ocasionare, *ex artt.* 4, comma 6, d.l. n. 101 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125 del 2013, e 15, comma 1, d.l. n. 104 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 128 del 2013, i piani "machiavellici" di stabilizzazione, da attuare entro il 31 dicembre 2016, del precariato pubblico anche scolastico, purché fondato sulla maturazione di trentasei mesi di servizio anche non continuativi⁽³³⁾.

Mentre le lettere b) e d) del comma 1 sempre dell'art. 4, d.l. n. 101/2013, hanno, rispettivamente, introdotto il comma 5-*ter* e 5-*quater* all'art. 36, d.lgs. n. 165/2001: *l'uno* a confutazione delle erronee affermazioni della Suprema Corte, nella misura in cui ha rimarcato l'applicabilità del d.lgs. n. 368/2001 alle pubbliche amministrazioni, nessuna esclusa, con il limite della non sanzionabilità con la trasformazione a tempo indeterminato in caso di abusivo ricorso alle assunzioni a termine, in attesa, presumibilmente, del perfezionamento degli *iter* di sanatoria avviati; *l'altro*, prescrivente, a decorrere dall'1 settembre 2013, la nullità del contratto a tempo determinato anche scolastico, come tale privo di effetti, stipulato in

⁽³²⁾ Trib. Napoli, ordd. gennaio 2013, causa C-22/13 Mascolo c. Miur, causa C-61/13 Forni c. Miur, causa C-62/13 Racca c. Miur, causa C-63/13 Russo c. Comune di Napoli.

⁽³³⁾ Cfr. M. D'APONTE, *Le procedure di stabilizzazione dei lavoratori flessibili dalla l. n. 266/2005 al d.l. n. 101/2003, La disciplina del lavoro flessibile della p.a. tra tutela dell'interesse al miglioramento dei livelli di efficienza dell'azione amministrativa e repressione degli abusi*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di L. FIORILLO e A. PERULLI, 2013, Torino, pagg. 645-650.

mancanza di ragioni oggettive, ovvero di esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale.

Infine, la lettera *a-bis*), comma 1, art. 4, d.l. n. 101/2013, nel modificare l'art. 36, comma 2, d.lgs. n.165/2001, aggiungendo un terzo periodo, ha obbligato le pubbliche amministrazioni, al fine di prevenire fenomeni di precariato, a destinare i contratti a tempo determinato ai vincitori di concorso a tempo indeterminato, giusta il divieto di nuove procedure selettive per professionalità già inserite in graduatorie vigenti, come segnatamente previsto dal comma 3 del stesso art. 4.

Da cui la cittadinanza di interventi “tampone” solo in parte avallati dalla Corte di Giustizia, quando, di lì a poco, non ha esitato a dare ragione delle incertezze interpretative prospettate “a furor di popolo”.

Il rinvio è alla ordinanza *Papalia* ⁽³⁴⁾, con cui la CGUE ha dichiarato incompatibile con la direttiva 1999/70/CE l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, nella parte in cui enuncia il divieto di conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego senza assicurare una tutela risarcitoria “adeguata” ed “equivalente”.

Ma ancor più alla sentenza *Mascolo*, decretante la cittadinanza extra-UE del sistema di reclutamento dei supplenti della scuola pubblica e, per l'effetto, la cogenza dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001 quale misura preventiva per il ristoro del pregiudizio subito (punto 55); e tanto per rimettere ai Giudici *a quo* il potere/dovere di assicurare condizioni di tutela “effettiva” rimuovendo le norme ostative all'implementazione della direttiva 1999/70/CE per il tramite della loro disapplicazione oppure dichiaratoria d'incostituzionalità.

Si tratta di *incipit* giammai recepiti dalla Cassazione, che, dopo avere incidentalmente supposto la imperatività dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. 368 del 2001 ⁽³⁵⁾, ha negato, con sentenza n. 27481 del 30 dicembre 2014 ⁽³⁶⁾, in fattispecie di causa promossa da un lavoratore pubblico precario che aveva superato i trentasei mesi di servizio, il diritto alla stabilità

⁽³⁴⁾ Cfr. CGUE, Sez.VI, ord. 12 dicembre 2013, causa C-50/13 *Papalia* contro *Comune di Aosta*, in *Foro It.*, 2014, IV, pag. 91 e segg., con nota di A.M. PERRINO, *La Corte di giustizia come panacea dei precari?*. Su cui, *amplius*, E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, II, pag. 86 e segg.; V. DE MICHELE, *La sentenza “integrata” Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *Lav. Giur.*, 2014, pag. 241 e segg.; 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, pag. 124 e segg.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass., Pres. Lamorgese, Est. Balestrieri, 23 dicembre 2014, n. 27363.

⁽³⁶⁾ Cfr. Cass., Pres. Stile, Est. Tria, 30 dicembre 2014, n. 27481, in *Foro It.*, 2015, I, pag. 2858, con nota di M. M. PERRINO, nonché in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, pag. 1108, con nota

lavorativa, concedendo il solo risarcimento del danno, purché provato, da quantificare in via analogica secondo i parametri stabiliti dall'art. 8, l. n. 604 del 1966.

Laddove gli stessi sono stati prontamente metabolizzati dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale, *il primo*, con sentenza n. 529 del 21 gennaio 2015, di accoglimento della domanda della docente Mascolo di assunzione a tempo indeterminato, previa disapplicazione degli artt. 4, comma 14-*bis*, l. n. 124 del 1999 e 10, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001 ⁽³⁷⁾; *la seconda*, con sentenza n. 260 del 2015, di stabilizzazione dei rapporti a termine illegittimamente posti in essere alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, in specie le Fondazioni Enti Lirici, per mancanza di ragioni oggettive temporanee.

A seguire l'art. 1, commi 98 e segg., l. n. 107 del 2015, ha previsto un piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato dall'anno scolastico 2015/2016, destinato esclusivamente al personale docente della scuola pubblica inserito nelle graduatorie ad esaurimento (GAE), senza alcun requisito minimo di servizio, e con esclusione dal piano assunzionale dei docenti abilitati PAS ⁽³⁸⁾ e TFA ⁽³⁹⁾ non inseriti nelle GAE e con più di trentasei mesi di servizio, oltre che di tutto il personale ATA.

Da ultimo, le Sezione Unite, con sentenza n. 5072 del 2016, lungi dal riconoscere ai lavoratori pubblici abusivamente impiegati a termine il diritto alla stabilizzazione *ex d.lgs. n. 368 del 2001* per essere l'accesso al pubblico impiego subordinato al pubblico concorso, hanno asseverato il solo risarcimento del danno, ancorché presunto nella misura stabilita dall'art. 32, comma 5, l. n.183 del 2010.

Un “mantra”, quello dei Giudici di legittimità, del tutto ignorato dalla Consulta, che, *da un lato*, con sentenza n. 187 del 2016, ha dichiarato la illegittimità, con efficacia *ex tunc*, dell'art. 4, comma 1 (e comma 11), l. n. 124 del 1999 di disciplina delle supplenze annuali, assumendo la stabilizzazione quale unica sanzione idonea a rimuovere le conseguenze dell'abuso

di D. MARINO, *Il “danno comunitario” da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a termine conforme al diritto dell'Unione?*

⁽³⁷⁾ Cfr. Trib. Napoli, Est. Coppola, 21 gennaio 2015, n. 529.

⁽³⁸⁾ Si tratta di percorsi di formazione per conseguire l'abilitazione all'insegnamento rivolti ai docenti della scuola con contratto a tempo determinato che hanno prestato servizio per almeno tre anni nelle istituzioni scolastiche statali e paritarie: cfr. art. 2, comma 416, l. n. 247 del 2007 e dal conseguente Regolamento approvato con d.m. n. 249 del 2010.

⁽³⁹⁾ In particolare, il tirocinio formativo attivo, disciplinato dal d.m. n. 249 del 2010, modificato dal d.m. n. 81 del 2013, è un corso di preparazione finalizzato all'abilitazione all'insegnamento nelle scuole secondarie italiane, in sostituzione delle scuole di specializzazione all'insegnamento secondario (SSIS).

contrattuale; *dall'altro*, con ordinanze nn. 194 e 196 del 2016 ha “elevato” la sentenza *Mascolo* a *ius superveniens* in seno all’ordinamento interno.

4. – In questo ambito regolatore ed interpretativo si innesta la pregiudiziale del Tribunale di Foggia che precede di alcuni giorni l’ennesimo fermo e ancor più immotivato diniego opposto dalla Cassazione alle richieste di stabilizzazione dei lavoratori pubblici precari della scuola.

Il riferimento è a sei contestuali sentenze del 7 novembre 2016, nn. da 22552 a 22557 ⁽⁴⁰⁾, con cui la Suprema Corte ha rigettato le domande di conversione in rapporto a tempo indeterminato proposte *ex art. 5*, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, oltre che di risarcimento del danno per l’abusivo utilizzo di contratti a termine, affermando espressamente di voler confermare quanto già argomentato nella sentenza n. 10127 del 2012, decisione che sembrava definitivamente superata dagli arresti coordinati della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale.

Tanto assumendo: la inapplicabilità del d.lgs. n. 368 del 2001 al settore scolastico a fronte del riconoscimento dell’ultrattività dell’art. 4, comma 1, l. n. 124 del 1999; il diritto al *solo* indennizzo *ex art. 32*, comma 5, l. n. 183 del 2010 per quanti maturandi almeno quattro supplenze annuali anche non continuative, ferma restando la rimozione definitiva dell’illecito per effetto della immissione in ruolo laddove intervenuta; nonché la legittimità della reiterazione di contratti a termine per le supplenze su organico di fatto o temporanee, salva la prova della natura fraudolenta della prassi ministeriale messa in atto.

Si tratta di argomentazioni non prive di riserve, *sia* perché ritenere il sistema di reclutamento scolastico speciale e completo, come tale prevalente sulla disciplina generale in materia di contratto a tempo determinato, collide con il dato positivo (artt. 36, comma 2 e comma 5-*ter*, e 70, comma 8, 1° periodo, d.lgs. n.165 del 2001), con le indicazioni del MIUR (cfr. circolare del 25 settembre 2008), e ancor più con quanto precisato in ordine all’applicabilità della direttiva 1999/70/CE, *prima*, dalla Consulta nell’ordinanza n. 206 del 2013, e, *poi*, dalla CGUE nella sentenza *Mascolo* (cfr. punti 14-15 e 55); *sia* perché la norma autorizzatoria delle supplenze fino al 31 agosto del personale scolastico docente e ATA su posti vacanti pare abrogata senza alcuna previsione di ultrattività, e con efficacia *ex tunc*, dalla sentenza n. 187 del 2016 della Corte costituzionale; *sia* perché

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 7 novembre 2016, nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556 e 22557; per una censura anche sul piano etico, V. DE MICHELE, *Le sentenze della Consulta e della Corte di giustizia Ue ecc.*, op. cit., pag. 64 e segg.

la prospettiva di qualificare la immissione in ruolo sopravvenuta nel corso del processo come misura adeguata a sanzionare l'illecito ricorso ai contratti a termine avrebbe dovuto comportare la cessazione della materia del contendere e la soccombenza virtuale del Ministero, giammai il rigetto della domanda e la compensazione integrale delle spese dei tre gradi di giudizio; *sia ancora* perché la scelta di “preservare” l'applicazione dei commi 2 e 3 dell'art. 4, l. n. 124 del 1999, in alcun modo interessati dalla censura di costituzionalità, sottende la negazione dell'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive imposto dal dettame comunitario, come, da ultimo, (ri)asseverato dai Giudici di Lussemburgo nell'ordinanza *Popescu*.

Ciò che da ragione di un netto contrasto tra la Cassazione, *da un lato*, e il Giudice delle leggi e la Corte di Giustizia, *dall'altro*, che involge profili di ordine anche istituzionale, nella misura in cui la Suprema Corte, rifiutandosi, peraltro, di operare, come Giudice di ultima istanza, il rinvio pregiudiziale UE, ancorché richiesto *ex art. 267*, comma 3, TUEF, sembra avocare a sé un ruolo, quale quello di conformazione dell'ordinamento interno ai parametri sovranazionali, non esclusivamente proprio⁽⁴¹⁾, con visibile pregiudizio delle esigenze di certezza in ragione della opinabilità dei principi di diritto affermati.

5. – Il Tribunale di Foggia, diversamente da quello di Trapani, sceglie di dialogare con la Consulta per la individuazione della sanzione effettiva idonea a rimuovere le conseguenze dell'abusivo utilizzo di contratti a termine nel pubblico impiego sanitario.

Con l'avvertenza che i fatti di causa dedotti nel giudizio principale non differiscono da quelli delle cause pregiudiziali definite dalla sentenza *Mascolo* sul precariato anche degli enti locali (cfr. causa C-63/13 *Russo* contro Comune di Napoli), avendo i ricorrenti vinto una selezione pubblica di accesso al lavoro a termine presso un'azienda pubblica sanitaria (Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata) e superato, con più rinnovi sempre a tempo determinato, i trentasei mesi di servizio anche non continuativi alle dipendenze dello stesso datore di lavoro pub-

(41) Eloquentemente in tal senso è la tempestività della comunicazione del 7 novembre 2016, prot. n. 0022549, rimessa dal Primo Presidente della Cassazione a tutti i Presidenti delle Corti di Appello, laddove è riportato: «Trasmetto in allegato copia del comunicato stampa con cui è data notizia che la Sezione lavoro di questa Corte ha pubblicato alcune sentenze riguardanti il contenzioso esistente circa i contratti a termine dei precari della Scuola (docenti e personale ATA). Tanto segnalo alle SS.LL. allo scopo di portare a conoscenza dei giudici di merito in via prioritaria gli indirizzi adottati in proposito dalla Corte di cassazione.».

blico, senza alcuna “automatica” conversione in un rapporto a tempo indeterminato.

Sotto il primo profilo, cioè dell’accesso a termine al pubblico impiego attraverso una procedura selettiva, il Giudice *a quo* pare aderire alla interpretazione restrittiva avallata dalla Corte costituzionale, con sentenza n. 89 del 2003, riguardo alcuni collaboratori assunti dal MIUR al di fuori del sistema di reclutamento scolastico⁽⁴²⁾, nel senso che il divieto di conversione a tempo indeterminato *ex art.* 36, comma 2 (ora 5), d.lgs. n. 165 del 2001 possa operare soltanto quando vi sia stata una violazione della disciplina assunzionale⁽⁴³⁾.

Circostanza, quest’ultima, che è esclusa dal Tribunale pugliese, giacché fattispecie di legittimo reclutamento nella pubblica amministrazione, coerentemente con quanto emerge dalla sentenza *Mascolo* (cfr. punto 114: «è pacifico che il regime previsto dall’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 nel caso di ricorso abusivo ai contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico non può conferire un siffatto diritto nei procedimenti principali»).

Tanto differenziandosi dalla posizione assunta dalla Cassazione nella sentenza n. 5072 del 2016, avendo la Suprema Corte tralasciato di valutare che i ricorrenti, due lavoratori con qualifica di operatore tecnico cuoco, avessero superato una selezione pubblica prima di essere assunti a termine dall’azienda ospedaliera⁽⁴⁴⁾.

Il tutto dando altresì atto che in alcun modo possa continuare ad operare come sanzione effettiva il risarcimento dei danni di cui all’art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, poiché norma dichiarata definitivamente in contrasto con la direttiva 1999/70/CE dalla CGUE con l’ordinanza *Papalia*, dopo il vaglio di compatibilità espresso, *prima*, dalle sentenze *Marrosu-Sardino* e *Vassallo*⁽⁴⁵⁾, e, *poi*, “coattivamente” dall’ordinanza *Affatato*, asseverante la sanzione “generale” della stabilizzazione lavorativa al superamento del limite dei trentasei mesi (punto 48).

Vero che, al di là di un’attenta disamina delle decisioni sovranazionali e dei loro effetti nell’ordinamento interno, l’incidente di costituzionalità sollevato offre una ricostruzione particolarmente completa del quadro

⁽⁴²⁾ Cfr. Corte cost., Pres. Chieppa, Est. Marini, sent. 27 marzo 2003, n. 89.

⁽⁴³⁾ Cfr. F.M. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi ecc.*, op. cit., pag. 609.

⁽⁴⁴⁾ In questi termini, P. COPPOLA, *Corte di cassazione, Ss. Uu., sentenza n. 5072/2016. Incertezze ecc.*, op. cit., pag. 9 e segg.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. CGUE, Sez. II, sent. 7 settembre 2006, in causa 180/04 *Vassallo* contro Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova.

normativo della materia, evidenziando come alla misura “energica” della conversione nello specifico settore del pubblico impiego sanitario ostino, senza prevedere alcuna altra sanzione equipollente, anche l’art. 10, comma 4-ter, d.lgs. n. 368 del 2001 (applicabile *ratione temporis* a quasi tutte le fattispecie della causa principale), oltre che i commi 5-ter e 5-quater dell’art. 36, d.lgs. n. 165 del 2001, come introdotti dal d.l. n. 101 del 2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 128 del 2013, che prescrivono, *l’uno*, l’impossibilità di trasformazione in contratto a tempo indeterminato in caso di superamento dei trentasei mesi di servizio anche non continuativi, *l’altro*, la nullità assoluta dei contratti a termine stipulati in mancanza di esigenze «esclusivamente temporanee o eccezionali».

Si tratta, ad avviso del Giudice rimettente, di prove evidenti che danno ragione della mancanza nell’ordinamento interno di misure idonee a prevenire gli abusi in caso di successione di contratti a tempo determinato per quanto riguarda tutto il pubblico impiego, ivi incluso quello sanitario.

Situazione, quest’ultima, che ha già costretto la Commissione UE ad aprire una nuova procedura di infrazione nei confronti dell’Italia su tutto il precariato pubblico non scolastico (cfr. NIF 2014/4231), dopo quella del 2010, la n. 2124 sul precariato scolastico, archiviata soltanto a seguito della “sanatoria” per tutti i docenti precari introdotta dalla l. n. 107 del 2015.

Pur tuttavia, nonostante la pendenza della causa pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trapani sulla nozione di sanzione effettiva ed equivalente nel pubblico impiego a termine e nonostante le chiare indicazioni contenute nella sentenza *Martínez Andrés e Castrejana López* in favore della equiparazione con la normativa antiabusiva e sanzionatoria applicabile al settore privato, il Tribunale di Foggia, lungi dall’utilizzare il potere di disapplicazione o non applicazione delle norme ostative alla stabilità lavorativa come garantita dall’art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368 del 2001, preferisce, anche per il suo carattere di definitività, la soluzione del rimedio interno nel dialogo decisorio con il Giudice delle leggi, l’unico avente il potere di abrogare le disposizioni in contrasto con l’ordinamento comunitario e di adeguare così – stabilmente – le leggi nazionali al quadro normativo sovranazionale.

In questi termini, i parametri costituzionali invocati nell’ordinanza di rinvio, a giustificazione della non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, sono molteplici, ruotando principalmente attorno alla violazione dell’art. 117, comma 1, Cost. in relazione alla mancata implementazione delle clausole 4 e 5 dell’accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Con la precisazione che l'inadempimento alla direttiva 1999/70/CE per i precari pubblici sarebbe intervenuto come scelta legislativa nel 2012 e nel 2013 dopo l'iniziale recepimento anche per il pubblico impiego con il d.lgs. n. 368 del 2001, impedendo l'applicazione della sanzione "effettiva" della stabilizzazione alle condizioni previste dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001 (ordinanza *Affatato*, punto 48; sentenza *Mascolo*, punto 55).

Il tutto a conferma della condivisibile linearità delle argomentazioni prospettate, al punto da indurre a interrogarsi sul perché la questione sia stata sollevata solo ora, accogliendo con visibile ritardo le sollecitazioni della Consulta sul precariato scolastico di cui all'ordinanza n. 206 del 2013.

6. – A seguito dell'ordinanza di rimessione, il Giudice delle leggi è chiamato ad occuparsi della questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165 del 2001, nella comparazione con la disciplina "successiva" (ora abrogata)⁽⁴⁶⁾ dell'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, specificamente attuativa della clausola 5, n. 1, lett. b, dell'accordo quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato.

Si tratta della sua "prima volta", avendo la Consulta preso in considerazione nel 2003, con la sentenza n. 89, all'atto del riconoscimento del generale principio di divieto assoluto di conversione nel pubblico impiego, da circoscrivere ai casi posti in essere fuori da un legittimo reclutamento⁽⁴⁷⁾, la sola l. n. 230 del 1960, ovvero una normativa in alcun modo applicabile alle pubbliche amministrazioni in assenza del d.P.R. attuativo.

Tanto nella consapevolezza della "compatibilità" della fattispecie di causa con l'art. 97, comma 4, Cost., in ragione dell'accesso all'impiego tramite una procedura selettiva pubblica, e dell'operatività del d.lgs. n. 368 del 2001, che sicuramente rientra (va) tra i «casi stabiliti dalla legge» che consentirebbero la legittima deroga al concorso pubblico, prevista dalla stessa norma costituzionale.

Laddove per la Corte costituzionale si profila l'occasione di riaffermare la forza e la cogenza della *joint venture* interpretativa con la CGUE, iniziata con la ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 207 del 2013, garante del "merito", in particolare, del Tribunale di Napoli⁽⁴⁸⁾, dalle censure

⁽⁴⁶⁾ Cfr. art. 55, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 81 del 2015.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. F.M. PUTATURO DONATI, *PA e contratti a termine illegittimi ecc.*, op. cit., pag. 609.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Trib. Napoli, Est. Coppola, ord. 2 e 15 gennaio 2013.

preventive di un quasi “legislatore” (il rinvio è alla sentenza della Cassazione n. 10127 del 2012), e postulante la necessità di un equilibrio tra il controllo accentrato di costituzionalità delle leggi interne e la primazia del diritto dell’Unione Europea (si pensi alla sentenza n. 187 del 2016), attraverso il quale far penetrare nell’ordinamento nazionale come *ius superveniens* anche le sentenze della Corte di Lussemburgo, come avvenuto con la sentenza *Mascolo* per i precari pubblici dei Conservatori di musica (il richiamo è alla ordinanza n. 195 del 2016).

Con l’avvertenza che, anche con la sentenza n. 260 del 2015 sui precari pubblici delle Fondazioni lirico-sinfoniche, la Consulta ha difeso la giurisdizione (in quel caso, la Cassazione) dalle ingerenze normative, facendo prevalere la nozione comunitaria di ragioni oggettive temporanee e la conseguente conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine privi di causalità, in un contesto positivo identico a quello del precariato scolastico risolto sempre dalla sentenza *Mascolo* (che il Giudice delle leggi richiama ed applica espressamente), contraddistinto dalla mancanza assoluta di misure preventive idonee a sanzionare in quello specifico settore la reiterazione dei contratti a termine⁽⁴⁹⁾.

In tale ambito, il Tribunale di Foggia, seguendo coerentemente la linea ribadita dalla Corte costituzionale nell’ordinanza n. 206 del 2013, si “sforza” di delimitare il ricorso abusivo al contratto a tempo determinato al superamento dei trentasei mesi di servizio alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Una scelta, quest’ultima, pertinente, suscettibile di completare il percorso di “temporanea” mutazione della Consulta in “giurisdizione di ultima istanza” a baluardo della magistratura dagli interventi retroattivi del legislatore, diretti a minarne l’autonomia e l’indipendenza e ad alterare i processi e la tutela effettiva dei diritti fondamentali.

Nel contempo, la soluzione “energica” della conversione in un rapporto a tempo indeterminato prevista dall’art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368 del 2001, già avallata più volte dalla giurisprudenza comunitaria, consentirebbe di rendere compatibile la stabilizzazione del precariato pubblico con almeno trentasei mesi di servizio con l’esigenza di salvaguardia

⁽⁴⁹⁾ Cfr., *etiam*, Corte App. Venezia, Pres. Cavallino, Est. Alessio, 7 novembre 2016, che, in fattispecie riguardante una successione di contratti a termine stipulati tra un musicista e una fondazione lirico sinfonica, premessa la nullità del termine per assenza di esigenze di temporaneità della prestazione, ha dichiarato la sussistenza di un contratto a tempo indeterminato, anche in considerazione della sentenza della Corte costituzionale n. 260 del 2015.

delle finanze pubbliche, specie qualora l'auspicata declaratoria di incostituzionalità dell'art. 10, comma 4-ter, d.lgs. n. 36 del 2001, nonché dell'art. 36, commi 5, 5-ter e 5-quater, d.lgs. n. 165 del 2001, fosse limitata al periodo successivo alla pubblicazione della sentenza e fosse estesa anche all'art. 29, comma 4, del d.lgs. n. 81 del 2015, nella parte in cui continua a precludere la “novazione” dei rapporti di lavoro pubblici che abbiano superato la clausola di durata massima.

Ciò nell'attesa, si spera più breve possibile, che la Suprema Corte di Cassazione riprenda il ruolo di giudice della nomofilachia autentica delle leggi nazionali e dismetta i panni infelici e infecondi di giudice erariale affannato, al di fuori del suo ruolo naturale, a fornire *in subiecta materia* risposte autoritarie e normative a legittime e fondate istanze di giustizia sociale e costituzionale, compatibili con il quadro normativo sovranazionale.

In questi termini, senza dubbio non appare “collaborativa” l'ordinanza in forma “sintetica” n. 27465 del 29 dicembre 2016 delle Sezioni Unite⁽⁵⁰⁾, che, in sede di regolamento di giurisdizione sollevato davanti al T.A.R. Campania sul giudice competente a decidere le controversie relative ai dipendenti di Enti lirici in materia di impugnativa di procedure concorsuali, assume apoditticamente, e in visibile dissonanza dagli *incipit* della Corte costituzionale⁽⁵¹⁾, la natura esclusivamente privata delle Fondazioni lirico-sinfoniche e la competenza del giudice ordinario, escludendo l'applicazione del d.lgs. n. 165 del 2001, e richiamando, erroneamente, un “precedente” del 2010, asseverante all'opposto l'applicabilità alle stesse del Testo Unico sul pubblico impiego anche dopo la “privatizzazione” dei rapporti di lavoro⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., Pres. Canzio, Est. Tria, ord. 29 dicembre 2016, n. 27465.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Corte cost., Pres. De Siervo, Est. Mazzella, 21 aprile 2011, n. 153, che ha qualificato le Fondazioni lirico-sinfoniche come organismi nazionali di diritto pubblico, cioè come enti pubblici non economici; cui, *adde*, Corte Cost., Pres. Cartabia, Est. Sciarra, 11 dicembre 2015, n. 260.

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., Pres. Preden, Est. Amoroso, 3 marzo 2010, n. 5029.